

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

**NUEVA EPOCA
TOMO IV**



**MADRID
1987**

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Director

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

Secretario

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

Consejo de Redacción

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

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

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

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

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

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

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

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

CENTRO DE PUBLICACIONES

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76-8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

NUEVA EPOCA

TOMO IV



MADRID

1987

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

N.I.P.O.: 051-87-006-8.
I.S.S.N.: 84-500-1565-0
Depósito Legal: M-11.151-1958

INDICE

	<u>Págs.</u>
I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A FINES DEL SIGLO XX	
ESPERANZA GUISÁN, <i>Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea</i>	9
CARLOS ALARCÓN CABRERA, <i>Reflexiones sobre la igualdad material</i>	31
JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, <i>Justicia e igualdad en Luhmann</i>	43
FRANCISCO PUY, <i>Las fórmulas del principio de igualdad</i>	89
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, <i>Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad</i>	111
ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, <i>Sobre la igualdad en la Constitución española</i>	133
MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, <i>Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham</i>	153
DAMIÁN SALCEDO MEGALES, <i>La fundamentación normativa de un principio igualitarista</i>	193
II. IHERING, HOY	
NOTA INTRODUCTORIA.....	221
FELIPE GONZÁLEZ VICEN, <i>Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico</i>	223
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, <i>Rudolf von Ihering</i>	249
III. ESTUDIOS	
ALF ROSS, <i>Autobiografía intelectual</i>	273
ANA RUBIO CASTRO, <i>Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross</i>	279
ROBERTO J. VERNENGO, <i>Derecho y lógica: un balance provisorio</i>	303
VICTORIA ITURRALDE SESMA, <i>Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas</i>	331
LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, <i>Teoría pura y teoría egológica del derecho</i>	355
GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, <i>Los valores superiores</i>	373
ANDRÉS OLLERO TASSARA, <i>La Constitución: entre el normativismo y la axiología</i>	389
JOAQUÍN HERRERA FLORES, <i>Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos</i>	403
LUCIANO BARCIA MARTÍN, <i>Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución</i>	433
JOSEP M. ^a VILAJOSANA RUBIO, <i>El aparato conceptual de C. B. Macpherson: poder y propiedad</i>	449
FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, <i>La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la «persona jurídica»</i>	477
ISMAEL PEIDRO PASTOR, <i>Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personidad y personalidad de Zubiri</i>	523
JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, <i>El problema del derecho natural en J.-J. Rousseau</i>	539

	<u>Págs.</u>
JUAN JOSÉ GIL CREMADES, <i>Filosofía del derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981)</i>	563
IV. NOTAS	
LUIS PRIETO SANCHÍS, <i>Un punto de vista sobre la filosofía del derecho</i> ..	591
RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, <i>La obligatoriedad del derecho</i>	619
NORBERTO ALVAREZ, <i>La fuerza en el derecho</i>	625
JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>Notas sobre la dimensión filosófico-política de las metáforas epistemológicas</i>	639
V. INFORMACIONES	
<i>Más Seminarios de «San Giuseppe» en Italia (II)</i>	653
<i>XXVIII Congreso Mundial de Sociología</i>	655
<i>El Profesor don Joaquín Ruiz Giménez, Doctor «honoris causa» por Deusto</i>	659
<i>Noticias de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social</i>	663
<i>Noticias del «Anuario de Filosofía del Derecho»</i>	663
VI. DOCUMENTOS	
<i>Estatutos de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social</i>	667
VII. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA	
JOSÉ MANUEL ROMERO, <i>Derechos fundamentales y relaciones entre particulares</i>	675
J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, <i>Réplica a José Manuel Romero</i>	681
JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO, <i>¿Qué Schmitt se lee en los ochenta?..</i>	683
JOSÉ M. ^a ROJO SANZ, <i>Apuntes sobre el imperativo categórico y los derechos humanos (a propósito de recientes interpretaciones de Kant)</i>	697
VIII. RECENSIONES	
ROBERT ALEXY, <i>Theorie der Grundrechte</i> (J. A. García Amado)	713
JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, <i>Constituição dirigente e vinculação do legislador</i> (J. Martínez de Pisón)	717
RICCARDO GUASTINI, <i>Lezioni sul linguaggio giuridico</i> (M. Barrere)	720
LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, <i>Filosofía y filosofía del derecho</i> (B. de Castro)	723
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, <i>Lecciones de derecho natural como introducción al derecho</i> (J. P. Rodríguez González)	725
ANTONIO SERRANO, <i>Michel Foucault: Sujeto, derecho, poder</i> (J. I. Lacasta)	729
PETER SINGER, <i>Democracia y desobediencia</i> (J. Calvo González)	731
ROLANDO TAMAYO y SALMORÁN, <i>El derecho y la ciencia del derecho</i> (M. Segura)	736
RENATO TREVES, <i>Sociología del diritto. Origini, ricerche, problemi</i> (M. Calvo García)	738
AA.VV., <i>Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos</i> (J. M. Rojo Sanz)	740
CRÍTICA JURÍDICA (<i>Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho</i>) (J.-L. Gordillo Ferré)	749

I

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A
FINES DEL SIGLO XX

Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea

Por ESPERANZA GUI SAN

Santiago de Compostela

Ha existido, desde siglos, la sospecha, por parte de las éticas deontológicas, de que las éticas, del bienestar, que habría que clasificar bajo el rótulo de teleológicas y consecuencialistas, adolecían de algún fallo importante, en la medida en que no daban cuenta de deberes y/o derechos *prima facie* inherentes a la condición del ser humano. Así, deberes como el cumplimiento de las promesas, por poner un ejemplo, corrían el riesgo de ser supeditados a las «consecuencias» de tal cumplimiento, cuando, en opinión de los éticos deontológicos, *more kantiano*, el *deber* moral de tal cumplimiento no podría estar supeditado a consideración alguna relativa a «beneficios» o «perjuicios» individuales o sociales.

La ética contemporánea atenta no sólo a los deberes sino asimismo a los derechos, ha denunciado insistentemente la poca consistencia, el poco valor y vigor que los *derechos* de los individuos y los *principios* relativos a la convivencia humana presentan cuando se arropan en teorías éticas normativas que toman como *metron* la felicidad o el bienestar, las preferencias o intereses individuales o colectivos.

Mi propósito en este trabajo es demostrar, concretamente, con relación al principio de igualdad, o valor de la igualdad o *imparcialidad* los dos puntos siguientes: a) Las éticas teleológicas, en su variedad de éticas del bienestar, contienen, cuando menos implícitamente tantos principios relativos a la igualdad o imparcialidad como cualquier ético deontológico pudiera desear. b) Por lo demás, el principio de bienestar es el punto de referencia que da sentido y contenido sustancial a cualquier teoría de la justicia que pretenda defender la igualdad de respeto y trato a todos los seres humanos.

1. IGUALDAD E IMPARCIALIDAD

En general ignoraré en este trabajo las críticas que han sido hechas a las éticas del bienestar en nombre de supuestos derechos a la liber-

tad, o a determinadas libertades, como en el caso de Nozick, para centrarme, como ya he adelantado, en otro supuesto derecho «natural» o cuando menos «moral», como el derecho al trato justo, que suele implicar nociones más o menos diversas que englobaré bajo el rótulo un tanto vago de *imparcialidad* que considero el correlato en ética normativa, como también en ética crítica y meta-ética, de lo que más frecuentemente en sociología, filosofía política o ética aplicada cubrimos bajo la denominación de *igualdad*.

Por supuesto que *igualdad* es un término asimismo excesivamente vago que suele implicar una serie de *claims* o demandas diversas: igualdad de trato, igualdad económica, igualdad política, etc. A lo largo de este trabajo preferiré referirme a lo que en ética denominamos *imparcialidad*, o como Rawls prefiere denominarle *fairness*, por considerar que es un término que constituye, como Griffin afirma, el sustrato más profundo de la *igualdad* (1), cubriendo suficientemente los aspectos últimos y variados a que ésta se refiere y evitando al mismo tiempo las posibles implicaciones de *uniformidad* que el término «igualdad» pudiera conllevar.

Por lo demás existen otras importantes ventajas, que explicaré brevemente, por lo que al uso de *imparcialidad* supone frente a *igualdad*. Por supuesto que me refiero a ventajas cuando se considera la cuestión desde el punto de vista de una investigación *ética*, donde se juzgan las razones que avalan la preferencia moral por la igualdad (o imparcialidad).

Muy sucintamente: La utilización del término «igualdad», al menos en algunos contextos, dificultaría el establecimiento de los deberes (correlativos al derecho a la igualdad), de ser imparciales. Dado que la ética, en general, se ocupa no sólo de lo que a uno le es debido sino, al menos con el mismo énfasis, de lo que uno *debe hacer* con relación a los derechos y exigencias ajenas, nos detenemos con frecuencia en las *obligaciones* inherentes a la convivencia social más que en los derechos reclamados como moralmente legítimos en las relaciones generadas en la convivencia. En este sentido, si bien resulta perfectamente correcto hablar del «derecho a la igualdad», resultaría un tanto anómalo referirnos al «deber de la igualdad». Al poner el acento en los aspectos en que el individuo es deudor, más que acreedor, frente a la sociedad resulta más fructífera la utilización del término *imparcialidad* para referirnos al igual respeto y dignidad de todas las personas exigidos por el trato justo.

Por supuesto que no es necesario indicar, por lo menos en mi caso, que la concepción del deber de la imparcialidad carecería de sentido en ausencia del derecho a un trato equitativo y justo por parte de los miembros de la raza humana. «Imparcialidad» e «igualdad» son, en este sentido, a modo de las dos caras de una misma moneda. Se trata

(1) «There is the most fundamental level where equality is to be seen as an interpretation of impartiality - that sort of impartiality that constitutes the moral point of view» (JAMES GRIFFIN, *Well-being- Its Meaning, Measurement and Moral Importance*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pág. 239).

de poner énfasis distinto en un mismo problema que atañe al trato y consideración igualitaria entre todos los hombres y si bien ambos conceptos son en extremo vagos y de difícil fundamentación filosófica, así como de compleja justificación moral, los éticos en general han encontrado más sencillo y directo demostrar tanto a nivel meta-ético, como a nivel de ética normativa, la exigencia moral de la *imparcialidad*, especialmente en los enfoques contemporáneos, dada la serie de problemas lógicos que pudieran derivarse del intento de la justificación de una igualdad moral históricamente vinculada con una cierta *igualdad natural*, como se refleja en las varias declaraciones de los derechos humanos, o en algunos pasajes de la obra de Rousseau entre otros.

A modo de inciso conviene advertir que los errores lógicos contenidos en tales tipos de declaraciones han sido realmente importantes dando lugar a una defensa endeble, filosóficamente, de algo que precisaba de mejores argumentaciones. Por descontado que va de suyo que los hombres no nacen ni libres ni iguales (2), ni son libres ni iguales por *naturaleza* (3). Si así lo fuesen se volverían inmediatamente ociosas todas las declaraciones a favor de lo que *es* evidentemente un *factum* y no puede ser de otra manera. Vienen a las mientes, inmediatamente, el mismo tipo de críticas que algunos autores han realizado a los que postulaban «la marcha inexorable de la historia» o la «inevitabilidad» de determinados acontecimientos (4). Si la historia marcha inexorablemente, mejor que la historia marche por sí sola, sin interponernos en su camino. De igual modo, *si* los hombres nacen libres e iguales, o son libres e iguales por *naturaleza*, mejor no intervenir socialmente respecto a esa igualdad «natural».

Resulta inevitable en este sentido una breve alusión a la falacia naturalista denunciada por G. E. Moore en 1903 y de la que he dado cuentas en varias publicaciones (5). De acuerdo con Moore, y en este contexto me sumaría a su crítica, sería totalmente falaz tratar de derivar directa y unívocamente lo que *debemos* hacer o lo que *debemos* ser de lo que *hacemos* o *somos* como cuestión fáctica. Los alegatos y llamadas tanto a favor de la igualdad económica, política, o de cualquier otra índole, tienen su base en una naturaleza cuando menos poliforme y polivalente. De hecho todos los seres humanos podrían llegar a ser bastante iguales, en determinados aspectos pero de hecho también podríamos diferenciarnos significativamente de seguir las pautas de la «naturaleza».

Parece cuando menos poco seguro y riguroso el recurso a un ius-

(2) «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.» (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, art. 1, 1789.)

(3) «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes...» (Declaración de Derechos de Virginia de 1776. Sec. 1.)

(4) Véase al respecto A. G. N. FLEW, *Evolutionary Ethics*, MacMillan, London, 1967, pág. 25.

(5) *Los presupuestos de la Falacia Naturalista*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, «Contra Natura», *Revista de Filosofía*, CSIC, Madrid, julio-diciembre 1983.

naturalismo no matizado, que tan tocado de ala ha quedado tras las firmes y, en bastantes sentidos, convincentes argumentaciones de Moore que, en opinión de algunos críticos, pretenden remontarse a Hume, pero que yo personalmente considero más apropiado remontar a Kant. La ética, lo que el hombre debe ser, como diría Kant, no se sigue, al menos, matizaría yo, única ni directamente de la antropología, de lo que el hombre *es* (6), aunque he de agregar que, a diferencia de Kant, me alinee sin reservas con Hume en la defensa de los *sentimientos humanos* como raíz de todas nuestras obligaciones morales (7).

2. LA IMPARCIALIDAD EN LA META-ETICA CONTEMPORANEA

Retornando a los dos postulados que pretendo mantener, como ya he indicado, a saber, a) que las éticas del bienestar incluyen principios tales como imparcialidad, justicia, etc., y b) que al propio tiempo el principio del bienestar es principio-fuente de los restantes principios, me detendré en un escueto examen de lo que ha venido aconteciendo en la meta-ética contemporánea que en diversos sentidos avala mis pretensiones y postulados.

No creo que sea del todo casual que precisamente todas las meta-éticas que han tratado de superar el no cognoscitismo que minó la ética normativa en los comienzos de siglo (desde la aportación de G. E. Moore con su *Principia Ethica* de 1903, y que tuvo sus epígonos principalmente en Richard y Ross —aunque puedan observarse diferencias de matiz importantes entre unos y otros—, sin olvidar el radicalismo neopositivista de Ayer y el también relativismo metodológico, si bien más matizado de Stevenson), hayan intentado casi simultáneamente plantearse tres objetivos conjuntos: 1) Asegurar una cierta racionalidad o razonabilidad en ética, 2) enraizar las razones prácticas con nociones tales como deseos humanos, bienestar, etc., y 3) abogar al tiempo por la imparcialidad o justicia como marco formal dentro del que se coordinan tanto los intereses intra como intersubjetivos.

2.1. *Albert* podría proponerse como primer modelo de este «triple salto», a la búsqueda de una ética racional, teleológica, en la que se dan la mano la razón con los principios de justicia y bienestar. En su breve pero sustancioso trabajo «Ethik und Metaethik» (8) *Albert* lleva a cabo una toma de decisión a favor del racionalismo frente a las éticas tanto intuicionistas, que *Albert* engloba en una corriente que denomina *platónica* y que abarca tanto a Max Schler, como a Moore Ewing o Ross, como a las éticas denominadas por él *reduccionistas*, entre las que incluye tanto el naturalismo como las variantes del emoti-

(6) Véase I. KANT, *Grundlegung*, BA IX.

(7) Véase HUME, *Treatise*, Book III, Part I, sec. i, ad final.

(8) Publicado originariamente en la revista *Archiv für Philosophie*, Band 11, 1961, Hefte 1-2, sigs 28-63, traducido al castellano como *Ética y metaética*, Cuadernos Teorema, Valencia, 1978.

vismo (9). De acuerdo con Albert mientras que los *platónicos* olvidan la función normativa del lenguaje moral, cosa que acontece asimismo en el caso de los éticos naturalistas, el emotivismo que da debida cuenta del componente *normativo* de la ética no hace justicia, sin embargo, «al papel de la lógica en la argumentación moral y reduce de manera innecesaria el campo de la discusión racional» (10). La propuesta alternativa de Albert, por el contrario, es la del compromiso con la razón práctica, abogando por un modelo meta-ético de interpretación de los enunciados éticos que dé cuenta a un tiempo de su función normativa, su referencia a la realidad (es decir, las necesidades, preferencias humanas, determinantes de las éticas de la felicidad y el bienestar), el momento de universalidad que contienen (a saber, el *principio de imparcialidad* contenido en las éticas de principios y las éticas de bienestar, por igual) y finalmente «la posibilidad de una argumentación racional en el campo de la ética» (11).

O, lo que es igual, en el caso de Albert, como en el Baier, Toulmin, Hare o Brandt, que analizaré a continuación más o menos sucintamente, *racionalidad práctica, bienestar humano e imparcialidad o justicia en la distribución de los bienes se convierten en los tres vértices de lo que podríamos denominar triángulo ético*, en el que la imparcialidad actúa a modo de elemento formal, y el bienestar en cuanto contenido sustantivo, dando como resultado un modelo de racionalidad práctica sumamente vindicable y asumible desde frentes diversos. Como se indica más adelante en el trabajo de Albert «a la hora de fijar un criterio para la verificación de los sistemas éticos habrá que poner en primer plano la satisfacción de las necesidades humanas, el cumplimiento de los deseos humanos, la eliminación del sufrimiento humano innecesario, la armonización de las aspiraciones humanas intrasubjetivas o intersubjetivas (principio de imparcialidad), hechos, en todos los casos, que son controlables sobre la base de experiencias humanas» (12).

Las aportaciones de Baier y Toulmin conectan con esta línea de razonamiento. Es cierto que en Baier se da un «externalismo», es decir, una referencia a factores externos a la sociedad en la que prevalecen o se adoptan unas normas determinadas, insinuándose un muy cualificado y defendible naturalismo que hace referencia a las necesidades del ser humano en cuanto es lo que es, elemento que parece ausente en la aportación de Toulmin de orientación más reduccionista y sociologista, en donde las decisiones humanas (y en este sentido será seguido por Hare y Griffin) y no supuestas «necesidades» determinadas *a priori* por la naturaleza, serán los factores desencadenantes y determinantes de la racionalidad práctica. Lo que importa, sin embargo, a los efectos de mi propuesta, es la constatación de que en ambos meta-éticos se explicitan los requisitos del *triángulo ético*, ya mencionados, de racionalidad, bienestar e imparcialidad.

(9) *Ibid.*, págs. 6-10.

(10) *Ibid.*, págs. 16-17.

(11) *Ibid.*, pág. 17.

(12) *Ibid.*, pág. 47.

2.2. *Baier*, efectivamente, tras repudiar modelos meta-éticos diversos, como por ejemplo las teorías del «moral sense», el intuicionismo o el racionalismo (a saber, la teoría de que conocemos por la razón lo que es bueno o malo), representado por Kant, principalmente, así como otras múltiples variedades de la ética crítica o meta-ética, entre ellas el emotivismo (13) especialmente en su variante de *Impact Theory* y teoría imperativista (14), ambas de alguna manera presentes en la teoría de Stevenson, propone en su lugar una teoría del *Moral point of view* en la que los juicios de valor, para empezar, no son meramente recomendaciones (15), estableciendo sutilmente una suerte de conexión entre el es y el debe, entendido el *es* de un modo genérico y universal de modo que haga alusión no a propósitos determinados o hechos particulares, sino al hecho general de los *propósitos humanos* (16).

De esta suerte la racionalidad práctica asentada en la «materia» como quería nuestro estimado compatriota Ferrater Mora (17) se deriva de, y hace que confluyan en ella, los principios del bienestar humano y de la imparcialidad en la distribución de las oportunidades de goce y disfrute de los bienes de índole varia. A nivel formal, la moralidad se origina, frente a la convención, la costumbre o la ley, cuando las reglas prevalecientes se someten a escrutinio por parte de los individuos particulares (18) o, lo que es igual, el aspecto formal de la ética para Baier, que coincidiría en este aspecto parcialmente con Kant, consistiría en actuar conforme a *principios* (19), lo cual implica comportarse de acuerdo con las normas, aun cuando pueda resultarnos desagradable, penoso, costoso o ruinoso para nosotros mismos [punto que oscuramente captó Kant a juicio de Baier (20)].

La universalidad o *imparcialidad* en la aplicación de las normas es asimismo otra de sus importantes características formales, como Baier indica en uno de los epígrafes del capítulo ocho de la obra a la que me vengo refiriendo, titulado «Las reglas morales se aplican a todo el mundo» (21). Pero esta imparcialidad o universalidad sería una mera forma hueca si no tuviese un contenido sustantivo. Las reglas morales no sólo deben aplicarse a todo el mundo, sino que deben estar diseñadas para «el bien de todo el mundo por igual» (22), con lo cual se hace explícito el principio de bienestar, asumiendo éste la importancia y relevancia que le son debidas.

El naturalismo *matizado* de Baier me parece, personalmente, muy sugerente. El «bien de todos» por igual no es un concepto abstracto

(13) *The Moral Point of View*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1.^a ed., 1958, 7.^a ed., 1974, págs. 18 y sigs.

(14) *Ibid.*, págs. 36 y sigs.

(15) *Ibid.*, pág. 79.

(16) *Ibid.*, pág. 79.

(17) *De la materia a la razón*, Alianza Ed. Madrid, 1979.

(18) *Op. cit.*, pág. 174.

(19) *Ibid.*, págs. 191 y sigs.

(20) *Ibid.*, pág. 191.

(21) «Moral rules are meant for everybody», *Ibid.*, pág. 195.

(22) *Ibid.*, pág. 200.

que implique una serie de intuiciones al respecto, ni se trata de una cuestión de mero consenso, como se pretenden en algunas versiones éticas. Existen *hechos* relativos a la constitución del ser humano que han de ser tenidos en cuenta. En este sentido, podríamos adelantar, oponiéndonos a quienes preconizan las éticas de principios frente a las éticas de bienestar, el enfoque meta-ético de Baier además de resultar sumamente plausible y vindicable es de una extraordinaria utilidad para la elaboración de normas no dogmáticas y en la configuración de formas de gobierno no excesivamente paternalistas. Para Baier nadie puede obligar a nadie a buscar un supuesto bien (23), pero tampoco la opinión establecida, el consenso o la tradición pueden determinar el «bien colectivo». Matar a seres humanos, o tratarlos con crueldad, por ejemplo, son conductas expresamente malas, con independencia de las leyes vigentes y la opinión prevaleciente (24). Y ello no en virtud de supuestos «derechos naturales» imperecederos, inmutables y eternos, sino que son normas que tienen su asiento en la condición humana, hasta tal punto que dejarían de ser imperativos éticos si aconteciesen cambios radicales en la naturaleza humana.

Dicho de otro modo, no se trata, en oposición a Kant, de imperativos válidos para todos los seres racionales, sino sólo para los seres humanos, de tal forma que si, por hipótesis, el deseo de que a uno le matasen se convirtiese en un deseo generalizado y una experiencia placentera (imaginemos que uno tuviera buenas razones para creer que iba a ser reencarnado con un nuevo cuerpo y toda su memoria intacta, como propone Baier), entonces matar dejaría de ser algo malo indudablemente (25). O, lo que viene a ser lo mismo, como ya había anunciado Hume, las leyes de la moralidad son tan permanentes y constantes como lo es la naturaleza humana (26), pero *no más*, habría que añadir con igual énfasis. Y dado que la «naturaleza humana» no es para Baier, en lo cual coincido, una entidad abstracta, sino lo que se manifiesta en las preferencias, deseos y actitudes humanas a lo largo de la historia, siempre que se cumplan los requisitos de ilustración, imparcialidad y libertad, que veremos postular a Brandt, se sigue de ello que toda la moral descansa en las preferencias constatadas de los seres humanos (principio de bienestar) y el tratamiento igual e imparcialidad que todos los seres humanos merecen (principio de imparcialidad).

Pero si es significativo que todas las meta-éticas que han reivindicado la racionalidad práctica han hecho mención explícita del principio formal de la imparcialidad y del contenido sustantivo de las normas de moral y justicia que apuntan al bienestar, como vimos en los casos de Albert o Baier, resulta todavía más ilustrativo que hayan sido casi siempre representantes de la corriente neo-utilitarista de la ética, como lo es Toulmin, con ciertas matizaciones, o Brandt o Hare, particularmente, los que han contribuido más decididamente a asegurar

(23) *Ibíd.*, pág. 230.

(24) *Ibíd.*, pág. 233.

(25) *Ibíd.*, pág. 183.

(26) HUME, *Treatise*, Book III, Part III, sec. vi.

el apuntalamiento de los tres vértices de mi ahora ya «famoso» triángulo ético, en el que, bueno será concretarlo una vez más, la racionalidad práctica se legitima y fundamenta en la confluencia de los principios formales de equidad, justicia, igualdad o imparcialidad y los contenidos sustantivos de bienestar.

2.3. *Toulmin*, en su importante obra *An Examination of the Place of Reason in Ethics* (27), constituye un caso ilustrativo del funcionamiento de la razón práctica. Se trata en esta ocasión más que de un neo-utilitarista *sensu stricto*, en el sentido de un utilitarismo de nuevo cuño o con nuevas pretensiones, de una reformulación en términos contemporáneos del utilitarismo de la regla, con cierto matiz conservador.

En cualquier caso, y ateniéndome de momento a su aportación meta-ética, es de destacar cómo la razón práctica se reivindica en base a una construcción social de la ética que tiene para Toulmin la función de «correlacionar nuestras opiniones y conducta de tal manera que se haga compatible el cumplimiento de las intenciones y deseos de cada cual en la medida de la posible» (28). Toulmin, al igual que Albert o Baier, descarta con fuerza tanto las éticas objetivas (platónicas en el lenguaje de Albert) (29) como el enfoque subjetivo, en el que incluye a Stevenson, o el imperativo que reserva para Ayer (30). La propuesta personal de Toulmin es, por el contrario, la de considerar la racionalidad de la ética, en paralelo con la racionalidad de la ciencia, como relacionada con criterios admitidos y consensuados socialmente y que hacen referencia en ética al bienestar, en virtud del cual, y sólo del cual, pueden llevarse a cabo cambios en las convenciones y normas sociales (31).

El principio de bienestar tiene así el mismo papel destacado que en el resto de las meta-éticas mencionadas. De forma implícita subyace al propio tiempo un principio de «igual respeto» a las exigencias de las diversas demandas, principio de imparcialidad y justicia en las transacciones, que llega a explicitarse en el capítulo 12, en su apartado 12.2, bajo el epígrafe: «La equidad en el razonamiento moral», título que ya resulta de suyo significativo. Como se indica en dicho apartado, entre otras cosas: «Para que un argumento ético en el pleno sentido de la palabra sea un ejemplo de “razonamiento” tiene que ser igualmente “digno de aceptación” quienquiera que sea el que lo considere» (32). O, como se aclara un poco más adelante: «Si, por ejemplo, los principios más generales a los que podemos apelar contienen aún alguna referencia a nosotros, o como individuos o como miem-

(27) Publicada originariamente por la Cambridge University Press, 1960. Versión cast.: *El puesto de la razón en la ética*, Alianza Ed., Madrid, 1979.

(28) *Ibid.*, pág. 158.

(29) *Ibid.*, págs. 25 y sigs.

(30) *Ibid.*, págs. 45-77.

(31) *Ibid.*, pág. 172.

(32) *Ibid.*, pág. 192.

bros de un grupo limitado de gentes, entonces nuestra apelación no es a la "moralidad" sino al "privilegio"» (33).

Lo que viene a significar que, para Toulmin, la razón práctica implica la utilización del principio de la igual consideración de todo el mundo, la imparcialidad, en suma, a la hora de potenciar y favorecer el goce y disfrute del bienestar.

2.4. *Brandt* realiza una aportación que me parece, no obstante, mucho más interesante desde la perspectiva de la propuesta que aquí he realizado, por haberse explicitado adecuadamente en su trabajo los presupuestos relativos a todo razonamiento ético. Me referiré especialmente a *Ethical Theory* de 1959 (34), que si bien fue matizada, complementada y en ciertos aspectos revisada veinte años más tarde (35), contiene, en cualquier caso, el núcleo de su posición meta-ética.

Comoquiera que me referiré a *Brandt* nuevamente en el apartado dedicado a la aportación de las éticas normativas al tema de la imparcialidad, indicaré ahora únicamente a modo de esbozo los contenidos principales de su teoría meta-ética, que serán complementados en su momento con su aportación a la ética normativa.

De modo paralelo a los autores mencionados anteriormente, Albert, Baier y Toulmin, *Brandt* se proponen superar las meta-éticas contrincantes en el ámbito contemporáneo, desechando por igual «el naturalismo» y el «no naturalismo» (36), como las teorías que *Brandt* engloba bajo el rótulo de «No cognoscitismo», entre las que incluye el emotivismo y las primeras formulaciones meta-éticas de Hare, tal como se contienen en *The Language of Morals* de 1952 (37) que considera representativas de un emotivismo «revisado» (38).

La propuesta de *Brandt* podría resumirse en su defensa de un método alternativo que él denomina *método de la actitud cualificada*, y que podría decirse que recoge lo mejor tanto de las aportaciones del naturalismo como de las teorías rivales. De acuerdo con dicho *método de la actitud cualificada* (39), al igual que en la ciencia recurrimos a determinados tipos de experiencia para corroborar o refutar nuestras teorías, en ética contamos con una suerte de experiencia empírica análoga. Es cierto que, como denunció Moore, y Toulmin asimismo puso de manifiesto, «deseable» y «deseado» no son términos lógicamente equivalentes pero, con matizaciones, por supuesto, nuestras «actitudes», nuestros deseos y preferencias, son el punto de referencia a la hora de fundamentar un razonamiento en ética. ¿Por qué *debemos* actuar conforme a nuestras actitudes, nuestros intereses, nuestras prefe-

(33) *Ibid.*, pág. 193.

(34) Publicado originariamente por Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N.J., 1959. Versión castellana de E. GUIÁN, *Teoría ética*, Alianza Universidad-Textos, Madrid, 1982.

(35) *A Theory of the Good and the Right*, Oxford University Press, 1979.

(36) *Teoría ética*, págs. 183-241.

(37) Publicada por Clarendon Press, Oxford, 1952.

(38) El Hare posterior a *Freedom and Reason* (1962) o *Moral Thinking* (1981) difícilmente encajaría bajo tal rótulo.

(39) *Op. cit.*, págs. 288 y sigs.

rencias? Para Brandt se trata de algo obvio y evidente, aunque las meta-éticas intuicionistas y platónicas preferirán considerar las cosas de otro modo. Para Brandt, sin embargo, simplemente no existe mejor alternativa como candidato (40). *Prima facie* el deseo de algún tipo, o en determinadas condiciones, es una prueba de lo deseable (41).

Por supuesto que se evita elegantemente cualquier posible incursión en la Falacia Naturalista al *cualificar* precisamente los deseos y actitudes que han de conformarse dentro de un marco en el que se respeten una serie de requisitos formales o semi-formales, tales como la ilustración, la imparcialidad, la libertad y la coherencia o consistencia con un conjunto de principios generales (42). De esta suerte lo «deseado» no es equivalente semánticamente a lo «deseable», si bien se llega a lo «deseable» únicamente a través de lo deseado, conformado y configurado dentro de un marco de exigencias formales. Debo *cualificar* mis deseos, como ya exigió Mill cuando aludió a los placeres cualificados (43) pero son mis *deseos* los que se cualifican. Como Dewey ya había anticipado, matizadamente, no es el deseo sin más, el deseo aislado, no cualificado el que determina la acción moral, pero sí el deseo como expresión de la reflexión equilibrada del hombre completo (44). O, como también Dewey había indicado en otro lugar de la misma obra, ni los deseos, ni la ley moral, o el deber autónomo, tienen sentido en ética, sino la debida compenetración entre ambos, de tal suerte que el objetivo de la ética es la satisfacción de los deseos conforme a la ley (45).

De modo paralelo, en lenguaje de Brandt, los deseos o actitudes sometidos a unos determinados criterios que los cualifican constituyen el marco de referencia que fundamenta los enunciados morales. Criterios aquellos entre los que destaca, precisamente, la imparcialidad, que implica que los principios sean generales (de forma universal y sin nombres propios) ya que de no ser así «nadie se vería obligado por los hechos y la lógica a aceptar ningún principio ético que a él personalmente no le agradase», con lo cual, como añade Brandt a continuación, «todo el mundo podría insistir en formular los principios éticos de modo que permitieran excepciones a su favor y a favor de sus amigos» (46). El resultado de tal tipo de actitudes no cualificadas sería la imposibilidad de que el razonamiento ético llevase a cabo su principal cometido: proporcionar una resolución razonable de conflictos e intereses, «resolución “razonable” en el sentido de que se haga apelando a principios susceptibles de inspirar respeto a todas las partes de la disputa» (47).

(40) *Ibid.*, págs. 307-308.

(41) *Ibid.*, pág. 308.

(42) *Ibid.*, págs. 294-295.

(43) *Utilitarianism*. Versión cast. con introducción y notas a cargo de E. GUISÁN, *El utilitarismo*, Alianza Ed., Madrid, 1984, págs. 52-53.

(44) *Outlines of a Critical Theory of Ethics*, Greenwood Press, Pub. New York, 1969 (publicado originariamente en 1891), págs. 148-150.

(45) *Ibid.*, pág. 95.

(46) *Ibid.*, pág. 309.

(47) *Ibid.*, pág. 309.

La imparcialidad a la hora de adoptar criterios garantiza, por el contrario, no sólo el razonamiento moral, sino que en general aumenta nuestras expectativas sociales de bienestar. A la postre podemos asegurar, sobrepasando a Brandt, como Mill ya había adelantado en *Utilitarianism*, que la justicia y la imparcialidad son deseables porque son las cosas más deseadas, o cuando menos más necesarias para una convivencia armónica y fructífera (48).

2.5. *La posición de Hare* cerrará esta exposición necesariamente breve y escueta de algunas importantes teorías meta-éticas que han sabido dar el peso debido a los principios de bienestar y de justicia, equidad, igualdad o imparcialidad.

Al igual que se podría haber indicado en el caso de Brandt, en Hare la separación y los límites entre su ética crítica o meta-ética y su ética normativa son borrosos. Ambos tipos de investigación, ambas ramas de la filosofía moral, comparten las características propias de lo que he venido denominando *triángulo ético*. Trataré de limitarme en este apartado a los aspectos más estrictamente meta-éticos de la doctrina de Hare, para posponer para otro momento el contenido de su ética normativa sumamente interesante, tal como se contiene en su obra de 1981 *Moral Thinking* que trata de hacer justicia por igual a la parte más defendible de las aportaciones de Kant y Mill o, lo que es igual, las éticas, deontológicas o de principios, y las éticas consecuencialistas, entre las que se incluye la del bienestar.

Como es bien sabido la universalizabilidad y la prescriptividad constituyen el marco que limita el ámbito de la libertad en ética; una libertad concebida, bien es cierto, más como una pesada carga de responsabilidad que como el modo caprichoso o arbitrario de comportarse cada individuo (49).

Las argumentaciones más fuertes de Hare se dirigen en contra de los descriptivistas que supuestamente coartan la libertad del hombre a la hora de determinar normas, por cuanto postulan «hechos» de la naturaleza humana que se imponen sobre y contra nuestra voluntad de elección (50). Hare, por el contrario, quiere popugnar algo análogo al *dictum* de Simone de Beauvoir relativo a que «la moralidad es el triunfo de la libertad sobre la facticidad», en el sentido de que lo que los hechos sean no tiene por qué determinar lo que nosotros decidamos racional y consecuentemente que debemos hacer. En este sentido habría algunas matizaciones que hacer que ahora no vienen al caso. Baste, para los efectos que me propongo, resaltar su incidencia en los requisitos kantianos relativos a la forma del juicio moral, universal y, además, añadiría Hare, prescriptivo y no meramente descriptivo (51), salvaguardando y protegiendo el principio de equidad, justicia, imparcialidad e igualdad en el trato a todos los seres humanos y apuntando

(48) *Op. cit.*, págs. 126 y sigs.

(49) *Freedom and Reason*, Oxford University Press, 1977, pág. 3.

(50) Véase especialmente, al efecto, la I Parte de *Freedom and Reason*: «Describing and Prescribing», págs. 1-85.

(51) *Ibid.*, págs. 89-90.

además al contenido sustantivo de la teoría ética, a saber, el incremento de la satisfacción de intereses (52) o, lo que viene a ser lo mismo, el tomar en cuenta principios de bienestar, ya que a la postre la universalizabilidad no tiene en Hare, implícita ya que no explícitamente, otro sentido que fomentar «la justa reconciliación de los intereses en conflicto» (53).

3. IMPARCIALIDAD Y BIENESTAR EN LA ETICA NORMATIVA CONTEMPORANEA

Tras un largo período que podría establecerse entre comienzos de siglo con la obra de Moore de 1903 ya mencionada, *Principia Ethica*, hasta fechas muy recientes, la ética normativa había sido víctima de un injusto aparcamiento y una injusta desatención a la espera de la resolución de los problemas oriundos del ámbito de la meta-ética. Sería injusto y desatinado afirmar que no se ha producido ética normativa durante las seis o siete últimas décadas, primero porque las éticas críticas, o meta-éticas de algún modo sustentaban, suponían, defendían o protegían concepciones determinadas de la ética normativa y, en segundo lugar, porque es difícil, si no imposible, paralizar la producción en el ámbito de la ética normativa, disciplina consustancial al pensar y al hacer humanos y que ha superado con éxito las duras pruebas por las que hubo de atravesar a tenor de las radicales críticas del presente siglo.

Sin embargo, estos últimos años han contemplado el resurgimiento y la reaparición de una ética normativa fortalecida y vigorosa, que ha dado lugar a una serie de controvertidas polémicas que no puede ser sino síntoma de un feliz estado de «buena salud» epistemológica.

La publicación en los años 70 de la obra de John Rawls *A Theory of Justice* (54) constituyó un importante acontecimiento ya que tras el anuncio de ofrecerse como alternativa al utilitarismo clásico, dio lugar, en un primer momento, a un reforzamiento de las éticas de principios, para dar paso seguidamente a interesantes contra-ataques por

(52) En este sentido tienen interés tanto las críticas como la reformulación de la teoría utilitarista incluidos en el capítulo 11 de *Freedom and Reason*, donde Hare propone abandonar el concepto excesivamente valorativo de «happiness», para sustituirlo por otro más neutro como pudiera ser el de *interés*, reinterpretando la fórmula del utilitarismo clásico. Como se dice allí: «I am inclined to think that less trouble will be incurred if, instead, the reformulation is based on the attempt to give an account of, not what is to maximize the happiness of all parties collectively, but of what it is to do justice as between the *interests* of the different parties severally» (*Ibid.*, pág. 129). (Obsérvese, de paso, que la *maximización* ha sido sustituida por un término que expresa más adecuadamente el principio de imparcialidad, como es el hacer «justicia» a los distintos intereses.)

Esta reinterpretación del utilitarismo en términos de intereses también puede verse en el artículo de Hare «Utilitarianism» contenido en la *Encyclopedia of Bioethics*, MacMillan Pub., London, 1978, vol I, págs. 424-428.

(53) *Op. cit.*, pág. 185.

(54) J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1978, publicada originariamente en 1972.

parte de las éticas del bienestar afines a las corrientes neo-utilitaristas y, lo que es más importante, a reformulaciones matizadas del utilitarismo «standard» que superasen las críticas de Rawls y presentasen una ética del bienestar con rostro humano, fiel al espíritu de uno de sus principales inspiradores, John Stuart Mill al que, por cierto, no alcanzarían las críticas de Rawls, ni de las éticas de principios, ya que, tal vez, inconsistente con una interpretación rígida del utilitarismo, hizo lugar en sus obras éticas principales a principios morales de libertad e igualdad, apostando a su manera por una teoría de la justicia y de los derechos «morales» de los individuos (55). Libertad igual e igualdad en la libertad podrían ser de alguna manera los elementos constituyentes de la «felicidad moral» de John Stuart Mill, como así he interpretado en otros lugares (56).

La no incompatibilidad entre las éticas de principios y la ética del bienestar, la confluencia entre Kant y Mill, especialmente por lo que a la imparcialidad o igualdad en la consideración de todos los individuos se refiere, fue un punto destacado por intérpretes y exponentes contemporáneos del utilitarismo, como pudiera ser el caso de Alan Ryan (57) o por Hare en su obra de 1963 ya mencionada *Freedom and Reason*, mostrándose dicho autor en aquella obra ya deseoso de lograr la preciada síntesis de los elementos más valiosos tanto de la ética kantiana como del utilitarismo (58), dos concepciones éticas tradicionalmente consideradas como antagónicas, pero que coincidirían precisamente en el punto en que se destaca la preeminencia de la imparcialidad en ética, o la necesidad de «contar a cada individuo como uno y nada más que uno», como reza el lema de Bentham y que, de acuerdo con Hare, en su obra de 1981, está en íntima conexión con el imperativo de Kant: «Actúa sólo de acuerdo con aquella máxima que puedas desear al propio tiempo que se convierta en ley universal» (59).

Mi interés en este apartado, como ya adelanté en alguna medida al comienzo de este trabajo, es demostrar que las éticas de la felicidad en general, sobre todo las de la variedad utilitarista afín a John Stuart Mill, no sólo no rechazan sino que destacan los principios de igualdad en el trato de las personas, o *imparcialidad* en la consideración de todo el mundo por igual, y que presentan además un elemento de interés adicional respecto a las éticas de principios, a saber: una definición sustantiva de la justicia, un punto de contraste y referencia que dé sentido a los principios de igualdad, equidad e imparcialidad, o como quiera que deseemos denominarlos.

(55) Me apoyo aquí en algunas tesis mantenidas por Alan Ryan en el manuscrito inédito de su Introducción al *Utilitarianism*, próximo a reeditarse bajo su dirección, manuscrito que Ryan ha tenido la gentileza de hacerme llegar.

(56) Véase la *Introducción* que he realizado a la versión castellana de *El utilitarismo*, Alianza, Madrid, 1984.

(57) En el manuscrito que como he indicado Alan Ryan me ha hecho llegar se indica exactamente que «a society which accepted the teaching of *Utilitarianism* and *Liberty* would treat Kant's dictum as a fundamental principle». Pág. 73 del manuscrito mecanografiado.

(58) *Ibid.*, pág. 123.

(59) *Moral Thinking*, págs. 4-5.

Como Hare indica el utilitarismo que él defiende presenta además de un *elemento formal* (una reformulación del requisito de que los principios morales sean debidamente universales o universalizables), un elemento sustancial: «A fin de decidir qué debemos hacer, de acuerdo con el utilitarismo, tenemos que estudiar no sólo las propiedades lógicas de las palabras morales, sino las preferencias de las personas a las que afectarán nuestras acciones, y esto constituye una cuestión empírica» (60).

No sólo en el mundo anglosajón, por lo demás, sino en algunos círculos del pensamiento germánico actual ha sido admitido a un tiempo la posibilidad de incluir en las éticas del bienestar todos los elementos generalizadores y universalizadores que ponen en un lugar destacado el *igual* trato de todos los seres humanos, de tal suerte que, como indica Patzig sea «posible insertar en un sistema utilitarista de la ética los “imperativos categóricos” tal como fueran analizados por Kant» (61), sino que se cuenta con la ventaja además de que, en el marco de la ética del bienestar, los imperativos morales «ya no son, como en Kant, sentencias de una razón trascendental, indiferentes a la felicidad de los hombres, sino más bien reglas cuya observancia general crea las bases que hacen posible la cooperación social» (62). De esta forma se asegura, frente a las éticas de principios que suelen presentar dogmáticamente sus demandas, ya sean de libertad, de igualdad, o de determinadas formas de justicia distributiva «una permanente discusión libre que se maneje con argumentos de utilidad» (63).

Por supuesto que las críticas de Rawls, por el peso específico que han tenido en las controversias contemporáneas no pueden ser pasadas por alto. Su caracterización, o más bien caricaturización, del utilitarismo clásico, al que se le enfrenta frontalmente con el principio de la justicia como *fairness* (equidad o imparcialidad) ha tenido amplia resonancia en la literatura contemporánea en todas las lenguas y naciones (64). Pero también no es menos cierto que la supuesta *derrota* del utilitarismo tras los ataques de Rawls ha sido inteligentemente cuestionada desde diversos frentes. Piénsese en el trabajo de Holly Smith Goldman: «Rawls and Utilitarianism» (65) en donde se resalta el papel de la equidad o igualdad inherente al utilitarismo puesto que, en virtud de la decreciente utilidad marginal, si bien es lógicamente posible que una sociedad consiga más beneficios globales dando más a los que más tienen, en detrimento de los que tienen menos, es *empíricamente* imposible que esto suceda así, ya que si privamos de cien dó-

(60) *Moral Thinking*, pág. 5.

(61) *Ethik ohne Metaphysik*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, 1971, versión en castellano de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *Ética sin metafísica*, Alfa, Buenos Aires, 1975, pág. 154.

(62) *Ibid.*, pág. 154.

(63) *Ibid.*, pág. 154.

(64) Téngase en cuenta, entre otros muchos trabajos que reflejan la influencia de Rawls en la crítica al utilitarismo, la obra de SEBASTIANO MAFFETONE, *Utilitarismo e Teoria della Giustizia*, Bibliopolis, Nápoles, 1982.

(65) En H. GENE BLOCKER y ELIZABETH H. SMITH, *John Rawl's Theory of Social Justice. And Introduction*, Ohio, University Press, 1980.

lares a quien ya tiene cinco millones de ellos y los entregamos a alguien que sólo tiene quinientos, se producirá mayor utilidad general ya que, es obvio el comentario, el displacer de quien es privado de los cien dólares es infinitamente menor que el placer del individuo económicamente mucho peor situado que ve mejorada su suerte (66).

Una argumentación semejante es mantenida por Brandt en su obra de 1979, en el capítulo 16 relativo a «Justice, Equality and the Maximization of Welfare» (67) donde ofrece una serie de interesantes sugerencias, tratando de utilizar un criterio utilitarista adecuadamente matizado para la distribución de bienes. Para empezar, como indicará el autor, coincidiendo con otros muchos, entre ellos el citado previamente, una distribución *igual* de los bienes es la mejor estrategia para maximizar la felicidad, en vista de la decreciente utilidad marginal del dinero (68). Por lo demás, como Brandt indica unas páginas antes, las apelaciones a principios de *igualdad* frente a los del bienestar general no son suficientes. En cualquier caso habrá que demostrar que los principios de igualdad propuestos serán mejor aceptados que los que se proponen desde un sistema moral de maximización del bienestar, a los ojos de personas enteramente racionales (*fully rational*) (69) y así mismo, habría que añadir, enteramente benevolentes como el utilitarismo de Mill presuponía y parece haber sido olvidado por gran parte de los neo-utilitaristas (habría que hacer algunas salvedades, como el caso de James Griffin, al que tendré ocasión de aludir posteriormente).

La propuesta de Brandt para la distribución de bienes, de acuerdo con su criterio utilitarista, parece bastante sugerente y difícilmente objetable a partir de una ética de principios. Así, en efecto, para Brandt: «Las ganancias reales (*real income*), una vez deducidos los impuestos, deben ser *iguales* (cursivas mías) con las siguientes excepciones: a) Complementos para resolver necesidades especiales, b) complementos para recompensar servicios y c) variaciones para lograr otros fines socialmente deseables como el control de la población (70), con lo cual se tenderá de forma muy directa hacia la *igualización del bienestar* (*equalization of welfare*), en primer lugar recompensando a aquellos que se encuentran en casos de especial necesidad debido a lo que podríamos llamar con Griffin «lotería genética» (71), es decir, «desigual reparto de bienes, dotes y capacidades» por parte de la naturaleza (casos de enfermedad, incapacidad mental o física, etc., serían relevantes en este apartado). En segundo lugar, premiando a aquellos que desean colaborar más activamente a construir una mejor sociedad en lugar de vivir ociosamente. Todo ello, como Brandt acentuará, sin necesidad de recurrir a ideales de nivel más elevado acerca de la igual-

(66) *Ibíd.*, págs. 353-354.

(67) *Op. cit.*, págs. 306-326.

(68) *Ibíd.*, pág. 312.

(69) *Ibíd.*, pág. 308.

(70) *Ibíd.*, pág. 310.

(71) *Op. cit.*, pág. 256.

dad del bienestar, sino simplemente aplicando el principio de nivel más elevado de maximización del bienestar (72).

En réplica a Sen, que argumenta que un sistema de maximización del bienestar tenderá a asignar menos ingresos a los enfermos, inválidos, incapacitados, etc. (73), Brandt, continuando con su apelación a la utilidad marginal del dinero, explicará como dado el tipo de carencias de un inválido o un incapacitado, si bien no precisará de algunos tipos de bienes que alguna persona normal pueda requerir (raquetas de tenis, pertenecer a un club de natación, etc.), sin embargo, podrá comprarse discos o mejorar su sistema de video. Sus necesidades, además de ayudas especiales para viajar, trabajar, etc., de alguna manera excederán a las del ciudadano normal, de tal suerte que si queremos ser consecuentes con el principio que busca la maximización de la felicidad tendremos que proporcionarle más ingresos que al ciudadano común, ya que el dinero extra invertido en el inválido proporcionará más felicidad que si fuera invertido en una persona sana: «Evidentemente —afirmará Brandt— un principio de maximización del bienestar no implicará que la persona inválida reciba menos que las personas normales, por el contrario recibirá más» (74).

Hay, no cabe duda, puntos oscuros y borrosos, e incluso discutibles en tales argumentaciones, por lo demás precisas de Brandt. Por ejemplo cuando indica, casi como conclusión al capítulo mencionado que «el sistema de maximización del bienestar opera en la dirección de la igualdad del bienestar, pero no pretende proporcionar igual felicidad a todos» (75), alegando previamente que si bien las diferencias son muy pequeñas en los ingresos necesarios para motivar a las personas inteligentes y bien dotadas a trabajar no hay que compensar a los menos inteligentes, por serlo, o a los que carecen de un adecuado ambiente familiar, al igual que a nadie se le ocurre compensar económicamente a los menos atractivos físicamente, a los menos ingeniosos, más apáticos o con menos sentido del humor.

Sin embargo, desde mi particular punto de vista acerca del bienestar, la sociedad está llamada a suplir tanto las deficiencias de la «lotería ambiental», por decirlo con Griffin (76), como las deficiencias debidas a la teoría genética o dependientes de causas naturales. Si en sentido vulgar un buen profesional merece mejor salario que un mal profesional, incluso cuando la bondad o maldad dependen de cualidades no obtenidas mediante el esfuerzo del individuo, el ideal de la «felicidad moral» implícito en el utilitarismo de Mill exigiría, por el contrario, *compensación* de algún tipo a los peor dotados física, psíquica, intelectual, cultural o ambientalmente hablando (no necesariamente *compensación* de tipo *económico*).

Desde mi punto de vista, anomalías, irregularidades y lapsus en las

(72) *Ibíd.*, pág. 310.

(73) A. K. SEN, *On Economic Inequality*, W. W. Norton, New York, 1973, págs. 16 y sigs.

(74) *Op. Cit.*, pág. 318. Véase asimismo, *Teoría ética*, pág. 490.

(75) *Ibíd.*, pág. 325.

(76) *Op. cit.*, pág. 256.

explicaciones concernientes a la distribución igual de los recursos, se originan principalmente tanto en Rawls, por una parte, como en cierta medida en Brandt e incluso en Hare, por no tener suficientemente en cuenta el principio de la *benevolencia*, que subyace al principio del bienestar en la ética de John Stuart Mill. Si lo que deseamos es trabajar conjuntamente, como propone el CU (utilitarismo cooperativista) de Regan (77) en la construcción de las condiciones que aseguran las mejores consecuencias para todos, algún tipo de gratificación —afectiva o de otra índole—, habrá de ser incluida a fin de que nuestros esfuerzos por mejorar la suerte de *todos* sean realmente eficaces.

En cualquier caso, queda suficientemente patente que los principios de bienestar no sólo presuponen los de igualdad, equidad, imparcialidad y justicia, sino que son más productivos y eficaces a la hora de diseñar una sociedad que satisfaga las demandas de los seres racionales y sintientes.

La réplica de Hare a Rawls es también interesante en este sentido. Baste recordar parte de ella. Para empezar, posiblemente el mundo está constituido de tal modo que si dejamos de inculcar y establecer con toda urgencia principios de justicia, imparcialidad, equidad, etc., ello redundará en una disminución de la utilidad y del bienestar. De ser ello así, opinión que Hare suscribe y que yo comparto, no es preciso acudir a toda la serie de *intuiciones* indemostrables que se ve obligado a utilizar John Rawls para apuntalar una teoría de la justicia que garantice a los seres humanos una igualdad de respeto, consideración y trato (78).

Para continuar, el único e importante mérito de la Teoría de la Justicia de Rawls es que con su estrategia del «velo de la ignorancia» garantiza una imparcialidad en las decisiones semejante a la que viene propiciada por las teorías del Observador Ideal, que coinciden con la versión del utilitarismo de Mill o teorías neo-utilitaristas como las defendidas por Brandt, Hare o Griffin. Sin embargo, como Hare y Griffin apuntan por separado, los fallos de la Teoría de la justicia de Rawls son importantes: a) Por una parte se recurre a intuiciones que no se justifican, invocándose incluso una suerte de subjetivismo (79). b) Por otra parte el «Contratista ideal» auto-interesado carece, como señala Griffin muy acertadamente, de la *benevolencia*, ingrediente imprescindible en una teoría moral. El contractualismo sólo precisa que las personas se amen a ellas mismas suficientemente y busquen su propio bien. Las éticas del bienestar, por el contrario, van mucho más lejos y exigen algo más, consustancial a la propia moralidad. Como Griffin afirma: «la moralidad parece requerir un esfuerzo mayor por parte de la psique humana: al menos necesita más de lo que Rawls proporciona

(77) REGAN, *Utilitarianism and Cooperation*, Clarendon Press, Oxford, 1980. Ver especialmente pág. 211.

(78) Véase HARE, «Rawls' Theory of Justice», en *Reading Rawls*, ed. por Norman Daniels, Basil Blackwell, Oxford, 1975, pág. 107.

(79) *Ibid.*, pág. 82.

y una porción elevada de benevolencia ampliada es el candidato evidente» (80).

Dicho con otras palabras, no sólo es posible hacer lugar dentro de las éticas del bienestar a principios de trato igual, como lo hacen las éticas de Brandt, Hare, Griffin, Regan, etc., entre tantos otros, sino que, como en el caso de Griffin, fiel al espíritu del utilitarismo de Mill, se recaba un lugar para la benevolencia y la simpatía ilimitadas, tema que Peter Singer, otro cualificado utilitarista contemporáneo, aborda espléndidamente (81).

Por lo demás, y como también Griffin ha señalado, las éticas del bienestar ofrecen no sólo las bases de una teoría formal de la justicia, sino de una teoría *sustantiva* de la justicia, de modo que evitemos la vacuidad inherente a las éticas de principios, o a las teorías de los derechos (82) y de tal suerte que contemos con una relación no sólo de la estructura formal de los derechos, tal como es habitual en las teorías de la igualdad y las relativas a los restantes «derechos humanos» sino, al propio tiempo, con el contenido de los conceptos y los criterios aplicados para su determinación (83). Así, el respeto a la personalidad, a las consideraciones prácticas, el respeto *igual*, se constituyen en los tres pilares básicos de la teoría sustantiva de los derechos de Griffin en su primer nivel (84), que incluye en su consideración de la igualdad no sólo el derecho a una igual participación en los bienes materiales, sino también en el poder y las oportunidades vitales, tan importantes como el primero para una vida satisfactoria (85).

Además de este primer nivel, constituido por valores como autonomía, libertad e *igual* respeto, aparecerá en Griffin un segundo y no menos importante nivel que contesta a la pregunta relativa a la configuración de los diversos valores y derechos, haciendo que el *bienestar* aparezca en escena para determinar la relación de los mencionados valores entre sí, sirviendo como punto de contraste y referencia. Como Griffin afirma la importancia comparativa de cada uno de los presuntos derechos precisa de un *metron* que sólo el *bienestar puede proporcionar* (86), *ya que el bienestar*, cuando se entiende en un sentido no indebidamente restringido, comprende y reúne los valores de autonomía, libertad e *igual* respeto.

Por supuesto que existen objeciones válidas respecto a posibles «peligros» en la subordinación de principios de igualdad a los del bienestar. Si no se matiza adecuadamente el aserto de Hare al respecto, por ejemplo, podría resultar una propuesta alarmante y distorsionante para una sociedad que optase por los valores democráticos y el progreso moral. Así, cuando Hare afirma que las *desigualdades sociales* (cursivas mías) cuando son *preferidas* a un orden social más justo pue-

(80) JAMES GRIFFIN, *op. cit.*, pág. 173.

(81) PETER SINGER, *The Expanding Circle*, Clarendon Press, Oxford, 1981.

(82) JAMES GRIFFIN, *op. cit.*, pág. 224.

(83) *Ibid.*, pág. 225.

(84) *Ibid.*, pág. 232.

(85) *Ibid.*, pág. 233.

(86) *Ibid.*, pág. 244.

den resultar *preferibles*, puesto que la introducción de principios de justicia podría dar lugar a algún tipo de «malestar» (87), se suscita, no cabe duda, una espinosa cuestión respecto a la *moralidad* de tales planteamientos. Cuestión que no queda resuelta por el apresurado y ambiguo añadido de Hare de que bien pudiera ser correcto cambiar las actitudes sociales *si* el cambio implica mejora (88).

Desde la perspectiva utilitarista que yo personalmente adopto, en consonancia en parte con la teoría del propio Hare, Brandt o Griffin, entre otros, las desigualdades sociales difícilmente podrían hacer feliz a un agente ilustrado, imparcial y libre. Como indica expresamente Griffin, los deseos sólo pueden ser considerados como productores de utilidad cuando son «racionales» o «informados». Y, por otra parte, parece innegable, como ya se adelantó previamente, que «una igual distribución de los bienes probablemente es lo que sirva mejor a la utilidad» (89).

En otros muchos aspectos, sin embargo, la postura de Hare es totalmente diáfana y defendible, como cuando apuesta por una explicación racional moral de nuestras obligaciones y derechos, como contrapartida a las apelaciones al uso a expresiones tan ambiguas como «ley natural» o «derechos naturales», «derechos humanos», etc. (90), o cuando fustiga al intuicionismo y las intuiciones como base que considera inválida para la moral (91), rechazando las teorías morales basadas en supuestos «principios» incontestables (como pudiera ser el principio de igualdad). Por lo demás las razones a las que alude Hare para que un pensador crítico imparcialmente benévolo (como un utilitarista no podría menos de ser) puede proclamar la necesidad de un moderado igualitarismo parecen convincentes. En primer lugar aparecía el argumento ya varias veces mencionado, relativo a la decreciente utilidad marginal de los bienes. En segundo lugar, estaría su argumentación, que si bien contiene un cierto sesgo psicologista no carece por ello de plausibilidad. Se refiere aquí Hare a que existe una propensión humana a envidiar a los que están mejor situados. Ahora bien, la envidia es algo «malo» desde un punto de vista social, «pecaminoso» incluso si utilizamos el lenguaje tradicional de la Iglesia. La argumentación de Hare al respecto es tan pragmática como espléndida: Suprimamos la causa de la envidia, a saber, las desigualdades sociales, en lugar de predicar contra ella (92).

De este modo el círculo se cierra inevitablemente en torno al principio de bienestar: no es bueno que los hombres sientan envidia los unos respecto de los otros, es así que las desigualdades diversas pro-

(87) Me he permitido una paráfrasis un tanto libre del texto de Hare, tal como se contiene en II-9-6, pág. 159 de *Moral Thinking*.

(88) *Ibid.*, pág.

(89) A. RYAN: «Utility and Ownership» en *Utility and Rights* ed. por R. G. Frey, Basil Blackwell, Oxford, 1984, pág. 182.

(90) *Moral Thinking*, pág. 151.

(91) *Ibid.*, págs. 12, 160 y 166.

(92) *Ibid.*, págs. 165-166.

vocan envidia, luego las desigualdades sociales deben ser suprimidas si tenemos como objetivo un incremento del bienestar social.

¿Y qué si los seres humanos fuesen realmente cerdos insatisfechos, egoístas, insensibles a la felicidad ajena? ¿Qué si disfrutasen en un perpetuo estado de guerra de todos contra todos? En tal caso, pero sólo en tal caso —debidamente comprobado por supuesto—, las desigualdades en poder, riqueza, prestigio y demás, serían entonces del todo deseables y recomendables. Sin embargo, uno tiene la sospecha, la certeza casi, de que lo opuesto se ajusta mejor a la realidad. Y es a tenor de un cierto sentido de la justicia, de cierto especial agrado por el trato imparcial e igual, de cierta profunda aprobación de la equidad en las distribuciones, etc., la recompensa por el trabajo realizado, la recompensa por los esfuerzos llevados a cabo, el igual respeto por todos y cada uno de los hombres —que conforman y configuran los estados *satisfactorios* tanto a nivel privado como a nivel de convivencia comunitaria—, por lo que principios como el de la «igualdad» o la «imparcialidad» que ahora nos ocupan tienen tanta relevancia y pueden extraviar a algunos pensadores, que olvidando la raíz y motivo de dicha relevancia, llegan a considerarlos como algo «en sí», «valioso por sí mismo» e independiente de todo tipo de consideraciones psicológicas o sociológicas.

Quisiera terminar ilustrando con un ejemplo la vaciedad e irrelevancia del principio «sacrosanto» de la igualdad, cuando no se le encuadra dentro de una teoría sustantiva de la justicia en la que el bienestar es el punto de referencia. Consideremos la vacuidad de la expresión «es deseable tratar a todos por igual», sin más especificaciones. Inmediatamente nos encontramos con ejemplos de normas que cumplen el principio de igual trato perfectamente y que resultan, sin embargo, perfectamente inmorales también. Utilizando unos ejemplos ofrecidos por Hart: «Mata a todo el mundo» cumple con igual exactitud el imperativo del trato igual y equitativo, si bien es un mandato claramente inmoral, que el imperativo «no mates a nadie», que se ajusta en cambio a las exigencias de la moralidad (93). Este ejemplo nos pone sobre aviso de que no es cualquier tipo de «igual trato» el que es solicitado por los defensores de la igualdad. Se supone, implícitamente, que *todo el mundo ha de gozar por igual en el disfrute de las cosas buenas de la vida, que, en suma, todos han de tener igual derecho al bienestar*. Comoquiera que somos humanos, y no simplemente cerdos, como indicó Mill (94), y ya había sido descubierto por Epicuro, nuestra idea de *bienestar* conlleva el deseo profundo de ser tratados con dignidad y respeto, tener igual acceso a los bienes, poderes, *status*, etc. Por todo lo cual, en cierto sentido, igualdad, libertad y bienestar no son sino aspectos diferentes de un mismo fenómeno o estado de cosas.

Es cierto que el acento en el *bienestar* sin cualificar pudiera dar lugar al conservadurismo, por cuanto las preferencias de los humanos

(93) H. L. A. HART: «Between Utility and Rights», en *The Idea of Freedom*, ed. por Alan Ryan, Oxford University Press, 1979, pág. 95.

(94) *El utilitarismo*, pág. 46.

en un momento del tiempo particular son fruto del proceso de socialización a que han sido sometidos. Sin embargo, cuando se cualifica el bienestar, las preferencias y los intereses, conforme a los ya repetidos requisitos de ilustración, imparcialidad, libertad y coherencia con los principios adoptados, se percibe inmediatamente que una teoría que pretenda defender adecuadamente el derecho al *trato igual*, si no quiere convertirse en puro misticismo, verborrea demagógica o panfleto, ha de buscar sus raíces en una ética normativa y una meta-ética que engloben por igual los tres vértices del *triángulo ético* al que insistentemente, incluso machaconamente, he hecho alusión: racionalidad práctica, imparcialidad y bienestar.

Reflexiones sobre la igualdad material

Por CARLOS ALARCON CABRERA

Sevilla

SUMARIO: I. Planteamiento introductorio: De la ley física a la norma ética.—II. Igualdad como punto de partida: la igualdad de oportunidades.—III. Igualdad como punto de llegada: la igualdad de resultados.—IV. Igualdad de oportunidades e igualdad de resultados; complementariedad y mutua convergencia.

I

Las reflexiones teóricas han corrido tradicionalmente el riesgo de no adecuarse a los datos que presenta la realidad, de no superar la obligada barrera de su operatividad práctica. No obstante, en el caso de la tarea que nos ocupa —la indagación en el significado y alcance de la igualdad material— parto de la convicción de que, al contrario de los que asocian automáticamente la igualdad con la utopía, la aspiración al igualitarismo se refuerza si contemplamos detenidamente y en toda su extensión las inmensas diferencias en cuanto a posesión de riqueza material y cultural existentes entre los seres humanos, diferencias que suelen abarcar desde la carencia más absoluta hasta la más excesiva abundancia. Lo reiterada que puede pareceros la apelación a dicha contemplación es compensable si, al menos, sirve para que los argumentos invocados a favor de la desigualdad pierdan algo de fuerza. La igualdad pesa, no ya sólo desde su perspectiva estrictamente formal, que ignora sus aspectos sustanciales, sino preferentemente desde su perspectiva material, como igualdad en las condiciones reales de existencia.

El objeto central de estas breves reflexiones lo constituye la doble dimensión en que se puede descomponer la igualdad material: a) La igualdad como punto de partida, como no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en el proceso productivo, la legislación, la cultura y, en general, en cualquier faceta de la organización social; b) la igualdad como punto de llegada, como consecuencia de un conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para el logro de una semejante calidad de vida y de una igual satisfacción de las necesidades humanas básicas.

De lo expuesto se deduce que al hablar de igualdad no lo hacemos literalmente, no queremos decir que los hombres *deben ser iguales* sino que nos referimos a que los hombres *deben ser tratados conforme a unos mismos parámetros*. No todos los autores catalogados como igualitaristas han coincidido en esta apreciación. Platón, al «corporalizar» al Estado —es decir, al caracterizarlo análogamente al hombre— ya reclamaba una «comunidad de placeres y de penas entre todos los ciudadanos», en la que «todos se regocijan con las mismas felicidades y se afligen con las mismas desgracias», señalando a «la alegría y el dolor personales» como causantes de la división de los Estados (1). Como subraya A. E. Pérez Luño, la ingenuidad del igualitarismo físico es evidente, ya que desconoce la diversidad de la naturaleza humana y comete el error de pretender una preparación funcional uniforme para todos (2); pero además de ingenuo, es contraproducente, ya que ha sido utilizado como frecuente pretexto para privar a la igualdad de certitud axiológica.

En este sentido, un razonamiento bastante conocido que no persigue sino la fundamentación radical de la desigualdad humana es el de Milton y Rose Friedman. Para ellos, la desigualdad puede adoptar múltiples formas; en el caso de la desigualdad hereditaria —en teoría la más injusta, puesto que no depende de la capacidad, la aptitud, la bondad o el mérito—, puede significar una desigualdad económica derivada de que unos nacen ricos y otros nacen pobres, o bien puede significar una desigualdad fisiológica, que conlleva que unos posean mayor talento que otros para determinadas parcelas del conocimiento (aptitudes musicales, deportivas, matemáticas...). En opinión de los esposos Friedman, es tan ilegítimo interferir en una como en otra. Una distribución equitativa de los bienes sería algo tan poco ético como «dar a mozalbetes con menos destreza musical una mayor preparación musical a fin de compensar su desventaja heredada, y a los que tengan grandes aptitudes musicales habrá que impedirles el acceso a una buena educación musical» (3). En palabras de Reinhardt K. Maurer, «el derecho se convierte en injusticia, si bajo etiquetas como “democracia” o “socialismo” es desarrollado unilateralmente como instrumento de “igualdad”» (4).

La confusión entre las leyes físicas y las leyes éticas que se desprende de estas teorías es de una claridad meridiana. No es lo mismo corregir la talla, la fuerza, la inteligencia, la salud o el color de la piel

(1) PLATÓN, *La República*, versión de Patricio Azcárate e introducción de Carlos García Gual, EDAF, Madrid, 1981, págs. 205 y sigs.

(2) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad material*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 3, 1985, págs. 283 y 284.

(3) FRIEDMAN, Milton y Rose, *Libertad de elegir*, traducción al castellano de Carlos Roche Pujol, Grijalbo, Barcelona, 3.ª ed., 1982, págs. 194 y 195.

(4) Planteamiento similar al que, como recuerda Maurer, usara Calicles para criticar a la ley por ser el instrumento a la medida del interés particular de los «débiles» y para la opresión de los «fuertes». MAURER, Reinhardt Klemens, *El derecho y la polémica en la Historia Universal entre las ideologías de la igualdad y de la desigualdad*, traducción al castellano de Andrés Soria Olmedo, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 17, págs. 305, 306 y 336.

que legislar un sistema fiscal progresivo, subvencionar instituciones para el provecho de los económicamente débiles o limitar la influencia de marcos ambientales perjudiciales para las tareas educativas sobre los niños que residen en barrios bajos. «Nadie juzga éticamente bueno o malo que una persona sea alta o baja, fuerte o débil, inteligente o torpe», pero sí que en una sociedad convivan seres humanos rebosantes de riqueza con otros necesitados de bienes primarios (5). La defensa de la igualdad no implica ningún deseo de modificación física, sino una consolidada intención de que todo individuo reciba un trato que le posibilite unas mismas expectativas de realización. La realidad nos muestra una variada diversidad de rasgos humanos que configuran a los hombres con muchas más diferencias que similitudes. A partir de las mismas, la igualdad se materializará en un tratamiento desigual —en el caso de las diferencias relevantes— o semejante —en el caso de las similitudes y las diferencias no relevantes (6).

II

Tras desechar la noción de igualdad física, gran parte de las corrientes igualitaristas han examinado la amplia gama de acepciones que de la igualdad se han ofrecido, deteniéndose especialmente en dos, a las que hemos denominado igualdad como punto de partida o igualdad de oportunidades e igualdad como punto de llegada o igualdad de resultados.

La igualdad como punto de partida expresa no discriminación mediante obstáculos arbitrarios para alcanzar posiciones sociales, y en particular para acceder con las mismas posibilidades que los demás a los procesos de producción y distribución de bienes o de toma de decisiones políticas (7). Presupone una «categorización» que garantiza a todos la oportunidad de competir para obtener «trabajos y recompensas» (8). La igualdad así entendida precisa y concreta la igualdad formal o igualdad ante la ley, al proyectarla en su ámbito intersubjetivo, y concuerda también con la libertad, al exigir la inexistencia de trabas que dificulten el desarrollo humano. En opinión de Ralf Dahrendorf, el reconocimiento de la igualdad de oportunidades es la consecuencia del derrumbamiento de las teorías que, con base en Platón o Aristóteles, apoyaban una estratificación social según la cual «algunos están privilegiados por la naturaleza para una vida teórica de ocio, mientras que otros no pueden vivir si no es con una vida de trabajo prácti-

(5) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La fundamentación de los derechos humanos*, en el Vol. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 154.

(6) LAPORTA, Francisco J., *El principio de igualdad: Introducción a su análisis*, en SISTEMA, núm. 67, julio 1985, págs. 3 y 13.

(7) TAWNEY, R. H., *Equality*, introducción de Richard M. Tidmuss, Allen and Unwin, Londres, 4.ª ed., 1979, págs. 100 y sigs.

(8) HAARSCHER, Guy, *The idea of Equality*, en *Légalité*, ed. a cargo de R. Dekkers, P. Foriers y Ch. Perelman, Bruylant, Bruselas, Vol. IX, 1984, págs. 192 y 193.

co» (9). Es éste un reconocimiento visible en el constitucionalismo comparado (10).

Sin desmerecer la magnitud de la igualdad como punto de partida o igualdad de oportunidades, quisiera remarcar algunas de sus contradicciones, las cuales podrían evitarse mediante el auxilio de la otra forma de igualdad material antes citada. En primer lugar, la igualdad de oportunidades se preocupa de que no exista ninguna circunstancia legal que entorpezca el ingreso en un puesto social valioso. Pero hay circunstancias, no legales pero sí indirectamente amparadas por la ley, que son determinantes, como la posesión de riqueza patrimonial, que permite una despreocupación por otras tareas, o como el azar y la fortuna. De este modo, incluso individuos con la misma capacidad y talento pueden tener, en la práctica, desiguales oportunidades. La igualdad de oportunidades encaja en este caso, para John Rawls, en un sistema de «libertad natural», en el que una serie de factores que moralmente son arbitrarios influyen y pervierten la deseada igualdad (11).

Incluso introduciendo medidas que ablandaran o suprimieran el factor dinero o el factor suerte, es decir, suponiendo una paridad económica y una intrascendencia del azar, tampoco serían seguidas de una verídica igualdad real. En todo caso, sólo se podría conseguir que los que dispusieran de la misma capacidad también dispusieran de las mismas probabilidades. Según Rawls, sería entonces un sistema de «igualdad liberal», en el que no contaría la situación socioeconómica previa, pero sí las aptitudes y la disposición para usarlas, por lo que seguiría siendo moralmente arbitrario, sobre todo teniendo presente que el influjo ambiental (familia, escuela, barrio,...) es irremediable y, por tanto, demuestra que el factor suerte no sería realmente marginado (12). La arbitrariedad ética emanaría no solamente de la relevancia de la capacidad como criterio de discriminación, sino también del conjunto de causas que convergerían en ella.

Por ende, no se cuestiona la validez de la igualdad como punto de partida, sino que se resaltan los impedimentos que frenan su auténtica realización y que asiduamente la desvirtúan. Precisamente entra aquí en juego como instrumento corrector la igualdad como resultado, como punto de llegada. A ella dedicaremos los próximos párrafos, para, posteriormente, retomar la idea de la igualdad de oportunidades e intentar compatibilizar ambas entre sí.

(9) DAHRENDORF, Ralf, *Oportunidades vitales*, traducción al castellano de R. García Cotarelo, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, pág. 165.

(10) La igualdad de oportunidades como derecho de todos los ciudadanos aparece, ciñéndonos al ámbito europeo, en los artículos 33.2 de la Ley Fundamental de Bonn, 19.3 de la Constitución de la República Democrática Alemana, 35.3 de la Constitución de Bulgaria, 20.4 de la Constitución de Checoslovaquia, 74 de la Constitución de Dinamarca, 52 c) de la Constitución de Portugal y 160.3 de la Constitución de Yugoslavia.

(11) RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, traducción al castellano de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1979, págs. 88 y 94.

(12) *Ibíd.*, pág. 94-96.

III

La igualdad de resultados queda determinada por una regulación que repercute en una distribución semejante de bienes materiales e inmateriales. Según sea la naturaleza de la estructura social exige del derecho una actitud más o menos rígida para lograr la proyectada igualdad. La conclusión de que con la igualdad formal y la igualdad de oportunidades no bastaba para garantizar una igualdad real ya se plasmó en la Constitución italiana, cuyo artículo 3.2 compromete al Estado en la supresión de «los obstáculos de orden económico y social que, limitando *de hecho* la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana...»; posteriormente, la Constitución portuguesa (art. 81 c)) también responsabilizará al Estado de la promoción de «la igualdad entre los ciudadanos a través de las transformaciones de las estructuras económico-sociales». Por último, conforme al artículo 9.2 de la Constitución española «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (13).

Ahora bien, debemos preguntarnos: ¿Cómo podemos llegar a la igualdad de resultados?, ¿qué criterios deben seguir los poderes públicos para su alcance? El método más simple podría consistir en la repartición igualitaria de los bienes primarios, tal como imagina Rawls como presupuesto de la aplicación de sus dos «principios de justicia» (14). Pero en la práctica no dejaría de ser una igualdad inicial que desembocaría a medio plazo en un sinfín de desigualdades, por cuanto que los poseedores diferirían entre sí por sus capacidades, necesidades, voluntad de trabajo, fortuna, poder, etc. El supuesto «derecho igual» para todos fue rechazado abiertamente por Marx en su «Crítica del programa de Gotha». Para Marx, la «igualdad en el trato» en la sociedad capitalista se contradice por dos razones: En primer lugar, porque esta igualdad no equivale sino a proporcionalidad por el trabajo prestado; significa que ante una misma cantidad de trabajo se concede un mismo trato (15); en segundo lugar, al aceptar como único

(13) El párrafo segundo del artículo 9 de la Constitución española, que tantas trabas hubo de superar hasta su plasmación en el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado, posee, a juicio de sus exégetas, la finalidad de «inyectar» sentido social y político a la enunciación formal del principio de legalidad formulada en el párrafo primero del mismo artículo. Esta finalidad se reitera en la continuación del referido párrafo segundo: «Corresponde a los poderes públicos... remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural». Véanse los comentarios de José Luis VILLAR PALASÍ y Emilio SUÑÉ LLINAS, (*Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, Tomo I, Preámbulo y artículos 1 a 9, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Edersa, Madrid, 1983, págs. 318 y sigs.) y de Gregorio PECES BARBA (*Los valores fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 162).

(14) RAWLS, John, *cit.*, págs. 84 y sigs.

(15) MARX, Carlos, *Crítica del programa de Gotha*, Ricardo Aguilera, Madrid, 1971, 4.ª ed., pág. 22.

dato el rendimiento, el derecho igual ignora las desiguales aptitudes de los individuos, algunos superiores y otros inferiores física o intelectualmente (16); el «derecho igual» desconoce, asimismo, la desigualdad en las necesidades de los trabajadores, según las cargas familiares o de otra índole (17). En consecuencia, el «derecho igual» revierte en una acentuación de las desigualdades, las cuales sólo podrían evitarse mediante un derecho desigual o equitativo (18), en cuanto que depende de los cambios sociales y las situaciones históricas y reconoce para cada uno «lo justo, lo que se le debe», de tal modo que la dirección de la comunidad reparta las cargas y los bienes desigualmente para procurar una verdadera igualdad distributiva.

La crítica marxista a la igualdad «a priori» nos abre los ojos ante la ineficacia de una igualdad que no denote una atención desigual. Es obligado entonces conocer el criterio conforme al cual se desarrollará el «derecho desigual»; hay que discernir cuándo existen unas diferencias fácticas suficientes como para que el tratamiento sea distinto (19). Parto de que en puridad solamente es coherente acoger el criterio de las necesidades humanas como factor indicativo de la actuación desigual del derecho; como reseña Francisco Laporta, según este criterio «la existencia de una necesidad autoriza un tratamiento diferenciado consistente en la satisfacción de esa necesidad. De acuerdo con él, una norma que adjudique ese tratamiento a quien padezca la necesidad, y no lo adjudique a quien no la padezca es una norma correcta» (20). El criterio de la satisfacción de las necesidades es equiparable al principio de compensación rawlsiano, en virtud del cual las desigualdades arbitrarias (menores dotes naturales, pertenencia a posiciones sociales desfavorecidas...) deberán ser compensadas en dirección hacia la igualdad (21).

La mayor dificultad de este criterio estriba en la concreción de su campo de acción: ¿Sobre qué necesidades ha de realizarse la compensación para obtener su satisfacción generalizada? Cualitativa y cuantitativamente es casi imposible dar con el límite justo, pero además, de nada serviría establecerlo sin contar con la riqueza material existente en un momento determinado. En cualquier caso, hay necesidades básicas mínimas sobre las que se puede hablar de un relativo acuerdo como es el caso de la salud, la vivienda, la educación, la alimentación y la cultura (22); entender la igualdad como trato compensatorio para

(16) *Ibíd.*, pág. 23.

(17) *Ibíd.*

(18) MUÑOZ BATISTA, Jorge, *Reflexiones sobre libertad e igualdad*, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, UNAM, México, 1981, Vol. III, págs. 272 y sigs.

(19) RECASENS SICHES, Luis, *Dignidad, libertad e igualdad*, Estudios en honor del Prof. José Corts Grau, Universidad de Valencia, Tomo II, págs. 311 y 312, y PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Igualdad y derechos económicos, sociales y culturales*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 1, 1981, págs. 266 y sigs.

(20) LAPORTA, Francisco J., *cit.*, págs. 20 y 21.

(21) RAWLS, John, *cit.*, pág. 123.

(22) PECES BARBA, Gregorio, *Los valores fundamentales*, *cit.*, págs. 161 y sigs., y CAPELLA, Juan Ramón, *Entre sueños*, Icaria, Barcelona, 1985, págs. 111 y sigs.

la consecución de una igual evitación de esas carencias constituye la aplicación práctica del criterio de la satisfacción de las necesidades. Es más, en ocasiones este criterio requerirá incluso una desigualdad en la concesión de bienes básicos (por ejemplo, según la rama educativa o cultural preferida, o según el tipo de alimentación o vivienda adecuada) (23).

Lo cierto es que, al menos parcialmente, la igualdad material concebida así es una opción expresada por la mayoría de los Estados, tanto capitalistas como socialistas. Si en estos últimos esa opción se penetra con su propia razón de ser, en los primeros es fruto de la evolución del Estado liberal al Estado social de Derecho, preocupado por corregir las desigualdades en la distribución de la renta y, sobre todo, por dotar a todos de la asistencia necesaria en materias educativas, habitacionales, de incapacidad, etc. Son explícitas al respecto, en el constitucionalismo occidental, las referencias al derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades más perentorias (art. 35.1 de la Constitución española, art. 10.1, 17) de la Constitución de Austria, art. 45.2 de la Constitución de Irlanda, art. 36.1 de la Constitución de Italia y art. 45 de la Constitución de Turquía), al trato preferente y desigual a favor de los incapacitados y desposeídos (art. 75.2 de la Constitución de Dinamarca, art. 45.4 de la Constitución de Irlanda, arts. 70 y 71 de la Constitución de Islandia, arts. 38.1 y 2 de la Constitución de Italia y art. 71 de la Constitución de Portugal) y al derecho de todos a la salud, a una vivienda y a la Seguridad Social (arts. 43 y 47 de la Constitución española y arts. 63, 64 y 65 de la Constitución portuguesa). Las menciones son más homogéneas y uniformes en las Constituciones socialistas, que, de modo prácticamente unánime, proclaman el derecho de todos a la educación, a la cultura, a la salud, a la asistencia social, a la vivienda y a una especial consideración en caso de familias numerosas, incapacidad, invalidez, vejez y maternidad (24).

La satisfacción de las necesidades es una pauta obligatoria a seguir para el logro de la igualdad como corrección de desigualdades, como punto de llegada, pero: ¿Es la única? Estrictamente, como se ha repetido, es la única que elimina factores arbitrarios ajenos a la equidad. Sin embargo, la experiencia nos demuestra la necesidad de mezclarla con otros parámetros. Si la finalidad última de la igualdad es rellenar las privaciones de las necesidades básicas de todos los individuos, es indispensable la tenencia por parte de la sociedad de suficientes bienes materiales. Es por ello por lo que no hay que dejar de tener en cuenta las circunstancias que contribuyen a mejorar la productividad, y que llevan a asimilar la igualdad como trato desigual no sólo

(23) MÉNDEZ, José María, *Valores éticos*, Estudios de Axiología, Madrid, 1978, págs. 512 y sigs.

(24) Artículos 25, 35, 36, 37 y 82 de la Constitución de la República Democrática Alemana, 37 y 43 de la Constitución de Bulgaria, 23, 24 y 26 de la Constitución de Checoslovaquia, 57, 58, 59 y 62 de la Constitución de Hungría, 70, 73 y 79 de la Constitución de Polonia, 20 y 23 de la Constitución de Rumanía y 35, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución de la Unión Soviética.

ante desiguales necesidades sino también ante desiguales rendimientos y capacidades.

Conviene recordar la evolución que diseñara Marx hasta que, en la fase superior de la sociedad comunista, se pudiera declarar sin temor a error: «De cada cual, según sus capacidades; a cada cual, según sus necesidades.» Como advierte Alessandro Baratta, este principio no es la causa, sino la consecuencia de la transformación de la sociedad, de la transformación de las relaciones y la estructura de producción (25). Primero debe desaparecer «la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo»; y éste convertirse no sólo en medio de vida sino en primera necesidad vital; deben crecer las fuerzas productivas y correr «a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva» para que cada uno pueda percibir según sus necesidades (26). Como admite el Preámbulo de la Constitución checoslovaca, hasta entonces sólo se podrá vocear el lema del socialismo: «De cada uno según sus capacidades, a cada uno según su trabajo.» «En un momento posterior de la evolución en que el trabajo se convertirá en la primera necesidad vital del hombre, nos proponemos llegar al impulso de las fuerzas productoras y a la multiplicación de las riquezas de la sociedad tales que sea posible satisfacer todas las necesidades crecientes de esta sociedad y del desarrollo general de cada uno de sus miembros. Entonces será posible abordar la puesta en práctica del principio supremo de la distribución, lema del comunismo: De cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades» (27).

Mientras en el mundo capitalista, por definición, el criterio de la necesidad no puede ser globalizador a la hora de interpretar la igualdad material, tampoco lo es en el mundo socialista. Ambos, en mayor o menor medida, acuden a otras reglas directrices. Junto al criterio de la necesidad es forzoso citar el criterio cuantitativo del rendimiento (desigual trato para desiguales rendimientos) y al criterio cualitativo de la capacidad (desigual trato para desiguales capacidades), cuya arbitrariedad pretende ser neutralizada mediante su eficacia.

El criterio del rendimiento o del mérito se basa en la idoneidad de las técnicas conductistas de control y modificación del comportamiento llevadas al campo jurídico y económico. Distribuir desigualmente según el rendimiento o el mérito en el trabajo es algo discrecional, pero es justificable por los beneficios que puede acarrear para la generalidad de los individuos por incentivar el aumento de la productividad. Desde este punto de vista facilita que la igualdad de resultados se mantenga y fortalezca —siempre que no contradiga el principio de la desigualdad según las necesidades— apoyándose en un nivel más alto de riqueza social y, por tanto, en un aumento de necesidades básicas satisfechas.

La igualdad entendida como concesión por parte del Estado de unas

(25) BARATTA, Alessandro, *Derecho y Justicia en Marx*, en SISTEMA, núm. 55, junio 1983, pág. 31.

(26) MARX, Carlos, *Crítica del programa de Gotha*, cit., pág. 24.

(27) Preámbulo (II y III) de la Constitución checoslovaca de 1960.

ventajas proporcionales a los servicios prestados fue ya defendida por Jean-Jacques Rousseau, quien reaccionó frente a la idea de igual trato para todos (28). Tras la revolución bolchevique se adopta el principio del rendimiento desde una óptica negativa —«Quien no trabaja, no come»—, que sólo paulatinamente va perdiendo vigencia; a pesar de ello, las Leyes Fundamentales de los Estados socialistas de Europa Oriental no dejan de incluir artículos relativos a la aplicación del principio socialista de la distribución según la cantidad de trabajo prestado (29).

En los países capitalistas desarrollados las reglas de la satisfacción de las necesidades básicas y de la remuneración según el rendimiento del trabajador se combinan con el favorecimiento de las mejores capacidades y aptitudes, según el cual el trato desigual responde a desiguales capacidades. La ilegitimidad de este criterio parece más clara puesto que deriva de una desigualdad causada por factores genéticos o por el entorno social, sin que sea sustancial el mérito del individuo. Su justificación como parte de una fundamentación de la igualdad material es a primera vista ilógica, como lo demuestra el hecho de que algunos de los actuales argumentos antiigualitaristas han destacado el perjuicio que para los más capaces puede entrañar la igualdad de resultados (30). Por ello, pienso que sólo en una acepción flexible el principio de las capacidades puede complementar al de las necesidades y al del rendimiento, en el sentido de que el trato desigual, al deberse a un elemento cualitativamente distinto, ha de ser también cualitativo. Es decir, dispares aptitudes físicas o intelectuales capacitarán desigualmente para la ocupación de cargos que las requieran, pero sin que ello suponga una atención cuantitativamente preferente, sino cualitativamente distinta. De este modo, no se vulnera la igualdad como punto de llegada, al tener en cuenta, sobre todo, las necesidades básicas de los individuos, pero se introduce un factor de discriminación para un funcionamiento más racional de la ordenación igualitaria.

(28) ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, traducción al castellano de Melitón Bustamante Ortiz e introducción de Lluís Crespo, Península, Barcelona, 1976, 3.ª ed., pág. 156. Vid también JIMÉNEZ MORENO, *La desigualdad entre los hombres. Sobre el discurso de J. J. Rousseau*, SISTEMA, núm. 33, noviembre 1979, págs. 51 y sigs.

(29) Artículos 29.1 y 30 de la Constitución de Albania, 2.3 y 24.1 de la Constitución de la República Democrática Alemana, 32.2 de la Constitución de Bulgaria, 21.1 de la Constitución de Checoslovaquia, 14.4 y 55.1 de la Constitución de Hungría, 19.3 y 68.1 de la Constitución de Polonia, 5.2 de la Constitución de Rumanía, 14.2 de la Constitución de la Unión Soviética y el Preámbulo (II) de la Constitución de Yugoslavia. En las Constituciones occidentales, el artículo 36.1 de la italiana y el 53 a) de la portuguesa.

(30) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad material*, cit., págs. 256 y 257.

IV

La igualdad de resultados reclama un trato desigual dependiente principalmente de las necesidades primarias de los individuos, pero también del rendimiento productivo —por su utilidad práctica para el crecimiento económico— y de los atributos personales —que provocan una distribución más eficaz de los empleos—. En realidad, la conjunción de estos tres criterios es significativa porque explica la complementariedad entre la igualdad de resultados y la igualdad de oportunidades. Si anteriormente pudimos deducir que la igualdad de resultados servía para rellenar las lagunas que dejaba sin cubrir la igualdad de oportunidades, lo cierto es que ahora se invierten los términos. La igualdad de resultados, que en rigor debería fundarse únicamente en la igual satisfacción de las necesidades humanas, gana en eficiencia si no desconoce las diferencias en los rendimientos y las capacidades, diferencias asumidas por la igualdad de oportunidades.

Sobre la base de la complementariedad recíproca de la igualdad de oportunidades —igualdad como punto de partida— y la igualdad de resultados —igualdad como punto de llegada— intentaré ofrecer algunas conclusiones sobre el papel de la igualdad material en relación con otros valores jurídicos contiguos.

Gran parte de las razones contra el igualitarismo material se sustentan en la irremisible incompatibilidad entre libertad e igualdad material. Según esta tesis, la naturaleza, sin la intervención humana, acoge a los seres como libres, pero no como iguales (31). La igualdad violenta el desarrollo natural de las sociedades y, consiguientemente, hace inviable la libertad (32). Para el matrimonio Friedman, existe una evidente antítesis entre el ideal de la igualdad material y el ideal de la libertad personal, como se ha puesto de manifiesto en los países comunistas: «El resultado final ha sido invariablemente un estado de terror» que ha suprimido todo resquicio de libertad. «El uso de la fuerza para lograr la igualdad destruirá la libertad, y la fuerza, introducida con buenas intenciones, acabará en manos de personas que la emplearán en pro de sus propios intereses» (33).

Estas opiniones conllevan un paralelismo entre libertad e igualdad formal que pienso que es totalmente erróneo. La literatura jurídica, económica y filosófica se ha encargado de combatir detalladamente las doctrinas ultraliberales, matizando el parcial concepto de libertad sobre el que gravitan.

(31) KUEHNELT-LEDDIHN, Erik, R. V., *Libertad o igualdad. La disyuntiva de nuestro tiempo*, traducción al castellano de José María Vélez Cantarell, Rialp, Madrid, 1962, págs. 19 y 20, y HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*, traducción al castellano de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1979, vol. II, (*El espejismo de la justicia social*), págs. 141 y sigs.

(32) VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín, *Igualdad, libertad, gobierno y planificación*, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 178, 1971, págs. 134 y sigs.

(33) FRIEDMAN, Milton y Rose, *cit.*, págs. 193, 194, 209 y 210.

Ya Alexis de Tocqueville describía el objetivo supremo de los pueblos democráticos, que no era otro que enlazar la libertad con la igualdad humana. «Los hombres serán perfectamente libres porque serán iguales; y serán perfectamente iguales porque enteramente libres» (34). La creencia en una ley natural que induzca a la libertad y a la desigualdad no resiste verificación racional alguna. Por otro lado, enunciar como norma general que la igualdad sólo se puede obtener con violencia y, por tanto, arrasando la libertad, es absurdo. A lo largo de la historia se han sucedido muchas revoluciones en busca de la libertad, igualdad o justicia, pero también repetidamente éstas han sido el producto de cambios pacíficos. El derecho, sustituto de la violencia, sin lugar a dudas puede ser el medio para la consecución de la igualdad, sobre todo en países firmemente democráticos. Es más, la fuerza se ha dirigido muchas más veces hacia la perpetuación de la desigualdad que hacia la realización de la igualdad.

La libertad, como opuesta a la igualdad, equivale exclusivamente a la libertad de los agraciados económicamente, por lo que no deja de ser una libertad a medias. Cuando hablamos de igualdad material entendemos por ella una misma libertad de todos, no idéntica ni para los mismos objetivos pero sí con las mismas posibilidades. Como advierte Ernest Bloch, la igualdad lleva en sí un cometido central y una significación afines a la libertad. Igualdad y libertad conjuntan aspiraciones y objetivos, porque «libertad es liberación de la opresión, y la opresión es causada por la desigualdad económica y sus efectos» (35). La libertad se expande, en palabras de A. E. Pérez Luño, al convertirse en libertad «con» (Mit-Freiheit), que abarca la necesaria referencia a los demás, y así la libertad e igualdad se vinculan estrechamente, porque la libertad pierde «su connotación individualista en la medida en que deja de ser privilegio exclusivo de algunos para exigir la participación inclusiva de todos» (36).

La igualdad real, coincidente, con la libertad positiva, da contenido a la justicia, utilizándose para el tránsito desde la justicia formal hasta la justicia material (37). Frente a la equívoca idea aristotélica de las relaciones entre igualdad y justicia («la justicia es igualdad, pero no para todos, sino para los iguales, y la desigualdad parece ser justa, pero no para todos, sino para los desiguales») (38), la justicia como valor universal es representada desde el siglo XVIII por medio de la

(34) TOCQUEVILLE, Alexis, *La Democracia en América*, traducción al castellano, de Dolores Sánchez de Aleu, Alianza Editorial, Madrid, 1980, tomo II, págs. 85 y 86.

(35) BLOCH, Ernest, *Derecho natural y dignidad humana*, traducción al castellano de Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980, págs. 166 y 170.

(36) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad material*, cit., págs. 267, 280 y sigs., y DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción al castellano de María Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, 380 y sigs.

(37) BROEKMAN, Jan M., *Justice as equilibrium*, en *Law and Philosophy*, vol. 5, núm. 3, diciembre 1986, págs. 372 y sigs.

(38) ARISTÓTELES, *La política*, edición preparada por Carlos García Gual y Aurelio Pérez García, Nacional, Madrid, 1977, pág. 137.

igualdad (39). Encomiamos la igualdad en cuanto que creemos que es lo justo, al igual que la desigualdad es injusta, por lo que implícitamente nos ubicamos dentro de coordenadas iusnaturalistas (40). La justicia material concreta las apelaciones genéricas a la proporcionalidad aritmética y geométrica, propias de la justicia formal, que adquieren fuerza sustantiva desde el momento en que la igualdad material se incorpora y se aloja en el seno de la justicia (41).

(39) PERELMAN, Ch., *Egalité et intérêt général*, en *Légalité*, edición citada, Bruylant, Bruselas, vol. III, 1982, págs. 615 y sigs.

(40) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad material*, cit., págs. 273 y 274.

(41) FERRAZ, Tercio S., *Justicia material*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núms. 23-24, 1983-84, págs. 138 y sigs.

Justicia e igualdad en Luhmann

Por JESUS IGNACIO MARTINEZ GARCIA

Zaragoza

Se presenta en este estudio un análisis de los planteamientos de Luhmann en torno a los problemas de la justicia y los derechos fundamentales. El interés directo que lo ha guiado ha sido un examen del principio de igualdad, que tradicionalmente se ha considerado como el núcleo de la justicia y además se ha introducido en la legislación como un derecho fundamental con importantísimas ramificaciones en todo el ordenamiento jurídico. Pero en Luhmann hay una concepción muy abstracta y peculiar del principio de igualdad, a la vez que de la justicia y del sentido de los derechos fundamentales, dentro de un marco teórico que en aspectos decisivos le hace distanciarse de las opiniones más extendidas en el ambiente jurídico. La justicia no es aquí un concepto ético, los derechos fundamentales no son justicia positivada, la igualdad no es un valor ni constituye el contenido de la justicia. Conexiones de ideas muy arraigadas se rompen así, para intentarse unas relaciones nuevas, resultando obligado tratar de otras muchas cosas.

Nada de esto puede entenderse ni juzgarse independientemente del modo en que Luhmann concibe el derecho y sin tener presentes algunos de sus presupuestos metodológicos. Lo que podría parecer un largo rodeo por cuestiones previas permitirá además ver en el esquema igual-desigual un elemento epistemológico de largo alcance en la dinámica de los sistemas, del que el principio jurídico de igualdad es un caso particular. La igualdad no es aquí un derecho fundamental más sino un elemento estructural de todo el derecho y su estudio proporciona una lucidez especial desde la que algunas de sus estrategias adquieren transparencia, como se verá al final.

Tras su crítica al mundo heredado de la Ilustración, que en buena medida pervive en el derecho, quizá más que en otros ámbitos de la cultura, se tiene cierta sensación incómoda de estar en precario, por más que los grandes principios jurídicos aparezcan reconvertidos y reciclados en una poderosa maquinaria sistemática. Pero esta precariedad ya no puede tener el *pathos* existencialista. Se entra en una racio-

nalidad instalada precisamente en la contingencia, y su inseguridad es semejante a la producida en el sistema económico, con el que el derecho tiene notables parecidos. Tan lejos de la estrategia irracionalista como de la utopía confortadora, se busca una operatividad que no puede limitarse a ser, como a veces se ha pensado, consagración del *statu quo*, aunque sólo sea por la claridad de su *Beobachtung* y la eficacia de sus diagnósticos. Aunque como esta teoría es una *work in progress*, a pesar de su impresionante coherencia resulta difícil evitar algunas inseguridades conceptuales y terminológicas.

Advierte Luhmann que quien se ocupa de los derechos fundamentales, y podríamos decir lo mismo de la justicia, no puede tratar sólo de eso (1). Realmente son ya pocos los que se introducen en estas regiones del continente jurídico sin ir pertrechados de un bagaje de elementos históricos, sociológicos y filosóficos. Sabemos que en las alturas de la pirámide kelseniana un razonamiento estrictamente jurídico suele resultar escuálido. El vértice, envuelto en las nubosidades de la *Grundnorm*, sólo en contadas ocasiones se hace visible a una mirada normativa. Pero frecuentemente estos materiales extrajurídicos, recopilados de manera un tanto azarosa y arbitraria, sólo se prestan a un ejercicio de *art decò*, embelleciendo un esquema básicamente formalista. Es, con todo, una dosis de buena disposición y de cultura general que, aun a riesgo de empañar la *elegantia juris*, suele bastar para tranquilizar la conciencia del jurista más o menos puro.

Por el contrario, las observaciones de Luhmann remiten a un *Hintergrund* teórico tan compacto y elaborado que constituye un auténtico ejemplo de tecnología pesada. Se trata de la *Systemtheorie*, ese ambicioso proyecto epistemológico de funcionalismo estructural (revisión crítica del estructuralismo funcional de Parsons) que en sus más recientes configuraciones ha acentuado los elementos autorreferenciales, inspirándose en las teorías biológicas de la *autopoiesis* (Maturana y Varela). Se hará por ello necesario referirse a algunos rasgos de este pensamiento, en cierta medida ya accesible en español, para abordar los problemas de los derechos fundamentales, en particular la igualdad, y de la justicia (2).

(1) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 2.^a edic., Duncker und Humblot (Berlín, 1974), pág. 201. Sigue sin modificaciones la primera edición de 1965.

(2) Se encuentran ya traducidas las siguientes obras de N. LUHMANN: *Ilustración sociológica y otros ensayos*, trad.: H. A. Murena, Sur (Buenos Aires, 1973), 284 págs.; *Fin y racionalidad en los sistemas: Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad.: J. Nicolás, Editora Nacional (Madrid, 1983), 349 págs.; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad.: L. de Otto, CEC (Madrid, 1983), 153 págs.; «El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho», en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 25 (1985), págs. 87-103; «Participación y legitimación: Ideas y experiencias», en *La participación, Anuari de la Facultat de Dret* (Lérida, 1985), págs. 11-21. Escaso interés para nuestra materia tiene *El amor como pasión: La codificación de la intimidad*, trad.: J. Adsuar, Península (Barcelona, 1985), 239 págs. De los fragmentos citados en el texto de los que no hay versión española la traducción es mía. La bibliografía española sobre Luhmann es aún muy escasa. En el campo de la filosofía del Derecho, ha sido pionero en su estudio A. OLLERO con las siguientes obras: *Derecho y sociedad: Dos reflexiones en torno*

La teoría de Luhmann une a su notable ambición teórica la capacidad de irritar a la mayor parte del pensamiento jurídico, sobre todo al basado en un cierto humanismo. Critica fuertemente las interpretaciones de la justicia y los derechos fundamentales considerados como valores de carácter ético. Declara que hacer de la justicia un principio moral es desvirtuarla (3); que presentar los problemas de justicia como conflictos de valores para buscar luego un compromiso (como cuando se contraponen libertad e igualdad) es un planteamiento que no puede llevar a soluciones, sino sólo a una utilización dialéctica de los términos en juego (4); que la justicia es algo tan general que debido a su abstracción nadie rechaza, pero que no tiene capacidad discriminatoria y no sirve como criterio de argumentación ni de decisión (5); que la semántica de la justicia no se ha adaptado a los cambios evolutivos del derecho y que resulta ser, según las distintas ambiciones políticas, un mero concepto decorativo o de protesta, relegado en todo caso a funciones secundarias (6).

a la filosofía jurídica alemana actual, Editora Nacional (Madrid, 1973), especialmente págs. 120 y sigs., 143 y sigs.; «“Systemtheorie”: ¿Filosofía del Derecho o Sociología Jurídica?», en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 13 (1973), págs. 147-177; «La paradoja del funcionalismo jurídico: ¿Derecho función del “sistema” social o función del derecho en la vida social?», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII (1973-1974), págs. 97-105. De este último trabajo hay también versión en francés: «La fonction technocratique du droit dans la “Systemtheorie” de Niklas Luhmann», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLI, 4 (1975), págs. 557-566, y traducción alemana en el volumen colectivo: V. RONGE y U. WEIHE (eds.), *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik*, Piper und Co. (München, 1976), 297 págs. También pueden verse los comentarios de J. J. GIL CREMADES en dos artículos: «Razón práctica y razón jurídica», en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 17 (1977), págs. 14-17, y «La motivación de las decisiones jurídicas», en *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, Universidad Nacional Autónoma (México, 1980), págs. 422 y sigs. Se analizan igualmente aspectos de la teoría de Luhmann en los trabajos de J. A. GARCÍA AMADO, «Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1985), págs. 307 y sigs., y «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», en *Ibidem* (1986), págs. 174 y sigs. Una breve referencia se encuentra en J. I. LACASTA ZABALZA y A. SERRANO GONZÁLEZ, «El Tribunal Constitucional ante los derechos de la mujer: consideraciones sobre un equilibrio inestable», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 12 (1986), pág. 173. En obras generales sobre teoría de sistemas se encuentra alguna información sobre Luhmann. Conozco las de R. GARCÍA COTARELO, *Crítica de la teoría de sistemas*, Centro de Investigaciones Sociológicas (Madrid, 1979), 166 págs., y F. PARRA LUNA, *Elementos para una teoría formal del sistema social*, Edit. Univ. Complutense (Madrid, 1983), págs. 83-85. Son también de interés: R. DE AGAPITO SERRANO, «Ciencia política y sociología (La “ilustración sociológica” de N. LUHMANN)», en *Revista de Estudios Políticos* (1978), 2, págs. 107 y sigs.; J. E. RODRÍGUEZ-IBÁÑEZ, *El sueño de la razón: La modernidad a la luz de la Teoría Social*, Taurus (Madrid, 1981), sobre la polémica Habermas-Luhmann en págs. 198 y sigs., y F. VALLESPÍN OÑA, «Crisis de la democracia y Estado Social», en *Estudios en homenaje a F. Murillo Ferrol*, vol. I, CEC (Madrid, 1987), págs. 253 y sigs.

(3) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft», en *Rechtstheorie* (1973), 2, pág. 167.

(4) Cfr. *Ibidem.*, pág. 164 y N. LUHMANN, *Grundrechte...*, *cit.*, pág. 163. En esta última obra opina que los valores no son operativos en una discusión Este-Oeste, cfr. pág. 198.

(5) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, págs. 133, 143-144.

(6) Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, A. Metzner Verlag (Frankfurt am Main, 1986), pág. 42.

Parecen reafirmarse las actitudes irracionalistas que con acentos distintos ocupan gran parte del pensamiento jurídico de los últimos tiempos: las críticas de Kelsen al derecho natural, los exabruptos de Ross, los emotivismos inspirados en Ayer y Stevenson, el decisionismo del primer Perelman, o las teorías que Rawls califica de intuicionistas, por citar algunos ejemplos significativos (7). Pero hay un estilo nuevo en los juicios de Luhmann: no se trata tanto del clásico problema, tan debatido por los analíticos, del puesto de la razón en la ética como de la denuncia de falta de operatividad, de pérdida de funcionalidad. Y lo decisivo viene a partir de aquí, en la *pars construens* de la teoría, tras la tarea polémica de desalojo y demolición. Se trata de redefinir la justicia como algo específico (*Sonderkriterium*) para el sistema jurídico ya socialmente diferenciado, y los derechos fundamentales no como valores sino como mecanismos jurídicos al servicio de la estabilidad y estructuración del derecho.

Luhmann aparece como un nuevo *maître à penser* que en nombre de una metodología superior exige replantear el rutinario y poco operativo arsenal conceptual adoptado por los juristas (*umdenken, Umformulierung*). Reivindica un nuevo tipo de ilustración que parece suponer un cambio de paradigma con respecto a los hábitos más extendidos, exhibiendo la seguridad de quien se ha distanciado de lo que irónicamente llama *alteuropäisches Denken*.

La tarea no es fácil, pues el *Systemdenken* exige hablar el lenguaje del sistema, que es experto en construir y fingir realidades y otras astucias; implica jugar su propio juego sin poner en cuestión las reglas o haciéndolo sólo a través de esas mismas reglas. De todas formas al jurista se le supone sobrada capacidad para esto pues es ya avezado experto en hablar de derecho desde el mismo derecho, en cambiar el derecho con el derecho, en ganar libertad operando precisamente dentro del dogma y a la vez que lo refuerza (8).

Se requiere además destreza en un pensar referido a procesos, relaciones, intercambio de comunicaciones y realidades fluidas, para lo que el jurista se encuentra en desventaja gracias a su tradición habituada a lo sólido y estable y a las dicotomías. Aquí se potencian los dinamismos, las posiciones aparecen como fungibles perdiendo su consistencia óptica y los acontecimientos no son vistos como realidades firmes sino como selección estratégica entre otras posibilidades (9). Aun-

(7) Cfr. H. KELSEN, *¿Qué es justicia?*, trad.: A. Calsamiglia, Ariel (Barcelona, 1982), 283 págs.; A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, trad.: G. R. Carrió, 2.ª edic., Eudeba (Buenos Aires, 1970), 375 págs.; Ch. L. STEVENSON, *Ética y lenguaje*, trad.: E. Rabossi, Paidós (Buenos Aires, 1971), 308 págs.; Ch. PERELMAN, *De la justicia*, trad.: R. Guerra, Univ. Autónoma (México, 1964), 78 págs.; J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad.: M. D. González, FCE (México-Madrid-Buenos Aires, 1979), 649 págs.

(8) Cfr. N. LUHMANN, *Sistema jurídico...*, cit., págs. 28-30.

(9) El pensamiento de Kelsen (al fin y al cabo uno de los representantes más presentables del neokantismo jurídico), que refleja muy bien la *forma mentis* dominante, es consolidación de escisiones y ha sido negativo en cuanto a pensar procesos y relaciones, pues parte de dicotomías en una lógica claramente binaria y mecanicista (ser-deber ser, supuesto de hecho-consecuencia jurídica, norma superior general y abstracta-nor-

que también convendrá ponerse en guardia contra el sistema como tal, no sea que entre tanto dinamismo e inestabilidad se refugie nuestra necesidad de seguridad en la misma estructura de la teoría. Habrá que advertir que los sistemas sociales no sólo no son realidades naturales sino formadas en una historia de interacción humana, sino que en parte están siendo construidos por el propio teórico en el momento en que los estudia, como modelos explicativos de su laboratorio.

El sistema en su ambiente

Ante todo conviene precisar el concepto de sistema, por su centralidad y porque entre juristas se corre el riesgo de entender apresuradamente algo así como una estructura normativa, ordenamiento jurídico o *legal system*, en cualquiera de las teorías más familiares.

De entre las muchas definiciones de sistema que se encuentran dispersas por las obras de Luhmann podemos partir de una de las más concisas. Sistemas son «identidades que se conservan en un ambiente complejo y cambiante por medio de la estabilización de una diferencia de los planos interior y exterior» (10). Se trata precisamente de sistemas sociales, de sistemas de acción, entendiendo por acción «todo comportamiento orientado con sentido y dotado de repercusión exterior», con lo que son sistemas que «se componen de acciones concretas de una o varias personas y que se delimitan con respecto a un ambiente por medio de relaciones de sentido entre estas acciones» (11). Estructuras de todo tipo —familias, empresas, sociedades, iglesias, estados— se conciben como complejos sistemas de acción que para mantenerse en su medio ambiental deben resolver múltiples problemas. Son realidades extraordinariamente dinámicas hechas de actividad, de flujos e intercambios, y para entenderlas es preciso servirse de conceptos

ma inferior particular y concreta, derecho objetivo-derecho subjetivo, derecho público-derecho privado, derecho-moral). Pero Kelsen es lo suficientemente agudo para sentir malestar ante estos esquemas (que percibe como incoherencia lógica) y emprende la tarea de redefinir o identificar los términos contrapuestos, a la vez que abstrae y espectraliza el derecho. Ser y deber ser son dos metodologías, pues en la realidad están implicados mutuamente; propone una visión de la norma en la que la sanción es el contenido y se dirige a los órganos del Estado logrando así una especie de monismo normativo; explica que la creación de una norma y la interpretación y aplicación son estructuralmente lo mismo; el derecho subjetivo y el objetivo aparecen como puntos de vista; todo derecho es derecho público; la norma fundamental es la vez ser y deber ser. A pesar de diseñar una nomodinámica no hay procesos sino identidades y polaridades. Desde otros planteamientos puede verse una comparación entre Kelsen y Luhmann en H. DREIER, «Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive», en *Rechtstheorie*, 14 (1983), 4, págs. 419 y sigs., y F. OST, «Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, 31 (1986), págs. 141 y sigs.

(10) N. LUHMANN, *Fin y racionalidad...*, cit., pág. 163.

(11) *Ibidem.*, pág. 10. Los conceptos fundamentales del pensamiento de Luhmann aparecen definidos en muchas de sus obras. En este sentido *Rechtssoziologie*, 2.^a edic. ampliada, Westdeutcher Verlag (Opladen, 1983), 385 págs., es especialmente significativa, así como *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp (Frankfurt am Main, 1984), aunque conviene actualizar con *Die soziologische Beobachtung...*, cit., por lo que respecta a elementos de la llamada autopoiesis.

—como se observa en estas definiciones— implicados recíprocamente y en tensión: identidad-diferencia, exterior-interior, sistema-ambiente, estabilidad-evolución, y otros un tanto misteriosos como el de sentido (*Sinn*).

Con un lenguaje de mayor plasticidad podemos decir que los sistemas tienen algo así como un instinto de autoconservación, lo que no significa fixismo o conservadurismo, aunque haya sido blanco de tantas críticas de los partidarios de las sociologías del conflicto, pensando que a pesar de todo se sobrevaloran elementos de consenso y estabilidad.

El sistema es un fragmento de mundo (*Weltausschnitt*) que se desenvuelve en un ambiente o entorno (*Umwelt*), constituido entre otras cosas por sistemas, que le hace posible actuar y también le plantea continuos problemas. El ambiente le mantiene y le desafía a la vez con su complejidad y su contingencia. Complejidad y contingencia son los dos atributos del mundo: el exceso de posibilidades que ofrece frente a la realidad más limitada del sistema y la inestabilidad de todo lo que hay. La vida del sistema supone reducir complejidad y prepararse frente a la contingencia, es decir, seleccionar y defenderse de los peligros de decepción. La concepción clásica y estática del sistema como una totalidad constituida de partes, que dirige la atención del estudioso hacia su interior, y que ve la racionalidad como ausencia de contradicciones, se ha superado aquí por una teoría funcional de las mutuas relaciones entre sistema y ambiente, para la cual los sistemas son identidades complejas que intentan mantenerse en un medio intrincado y fluctuante.

En cuestiones de derecho esto implica tanto una crítica a la concepción formalista y cerrada del sistema jurídico, centrada en una normatividad que puede estudiarse independientemente, purificada de adherencias extrajurídicas (Kelsen), como a las diferentes concepciones sociológicas que ven el centro de gravedad del derecho en la sociedad (Marx, Ehrlich). Las relaciones funcionales sistema-ambiente, en su reciprocidad y simultaneidad, concebidos ambos como variables y también con cierta autonomía, no se pueden reducir al elemental esquema de causa-efecto (12). Y mucho menos el centro de gravedad del derecho estará más allá del mundo, en los valores de un iusnaturalismo abstracto, como han defendido tantas teorías de la justicia. Por otra parte piensa Luhmann —a quien como se ve no falta audacia— que el marxismo carece de radicalidad, no política sino teórica, puesto que sus instrumentos conceptuales no están a la altura del actual desarrollo científico y social. No es la crítica de la dominación en el campo político y económico sino el análisis sistema-ambiente lo que permite responder a los apremiantes problemas de la actualidad (13).

(12) Cfr. N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., pág. 179. Con el giro auto-poietico se vuelve en parte a una teoría de sistemas cerrados.

(13) Cfr. N. LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, Olzog (München-Wien, 1981), págs. 17-18. Esperemos que la respuesta de la *Systemtheorie* no sea sólo en favor de una realidad más operativa y haya también otro tipo de crítica.

El sistema metaboliza el ambiente, absorbe múltiples realidades, actualiza selectivamente el potencial de posibilidades del mundo, posee diversas estrategias de asimilación, de neutralización y de indiferencia, y en esta actividad se ve obligado a modificarse, llegando incluso a generar subsistemas. Los subsistemas, diversificando, hacen el conjunto muy selectivo y consiguen aislar determinados estímulos procedentes del ambiente que podrían ser peligrosos si repercutieran sobre el todo, neutralizando y ganando tiempo en situaciones críticas, e intensificar otros que resultan favorables.

Los sistemas son maquinarias de selección y por lo tanto productores de latencia, y no sólo fragmentos de realidad sino verdaderos constructores de realidad. Para orientarse en un ambiente múltiple es necesario elegir y por ello los sistemas están hechos de elecciones sucesivas y referidas entre sí. Hay algunas que se toman como puntos de partida, que no se problematizan, y hacen posible y potencian ulteriores procesos selectivos. Estas preselecciones constituyen la estructura del sistema, escogiendo aquello sobre lo que será posible escoger de nuevo (doble selectividad). La estructura aspira a ser estable, capaz de resistir las variaciones y acogerlas; aspira a ser a la vez variable e invariable. Y este orden interno estructuralmente predelineado sólo es comprensible desde la específica función de reducción de complejidad que compete a cada sistema, frente a consideraciones exclusivamente intrasistemáticas, que verían aquí no una forma peculiar de racionalidad sino puro decisionismo.

Ni que decir tiene que Luhmann evita en lo posible este lenguaje de tantas connotaciones organicistas y mecanicistas —aquí mera licencia expositiva— expresándose de un modo muy abstracto y tecnificado, en lo que se cifra gran parte de la dificultad de sus escritos pero también su extraordinario alcance. Prefiere los conceptos a las imágenes, y en cuanto a éstas sólo utiliza algunas de elevadas posibilidades lógicas: sensibilidad del sistema y absorción ante la irritación producida por el entorno, resonancia del mundo circundante en las múltiples cavidades del sistema (imágenes musicales que le permiten hablar también de *tempo* y ritmo), traducción de complejidad externa a complejidad interna de modo que los problemas son astutamente redefinidos como problemas del sistema (14).

De la ilustración de la razón a la ilustración sociológica

En Luhmann no encontramos ninguna propuesta de tipo kantiano, recuperadora de la persona humana con los valores intrínsecos de racionalidad y dignidad, de los que todos participan por igual. No se pretende construir ningún dispositivo como la *original position* rawlsiana que elimine distorsiones de la naturaleza humana y permita un razonamiento fiable sobre la justicia. No hay ninguna añoranza de una ha-

(14) Cfr. N. LUHMANN, *Soziologische Beobachtung...*, cit., págs. 13-14; *Grundrechte...*, cit., págs. 99, 153; *Macht*, F. Enke Verlag (Stuttgart, 1975), pág. 84.

bermasiana situación ideal de diálogo que represente el triunfo de una razón reconciliadora frente a todo particularismo. No se postula un auditorio universal a lo Perelman, abriendo la retórica a la verdad. La *Systemtheorie* no apela ya a la centralidad de la razón humana, que postuló el pensamiento ilustrado y que pervive en los neocontractualismos. Lo que ilumina, según Luhmann, ya no puede ser la razón, que liberada se despliega en una comunicación privada de coerciones, sino sólo un aumento efectivo del potencial humano para la comprensión y la reducción de la complejidad (15).

La racionalidad con la que trabaja esta teoría no es una propiedad ontológica del sujeto individual, sino la capacidad que tiene el sistema de regular sus propias transformaciones en un contexto inestable. Se descubre así un nuevo modo de producción de racionalidad, la racionalidad sistémica, con lo que se abre también un nuevo estilo de crítica: a la ilustración de la razón sucede la ilustración sociológica. Y la primera queda ya como modesta e ingenua «pues sólo los sistemas pueden servir como medios de la ilustración, no el público que discute libremente» (16).

La ilustración sociológica tiene una de sus mayores virtualidades en la detección de funciones latentes, lo que realiza con especial fuerza en el campo de los derechos fundamentales. Así, el derecho al voto no debe ser entendido como una consecuencia del principio de libertad individual, como cauce eficaz para la expresión de intereses concretos, teniendo en cuenta además que Luhmann tiene una particular visión de la libertad como imputabilidad; su función latente es más bien asegurar la diferenciación interna del sistema político en los subsistemas político (juego de partidos) y burocrático (Parlamento, Administraciones, Tribunales, en tanto que piensan y deciden programáticamente) garantizando a sus titulares solamente un papel de meros partícipes en el sistema político con una limitadísima capacidad de influencia en sus decisiones, pero generando legitimidad y sirviendo de coartada para que el sistema político exija la obediencia (17). Del mismo modo el derecho a la propiedad no tutela efectivamente la personalidad, ni la necesidad de bienes materiales; únicamente garantiza un papel de abstracto partícipe en el sistema comunicativo de la economía, necesario para que el sistema adquiera estabilidad e indiferencia (18).

Se descubre por lo tanto la función de estos derechos en tanto que derechos formales, que no son palabras vacías como para algunos críticos de la democracia formal, sino elementos sistémicos importantes

(15) Aunque ya no completamente actual sigue siendo interesante la polémica entre los dos tipos de ilustración tal como aparece en J. HABERMAS y N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, Suhrkamp (Frankfurt am Main, 1971), 405 págs.

(16) N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, *cit.*, págs. 115. El ensayo titulado precisamente «Ilustración sociológica», págs. 92 y sigs., puede leerse como un contrapunto al conocido escrito de I. KANT, «Respuesta a la pregunta ¿qué es Ilustración?», en *Filosofía de la Historia*, trad.: E. Estiú, E. Nova (Buenos Aires, 1964), págs. 58 y sigs.

(17) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, *cit.*, págs. 148, 153-154.

(18) Cfr. *Ibidem.*, pág. 120.

y activos, pero nada más, y sólo retóricamente pueden ser presentados con un contenido material al uso. «Mientras la ilustración de la razón había intentado fundamentar el derecho como derecho natural (aun cuando sólo en la forma subjetiva de un derecho de la razón) —escribe Luhmann—, le correspondió a la ilustración sociológica proponer una teoría del derecho positivo (19). Los derechos fundamentales no son derechos humanos, derechos basados en atributos del hombre en cuanto portador de unas exigencias metafísicas, sino mecanismos jurídicos positivos, perfectamente explicables en la lógica de los sistemas, sin recurrir a un trasfondo ético.

En cualquier caso no se patrocina ningún nuevo humanismo, pues el sujeto humano concreto aparece aquí no por encima o más allá del sistema, sino como un equivalente funcional para esos macrosujetos sistémicos, como un fenómeno intercambiable y fungible. El actuar del hombre está además fragmentado en una constelación de sistemas que se han ido diferenciando con una lógica propia. Los sistemas sociales no están formados por hombres sino por acciones dirigidas por expectativas: «Para los sistemas los hombres son siempre medios» (20).

A un nuevo tipo de racionalidad corresponde una nueva subjetividad ostentadora o, en nuestro caso mejor, productora de la misma, que es el sistema. No se trata pues de un pensamiento sin sujeto, sin referente, sino que el sujeto es aquí bien distinto del estudiado por el racionalismo clásico. La realidad social no es una red con puntos conectados de modo múltiple, en la que no hay ningún centro ni cabe distinguir entre dentro y fuera (Deleuze), sino un ámbito articulado por sistemas que tienen una propia estructura y una cierta autonomía.

Verdad y autorreferencia en sistemas autocreadores

Luhmann reclama para sí una metodología postontológica, entendiéndola por ontológica un pensamiento sustancialista y básicamente estático. Identidad del sistema no es fixismo, exclusión de otras posibilidades, sino mantenimiento de la función de orden propia del sistema, para lo cual sus prestaciones son intercambiables, sustituibles por otras funcionalmente equivalentes —lo que tiene gran interés en el estudio del principio de igualdad—, permitiendo un razonamiento comparativo de soluciones posibles. Estabilidad no es inmutabilidad, sino invarianza relativa pensable sólo como relación entre el sistema y un universo cambiante. Racionalidad no es búsqueda de verdades universales, de principios válidos para todos, de *a priori* evidentes o fundados en una certeza intersubjetiva, pues así se limitaría nuestro potencial de comprensión y acción; racionalidad es la capacidad del sistema de encontrar soluciones a los problemas cambiantes, reduciendo complejidad y estabilizándose en un mundo fluctuante. Por ello racionalidad no es descubrimiento de algo que está ahí, sea en la realidad o en

(19) N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., pág. 125.

(20) *Ibidem.*, pág. 82.

el mundo de la lógica, sino producción, creación, como cada vez más se destaca en la teoría de Luhmann.

Aquí es necesario introducir nuevos elementos dentro de una teoría de los llamados «medios de comunicación generalizados simbólicamente». Los sistemas sociales están hechos ante todo de comunicación, en el sentido no sólo de intercambio lingüístico sino también de acción que da Luhmann a este término. La verdad y el poder (y también el amor, el dinero, la fe, etc., que no interesan para nuestro estudio) no son realidades preexistentes sino construidas; son medios de comunicación que aseguran en su ámbito la transmisión de los efectos de las selecciones realizadas por el sistema, de la complejidad reducida (21).

Verdad y poder son tipos de procesos de comunicación sujetos a un código generalizado, es decir independiente de los que lo utilizan, con un esquematismo binario y con un gran papel orientador. La verdad-falsedad no es primariamente una propiedad de una idea o de una proposición, ni el poder-no poder una cualidad de alguien. La asignación del valor verdad a algo o del poder a su titular está regulada por un código, que por otra parte es contingente y evoluciona, que determina todas las implicaciones correspondientes, hace hablar cierto lenguaje y actuar de determinada manera. Con Wittgenstein se podría hablar aquí de juegos de lenguaje y formas de vida con una lógica y una actividad peculiar. Se trata de algo estructural: por ejemplo el que tiene poder no lo crea sobre el que está sujeto sino que ambos son creaciones del poder, ambas partes actúan (*doppelkontingenter Selektivität*) pero sólo a una se le imputa lo que ocurre (22).

La verdad se refiere a las condiciones de todo aquello que nadie puede negar sin dejar de ser individuo racional y opera dentro del sistema ya diferenciado de la ciencia. Los mecanismos de verdad no se refieren a la individualidad de las personas (como el amor), ni al *status* o papel social, ni a la capacidad de conseguir algo (como el poder), sino al hombre como tal. «En las cuestiones de verdad —precisa Luhmann— está el hombre implicado como sujeto, es decir como alguien a quien se toma en cuenta en tanto que portador del sentido del mundo» (23), expresión que sugiere la esforzada figura de Atlas. Pero en su opinión los juicios de valor, y entre ellos los referentes a la justicia, se han segregado ya del ámbito de la verdad, con lo que se concuerda con el planteamiento tan difundido por la filosofía analítica de que las prescripciones no pueden ser ni verdaderas ni falsas, sino sólo objeto de adhesión o decisión, ya que al no haber referente externo no cabe certeza científica (24). No se trataría de un mundo que soportar sino de un mundo que crear, aunque no con un voluntarismo decisionista sino con una lógica sistémica. La convergencia de teoría y praxis propugnada por Habermas se presenta por tanto como muy pro-

(21) Cfr. *Ibidem.*, págs. 174 y sigs.

(22) Cfr. N. LUHMANN, *Macht*, cit., págs. 15 y sigs.

(23) N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand (Darmstadt, 1975), pág. 24.

(24) Cfr. N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., pág. 175.

blemática (25). El mecanismo de la verdad ya no es un medio adecuado para la transmisión de complejidad reducida en materia de juicios de valor. Y esto exige redefinir los valores jurídicos, especialmente la justicia, al margen de la sintaxis de lo verdadero, con un perfil nuevo. Se tratará de ubicarse decididamente en el ámbito de las decisiones, de lo contingente, de la positividad del derecho. La teoría de sistemas ante el viejo problema de la razón en la ética no cae en un irracionalismo decisionista ni se limita a la racionalidad *soft* de la argumentación razonable, sino que articula una peculiar racionalidad sistémica.

Por otra parte el poder en tanto que medio de comunicación hace posible la transmisión de la reducción de complejidad operada por ciertas decisiones independientemente de la voluntad de los sometidos a ese poder. Los mecanismos del poder, separados de los de la verdad, reclaman una *ratio* propia —como en la autonomía del sistema político discutida desde el renacimiento— que abre de modo nuevo el difícil problema de la legitimación, cuestión que ya no podrá ser resuelta a través de la verdad, debiéndose utilizar otros códigos y así el usual aunque poco significativo de conservador-progresista (26). Pero Luhmann destaca un fenómeno que ha pasado desapercibido al pensamiento tradicional: el poder normalizado, el poder jurídico, produce estructuralmente legitimidad, independientemente de su directa vinculación a determinados valores o de la clara aceptación de los sometidos a él (27).

Escribe Luhmann programáticamente: «Una teoría que se fija como meta la comprensión y reducción de la complejidad debe renunciar a los axiomas y, por lo tanto, debe ser traducida del lenguaje de los axiomas al lenguaje de los problemas y sus soluciones» (28). El centro es precisamente el problema y el *Systemdenken* es también un *Problemdenken*, como la tópica de Viehweg, aunque, como se ve, de un modo muy distinto (29). Se han sustituido los fundamentos últimos y sólidos en los que tantas metodologías pretenden centrarse por la figura del problema, y el problema fundamental es *Komplexität*, verdadero *Leit-motiv* de este pensamiento.

En esta lucha con los problemas, y sin contar con axiomas ni así-

(25) Cfr. J. HABERMAS, *Teoría y praxis*, trad.: D. J. Vogelmann, Edit. Sur (Buenos Aires, 1966), págs. 127 y sigs., que sigue siendo significativo a pesar de las últimas transformaciones de su pensamiento.

(26) Cfr. N. LUHMANN, *Macht*, cit., pág. 57.

(27) Se trata de la legitimación procedimental que se estudia en N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, cit.

(28) N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., pág. 111.

(29) Cfr. Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad.: L. Díez-Picazo, Taurus (Madrid, 1964), 143 págs., que comparativamente con la teoría de Luhmann resulta un pensamiento escasamente articulado. También hay muchos paralelos con J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad.: E. Valentí, Bosch (Barcelona, 1961), 498 págs. Hay una referencia en N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., pág. 38. A pesar de todo reconoce que en la estructura de un derecho moderno las reglas de la retórica han sido relativizadas por la sistematicidad interna del derecho: «El derecho ya no es ninguna lucha —tampoco ninguna lucha de *topoi* y argumentos—, sino un orden regulado abstractamente», *Rechtssoziologie*, cit., págs. 178-179.

deros externos sino sólo con su propia experiencia, el sistema se recrea a sí mismo generando mecanismos autorreferenciales y desplegando un tipo de circularidad que en algunos aspectos recuerda a la de la hermenéutica. Se trata de adoptar una estrategia reflexiva, empleando procesos sobre sí mismos, con lo que se potencian (incluso en el sentido matemático de potencia) los efectos de las selecciones operadas por el sistema y aumenta la fuerza del mismo, que además consolida su situación estabilizándose mejor. Ejemplos de reflexividad son hablar sobre el lenguaje, definir conceptos, producir medios de producción, enseñar pedagogía, investigar sobre la investigación (metodología) y —citando algunos casos interesantes para nuestro tema— decidir sobre premisas de decisión, revalorizar valores, hacer normas sobre normas (las *secondary norms* de la teoría de Hart, que aumentan las posibilidades normativas, en especial las normas de cambio que concilian la seguridad con la imprevisión) (30).

Luhmann habla cada vez más de sistemas autorreferenciales y autopoieticos (*selbstreferentieller autopoietischer Systeme*), inspirándose en teorías biológicas, que son «sistemas que en todas sus operaciones se refieren siempre a sí mismos, de modo que no pueden producir ninguna referencia externa sin autorreferencia, y todos los elementos de los que se componen (por ejemplo macromoléculas, células, impulsos nerviosos, comunicaciones, decisiones) se reproducen a sí mismos a través de los elementos de los que se componen» (31). El derecho reúne precisamente estas características pues «es uno de los muchos campos en que la comunicación social no sólo discurre, sino que se comunica extensivamente sobre sí misma» (32). En los sistemas autorreferenciales todo lo que ocurre tiene un componente circular y cerrado, haciéndolos compactos y muy estables, reafirmando y recreándose a sí mismos. En cuanto a su reproducción son sistemas cerrados, pero también están abiertos en tanto que experimentan las perturbaciones y estímulos procedentes del entorno: autorregulan tanto su dependencia como su independencia. El sistema jurídico constituye su unidad combinando cierre normativo y apertura cognitiva, en una simbiosis específica (33). Funcionan tautológicamente y trabajando con paradojas internas —para el sistema jurídico es derecho lo que él mismo dice que es derecho; sus limitaciones son autolimitaciones; el derecho es válido porque podría ser modificado, con lo que la validez se basa en la posibilidad de su negación— aunque desde sí mismos (*Selbstbeobachtung*) eluden estas constataciones que serían bloqueadoras. Desde fuera

(30) Cfr. N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., págs. 172 y sigs.

(31) N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., págs. 11-12. Para V. FERRARI, «I soggetti e la sociologia del diritto. Una nuova "Methodenstreit"», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1985), 4, pág. 556, un sistema abierto no puede ser autorreferencial y aquí habría una *contradictio in adiecto*. Sobre las implicaciones y problemas de una visión autopoietica del derecho cfr. G. TEUBNER, «Evoluzione giuridica ed autopoiesi», en *Sociologia del Diritto*, 2-3, págs. 199-214.

(32) N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., pág. 11.

(33) Cfr. N. LUHMANN, «L'unité du système juridique», en *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 31 (1986), págs. 186 y sigs.

(*Fremdbeobachtung*) es posible ver de otra manera cómo el sistema dirige sus operaciones y se desenvuelve con sus propias tautologías y paradojas (la actividad del sistema consiste en una *Enttautologiesierung* y *Entparadoxierung*) (34).

Pero al contrario de lo que postularía una teoría de corte trascendental no hay ninguna posición para la observación externa que sea la única correcta, sino una pluralidad de perspectivas posibles, y aunque variados observadores intenten juzgar las entradas y salidas del sistema, sus fallos, sus costos, no se puede lograr ninguna legitimación desde fuera (35). Tradicionalmente se intentaba evitar la autorreferencia, en tanto que círculo vicioso, como la *petitio principii*; y según el teorema de la incompletud de Gödel la autofundamentación es imposible, debiendo venir toda la legitimación *ab extra*. Sin embargo para Luhmann —en una teoría que califica de postgödeliana— toda legitimación es autolegitimación y todo poder legítimo instituye su propio proceso de legitimación (36). Aceptemos que cada sistema se tiene que legitimar desde fuera, pero como hay varias posibles instancias de legitimación (varios valores a que apelar) el sistema elige. Por eso «toda legitimación es autolegitimación, pero tiene que externalizarse» (37).

El sistema jurídico y las expectativas generalizadas

En la *Systemtheorie* subyace una concepción de la persona como un ser menesteroso, la constatación de algo equivalente a la *imbecillitas* de la que partió buena parte del contractualismo clásico en sus especulaciones sobre el *status naturae* (38). La capacidad de la razón humana para comprender y reducir por sí sola la complejidad del mundo es limitadísima, y por eso surgen los sistemas, que tienen precisamente la función de presentar el mundo reducido a fragmentos accesibles a la experiencia humana. Los sistemas ejercen de *medium* entre la escasa capacidad humana de orientación y actuación y las posibilidades y resistencias ofrecidas por una situación. Dan sentido a un mundo informe por medio de su actividad de organización y selección, posibilitando y, más aún, fundamentando un hacer humano practicable y dotado de sentido.

(34) Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., págs. 14 y sigs. Una teoría de sistemas necesita algún elemento de contradicción o desequilibrio como dinamizador. En una teoría sistema-ambiente aquí está la diferencia de potencial, situada en los límites del sistema. Sin embargo, en una teoría autopoietica el interés se desplaza hacia el interior del sistema, que está constituido paradójicamente y tiene en sí mismo la fuerza que le permite desplegarse en lucha con sus propias paradojas.

(35) Cfr. N. LUHMANN, «Selbstlegitimation des Staates», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 15: *Legitimation des modernen Staates* (Wiesbaden, 1981), págs. 80-81. Para Luhmann la experiencia intelectual del neokantismo lleva a una infalación de *a priori*, que produce una caída en aporías, cfr. *Ibidem.*, págs. 67-68.

(36) Cfr. *Ibidem.*, pág. 65.

(37) *Ibidem.*, pág. 68.

(38) Cfr. N. LUHMANN, «Le norme nella prospettiva sociologica», en A. GIASANTI y V. POCAR (eds.), *La teoría funzionale del diritto*, Unicopli (Milano, 1981), págs. 54 y sigs.

Para esta teoría el hombre es básicamente un ser vacío, un hombre sin atributos, que al contrario de lo que pensaba el iusnaturalismo no porta nada consigo (39). No es partícipe de una razón a través de la que tiene acceso a verdades inmutables, o considerada más modestamente como un instrumento para racionalizar la convivencia autónomamente. No se puede pensar en un derecho natural que promueva el pleno desarrollo de la humanidad, su culminación moral. En esta situación la coordinación entre las acciones de los hombres es algo azaroso, dejado a la improvisación. La previsión de futuro que haga posible un actuar coherente y eficaz es enormemente difícil: no se pueden construir expectativas sólidas sobre el comportamiento de los demás ni de uno mismo. Precisamente la consecución de cierta estabilidad en lo que cada uno puede esperar constituye una conquista evolutiva de ciertos sistemas, que introducen así seguridad en el actuar y consecuentemente lo potencian. Este es el papel de las normas sociales y entre ellas del derecho, con esta misión casi salvadora del hombre condenado de otro modo a la precariedad, el subdesarrollo y la desorientación.

Los sujetos resultan al fin producto del sistema pues es el sentido autorreferencial del sistema jurídico el que constituye los sujetos de derecho. El sistema nos hace entrar en una nueva dimensión de complejidad, y en concreto los sistemas normativos nos dan la «posibilidad de acoger las perspectivas de los otros, de ver con los ojos de los otros, hacerse suministrar informaciones y ensanchar así el propio horizonte de vida sin un gasto sustancial de tiempo» (40). Se logra así una transparencia en el juego de expectativas sobre expectativas —recordando algo de la ubícua mirada de un panóptico— que proporciona una gran seguridad y un repertorio mayor de posibilidades a la hora de elegir: las opciones son mayores y el riesgo de decepción disminuye. Las normas no se ven como mera limitación, sino como «premisa común de comportamiento a partir de la cual, según la situación y los otros, se pueden construir expectativas razonadas» (41). Los sistemas normativos aparecen como condición de posibilidad de una vida en común mínimamente coherente, coordinada y razonada, en una visión que por su radicalidad y abstracción hace palidecer a algunas de las teorías justificadoras de la necesidad del derecho que se tenían como más contundentes y articuladas. La alquimia de Hobbes transmutaba el miedo en justicia, el tecnicismo matemático de Rawls lo ha hecho con el riesgo y el azar, ahora Luhmann nos presenta la paradoja de normas que son limitadoras precisamente para aumentar las posibilidades de actuación.

En esta teoría el derecho no hace su entrada en escena ostentando

(39) La comparación con Musil es de F. SCHOLZ, *Freiheit als Indifferenz: Alteuropäische Probleme mit der Systemtheorie Niklas Luhmanns*, Suhrkamp (Frankfurt am Main, 1982), págs. 235 y sigs.

(40) N. LUHMANN, «Le norme...», *cit.*, págs. 56-57.

(41) *Ibidem.*, pág. 58. Luhmann pone este ejemplo de norma: «El horario de visitas es el domingo, de las 11 a las 12,30 horas». Curiosamente no es una norma jurídica.

la función de proponer determinados modelos de comportamiento y hacerlos respetar por la amenaza de la fuerza, no es primariamente regulación de posibles conflictos, tampoco es su carta de presentación el constituir fuerza estatal organizada. El derecho es «la estructura de un sistema social que se basa en la congruente generalización de las expectativas normativas de conducta» (42). Al contrario de lo que suele ser habitual, el derecho no se define a partir de la idea de límite, sino de estructura que permite una doble selectividad. La noción de límite (*Grenze*) está presente de otro modo: es el límite entre el derecho y su ambiente, es decir entre lo actual y lo posible, entre la realidad y el deseo.

Interesa detenerse en esta definición pues el concepto de justicia que propone Luhmann sólo será plenamente inteligible a partir de su visión del derecho. Ante todo el derecho opera una selección de expectativas. Su aspecto futurizo y anticipador aparece captado radicalmente: no se trata de introducir seguridad en los comportamientos, como se ha pensado generalmente, sino en algo previo: las expectativas de comportamiento. La certeza en las expectativas es prioritaria: «El que sabe lo que puede esperar puede también soportar una mayor incertidumbre en cuanto a la realización de aquellas expectativas» (43). Las estrategias del hombre hobbesiano buscador de seguridad resultan ser las de un aprendiz en comparación con la refinada tecnología de Luhmann.

Las expectativas deben ser generalizadas —es decir estabilizadas, inmunizadas contra lo contingente— en tres dimensiones: temporal, social y material. Se trata de adquirir seguridad con respecto a las decepciones, el disenso y las contradicciones respectivamente. En primer lugar, temporalmente, las expectativas se deben conservar independientemente de que se realicen o no. Esto se consigue mediante el mecanismo de la normación: una expectativa normativa es contrafáctica, se mantiene en tanto que norma aunque no se cumpla (desviación) y el titular de un derecho válido sigue siéndolo aunque su situación se vea perturbada de hecho (44). Pero elevar una expectativa a la categoría de deber, y deber jurídico en tanto que respaldado por sanciones, no es suficiente (la misma existencia de una norma decepciona a quien no está de acuerdo con ella; en un proceso hay quien pierde y debe aceptar la sentencia) y se hace necesario introducir la perspectiva del consenso, la dimensión social, que consiste en la denominada institucionalización de las expectativas. La elevada complejidad de la sociedad no permite la formación de un verdadero consenso sobre cada problema concreto a resolver por lo que se articula generalizándose en torno a las instituciones, que aparecen así legitimadas de antemano. Se consigue diseñando procedimientos con la función de elaborar decisio-

(42) N. LUHAMNN, *Rechtssoziologie*, cit., pág. 99.

(43) N. LUHAMNN, «Le norme...», cit., pág. 55.

(44) Los partidarios del realismo jurídico, en cualquiera de sus versiones, tienen aquí un perfecto blanco para sus críticas. Curiosamente una teoría sociológica acoge y asimila perfectamente la mentalidad normativista más clásica, quizá porque está operando activamente en la realidad.

nes vinculantes y simultáneamente producir legitimación (desde las elecciones y debates parlamentarios a los procedimientos judiciales y administrativos). El derecho encuentra dificultades para legitimarse en virtud de la realización de valores superiores fijos y compartidos por todos; el consenso efectivo sobre las cuestiones que deben ser decididas es más bien escaso —como limitada es la capacidad de atención del hombre— y es necesario ampliarlo, redistribuirlo, estimular una previa disponibilidad al consenso, y hasta presuponerlo. Esta es una de las observaciones más inquietantes y quizá más lúcidas de esta teoría (45). En último lugar se encuentra la dimensión material o de identificación de las expectativas de comportamiento, que se refiere al contenido, es decir a las materias que se juridifican y a la manera en que se resuelven los problemas. Se intentan evitar incoherencias procurando actuar del modo más automático posible, por lo que el derecho hoy sólo es imaginable configurado como un conjunto de programas de decisión de carácter condicional. Luhmann examina la posibilidad de referirse a personas, roles, programas y valores. Roles y programas son las técnicas más adecuadas, pues referirse a personas es muy concreto y a valores demasiado abstracto. Las normas jurídicas son programas que recogen abstractamente las condiciones en las que hay que tomar ciertas decisiones; si se verifica el supuesto de hecho sigue la consecuencia jurídica en una correlación invariable. Sólo un cosmos de reglas abstractas que además se autoprograma, permite un gran juego con las situaciones concretas, una gran capacidad de previsión de futuro y eficacia en la aplicación del derecho en tanto que subsunción, como vió Weber al analizar la dominación legal y la burocracia como su ejemplo más puro (46). Se presenta así un jurista burócrata, descargado de responsabilidad política y excusado de calcular las consecuencias de sus decisiones al aplicar el derecho.

El derecho, al servicio de la integración social, actúa manipulando las decepciones (*Enttäuschungsverarbeitung*), que deben ser mitigadas, escamoteadas y en lo posible evitadas. Así como para los utilitaristas la racionalidad jurídica es maximización de satisfacciones y está al servicio del bienestar, en Luhmann se trata más bien de minimizar las insatisfacciones, creando incluso ficciones como en el caso del consenso: el derecho aparece como constructor de espejismos de autolegitimación. Y buen contrapunto para esas otras teorías tridimensionales —eclecticismo conciliador que mostraba el lado más noble del dere-

(45) Esta es la idea fundamental de la teoría de Luhmann sobre la legitimación a través del procedimiento, desarrollada en *Legitimation durch Verfahren*, cit. Por otra parte, en *Rechtssoziologie*, cit., pág. 261, se dice: «Lo institucional de la legitimidad no se basa en una deducción de valores, ni en la ampliación de hecho del consenso consciente, sino en la posibilidad de suponer la aceptación (*Unterstellbarkeit des Akzeptierens*)».

(46) Cfr. M. WEBER, *Economía y Sociedad*, FCE (México, 1979), págs. 173 y sigs. En Luhmann no se encuentra siempre una teoría suficientemente elástica de la aplicación del derecho, permaneciendo excesivamente atado al modelo de la subsunción, a pesar de sus consideraciones sobre la libertad en la dogmática.

cho— son estas tres dimensiones de una coherente generalización de las expectativas.

Por contraposición a la opinión común el derecho no se concibe aquí como un medio al servicio de otros sistemas sociales, como la política, sino al lado de ellos. No está en la cúspide de la sociedad como un metasistema, tal como pensaba la tradición jerárquica clásica de corte hegeliano, ni está al margen de la sociedad como un epifenómeno o superestructura. Se trata de una sociedad sin vértice ni centro, con diversos sistemas especializados. Las concepciones partidarias de una *social engineering*, propias del Estado intervencionista, son para esta teoría concepciones instrumentalizadoras, productoras de graves disfunciones y distorsiones (47).

La positividad del derecho y sus exigencias

La actual configuración del derecho aparece caracterizada para Luhmann por el rasgo central de la positividad. Es positivo el derecho «que ha sido puesto y que vale en virtud de una decisión» (48). La positividad es la consagración de la contingencia en el derecho: en lo temporal es la institucionalización del cambio, que permite derechos diversos en momentos diversos; en lo social supone no apoyarse en nada inmutable y definitivo, sino en lo sofisticado de consensos presupuestos e inducidos; en lo material máxima abstracción y coherencia en una maquinaria anónima. Se trata de un derecho ágil para un mundo muy complejo y fluctuante, que actúa desde sí mismo y no puede remitirse a una naturaleza humana portadora de sentido ni descargar su peso en un horizonte valorativo fijo. Ya se puede imaginar que la justicia tendrá que ser redefinida como un valor específicamente jurídico, inmanente, perdiendo su carácter de virtud genérica y trascendente a la realidad que juzga.

La positividad puede verse desde una perspectiva diacrónica como una conquista evolutiva del derecho, respuesta al general aumento de complejidad del mundo, e implica una mayor autonomía. El derecho se ha diferenciado de otros sistemas como la moral, la religión, la economía y la política, que tienen su propia lógica y una específica sensibilidad, lo que aumenta su rendimiento y su fragilidad, y surgen necesidades nuevas de interdependencia y coordinación. Llega un momento en que los sistemas sólo pueden seguir desarrollándose a través de diferenciación, pero no debe verse aquí una evolución dirigida por leyes naturales o por una necesidad dialéctica, sino que siempre hay algo improbable y azaroso (49). La diferenciación es respuesta a problemas pero también fuente de problemas. Supone un riesgo para la integración social pues por ejemplo lo que es técnicamente posible no siem-

(47) Cfr. N. LUHMANN, «L'unité...», cit., págs. 184 y sigs.

(48) N. LUHMANN, «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1 (1970), pág. 182.

(49) Apunta LUHMANN, en *Macht*, cit., pág. 83, que «evolución es producción de inverosimilitudes».

pre lo es económicamente, o jurídica, política y moralmente. Se trata de algo así como una especialización y división del trabajo, con las consiguientes ventajas y problemas.

En el ámbito de lo jurídico ya no nos encontramos con una *res publica* indiferenciada, que puede ser pensada con referencia a la noción de bien común, o como la cúspide en un modelo jerárquico de sociedad. Hoy se han articulado subsistemas que cumplen funciones específicas, requiriéndose otros enfoques, como el esquema de Política-Administración-Público que utiliza Luhmann. Se han especializado distintas esferas de comunicación, con su propia racionalidad, sus criterios de éxito y sus sanciones, por lo que un pensamiento que globalice indiscriminadamente ya no puede ser operativo (50). Pero la diferenciación no es un proceso pacífico; hay conflictos y peligro de retroceso a un estado previo indiferenciado, y por eso cada conquista evolutiva requiere mecanismos reflexivos para estabilizarse. Aquí precisamente tienen su lugar los derechos fundamentales como reglas de decisión contra el peligro de invasión por parte de la política, contra el riesgo de retroceso en la diferenciación social. Si se ven como criterios de justicia positivados, como la concreción jurídica de valores, como el punto en donde derecho natural y derecho positivo convergen en el vértice del ordenamiento, o una especie de derecho natural de contenido mínimo, se están utilizando conceptos propios de una indiferenciación entre derecho y moral, que impiden la comprensión de lo que de hecho está ocurriendo y de su función concreta (51).

Ya no podemos confiar la tarea de crítica y control del derecho a viejas ideas como la virtud de los gobernantes o las exigencias del bien común. Nuestra existencia depende de procesos comunicativos articulados en sistemas a través de los cuales actuamos y contactamos con el mundo, y por ello nuestra concepción de la justicia y de los derechos humanos debe corresponder a nuestra realidad o dejaremos de ser dignos de crédito (52). No tendría mucho sentido invocar valores inamovibles en un mundo centrado precisamente en la fluctuación, el pluralismo y la inestabilidad; en la sociedad actual, con el fuerte peso del subsistema económico controlado por mecanismos monetarios, el concepto de perfección no tiene cabida. La seguridad ha de buscarse de otro modo y «se tiene que renunciar a la pregunta por la justicia, o plantearla de modo que el problema de la contingencia no sea resuelto en el concepto de perfección (53).

Esto supone que la teoría debe instalarse decididamente en la contingencia, que el derecho acepta la forma de la positividad, abandonando toda nostalgia de edificar sobre roca firme. Sólo quien experimenta la contingencia puede también problematizarla. Positividad implica que el derecho ya no es válido en virtud de cualidades normati-

(50) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 14-15.

(51) Por ejemplo este sería el caso de K. LARENZ, *Derecho justo: Fundamentos de ética jurídica*, trad.: L. Díez-Picazo, Cívitas (Madrid, 1985), 202 págs.

(52) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 180-181.

(53) N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», cit., pág. 136.

vas inmanentes, sino que ha sido elegido con la fuerza del sistema político dentro del amplio horizonte del derecho posible, y de forma que el derecho válido es además condición de posibilidad de un nuevo derecho (54). El principio de validez del derecho está basado en la inestabilidad y la positividad no debe concebirse como el último escalón de una jerarquía de fuentes, en la que los derechos fundamentales no serían creación del derecho sino reconocimiento de algo que está ahí. El derecho se constituye por procesos de autoselección, procesos circulares que pueden ser formulados como tautologías: toda limitación es autolimitación, se crea y se cambia por medio de decisiones aunque puede decidir limitarse a sí mismo en los derechos fundamentales, y todo nuevo derecho debe ser incrustado en el ya existente (55). El sistema tiene una constitución de carácter paradójico pues el derecho positivo es válido precisamente porque podría modificarse en virtud de una decisión, con lo que la validez se basa en la posibilidad de su negación (56).

Todo esto supone dotar de una autonomía al derecho, que ya no reconoce sino que crea lo legal-ilegal, lo válido-inválido, lo jurídicamente relevante-jurídicamente irrelevante, que son ahora variables interdependientes e intercambiables en su oposición. Frente al fixismo de dicotomías irreconciliables se trata de lo fungible de etiquetas funcionalmente equivalentes. Sin normas jurídicas no habría nada jurídico ni antijurídico, y lo antijurídico pertenece al derecho tanto como lo jurídico, al contrario de lo que se pensaba al concebir la justicia como perfección, abarcando sólo lo jurídico. La unidad del derecho sólo puede ser pensada como disyunción entre jurídico y antijurídico, siendo las normas esquemas clasificatorios. Pero se trata de variables dentro de la función que ejerce el derecho, que modifica sus criterios (legalización-deslegalización, penalización-despenalización) y en su labilidad es capaz de transitar entre oposiciones que la concepción tradicional veía como irreconciliables por ser una visión estática. Por eso puede decir Luhmann que lo conforme al derecho está más relacionado con lo contrario al derecho que con otros calificativos como lo verdadero, siendo mucho más fácil un tránsito entre aquellos términos que entre éstos (57). Todo apunta a que el concepto de perfección debe ser sustituido por el de evolución.

Si la idea de perfección fracasa y paraliza, evitándola el mundo aparece de modo fascinante no como un bloque compacto sino como ho-

(54) Cfr. *Ibidem.*, págs. 131-132. Esto resulta muy claro en la teoría de Kelsen cuando contrapone los sistemas normativos estáticos (derecho natural), que proceden por deducción, a los dinámicos (derecho positivo), que se articulan a través de una serie de delegaciones de poder en la conocida pirámide normativa.

(55) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, *cit.*, pág. 182, y *Die soziologische Beobachtung...*, *cit.*, págs. 26-29.

(56) Cfr. N. LUHMANN, «El enfoque sociológico...», *cit.*, pág. 94.

(57) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, págs. 138 y sigs. Añade: «Dentro de la ciencia se encuentran proposiciones verdaderas y falsas, fuera de la ciencia proposiciones que no pueden ser ni verdaderas ni falsas. También las proposiciones falsas, declaradas como tales, son un logro científico, en tanto que designan posibilidades eliminadas de solución a los problemas», pág. 141.

rizonte de posibilidades: «El mundo ya no puede ser concebido como un conjunto definitivamente ordenado (kosmos, mundus), sino sólo como el horizonte indeterminado de sucesivas posibilidades; ya no puede ser enaltecido y representado como caelum caeli, sino como horizonte de los horizontes desde el que cada traspaso de límites puede ser experimentado y reflejado» (58). Del mismo modo el pequeño mundo del derecho podría ser concebido no como un repertorio dado de soluciones, sino como un horizonte de posibilidades, a experimentar por la práctica y la dogmática.

La reflexividad del derecho impide representarlo adecuadamente con esquemas jerárquicos, como la genealogía de conceptos de la pandectística, la pirámide kelseniana o relaciones entre normas y meta-normas. En su funcionamiento real se trata más bien de algo circular, basado en la interdependencia y apoyo recíproco de sus partes, que sociológicamente permite relativizar la jerarquía normativa. Así una Constitución encuentra garantías en los reglamentos sobre el funcionamiento del Parlamento, el sentido de las leyes se fija y se cambia por interpretaciones judiciales que a su vez están dirigidas por normas interpretativas, la práctica jurídica puede servir de motivo para cambiar las leyes a través de los procedimientos legalmente preestablecidos (59). Este carácter policéntrico y disperso del derecho se corresponde perfectamente con una sociedad también diversificada, en la que el Estado no es sino un *primum inter pares*, a pesar de lo que se complace en imaginar el narcisismo jurídico; no es ni siquiera el tercero imparcial que proporciona un escenario para las negociaciones de los grandes grupos sociales como piensa el neocontractualismo sociológico, sino cada vez más un sistema entre otros, no por encima sino al lado de los demás (60).

La autonomía del derecho implica también que la legitimidad no es algo que se posee sino algo que hay que producir. La fácil aceptación de decisiones vinculantes es una conquista necesaria para una sociedad de sistemas altamente diferenciados, y aparece como algo que no puede ser aceptado o rechazado por decisiones individuales, sino como un «tipo de lenguaje» que resulta institucionalmente inevitable (61). El derecho ya no se legitima en virtud de verdades inmutables halladas previamente, sino a través de procedimientos que él mismo establece sin basarse directamente en el contenido de las decisiones. En un contexto muy diferente recuerda la idea de una *pure procedural justice* de Rawls, procedimientos que no tienen referentes externos en cuanto a la admisibilidad de sus resultados (62). Un consen-

(58) *Ibidem.*, pág. 135.

(59) Cfr. N. LUHMANN, «Widerstandsrecht und politische Gewalt», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 6 (1984), pág. 41.

(60) Cfr. H. WILLKE, «Die Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen -am Beispiel der Konzertierten Aktion», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 8 (1982), págs. 200 y sigs. Es fácil ver la utilización prescriptiva que puede tener esta descripción como promotora de un *minimal State* y posturas neoconservadoras.

(61) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 147, 152.

(62) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., págs. 107 y sigs. En Rawls, a pesar

so de hecho sobre el contenido de las decisiones más importantes tomadas por el sistema jurídico en una sociedad altamente compleja y fluctuante no es verificable y el derecho tiene que imaginarse un consenso potencial que nunca puede ser actualizado plenamente. Los procedimientos son sistemas que no sólo tienen la función de producir decisiones utilizables, sino que en cuanto tales amortiguan el conflicto constituyendo unas partes y comprometiéndolas en unas reglas de juego (63).

Incluso en el campo de los derechos fundamentales hay que aceptar también la positividad, evitando considerarlos como valores intocables, como tabú moral. La sociología «trata lo sagrado como variable, para encontrar el sentido de su realidad en las condiciones de su posibilidad de sustitución» (64). La seguridad del conocimiento ya no puede basarse en conceptos inmodificables, sino operar en ámbitos con posibilidades de variación. Luhmann propone la sustitución de la vieja razón del percibir por la nueva razón del comparar. Puede parecer un tanto insolente para la mentalidad tradicional, pero declara que «el lenguaje de la reverencia ha sido desacreditado por el derrumbamiento de la metafísica» (65). Se trata de ser consecuentes con la diferenciación de los sistemas jurídico y moral, evitando que el pensamiento jurídico sea también moralizador (*entmoralisieren*). Las estrategias de autolegitimación del derecho y su racionalidad autónoma lo han hecho enormemente resistente a este tipo de crítica valorativa y humanista, que corre el riesgo de ser estéril. Pensemos desde la historia del derecho en la utilidad de todo un pensamiento moralizador del poder, en forma de consejos y deberes de justicia dirigidos a los gobernantes, frente al poder acumulado por los Estados modernos y el peligro de arbitrariedad. Racionalidad no supone aquí relacionar el poder con fines buenos o deseables, sino con limitaciones. Se requiere no un pensamiento sólo ético, sino ante todo un pensamiento de técnica jurídica. Hay una gran diferencia en planteamiento y eficacia entre abordar el problema de los riesgos del poder aplacando al tirano o ilustrando al déspota y proponer técnicamente una situación de separación de poderes. En el primer caso se enfrenta el poder y la ética, en el segundo caso la situación es completamente distinta pues se trata de un poder diferenciado que hace posible una racionalidad jurídica autónoma (66). Precisamente los derechos fundamentales deben ser entendi-

de sus intenciones, la *original position* no funciona como un mecanismo de justicia puramente procedimental, pues subyacen determinados presupuestos antropológicos, sociológicos y metodológicos que se filtran en la descripción de las partes en el juego y en los llamados hechos generales. Más que creación de justicia se hacen explícitos una serie de planteamientos implícitos en el diseño de todo el juego, de modo un tanto circular.

(63) Cfr. N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, cit., pág. VIII-7. Se juega con la distinción entre *rechtfertigen* y *legitimieren* como mecanismos referidos a valores y al procedimiento, respectivamente, tomando las debidas distancias con la expresión legitimación en sentido habitual.

(64) N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., pág. 8. Aquí puede verse también un eco de la *Wertfreiheit* weberiana.

(65) *Ibidem*, pág. 9.

(66) Cfr. N. LUHMANN, *Macht*, cit., págs. 79 y sigs. Para Luhmann tanto la clásica

dos como mecanismos de racionalidad jurídica, y no como valores con una juridicidad peculiar (quizá más elevada) llamados a moralizar el resto del derecho.

Las dificultades de la axiología y la teleología

Luhmann detecta graves insuficiencias en los dos esquemas con que desde la tradición del derecho natural se suele articular el pensamiento sobre la justicia y los derechos fundamentales en tanto que valores: la racionalidad axiológica —de raíz fenomenológica, que propone jerarquías y sistemas fijos de valores— y la racionalidad teleológica —la clásica distinción de fines dados y medios— criticando su utilización estática y esencialista, paralizadora de una ágil absorción de complejidad y desorientadora para la acción. En un pensamiento de lo provisional no hay lugar para semejantes seguridades.

Por lo que respecta a un orden axiológico abstractamente predefinido resulta ser siempre demasiado rígido, y por lo tanto no plenamente racional, al intentar aplicarlo a situaciones humanas concretas que generalmente revisten gran complejidad. La práctica exige cierto oportunismo elástico, que establece preferencias *ad hoc* y sacrifica unos valores en favor de otros, con criterios inversos según las situaciones: unas veces se sacrifica la libertad a la igualdad, otras la igualdad a la libertad (67). Por otro lado la riqueza de matices de los problemas concretos hace que rara vez la alternativa esté constituida por una disyunción entre dos valores, presentándose más bien situaciones de elección estructuradas de manera multidimensional en las que el pensamiento binario fracasa (68).

Nos enfrentamos en todo caso con el problema previo de que resulta muy arduo elaborar una jerarquía axiológica suficientemente coherente y completa que aspire, si no a plasmar la justicia con exactitud, sí al menos a una razonable legitimación. Es el viejo problema de la justicia expresada en máximas generales, que a la hora de aplicarse no evita recurrir a los apaños de la equidad, relativizando toda excesiva pretensión racionalista. Es también el problema jurídico de trazar una legislación completa y coherente, que la vida se apresura a desbordar exigiendo considerar la aplicación normativa como creación.

El jurista, con la cabeza habituada a transitar jerarquías, esquemas

temática del abuso de poder, como la más moderna de la represión (poder estructural, clase dominante) no sirven para captar la realidad sino para estimular agresiones (pág. 82). No puede sino llamar la atención la desenvoltura con que en estas y otras afirmaciones despacha unas tradiciones que hasta ahora han mostrado, al menos en parte, una gran lucidez y eficacia ante ciertas situaciones intolerables.

(67) Cfr. N. LUHMANN, *Fin y racionalidad...*, cit., págs. 38 y sigs.

(68) En *Ibidem* expone Luhmann dos situaciones elementales que revelan las dificultades de un pensamiento axiológico: «Mientras que a mí no me resulta muy difícil optar entre dos cestos de frutos si uno tiene cuatro y otro cinco naranjas, la elección entre dos cestos de fruta variada es mucho más difícil» (pág. 32); «Puedo interrumpir mi trabajo para ir a comer sin negar por ello el valor que el trabajo posee o estarle subordinado al valor de la comida» (pág. 45).

piramidales y genealogías de conceptos, puede verse tentado a hacer también este tipo de arquitectura con los derechos fundamentales, diseñando escalas, trazando dicotomías y trasplantando por doquier árboles de Porfirio. Sin embargo estas pretensiones de racionalizar y hacer una dogmática ambiciosa superadora de la mera exégesis que sólo comenta y traza correspondencias, están destinadas al fracaso y a entorpecer una práctica ágil y sensible ante lo concreto. Especialmente en una Constitución consensuada el texto, en su acumulación de derechos, no presenta el relieve suficiente que permita elaborar una jerarquía y, en su generalidad, por sí mismo no da pie para un sistema exhaustivo, a no ser que el intérprete invoque en su auxilio instancias extrajurídicas. El material legislativo es como una red con mucho de policéntrico, que mal se presta a un esquema deductivo al estilo kantiano, que a partir de la libertad podía reconstruir todo un armazón jurídico racional. Pero aunque así no fuera, la realidad concreta desbordaría todo sistema rígido, haciendo rebrotar permanentemente esa inseguridad que la lógica ha pretendido sofocar y, como recuerda la tópica, cada problema exige inventar un sistema nuevo.

Para Luhmann las jerarquías de valores no foman parte de la naturaleza de las cosas, no hay nada esencial en ellas; se trata de una estrategia más para absorber complejidad, al lado de otras funcionalmente equivalentes, como el consenso, o el logro de ciertos resultados deseables (69). Y un planteamiento de rígida jerarquía no es operativo pues renuncia a manejar el factor tiempo como un elemento estratégico a tener en cuenta, que permita valorar lo que en determinadas situaciones resulte más apremiante, y decidir de modo distinto en momentos sucesivos sin sentirse atado a un esquema valorativo estático. Algo de esto ya se sabía en el derecho por los defensores de la interpretación legal evolutiva frente a las viejas teorías de la *voluntas legislatoris*.

El otro modo en que habitualmente se habla de los valores es de corte teleológico, presentándolos como fines invariables o articulándolos entre sí en relaciones de fines y medios. Aquí hay que tener en cuenta que el establecimiento de fines no es sino un esquema interpretativo paralelo al de causa y efecto, que tiene precisamente la función de justificar los medios, los costos de la acción que produce los efectos buscados. Se prescinde de los efectos negativos marginales de la acción elevada a categoría de fin o de los efectos de otras acciones no consideradas como fin, en una estrategia fundamentadora de determinadas acciones. Tanto en el establecimiento de fines como de medios legítimos hay juicios de valor implícitos que son básicamente idénticos, como apunta Luhmann recordando las tesis de Dewey de que fines y medios sólo se pueden escoger conjuntamente, haciendo posible que «a los fines no sólo se los pueda destruir mediante un ataque frontal, sino también, de modo más sutil y elegante, mediante la crítica de sus medios» (70).

(69) Cfr. *Ibidem*, págs. 40-41.

(70) *Ibidem*, pág. 44, nota 42.

Lo decisivo es que en el establecimiento de fines no hay nada necesario, no hay un fin fijo, pues su constancia puede ser sólo relativa con respecto al sistema que se adapta continuamente a un entorno cambiante. En un pensamiento sistémico la racionalidad ya no puede entenderse como un avance hacia un fin o un sentido preestablecido, sino como reducción de complejidad y operatividad: «El futuro —escribe Luhmann— ya no está obstruido por fines previamente dados y verdaderos, sino que está abierto hasta la infinitud, contiene más posibilidades de las que pueden ser actualizadas y debe, pues, ser fijado por medio de planes» (71).

La función de los fines en el sistema es determinar ciertos efectos considerados como valiosos para poder declarar la irrelevancia de otras consecuencias de la acción. Una vez más no se trata de la vieja razón del percibir, sino de la nueva razón del comparar, del elegir entre posibilidades diversas (72). Y hoy el derecho se autoprograma, actúa como un fin de sí mismo, del mismo modo que en una empresa en la que los fines pueden ser alterados en beneficio de su capacidad de adaptación y pervivencia. El sistema ya no se encuentra vinculado a unos fines predeterminados, sino que se ha vuelto autónomo en el establecimiento de sus fines, de modo que «se han positivizado no sólo el derecho, sino también las funciones teleológicas del sistema político, que quedan establecidas mediante decisiones programadoras a tomar en el seno del mismo sistema político» (73).

En el horizonte de provisionalidad que traza Luhmann, las pretensiones absolutistas de encontrar soluciones óptimas para los problemas carecen de sentido. Una solución óptima presupone un orden natural, como bien se ve en el caso de los principios de justicia de la teoría de Rawls, o plantea exigencias excesivas para la capacidad humana de comprensión, como el principio utilitarista que supone la comparación de las ilimitadas consecuencias de todas las soluciones alternativas. Por ello en vez de buscar respuestas que sean las únicas correctas, basta con que sean satisfactorias. En una actitud practicable y realista puede haber varias soluciones correctas para un problema. Los óptimos sólo son pensables en una perspectiva ideal *sub specie aeternitatis*, pero no en una teoría temporal de sistemas abiertos a un ambiente fluctuante, que en vez de centrarse en lo único admisible concibe soluciones intercambiables o funcionalmente equivalentes (74).

Toda la tradición del derecho natural intentaba determinar el actuar éticamente correcto buscando para ello fines, principios y más modernamente valores, que debería tutelar la fuerza del derecho positivo. Pero lo que se pretendió conseguir con datos constantes hoy debe buscarse según Luhmann con una racionalidad sistémica, al servicio de la operatividad del conjunto.

(71) *Ibidem*, pág. 23.

(72) Cfr. *Ibidem*, págs. 46-47.

(73) *Ibidem*, pág. 101.

(74) Cfr. *Ibidem*, págs. 48, 104 y sigs.

El sentido de los derechos fundamentales

El derecho positivo es contingencia, variabilidad institucionalizada, permanente apertura hacia otras posibilidades y, sin embargo, de modo paradójico para una perspectiva intrasistemática, en los derechos fundamentales se limita a sí mismo e introduce elementos invariables. Para muchos los derechos fundamentales son trabas que se dirigen contra el Estado, llegándose a pensar que por ello no pueden ser eficazmente tutelados por el Estado y que hay que apelar a un fundamento supra-positivo (derechos subjetivos, valores, consenso, etc.). Sin embargo así se olvida que el Estado es el primer interesado en ellos pues son garantes de la estabilización de sus límites y de su fisonomía en tanto que sistema entre otros (economía, religión, etc.) y de su diferenciación interna en los subsistemas de política y administración. Los derechos fundamentales no son justicia positivada, no protegen ni consagran derechos naturales de los individuos, sino que más bien son una pieza técnica clave en la propia operatividad, seguridad y supervivencia de un derecho que aspire a desenvolverse en una sociedad compleja y altamente diferenciada. Hacen posible la indiferencia del Estado frente a otros sistemas sociales que tienen su propio ritmo y sensibilidad impidiendo invasiones en la intimidad de las personas, en lo fundamental del sistema económico, en el funcionamiento de la ciencia o en la dinámica de las religiones, etc., que supondrían un serio peligro de regresión social (*Entdifferenzierung*). Y no sólo aseguran indiferencia frente al exterior, sino también diferenciación interna del Estado impidiendo que el derecho sea un mero medio, entre otros, del sistema político, como en el caso de los totalitarismos. Los derechos fundamentales son un complejo juego de filtros y límites técnicos que por sí mismos no son capaces de lograr diferenciación social, pero que en donde hay un sustrato histórico y sociológico adecuado actúan como válvulas de seguridad frente a las tendencias expansivas del sistema político. El Estado, a través de los derechos fundamentales, no puede crear ámbitos sociales autónomos, estructuras de comunicación con sensibilidad propia, sino sólo asegurar frente a peligros de politización y pérdida del potencial diferenciador en una sociedad.

Lo que defienden los derechos fundamentales no es un mundo ideal de valores, un horizonte iusnaturalista intocable pero amenazado, sino un sistema social evolucionado e interdependiente que es frágil y corre peligro de regresión. La autolimitación del Estado no tiene detrás de sí una ética metafísica, sino una sociología y en todo caso una visión histórica evolucionista. El peligro no está en la amenaza a la dignidad humana, sino en la erosión de aquello en lo que la diferenciación social contribuye a solucionar el problema existencial del hombre en el mundo, causada por la extralimitación del sistema político (75).

Hay que tener en cuenta que cuando Luhmann habla de derechos fundamentales los considera como una institución, entendiendo por tal

(75) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte*, cit. págs. 71-72, 182-185, 187, 198.

no un complejo normativo, sino un acontecimiento en el mundo de los hechos, un conjunto de expectativas de comportamiento que tienen un papel social efectivo y que están sostenidas por consenso (76). No son derechos humanos pues no se explican por referencia a los hombres sino al sistema social, y tampoco son eternos pues aunque no se haya descubierto un mecanismo sustitutivo no constituyen algo sagrado y único en el ordenamiento jurídico. No hay ninguna necesidad lógica en los procesos de evolución y diferenciación que les dote de carácter necesario. Son piezas técnicas entre otras funcionalmente equivalentes, como la separación de poderes, que tienen —eso sí— un papel central como instituciones correctoras y bloqueadoras frente a los peligros de politización y regresión social. Peligros que son a su vez consecuencias de la misma diferenciación social que, como arma de doble filo, constituyendo la autonomía de lo político —con la indeterminación de los problemas que pueden ser objeto de decisión, con un poder centralizado y fluctuante, utilizable para muchos fines y con muchos posibles titulares— abre también la posibilidad de un peligroso desbordamiento (77). Luhmann insiste en que esta concepción sociológica de los derechos fundamentales representa un progreso con respecto a los modelos teóricos de jerarquía normativa (derecho natural-derecho positivo) y de la clásica dicotomía Estado-sociedad, que no pueden captar adecuadamente su función (78).

Si los derechos fundamentales no describen cualidades intrínsecas de la naturaleza humana ni son exigencias de la razón al estilo clásico tampoco cabe articularlos en un sistema dogmático deductivo, pues son tan diversos como las líneas de diferenciación social que intentan proteger de la corrupción. Una sistemática que los presente al modo kantiano, como deducciones o variaciones de algún principio central (libertad o igualdad), que vea por ejemplo tanto los derechos políticos como la propiedad como exigencias de la dignidad humana, queda como un mapa conceptual abstracto que no podrá orientar en nada referente a la específica función social que cumplen. Si se abandona la lógica deductiva por la racionalidad sistémica sólo es posible seguir hablando de su unidad entendiéndola no como estática semejanza sustancial o de contenido, sino como unidad de función e interdependencia de efectos en el conjunto social.

Luhmann habla concretamente de cuatro direcciones en las que se despliega su función protectora: la constitución social de la personalidad, la formación de expectativas generalizadas de comportamiento, la satisfacción de necesidades económicas y la elaboración de decisiones vinculantes (79). Presuponen siempre un determinado grado de desarrollo social: un mundo altamente diferenciado en el que las personas están perfectamente individualizadas y es casi imposible vivir sin dinero, sin el reconocimiento de decisiones estatales vinculantes y sin

(76) Cfr. *Ibidem*, págs. 12-13.

(77) Cfr. *Ibidem*, págs. 23-25.

(78) Cfr. *Ibidem*, págs. 26 y sigs.

(79) Cfr. *Ibidem*, págs. 36-37, 186, 189.

el acatamiento de unos modos civilizados de actuar. Todo esto constituye un orden en cierto modo autónomo, que para su mantenimiento y desarrollo necesita de los derechos fundamentales, que tienen un papel no productor de diferenciación sino garante de la misma. A la personalidad se asocian los derechos de libertad en tanto que imputabilidad y de dignidad; a las expectativas de comportamientos libertades como las de expresión y asociación, que se vinculan a roles sociales diferenciados y complementarios y a particulares ámbitos de comunicación; a la satisfacción de necesidades económicas en un sistema monetario los derechos de propiedad y libertad de oportunidades en el trabajo; a la producción de poder legítimo se asocian los derechos políticos, y a la fundamentación de las decisiones jurídicas el principio de igualdad.

Si desde esta perspectiva el formalismo abstracto construye un sistema postizo, meramente conceptual e inerte, al argumentar con derechos fundamentales absolutos de un modo fixista y ontológico se ve abocado a la estructura «sí, pero», reduciéndolos a fórmulas vacías, aptas sólo para retórica. Así se dice que el hombre es libre, pero para añadir a continuación que debe respetar la libertad de los demás; tiene derecho a la propiedad, pero está sujeto a limitaciones en su uso, etc. Entre los grandes principios abstractos y una realidad de límites transita la dogmática como Sísifo, y cuando hay contradicción en las premisas —pues los derechos fundamentales son a la vez absolutos y limitados— toda deducción es posible. Además, las fórmulas vacías ocultan generalmente normas apócrifas, o lo que es peor —según advierte Luhmann— competencias para crear normas. Se dice también que la dignidad es la esencia del hombre y que por lo tanto tiene derecho a ser tratado dignamente, pero Luhmann reprocha que sólo se puede tener derecho a algo que pueda perderse mientras que la esencia hace referencia a atributos permanentes (80).

El modo de superar estas dificultades es abandonar la idea de que los derechos fundamentales son descriptivos de la naturaleza metafísica del hombre, pues operando con esta premisa se llega a contradicciones o vaciedades. En una perspectiva sistémica no es necesario postular la racionalidad e igualdad de los individuos para fundamentar la sociedad. Ningún individuo puede hacer lo que los derechos fundamentales en los diversos ámbitos de comunicación social; son más bien los sistemas los salvadores. Escribe Luhmann: «Ningún hombre y ninguna organización pueden por sí solos garantizar individualidad, civilización, dinero o poder legítimo. Aquí tienen los derechos fundamentales su puesto como institución social global» (81). En esta teoría su sentido no depende de la naturaleza humana idealizada, ni de la inadecuada manera de entender la diferenciación social a través de la relación dialéctica entre Estado y sociedad, ni de un mundo preexistente de valores absolutos. El último punto de referencia para su comprensión no es la personalidad, la dignidad o la libertad, sino la dinámica

(80) Cfr. *Ibidem*, págs. 59-60.

(81) *Ibidem*, pág. 197. Cfr. también pág. 49.

de sistemas. Su papel se vincula a la formación de sistemas y a la diferenciación social.

Veamos algún ejemplo: ¿Qué son la libertad y la dignidad en tanto que derechos fundamentales en una sociedad burocratizada e industrializada? No se trata de atributos naturales fijos, sino de algo a constituir como condiciones previas de la socialización, de la adecuada y operativa participación en la interacción social. Son respectivamente las condiciones externas e internas que hacen posible la actuación como personas en los procesos de comunicación. Libertad no es aquí cuestión de casualidad, sino de imputación. No se trata de un problema filosófico a debatir entre el determinismo y el indeterminismo, no se trata de algo ya poseído, sino de la necesidad en una sociedad de la atribución de acciones a personas y sistemas (82). Por ello el Estado, constituyéndose por una parte en monopolio de las fuerzas que amenazan a la libertad, es también condición previa de toda libertad en tanto que imputabilidad, y no porque garantice una esfera de actuación a través de unos tipos normativos, que para ello serían medidas muy elementales, sino porque hace las cuestiones de libertad decidibles a través de programas de decisión, porque proporciona así un lenguaje y unos criterios que permiten operar racionalmente en cada caso, determinando qué significa perder o ganar libertad y a quién se responsabiliza (83).

La dignidad tampoco es una cualidad natural como ciertos rasgos de la inteligencia, ni un valor del que somos portadores, sino algo que tiene que ser creado como supuesto y consecuencia de la interacción, de lo que el hombre es además el primer responsable. Se trata del sentimiento del propio valer como persona, sin el cual nadie puede servir de su personalidad; es el éxito de la autorrepresentación, y la sociedad está interesada en esto pues precisa de individuos capaces de interacción en papeles heterogéneos y hasta contradictorios (84). Los derechos fundamentales, en tanto que derechos formales, no producen ni aseguran a nadie libertad (actuar imputable a una persona) ni dignidad, porque esto no está en el poder del Estado, sino únicamente protegen y mantienen frente a intromisiones descalificadoras.

El derecho a la propiedad no tutela a nadie en su personalidad ni le garantiza una efectiva satisfacción de sus necesidades materiales, sino que protege la operatividad del sistema. Sólo garantiza un papel abstracto de partícipe en ese particular sistema de comunicación que es la economía, papel que es necesario para la indiferencia y estabilización del sistema. El derecho al voto tampoco es expresión de la libertad individual, y menos aún con el concepto de libertad que aquí se maneja. La influencia que permite a cada individuo en la conformación de la vida política es mínima, y a cambio se le exige aceptar todas las decisiones del aparato. Su función real es hacer posible el

(82) Cfr. *Ibidem*, págs. 61 y sigs.

(83) Cfr. *Ibidem*, pág. 57.

(84) Cfr. *Ibidem*, págs. 68 y sigs. El concepto de *Selbstdarstellung* que utiliza Luhmann tiene afinidades con el bien primario de *Selfrespect* de Rawls.

cambio de poder y asegurar la diferenciación entre sistema político y burocracia, constituyendo un elemento importante en las estrategias de autolegitimación del derecho (85).

El principio de igualdad no hace referencia a una igual naturaleza humana, sino que se concibe como una abstracta relación de relaciones sin puntos de apoyo ontológicos en un ámbito de múltiples comparaciones posibles. Representa una exigencia estructural de los derechos modernos, que además garantiza una relativa autonomía del sistema. No introduce uniformidad, sino diversidad controlada, exigiendo una razón suficiente para toda desigualdad (86).

Los planteamientos de Luhmann, trasplantando una vieja problemática a un contexto teórico nuevo y proporcionando un nuevo lenguaje, aportan también cierta novedad en la crítica a un modo de pensar convencional sobre los derechos fundamentales. No es la actitud del positivismo jurídico decisionista que les reprocha su inoperancia en tanto que valores sentimentales no controlables racionalmente y apenas utilizables técnicamente, de modo que las declaraciones de derechos suelen quedarse más bien en declaraciones de deseos. Tampoco es la crítica marxista que ve elementos formales ideológicos con los que se intenta embaucar y salvar una mala conciencia por parte del poder con declaraciones escasamente efectivas. Por el contrario, Luhmann, muestra que en tanto que derechos formales son imprescindibles en una dinámica del sistema, y que su función aparece claramente cuando se desvinculan de un trasfondo metafísico absoluto o de una mentalidad humanista.

Quizá su análisis es simplificador, colocando un mismo principio en el fondo de todos los derechos de libertad que estudia: la diferenciación social frente a los peligros de politización, lo que parece ser una *reductio ad unum*, que supone una estilización excesiva. Si se analiza su presencia en el sistema jurídico y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, posiblemente aparezcan más funciones y una gran plasticidad. Son un horizonte de posibilidades que se van descubriendo y, como ocurre con la interpretación de las leyes, no sabemos qué se irá haciendo con ellos.

En la amenaza de extralimitación del sistema político, que asoma como temido Leviatán, late seguramente la experiencia totalitaria alemana, pero en una lectura actual se descubren más bien afinidades con

(85) Cfr. *Ibidem*, págs. 120, 148 y sigs.

(86) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 150; *Gundrechte... cit.*, págs. 162 y sigs. A. OLLERO, «Systemtheorie...», *cit.*, pág. 170, juzga así estas redefiniciones de los derechos fundamentales: «Los antiguos derechos de la persona, garantizados del respeto a sus prerrogativas a través de un juego político, deben dar paso a los derechos fundamentales del sistema, que evitan un enclave político para jugar como garantía de las fronteras entre sistema político y social. Implícitamente se concede a la sociedad una primacía sobre el individuo, lo cual acaba cargando de consecuencias políticas a la "despolitización" operada en los derechos fundamentales». También J. J. GIL CREMADES, «Razón práctica...», *cit.*, pág. 17, opina que «la descripción funcional del derecho (...) aboca precisamente a lo contrario de lo pretendido por la *Systemtheorie*, paradójicamente fundada en dicha funcionalidad. Más allá del sistema, en una posición meta-sistémica, nos encontramos siempre con la apelación a la decisión política».

las teorías neoliberales del *minimal State*. Y esta impresión se refuerza pues el análisis de Luhmann no está centrado en los derechos propios del Estado social. Estudia los mecanismos de freno y límite, pero no tanto los de dinamismo y estímulo, y la región de los derechos humanos con sus varios estratos históricos es extraordinariamente más rica.

Por otra parte, desde una teoría de sistemas autopoéticos, se suscitan dudas sobre si los derechos humanos son mero garante y válvula de seguridad o van más allá como creadores de realidades y activos productores de diferenciación social. Hay reglas que no sólo son limitadoras, sino antes que nada constitutivas y configuradoras de realidades.

Acostumbrados en esta materia a una literatura de sobrecarga axiológica y persuasiva, el contraste con la frialdad y el tecnicismo de Luhmann tiene indudable atractivo y poder liberador, pero hay que reconocer también que presenta sus rivales convenientemente ridiculizados. Las concepciones valorativas aparecen siempre como rígidas, pretenciosas, ultramundanas o de un blando humanismo inoperante. Es un esquema digno de los iusnaturalismos racionalistas más militantes, de la fenomenología más recalcitrante o del humanismo más retórico, pero que ignora media historia de la filosofía cargada de sutilezas y flexibilidad. Bien es verdad, en descargo de Luhmann, que los retazos filosóficos presentes en teóricos del derecho, recibidos a través de muchas manos y utilizados más que para pensar para hacer apologías, suelen responder mejor a estas parodias que a lo más dinámico y sutil del pensamiento filosófico. No sorprende si se tiene en cuenta que casi todo lo más ágil que ha conocido el pensamiento jurídico de nuestro siglo ha crecido cerca de las rigideces y dicotomías neokantianas. Y en este contexto conviene también hacer notar que la sistemática de corte tradicional, tan denostrada a propósito de los derechos fundamentales, ha tenido también aquí importantes virtualidades, produciendo diferencias, concibiendo distinciones y relaciones e imaginando múltiples contenidos, trazando a su modo límites, alternativas y estrategias posibles (87).

Justicia y complejidad

Los presupuestos metodológicos de la teoría de sistemas obligan a Luhmann a reconstruir el concepto de justicia como un *Sonderwert* inmanente al sistema jurídico. No se trata de una cuestión de sentimientos, o de una palabra molesta a suprimir analíticamente, o de un problema a disolver wittgensteinianamente, sino de un concepto a redefinir recuperando su operatividad y racionalidad. Justicia se concibe aquí como «la adecuada complejidad del sistema jurídico» (88).

(87) Así en N. LUHMANN, *Sistema jurídico...*, cit., cuando se refiere a la dogmática en general, en págs. 28 y sigs.

(88) N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», cit., pág. 142. Este trabajo se encuentra también incluido en ID., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp (Frankfurt am Main,

La idea de adecuación sortea la falacia naturalista que supondría definir un valor a través de hechos, ya que más bien define un valor por otro, con el consiguiente riesgo de circularidad e indeterminación. Y sistema jurídico no es un conjunto de normas, sino todo un sistema de acción y experiencia que se orienta conscientemente por el derecho.

Este planteamiento implica que la justicia se refiere al sistema jurídico como un todo, y no a la crítica de normas o acciones aisladas. Es posible enjuiciar decisiones concretas y normas particulares, refiriéndolas a procesos que constituyen subsistemas, pero en todo caso aquí la justicia tendría un sentido diverso de la justicia global, que exige un ámbito de comparaciones que afectan a todo el sistema (89). La justicia aparece así como un criterio regulativo para un análisis de estructura, pero no directamente utilizable en casos concretos, ya que se desnaturalizaría como un elemento parcial entre otros (90).

El alejamiento de la justicia de lo concreto, presentada como un horizonte último, tiene raíces platónicas, y aparece también modernamente en Rawls, que limita sus principios de justicia a la *basic structure* de la sociedad, aunque también haya un descenso hacia lo concreto a medida que se va levantando el velo de ignorancia de la *original position*. En Rawls se encuentran también unas agudas consideraciones sobre la justicia del todo y la justicia de las partes que bien pueden ser recordadas en conexión con el planteamiento de Luhmann (91). Del mismo modo, en el ámbito de la ética anglosajona, las críticas al *act-utilitarianism* en defensa de un utilitarismo de la regla o todavía más globalizador se sitúan en esta línea de defensa de la justicia como un concepto estructural y general, no utilizable para microanálisis.

La adecuada complejidad supone un enfoque intransistémico, que hace referencia a la capacidad del sistema para producir decisiones coherentes, a su operatividad, y no directamente a la adecuación del derecho con la sociedad. Justicia no es por tanto satisfacción de exigencias sociales, como piensa el utilitarismo maximizador del *Welfare State*. Puede haber demandas que no pasan los filtros del sistema, aspiraciones sociales a las que es insensible porque no está capacitado para

1981), págs. 374 y sigs. Sobre la justicia en Luhmann, cfr.: A. WILDERMUTH, «Gerechtigkeit und Systemtheorie», en *Studia Philosophica*, vol. 38: *Gerechtigkeit in der komplexen Gesellschaft* (Basel-Stuttgart, 1979), pág. 153 y sigs.; y W. Ch. ZIMMERLI, «Gerechtigkeit ohne Menschen? Zu Leistungsfähigkeit und Grenzen der systemtheoretischen Neuformulierung des Gerechtigkeitsbegriffes bei Luhmann», en *Ibidem*, págs. 191 y sigs.

(89) La propuesta de utilizar este concepto de justicia en decisiones concretas, considerando los procedimientos a que pertenecen estas decisiones como sistemas sociales con su propio ambiente y estructura, es de R. DREIER, «Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems», en *Rechtstheorie* (1974), 2, págs. 189-200. Mereció una respuesta en N. LUHMANN, «Die Systemreferenz von Gerechtigkeit. In Erwiderung auf die Ausführungen von Ralf Dreier», en *Ibidem*, págs. 201-203, afirmando que «la justicia de un sistema parcial no es la justicia del sistema, y más aún: la mera acumulación de todas las justicias de los sistemas parciales ni siquiera garantiza la justicia del sistema jurídico global. Este problema tiene paralelos en el sistema económico en relación con las suboptimizaciones y las optimizaciones globales, pero para el sistema jurídico se ha investigado todavía poco» (pág. 202).

(90) N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 154.

(91) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, *cit.*, págs. 78-79.

satisfacerlas o no le interesa hacerlo. La sociedad siempre exige más que lo que el derecho puede soportar. Y como se ha visto, el sistema es un formidable productor de latencia y zonas de sombra. Además el *output* de satisfacción de necesidades, como todo razonamiento orientado a consecuencias y optimizador, no es plenamente controlable por la razón. Aquí no ocurre como para Ehrlich que la sociedad es el centro de gravedad del derecho, sino sólo su *Umwelt* o el conjunto policéntrico de todos los sistemas. Y mucho menos la justicia hará referencia a la adecuación del derecho con una naturaleza humana dada externamente al sistema o una *Natur der Sache* en cualquiera de sus formulaciones. La justicia se define como algo interno para el control del sistema jurídico, que no debe colapsarse ni bloquearse, que debe refinar su capacidad operativa y asimiladora del ambiente, distribuyendo la resonancia que se produce en su interior. El propio sistema es así el primer interesado en la justicia.

Se trata de conseguir una complejidad que sea adecuada porque permita una actividad decisoria coherente. La presión social sobre el sistema jurídico, que podríamos entender como una especie de coherencia externa, exige aumentar su complejidad, arriesgando quizá su coherencia interna. Si por el contrario se esfuerza la unidad y coherencia interna del sistema, en su rigidez posiblemente sea desbordado por los acontecimientos, dejando de ser operativo. Se trata de hacer compatible complejidad (diversidad) con coherencia (unidad), logrando un punto de equilibrio, que recuerda lejanamente las ideas de prudencia y término medio, que desde Aristóteles están en el centro de toda virtud, y por lo tanto también de la justicia.

Con este enfoque del problema de la justicia hay diversas variables a tener en cuenta, y entre ellas las más importantes son la dimensión del sistema o volumen de decisiones existentes y posibles que abarca, la variedad de esas decisiones, la interdependencia de sus elementos, el grado de generalización o abstracción de su estructura y la frecuencia o *tempo* de cambio de las premisas decisorias (92). Todas ellas son cuestiones a sopesar, buscando el modo de hacer estas variables compatibles entre sí, teniendo en cuenta que se relacionan recíprocamente y que un desarrollo unilateral de un aspecto puede suponer congelar otros o retroceder en otras variables. No se trata de buscar el valor máximo posible para cada una de estas variables individualmente consideradas, sino una especie de óptimo global, y esto no es algo a realizar abstractamente, sino en el trato permanente con problemas, con lo que no se puede llegar a una fórmula fija (unos principios de justicia), sino a un continuo replanteamiento.

Hay un paralelo entre la congruente generalización que persigue el derecho y la adecuada complejidad que exige la justicia. Y en definitiva una decisión es justa si es coherente con todas las demás, con lo que en cierto modo se reduce la justicia a validez (93). Aquí podrían

(92) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 156.

(93) Sobre la idea de coherencia en Luhmann es muy ilustrativo *Grundrechte...*, *cit.*, pág. 173, nota 13, pues no se trata de falta de contradicción lógica, sino de capacidad asociativa según las reglas de la retórica jurídica.

tener cabida las ideas expuestas por Dworkin sobre la formación progresiva del sistema jurídico y los requisitos de admisibilidad de nuevas decisiones, que tienen que ser compatibles con las ya existentes, pero que a su vez pueden ser tenidas en cuenta como precedentes para otras futuras (94).

La justicia puede verse también como una exigencia de autocontrol del proceso de propia selección y transformación del derecho, en tanto que sistema autocreador que se determina a sí mismo, que tiene por tanto un fuerte rasgo de inmanencia, y no es aproximación a ninguna *perfectio circa mentes* ni a ningún esquema legitimador trascendental que se haya refugiado en la zona espectral de lo *a priori* (95). Sí se puede, en cambio, conectar con el elemento de redundancia que está presente en toda argumentación, redundancia que el sistema debe saber manejar con pericia (96). En este enfoque no surge el arduo problema con que se enfrentan las teorías sobre la justicia de tipo perfeccionista y utópico, de cómo realizar prácticamente la perfección, cómo encarnar las ideas en la realidad. Problema que no es sino el de la relación entre justicia y poder, por lo que una teoría idealista de la justicia necesita complementarse con una teoría realista del poder, aunque rara vez la encontramos en este tipo de planteamientos. Al concebir la justicia como adecuada complejidad del sistema jurídico no hay una marcada escisión entre ser y deber ser, teniendo además presente que hoy el poder político está codificado por un derecho de estructura circular y autorreferencial en una muy evolucionada combinación de los códigos binarios del poder y del derecho (97).

Con todo ello la justicia sigue apareciendo como algo abierto y formal, pero advierte Luhmann que el concepto de complejidad no puede ser de otro modo y sería ridículo pretender condensarla en una receta (98). No deja de ser interesante que en una teoría aparentemente tan nueva, a su modo van dándose cita muchos de los tópicos por los que se ha caracterizado el pensamiento sobre la justicia de tradición aristotélica, dentro de la dialéctica y con gran sensibilidad hacia lo concreto, y que han sido blancos de crítica periódicamente frecuentados tanto por los escépticos como por los dogmáticos.

La justicia no puede plasmarse en una fórmula fija pues uno de los elementos a sopesar es precisamente el tiempo. Se acepta plenamente la positividad del derecho y se cuenta con la incesante evolución del mismo. La materia jurídica es fundamentalmente dinámica, y aquí está precisamente una poderosa fuente de discontinuidad, y de contradic-

(94) Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad.: M. Guastavino, Ariel (Barcelona, 1984), págs. 246 y sigs., sobre el llamado «modelo constructivo». Para la relación entre justicia y dogmática jurídica ver N. LUHMANN, *Sistema jurídico...*, *cit.*, págs. 36 y sigs.

(95) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 147.

(96) Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, *cit.*, pág. 43 y «El enfoque sociológico...», *cit.*, pág. 96. En teorías de la argumentación como la de Alexi, sin el horizonte de trascendencia de Habermas o Perelman, se pueden encontrar fuertes puntos de contacto con Luhmann.

(97) Cfr. N. LUHMANN, «Widerstandsrecht...», *cit.*, págs. 40 y sigs.

(98) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 155.

ción en una perspectiva diacrónica. El cambio dentro de la coherencia, tal como exige la justicia en el sentido dado aquí a este término, requiere tiempo, pero la sociedad del *Welfare State* apremia. Por eso Luhmann puede manifestar cierta inquietud al preguntarse si el sistema jurídico tiene hoy suficiente tiempo de espera (99).

No se debe olvidar aquí el papel de la dogmática, considerada no como rémora, sino como un factor acelerador, que facilita la producción de decisiones coherentes, requiriéndose naturalmente para ello haber alcanzado una cierta masa crítica de conceptos y planteamientos (100). Se trata no sólo de un cambio del derecho, sino de un cambio en el derecho, que manteniendo el tenor literal se recrea a través de interpretaciones, en un crecimiento inmanente que podría ser visto como una estrategia de reducción de complejidad, ya que permite cambios de una manera subrepticia y poco traumática. Aunque tiene sus limitaciones: la dificultad o la imposibilidad de un cambio legislativo, como un deseo retenido, podría producir un crecimiento interno tortuoso, con deformaciones y atrofias.

Por otra parte Luhmann defiende lo que denomina una concepción restrictiva de la política, que realistamente debe replantearse qué es para ella *Umwelt*, cuáles son los problemas a los que tiene que responder y que constituyen su *input*. En una sociedad diferenciada y descentralizada la política ya no puede pretender ocupar un papel director sin perder el control sobre sí misma, debiéndose limitar a satisfacer la necesidad social de decisiones vinculantes, pero dejando autonomía a otros sistemas. La dinámica expansiva del Estado del bienestar, exigiendo a la política una responsabilidad global de la sociedad y un desmedido papel director, causa graves disfuncionalidades y expectativas defraudadas. Luhmann habla, con acentos de neoconservadurismo, de autodesbordamiento (*Selbstüberforderung*) del sistema político. Con lo cual, aunque no lo diga expresamente, quizá no sea exagerado pensar que para esta teoría la dinámica del Estado del bienestar es productora de injusticia, en el sentido técnico dado al término (101). La presión social para que aumente la complejidad del derecho y su capacidad decisoria lo desborda y desnaturaliza, pues siempre supera a la complejidad soportable por el sistema (102).

Muy próxima a esta problemática está la cuestión de la seguridad jurídica, no casualmente olvidada por casi todas las teorías éticas que pretenden haber encontrado un punto de apoyo sólido para sus valoraciones. No se trata aquí de un conflicto de valores entre justicia y

(99) Cfr. *Ibidem*, pág. 160.

(100) Cfr. *Ibidem*, pág. 161.

(101) Cfr. N. LUHMANN, *Polistische Theorie...*, *cit.*, págs. 143 y sigs. De todas formas el criterio de una política restrictiva (desburocratización, deslegalización, despenalización) es puramente formal pues no contiene las materias que deben sustraerse de su dominio, que habría que determinar según las circunstancias concretas.

(102) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 145. Por otra parte también las exigencias de una mayor participación en la toma de decisiones pueden paradójicamente producir deslegitimación, según se ve en ID., «Participación y legitimación...», *cit.*, págs. 11 y sigs.

seguridad, que para Luhmann resultaría un planteamiento banal, sino como siempre de un problema referido a la dinámica sistema-ambiente (103). La seguridad jurídica se condensa para esta teoría en la negación de una negación: la prohibición de denegación de justicia. Exige decidir aun en casos poco claros, con lo que el sistema jurídico pierde el control de su propia complejidad, no pudiendo garantizar la coherencia de sus decisiones. La justicia, sin embargo, implica limitar las decisiones, lentitud y capacidad de respuesta madura. La seguridad jurídica está así muy conectada con las exigencias sociales, por contraposición a la justicia, que se refiere primariamente al sistema. En la contraposición seguridad-justicia se recoge en el fondo mucho de lo que habitualmente se discute en la contraposición sociedad-derecho. Por ejemplo, por lo que respecta al problema de la igualdad se trataría de las exigencias de igualdad o equiparación entre grupos (todo agravio es un agravio comparativo) y la capacidad del derecho de dar una respuesta coherente.

La justicia no es en esta teoría el centro, como para Rawls, que la considera la primera virtud de las instituciones sociales (104). No puede ser de otro modo tratándose de sistemas con una constitución circular, entre los cuales el derecho no ocupa el centro de la sociedad, como desde la Ilustración se complacían en pensar los juristas después de haber soslayado a la teología. La justicia aparece más bien como el Dios de Kant, lateralmente y entre bastidores, como válvula reguladora de un planteamiento centrado en la reducción de la complejidad y la operatividad.

Pretende alejarse de la idea de *perfectio* por medio de la *adäquate Komplexität*, que no obstante no puede evitar ser un concepto perfeccionista, aunque se trate de un perfeccionismo dinámico, y en todo caso no habitual entre juristas, pues no es adecuación a las exigencias sociales, a la naturaleza humana o a la dialéctica de la historia. La justicia como parámetro de adecuación parece no exigir tanto como un óptimo, recordando más bien a la clásica búsqueda funcionalista de equilibrio. Se trata de un concepto puramente formal que se puede aplicar a cualquier derecho que sea una maquinaria perfectamente engrasada y sin contradicciones, con lo que bastaría para hacerlo justo, llevándonos al clásico problema iusnaturalista de en qué se distingue el Estado de una banda de ladrones, o el derecho de la mafia. Pero en un mundo sin referentes externos con los que establecer comparaciones este planteamiento desemboca en una aporía. Si no podemos divisar la *Civitas Dei*, la ciudad terrena correrá con su suerte. La racionalidad sistémica también supone riesgos que la racionalidad axiológica ha sido históricamente incapaz de contener e incluso de denun-

(103) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, págs. 164 y sigs. El sentido usual de seguridad jurídica es más amplio pues recoge las exigencias de un derecho claro (frente a vaguedades), coherente, completo (aquí se introduciría la exigencia de resolver todos los casos planteados) y en funcionamiento efectivo (frente a desuso y latencia).

(104) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, *cit.*, págs. 19-20.

ciar. La adecuación (aunque etimológicamente *ad-aequare*, emparentado con *aequitas*) paradójicamente se transforma aquí en algo que no conecta el sistema con nada exterior (al modo de una *adequatio intellectus rei*), sino en un concepto autorreferencial, que reposa sobre sí mismo. Se podría hablar de autoadecuación como se habla de autolegitimación, en la circularidad de diálogo consigo mismo.

Puede objetarse a esta última observación que el sistema no está flotando en el aire, sino en ósmosis con su ambiente y que difusamente la sociedad está presente en tanto que digerida o traducida por el sistema, que regula su apertura y cierre. Pero esto quizá no sea suficiente y hablar de justicia en este sentido choca con el uso común del término. La autonomía de la razón jurídica supone aquí bailar en una cuerda floja, asomados, si no al vacío, al menos a una zona de arenas movedizas; pero también lo hacen, aunque no lo confiesen, tantas otras teorías que dicen haber encontrado un punto de apoyo. Y como en el fondo el derecho sirve a la seguridad este concepto de justicia es mera correa transmisora del valor seguridad (aunque no de la seguridad jurídica tal como se ha tratado antes), que constituye siempre un *prius* no suficientemente aclarado. ¿Se trata de seguridad de que el sistema sobrevivirá frente a peligros, de que no se llegará a ciertas situaciones intolerables y desestabilizadoras (viendo el futuro más como amenaza que como utopía)? ¿Seguridad de que las expectativas no quedarán defraudadas o de que será absorbida la decepción o convenientemente manipulada? (105). Quizá Max Scheler, esencialismos aparte, tenga algo que decir sobre los valores formales que siempre sirven a otros valores. Tautologías, redundancia, vaciedad, circularidad, que tanto se han esgrimido contra la tradición iusnaturalista, tienen también un lugar en la teoría de Luhmann aunque, a diferencia de lo habitual, en vez de disimularlo aquí se acepta abiertamente y se intenta trabajar con todo ello para hacerlo operativo, con una lucidez y transparencia que por sí mismas son ya un logro teórico considerable.

Igualdad y relación

Tradicionalmente se ha establecido una estrecha vinculación entre justicia e igualdad pues ya desde Aristóteles el contenido de la justicia se concreta básicamente en igualdad. En Luhmann también existe una relación entre ambos conceptos, pero de un modo un tanto lateral y muy distinto al planteamiento aristotélico, como consecuencia de su negativa a considerarlos como valores y de la redefinición de la justicia que ya se ha visto (106). Justicia no es igualdad sino adecuada com-

(105) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte*, cit., pág. 181, en donde se conecta la seguridad con la capacidad funcional del sistema.

(106) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», pág. 144, nota 34. Lo fundamental de la teoría de Luhmann sobre la igualdad se contiene en el capítulo que dedica al principio de igualdad ante la ley al tratar de los derechos fundamentales en *Grundrechte...*, cit., págs. 162 y sigs. Sobre esta materia puede verse H. WILKE, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Duncker &

plejidad del sistema jurídico, de modo que se asegura su capacidad de tomar decisiones sin bloqueos y manteniendo la coherencia interna: sólo así se garantiza el principio de economía decisoria de que casos iguales se decidan de igual manera (107). Por su parte la dogmática jurídica a través de sus conceptos y esquemas realiza un control de coherencia, de modo que a iguales supuestos de hecho se conectan iguales consecuencias jurídicas y a desiguales supuestos de hecho desiguales consecuencias jurídicas. En cuanto vuelta al pasado, la dogmática garantiza la repetición de iguales decisiones para futuros casos semejantes, aunque también se esfuerce por lograr una progresión coherente hacia nuevas decisiones. Refina los criterios con los cuales se distingue lo igual de lo desigual, aumentando la variedad e interdependencia de las decisiones (108).

En derecho el principio de igualdad no quiere decir que todos tienen los mismos derechos, ni hace referencia a una igual naturaleza humana o a la dignidad de la persona. Significa por una parte la no aceptación de personas, que la ley se aplica a todos por igual, y en cuanto a la creación del derecho que las leyes tienen que ser generales y abstractas y desde una perspectiva temporal no sujetas a cambio arbitrario. Resulta ser así un deber para el legislador y un principio estructural del derecho, además de garante de su autonomía como sistema. Pero por otra parte igualdad significa además tratar igualmente a lo igual y de modo desigual a lo distinto. Aquí ve Luhmann un principio de comparación que exige dar razón suficiente de todo tratamiento desigual.

El principio de igualdad consagrado por tantas Constituciones no se dirige directamente a la acción de los ciudadanos, como otros derechos fundamentales, sino que su objeto es la acción del Estado. Formula más bien exigencias estructurales al legislador frente al cambio arbitrario y particularismos de las leyes. No es una pretensión de los individuos frente al Estado, un derecho subjetivo a ser tratado igual. No se trata de exigencias de particulares, sino de una exigencia social de normas generales y abstractas, que son productoras de indiferencia, y por lo tanto de igualdad. Por eso para Luhmann el esquema de los derechos subjetivos resulta ser muy estrecho; nos encontramos más bien con un problema estructural, en donde igualdad no significa fixismo, sino previa determinación del modo en que el derecho cambia y el logro de una normativa abstracta que no supone una indiscriminada equiparación, sino una previsión de toda diferencia. Lo que está en juego es la generalización, la configuración del derecho como un sistema relativamente autónomo y diferenciado, y no tanto la condición de las personas. Por eso la igualdad más que un derecho subjetivo entre otros se podría concebir como un aspecto, aunque de rango

Humblot (Berlín, 1975), págs. 177 y sigs. y 224 y sigs., y A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Guiffre (Milano, 1975), págs. 149-150.

(107) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 145.

(108) Cfr. *Ibidem*, págs. 149, 152, 157-158.

fundamental, de todo derecho subjetivo (109). Lo cual no significa desconocer la importancia de las pretensiones igualitarias en la dinámica del sistema político y de la lucha contra las desigualdades disfuncionales, pero esto no ayuda a entender el sentido del derecho a la igualdad como una pieza básica en la estructura del sistema jurídico (110).

En opinión de Luhmann, para entender el principio de igualdad ante la ley, tan inadecuado como el concepto de derecho subjetivo es acudir a una interpretación axiológica, como si aquí se tratara de que la igualdad fuese algo a perseguir y la desigualdad a evitar. Sabido es que en la realidad no hay casos concretos iguales, pues lo igual y lo desigual está entremezclado, por lo que un juicio sobre la igualdad requiere seleccionar un determinado punto de vista, escoger rasgos relevantes para neutralizar las desigualdades, y en definitiva valorar sin que sea fácil apoyarse en una objetividad. Pero no se trata de esto. El derecho, acogiendo este principio, no reconoce una igualdad dada, no descubre un deber ser como si lo jurídico fuera un apéndice de la filosofía, sino que él mismo la produce, la inventa, la constituye. Aquí se encuentran elementos para una nueva interpretación del debate entre positivismo e iusnaturalismo, que hacen más plausible de lo que se había pensado la idea de una validez jurídica creadora de justicia, por mal que esto suene a oídos iusfilosóficos. Si por convicción o como estrategia argumentativa renunciamos a presuponer puntos de vista valorativos fijos que dicten lo que debe ser tratado como igual y como desigual, se debe buscar el sentido del principio de igualdad en la misma actividad de comparar, y el esquema igual-desigual se transforma en una exigencia de razón suficiente para toda desigualdad (111). Con lo que paradójicamente se trata de valorar para justificar desigualdades.

El principio de igualdad, perdida toda su carga sustancialista, es puro dinamismo y no significa otra cosa que comparar, constituyendo una transmutación de la pregunta por la razón suficiente. Implica que la igualdad no necesita fundamentación, pero nada hay de esencial en ello. Sería redundante exigir a la vez fundamentar la igualdad y la desigualdad, porque son como la luz y la sombra, y se opta por la fundamentación de lo desigual. Pero se trata sólo de una decisión estratégica, en donde igualdad y desigualdad constituyen equivalentes funcionales; es sólo una cuestión procesal de asignación del *onus probandi*. Se distribuye desigualmente la carga de la fundamentación pues así lo igual es la regla y lo desigual la excepción, que para ser admisible se debe lograr fundamentar particular y explícitamente. Pero esta opción no es consecuencia de ninguna moral igualitarista, sino de una mayor comodidad y operatividad para el sistema. Se trata en definitiva de ir incrustando en el sistema elementos diversos en apoyo recíproco, o de desplegarlo introduciendo distinciones y discriminaciones soste-

(109) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 163-167.

(110) Cfr. N. LUHMANN, *Politische Theorie...*, cit., pág. 123.

(111) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 169-170; *Fin y racionalidad...*, cit., págs. 299-300.

nidas por razones que aspiran a ser suficientes. Como se ve, aquí se podría conectar con la teoría de la argumentación, las *good reasons* y un contexto de razonamiento, de modo que se distingue salvaguardando la coherencia del sistema sin sobrepasar su umbral de tolerancia, manteniéndose en el nivel de adecuada complejidad que exige la justicia. Se persigue una hábil articulación de la discordancia y la redundancia, de la opacidad y la resonancia en el sistema.

Manteniendo después de estas observaciones el primer sentido de la igualdad (generalidad y abstracción) Luhmann añade, avanzando un paso más, que las razones para un trato desigual deben ser, además de suficientes, universales y específicas, y no particulares y difusas (112). Esto es lo que significa que nadie puede ser discriminado por razón de su edad, raza, sexo, creencias, lengua, procedencia, etc., que constituyen así zonas de indiferencia. Los supuestos de un trato desigual no sólo deben expresarse en categorías generales, sino que deben ser universales. No se llega sin embargo a postular explícitamente una universalización al estilo del imperativo categórico kantiano recogido por Hare, o su recreación procedimental de Rawls, pero se apunta que el decisor «en su decisión se debe presuponer a sí mismo como intercambiable», con lo que Luhmann se aproxima a esos planteamientos (113).

El principio de igualdad exige así identificar los papeles del sujeto y el destinatario de la decisión en un decisor abstracto, del mismo modo que la democracia rousseauiana supone obedecer a las leyes que se da uno mismo, o que los partícipes en el juego de la posición originaria rawlsiana son equivalentes al haber sido vaciados de todo particularismo por el velo de la ignorancia. Y piénsese que con la creación de un sistema normativo el actuar humano entra en una nueva dimensión de complejidad con «la posibilidad de contar con las perspectivas de los demás, de ver con los ojos de los otros, hacerse proporcionar informaciones y ensanchar así el propio horizonte de vida sin un gasto sustancial de tiempo», lo cual «sólo es posible si la igualdad del agente respecto al otro se pone como premisa» (114). De este modo cualquier otro es concebible como un *alter ego* y se pueden construir procesos reflexivos de expectativas, con toda la problemática de la doble con-

(112) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, *cit.*, págs. 176-178.

(113) *Ibidem*, pág. 177. Es bien conocida la irrelevancia de las consecuencias de una decisión a la hora de razonar moralmente siguiendo las teorías de Kant. Por eso no sorprende que en *Sistema jurídico...*, *cit.*, defendiendo una dogmática orientada primordialmente al *input* del sistema, diga Luhmann que «un juez no puede pretender al mismo tiempo imparcialidad y responsabilidad por las consecuencias» (pág. 74, nota 82), sosteniendo que una práctica jurídica orientada por fines violaría el principio de igualdad: «No se pueden pretender racionalmente determinados efectos —por ejemplo tratar de ayudar al delincuente para que vuelva al camino de la ley— y al mismo tiempo decidir casos iguales de igual modo, ya que las condiciones de eficacia en cada caso dependen demasiado de la situación para dejar espacio a consideraciones de justicia» (pág. 74).

(114) N. LUHMANN, «Le norme...», *cit.*, pág. 57. La no acepción de personas supone una orientación universalista que hace posible la formación de expectativas frente a desconocidos, prescindiendo del contexto concreto, lo cual es fundamental en una sociedad muy compleja. Cfr. *Sistema jurídico...*, *cit.*, págs. 53-54.

tingencia y la consiguiente inseguridad. En todo caso se dice que para que haya derecho hay que presuponer la igualdad, lo que recuerda el derecho natural de contenido mínimo de Hart o las circunstancias de la justicia de Rawls (115). Puede considerarse también como una igualdad exigida estructuralmente, igualdad de las personas en tanto que sujetos de derecho, y que implica la despersonalización necesaria para el funcionamiento del sistema burocrático como una maquinaria anónima y automática.

El principio de igualdad tras una primera determinación en la abstracta noción de comparar ha llevado a otro tipo de nociones formales que están muy cerca de las buenas razones de la argumentación razonable, del imperativo categórico kantiano, de las premisas igualitarias tantas veces utilizadas en la historia con claros fines iusnaturalistas, de una sociedad con la transparencia del panóptico, y de la legitimación burocrática weberiana. Son elementos dispares, y a veces contradictorios, que implícitamente se dan cita a propósito de unas breves observaciones de Luhmann, escritas de pasada, sin la insistente reiteración con que propugna una concepción alejada de valores, pero fundamentales, pues en caso contrario nunca sabremos qué tipo de discriminaciones pueden soportar la carga de la prueba y permitir una adecuada complejidad, y no podríamos justificar la no discriminación por razón de sexo, creencias, etc. Son alusiones que están fuertemente impregnadas de valores, si no en sí mismas sí en su utilización concreta debido a su formalismo. No sería fácil decir si aquí la racionalidad sistémica basada en la operatividad realmente puede acoger y fundamentar tantas voces extrañas, como en diversos lugares de su obra sostiene Luhmann, o si nos encontramos ya con claras infiltraciones de un *moral reasoning* independiente, no controlable sistémicamente. El metalenguaje sistémico lo tiene aquí difícil para situarse sobre estos otros juegos de lenguaje y seguir diciendo, por ejemplo, que los fines son una estrategia más del sistema y que la racionalidad teleológica se puede explicar a partir de la sistémica incrustándose en ella.

La solución parece difícil y la prudencia aconseja dejar el tema sólo planteado para retornar al punto de partida de la igualdad como actividad de comparar, pues todavía hay aquí elementos de extraordinario interés que además permiten conectar con algunos planteamientos fundamentales de la teoría de sistemas, recuperando un horizonte más amplio y conectando con las teorías de la justicia de carácter igualitario. La idea de desigualdad es algo más que un principio jurídico, pues se encuentra en el mismo centro de la teoría de sistemas con un peso epistemológico fundamental.

La racionalidad sistémica no exige operaciones de percibir, sino de comparar, como ya se ha visto (116). El sistema es un comparador tan-

(115) H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, trad.: G. Carrió, E. Nacional (México, 1980), C. IX, 2, y J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., pág. 152.

(116) Cfr. N. LUHMANN, *Fin y racionalidad...*, cit., pág. 47. Y sobre lo que implica la igualdad se puede recordar a L. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad.: E. Tierno, Alianza (Madrid, 1981), 6.23, pág. 183: «Si dos expresiones están unidas por el signo de igualdad, esto significa que pueden sustituirse la una por la otra.»

to como un programador, y el mundo es el horizonte de las posibles comparaciones. Aquí la idea de equivalencia funcional es central, con la consideración de fenómenos distintos como equiparables, así como los conceptos de indiferencia y latencia, que se refieren a realidades complementarias e intercambiables. El mecanismo de la negación puede aplicarse sobre sí mismo, y en la unidad del sistema se equiparan los esquematismos binarios de cualquier código de funcionamiento. La idea de generalización supone neutralización, inmunización a través de una abstracción igualadora, y el derecho no es sino congruente generalización de las expectativas. Dos estrategias sistémicas de reducción de complejidad funcionalmente equivalentes, la diferenciación interna (categorías distintas) y la determinación indeterminada (categorías generales, tensión abstracto-concreto), son muy importantes en un pensamiento de la desigualdad. Todo ello puede verse como modulaciones de una peculiar noción de igualdad que nada tiene que ver con la semejanza cualitativa, previa y más honda conceptualmente que el principio de igualdad en el derecho, que aquí no sería sino su manifestación diferenciada y especializada en uno de los sistemas sociales.

El esquema igual-desigual es por otra parte una estrategia funcionalmente equivalente de los esquemas causa-efecto, o todo-partes, al servicio de la reducción de la complejidad. Por medio del principio de causalidad la complejidad se interpreta como infinitas relaciones de causas y efectos interdependientes, y por medio del principio de igualdad como multitud de relaciones comparativas posibles. No se trata de un orden concreto pues son principios formales, sino de un «esquema de orden posible», a concretar a través de una selección. Se dirige así el interés del conocimiento hacia ciertos aspectos de la realidad, proporcionando un valioso potencial de intelección, abriendo un espacio para un argumentar racional, del mismo modo que el lenguaje proporciona una estructura que permite la comunicación a través de la doble selectividad, o que el derecho permite racionalidad y seguridad en la acción (117). Frente a ontologismos, el principio de igualdad aparece como puro dinamismo con una función de contraste sin puntos de apoyo externos, que reflexivamente «relaciona relaciones, que pueden variarse bilateralmente (en las normas y en los hechos)» (118).

En esta visión relacional la igualdad resulta ser así no un principio equiparador sino paradójicamente un formidable productor de diferencias controladas, una palanca expansiva que introduce distinciones y despliegues en cascada. Lo penetrante de esta interpretación se pone de manifiesto cuando se estudia algún ejemplo significativo de teoría de la justicia que invoca la igualdad como valor central. En el caso de Aristóteles se parte de que la justicia es igualdad, pero para pasar a continuación a las imágenes de lo aritmético y lo geométrico, con lo que la idea de igualdad deriva hacia la de proporción, que funciona

(117) Cfr. *Ibidem*, págs. 161-162, 179, 182; *Grundrechte...*, *cit.*, pág. 173.

(118) N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 150. En J. I. LACASTA y A. SERRANO, «El Tribunal Constitucional...», *cit.*, habla A. Serrano del principio de igualdad en Luhmann como «arma de relacionar» (pág. 173).

como generadora de distinciones (119). También para Perelman la justicia supone igualdad, pero al intentar concretar más se fragmenta en diversas categorías: a cada uno lo mismo, según sus méritos, obras, necesidades, rango o lo que la ley le atribuye (120). En la teoría de Rawls las partes de la posición originaria, en situación de máxima igualdad, acaban eligiendo unos principios de justicia que incluyen precisamente el llamado principio de diferencia, que justifica ciertas desigualdades económicas (121).

Por ello no es de extrañar el papel fundamental del principio de igualdad precisamente en una teoría de la diferenciación social, preocupada por salvaguardar la autonomía de los sistemas. El sistema jurídico tiene una autonomía relativa, se recrea y maneja el argumento *a pari* (analogía) y *a contrario* estratégicamente. En los límites del sistema político, en el lado del poder que el sistema político obtiene de la sociedad y en el de las decisiones que produce para la sociedad, el principio del voto igual general y secreto (democracia pluralista) y el principio de igualdad ante la ley (Estado de derecho) son respectivamente instituciones complementarias y funcionalmente equivalentes. Con su misión estructuradora y productora de autonomía logran una peculiar indiferencia de la actividad decisora del Estado.

El derecho al voto no puede garantizar la igualdad del influjo real de los electores en las decisiones políticas, y en el juego político cuentan además otras instancias de poderes fácticos y se filtran otros elementos difícilmente racionalizables. Y precisamente porque la desigualdad de influencias en el *input* del sistema no se puede justificar, se deben justificar al menos las desigualdades de trato en el *output*, lo que en todo caso es más fácil. Así el principio de igualdad comienza por prohibir consideraciones particularistas y personalismos en el límite sistémico entre la burocracia y el público, y toda desigualdad debe justificarse de algún modo (122). Con lo cual parece que el principio de igualdad tiene también una función de compensación y en cierto modo de coartada de una desigualdad real en el poder de tomar decisiones. Produce indiferencia, distancia, autonomía (es decir que neutraliza y filtra otras instancias extrajurídicas) y logra un desplazamiento de la discusión sobre la igualdad a una zona vigilada por el mismo derecho, en donde las razones suficientes que justifican la desigualdad serán jurídicas y la coherencia de la argumentación que controla la justicia será intrajurídica.

Si el principio de igualdad como relación no es un elemento más, sino un rasgo estructural, algo así como el modo de pensamiento del sistema (pensar es relacionar), y supone una exigencia de razón suficiente, quiere decir que la estructura del derecho es un tipo de argumentación. Pero como la igualdad es introducción de distinciones, aquí hay una pradoja central en el derecho, quizá tan importante como la

(119) Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 1131a-1132b.

(120) Cfr. Ch. PERELMAN, *De la justicia*, cit., págs. 19 y sigs.

(121) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., págs. 340-341.

(122) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 174-175, 178-180.

de la positividad. El sistema jurídico tiene una constitución paradójica y es experto en manejar sus paradojas desparadojizando y haciendo que nos acostumbremos a lo imposible, pues toda su actividad es un trato con sus propias paradojas. Y encuadrando todo ello en una diferenciación de sistemas, resulta que el derecho hablando de igualdad está hablando de sí mismo y con su propio lenguaje. Una vez más el sistema actúa como traductor de complejidad externa a complejidad interna, replanteando convenientemente las exigencias sociales de igualdad como exigencias estructurales del sistema, introduciendo prioridades y dándose sus propias razones.

Las dificultades para una crítica al derecho

Como bien se ha visto, en la teoría de Luhmann no aparece el valor utópico, anticipador de las declaraciones de derechos ni de la idea de justicia, sino sólo su aspecto de límite, de garante de diferenciación y de control de operatividad. Con este planteamiento hablar de utopía es mera argumentación retórica, pero en todo caso sería una argumentación que ya no es producción de redundancia, sino de innovación y sorpresa, aunque no lo tenga fácil para convertirse en hechos (123). También estas grandes palabras son microsmos, con la textura abierta que señala Hart, y también podríamos decir, como del mundo, que constituyen un horizonte de posibilidades desde el que puede ser experimentado el traspaso de límites (124). Evolución es producción de inverosimilitud, y podríamos permitirnos extenderlo a una interpretación evolutiva del derecho (125). El pensamiento de Luhmann, tan lejos de la consagración del *statu quo* como de la utopía, se sitúa en el término medio de la operatividad.

Pero en una teoría autopoética no es pensable un sistema plenamente abierto al gusto de Popper, y tampoco lo son los derechos fundamentales y la justicia como anticipación y ruptura, como *topoi* especialmente elásticos. Incluso llega a decir Luhmann que es retórica hablar de represión, dominación y abuso de poder, ya que estos conceptos no sirven para captar adecuadamente la realidad, sino sólo para estimular la agresión (126). Pero para reconocer la injusticia no siempre es necesaria una teoría muy refinada, y ya comprobó la fenomenología que el sentimiento de la injusticia es más inmediato que el de justicia. Podemos pensar que muchas teorías están más bien para resignarnos o para justificar desigualdades, con lo que ciertos estímulos también podrían ser convenientes.

Las posibilidades de un cambio social provocado por ideales son para Luhmann muy escasas. Las personas han sido socializadas a través de códigos, y ni siquiera gobiernan personas, sino códigos. El de-

(123) La conexión entre redundancia y argumentación se encuentra en N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., pág. 35.

(124) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», cit., pág. 135.

(125) Esta idea de evolución puede verse en N. LUHMANN, *Macht*, cit., pág. 83.

(126) Cfr. *Ibidem*, pág. 82.

recho tiene una constitución circular y funciona como código para el poder político, que pierde su configuración jerárquica y adquiere así una forma circular y una gran estabilidad. El orden jurídico, no centralizado en ningún punto preciso del sistema normativo, no puede ser por tanto eficazmente atacado ni defendido desde ningún punto concreto. Ya no se puede decir que el poder está fuera, apoyando al derecho, ni que el derecho está controlando al poder, sino que como vieron Kelsen y Ross el poder político es el mismo objeto del derecho, y hay que utilizar el derecho para activar este poder. Esto no significa por sí mismo ninguna limitación del poder, sino sólo una condición formal, un código que tanto puede dar amplios poderes como no. La discusión y la crítica al derecho se limitan a decisiones que presentan alternativas puntuales que desde un punto de vista estructural son una trivialidad: «Otras decisiones no significan otro orden, no son nada más que otras decisiones» (127).

Toda teoría del derecho tiene una de sus piedras de toque en una teoría de la revolución, que exige dar cuenta de los cambios estructurales más allá de las propias normas de cambio del derecho. En Luhmann este peligro aparece conjurado como disponibilidad: la lucha contra un orden jurídico sólo es posible en tanto que lucha sobre el contenido de las decisiones, pero no sobre el orden como tal. El papel de la opinión pública, tan realzado por la vieja ilustración de la razón de Kant y renovado por Habermas, es periférico en un mundo de códigos y no tiene fuerza suficiente para proporcionar sustitutos válidos. La opinión pública no puede crear nada; debe limitarse a descubrir y tomar conciencia de los problemas y las posibilidades sistémicas para su solución.

La conciencia de los problemas sensibiliza a la sociedad, pero el cambio aparece confiado a las fuerzas de la evolución. Para solucionar los problemas no son decisivos nuestros planes, como piensa un racionalismo que cree poder edificar de nueva planta; se trata más bien de aprovechar los cambios estructurales que se hayan producido en la lucha de los sistemas contra sus propias paradojas, generalmente de modo sorprendente y distinto a lo que se ha pensado y planeado. Es el sistema el protagonista y no las personas que siguen creyéndose el centro de la realidad; el sistema como tal es invulnerable y no se discute, sólo los problemas del sistema pueden ser objeto de solución. El sistema parece venir exigido por la realidad, que necesita de su función y lo moldea según una lógica de la especialización y diferenciación.

Con todo lo que de discutible tiene este planteamiento, que recuerda viejas ideas hegelianas, al menos habrá que dar la razón a Luhmann, para desgracia de tantas actitudes críticas bien intencionadas, en que las estrategias de autolegitimación del derecho se han hecho muy resistentes. El jurista puede adherirse personalmente a unos valores e ideales de justicia que le permiten dar un sentido a su labor, pero aunque el mismo derecho los consagre en la Constitución, la racionalidad

(127) N. LUHMANN, «Widerstandsrecht...», *cit.*, pág. 43.

de lo jurídico se está configurando de un modo cada vez más autónomo y reacio a una fácil moralización, como por otra parte resultaba de la tipología weberiana de dominación legítima legal-racional.

El abandono de los valores inmutables es un telón de fondo de todo este análisis que en una lectura *light* de Luhmann puede ser visto no tanto como metafísica, pues generalmente es algo dado por supuesto sin discusión, sino como un *prius* sociológico: el pluralismo y la provisionalidad que caracterizan el mundo, con lo que un pensamiento jurídico debe contar. Se trata de una estrategia teórica que pone entre paréntesis estas cuestiones buscando otros puntos de apoyo, que por lo tanto no es antiontológica, sino postontológica, del mismo modo que la hipótesis del *etiamsi daremus* de Grocio no era propiamente teológica. Mientras la sociedad sea pluralista y haya quien considere toda axiología como *dubia materia*, una crítica a Luhmann desde un reforzamiento valorativo sería tan irrelevante como los intentos de demostrar la existencia de Dios lo fueron para el método racionalista del derecho natural.

«En tal situación —escribe Luhmann— valores fundamentales como dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad y justicia ya no proporcionan suficiente orientación a la acción política (...) Por otra parte apenas sirven como patrón para el éxito y fracaso políticos, ayudan poco en la valoración de lo realizado y absolutamente nada en la valoración de las dificultades. Como ideas regulativas están igualmente fuera del mundo de la experiencia, y en la realidad de la comunicación política simbolizan a la vez buenas intenciones y malas experiencias: las ideas fundamentales de la revolución burguesa “aún no se han realizado”.» Pero no puede desconocerse que los valores fundamentales «movilizan la dinámica del Estado del bienestar. Apoyan y reproducen la esperanza en el cumplimiento de las promesas valorativas». Por eso no se trata de sustituir los valores por otra cosa, sino que la teoría debe ser capaz de «proporcionar un diagnóstico de la realidad social, en la que estos valores juegan un papel efectivo, en parte positivo y en parte negativo, como un aspecto entre otros muchos» (128).

Pero pensando en un cambio, lejos de la consagración de lo existente, la paradoja de la positividad señala que el derecho es válido precisamente porque puede ser modificado, aunque no todo de una vez y siempre apoyándose en el derecho mismo (129).

Contra la autolegitimación lo más eficaz es la autocrítica. Aunque sería una claudicación renunciar totalmente a hablar desde fuera del derecho: la descalificación de lo extrajurídico es una táctica más de las empleadas por el sistema para adquirir estabilidad e indiferencia.

(128) N. LUHMANN, *Politische Theorie...*, cit., págs. 146 y 147.

(129) Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., pág. 27.

Las fórmulas del principio de igualdad

Por FRANCISCO PUY
Santiago de Compostela

1. INTRODUCCION

El principio de igualdad, o regla de igualdad, o norma de igualdad, presenta a fines del siglo XX muchos problemas prácticos de ejecución y aplicación. Pero también teóricos, que son los que principalmente deben ocupar al iusfilósofo, pienso yo. Uno de ellos es el de la fijación de la fórmula que lo expresa. Pues es notorio que esta regla no tiene una fórmula expresiva uniformemente usada. Ahora bien, un principio normativo difusamente entendido adolece de oscuridad teórica y de debilidad práctica en su aplicación.

Acometo este ensayo, pues, con la esperanza de aportar algo positivo a la claridad de comprensión y a la eficacia de aplicación, entre nosotros, del principio de igualdad. Las conclusiones a sacar no deben ser arbitrarias, sino basadas en la realidad existente. Tal realidad se expresa en los tres clásicos canales de expresión jurídica, que son la *normación*, la *jurisdicción* y la *jurisprudencia*. Un muestreo por los textos más notorios de los tres campos nos permitirá tener una visión de conjunto del problema y obtener alguna propuesta crítica como resultado.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA NORMACION

Podemos encontrar el principio de igualdad expresado en muchas normas incorporadas directa o indirectamente a nuestro ordenamiento jurídico a nivel de constitución, leyes orgánicas o instrumentos internacionales. Entre estos últimos creo que no se debe menospreciar la aportación de algunos que no son universales ni europeos, pero que dicen el punto de vista de enormes masas humanas y que son normas, como por ejemplo el Concilio Vaticano II de los cristianos o las declaraciones de los americanos, los africanos o los islámicos. Por otra parte, si una visión filosófica quiere combinar la utilidad para un grupo con el progreso de toda la humanidad, parece lo más conveniente

ver el avance sucesivo por encima de las fronteras geopolíticas. Por lo tanto, ordenaré las apariciones del muestreo por pura sucesión cronológica. Una última observación. No pretendo hacer una antología de manifestaciones ajenas del principio de igualdad. Sino una exposición de mi personal interpretación de las mismas. Por lo tanto, voy a dar mi lectura normativa, o imperativa, de textos que frecuentemente se expresan de modos muy indirectos. En puridad, los textos literales deberían incluirse siquiera en un aparato crítico. Pero prescindo de hacerlo para no darle a este ensayo una longitud desmesurada. Por lo demás, todos los textos que voy a citar están al alcance de cualquier profesional de la jurisprudencia.

¿Cómo han entendido, pues, los autores de los textos más invocados por todos nuestros juristas —legisladores, jueces o profesores— el principio de igualdad? A mi manera de ver, de la siguiente manera —casi siempre implícita aunque a veces explícita—:

Los autores de la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, de 12-6-1776, en la sección 4.^a:

- (1) «Ningún hombre o grupo de hombres tendrá derecho a privilegios de la comunidad, a no ser en consideración al desempeño de servicios públicos.»

Los de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*, de 4-7-1776, en el párrafo 2.^o:

- (2) «Todos los hombres considerarán iguales a todos los hombres.»

Los redactores de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 26-8-1789, han ofrecido dos fórmulas distintas de amplio eco posterior, en los artículos 1.^o y 6.^o de la misma, que implican estas dos posibles fórmulas:

- (3) «Entre hombres libres e iguales en derechos no habrá más distinciones que las fundadas en la común utilidad.»
- (4) «La ley considerará admisibles para todos los empleos públicos a todos los ciudadanos, sin otra distinción que su capacidad, virtud o talento.»

Para los elaboradores de la *Carta de las Naciones Unidas*, de 25-6-1945, artículo 1.2.^o, el imperativo diría así:

- (5) «Todas las naciones fomentarán la igualdad de derechos de todos los pueblos.»

Para los autores de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de 2-5-1948, artículo 2.^o, el principio sonaría así:

- (6) «Todas las personas son iguales ante la ley y tendrán los derechos y deberes que ella consagra, sin distinción alguna.»

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada en París el 10-12-1948 ofrece dos imágenes principales del principio de igualdad, en sus artículos 1.^o y 7.^o, que podrían expresarse así en una:

- (7) «Todos los seres humanos se considerarán, desde que nacen, iguales en dignidad y derechos ante la ley y tendrán derecho a igual protección de la ley, sin distinción ni discriminación alguna.»

El largo artículo 14 de la *Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, aprobada el 4-11-1950, contiene en resumen esta regla de igualdad:

- (8) «El goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ha de ser asegurado a todos, sin distinción alguna.»

Todavía más largo y complicado es el artículo 4.º, del que tengo la impresión constituye el único documento internacional que nombra la igualdad en su rótulo. Me refiero al *Convenio OIT número 118 sobre la igualdad de trato*, en la Seguridad Social. El principio de igualdad implícito en sus pormenores creo que puede enunciarse así:

- (9) «La regla general de la igualdad de trato sin excepciones no podrá tener otras excepciones que las enunciadas por otra regla general.»

La *Constitución Pastoral «Gaudium et Spes»*, sobre la Iglesia en el mundo actual, promulgada por el Concilio Ecuménico Vaticano II el 7-12-1965, enuncia nuestro principio, casi literalmente, en su párrafo número 29 b), en estos términos:

- (10) «Toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona debe ser vencida y eliminada.»

El propio Concilio Vaticano II aprobó en la misma fecha, 7-12-1965, otra importante norma, que recoge nuestro principio en su párrafo 6 d). Me refiero a la *Declaración «Dignatis Humanae»*, sobre la libertad religiosa. De acuerdo con este lugar podemos enunciar esta otra fórmula de la *regula aequalitatis*:

- (11) «La autoridad civil proveerá a que la igualdad jurídica de los ciudadanos jamás sea lesionada con ninguna discriminación.»

Nuestro principio era reconocido pocos días después por un importante documento universal: el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. De la norma manifiesta en su artículo 26 cabe inducir esta fórmula:

- (12) «Todas las personas serán iguales ante la ley y tendrán derecho a igual protección de la ley, la cual prohibirá toda discriminación y garantizará una igual y efectiva protección contra cualquier discriminación.»

Y llegamos a la *Constitución española* de 27-12-1978. Como es sabido, nuestra ley fundamental se refiere a la igualdad, tanto explícita como implícitamente, en numerosos lugares. A mi juicio, los preceptos claves se pueden reducir a los incluidos en los artículos 1.1.º, 9.2.º, 14 y 23.2.º No sería imposible reducir ese conjunto a una sola fórmula

imperativa de igualdad. Pero sería al precio de empobrecer la regla. Es verdad que vengo pagando ese tributo desde el comienzo. Pero juzgo que la importancia decisiva de esta norma para la jurisprudencia española actual bien justifica la excepción, que hasta ahora sólo he hecho por referencia a la *Declaración de 1789*. Así pues, constataré cuatro posibles reglas de igualdad en nuestra Constitución, que dirían así, aproximadamente:

- (13) «La igualdad tendrá en el Estado español la eficacia de un valor superior del ordenamiento jurídico.»
- (14) «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.»
- (15) «Los españoles serán iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos.»
- (16) «Los ciudadanos accederán en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.»

Todos los estatutos de autonomía han reflejado en todo o en parte el principio de igualdad sancionado por la Constitución. Pero hay variantes, como vamos a comprobar ahora mismo. Mas permítaseme una excepción a la regla cronológica que venimos respetando. Los estatutos de autonomía se han ido aprobando por leyes orgánicas entre 1979 y 1983. No carece de interés echar una ojeada de conjunto a sus disposiciones en esta materia. Pero esa ventaja exige el precio de adelantar ahora la referencia a dos textos internacionales de 1981. Así es que los hago constar aquí y a continuación podremos ver sin interrupción la serie estatutaria indicada.

Los dos instrumentos internacionales recién aludidos son la *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos*, aprobada en Nairobi el 28-6-1981; y la *Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre*, aprobada en París el 19-9-1981. La *Carta Africana* expresa el principio de igualdad en su artículo 3.º Y la *Declaración Islámica* hace lo mismo, más prolijamente, también en su artículo 3.º Las respectivas reglas de igualdad pueden entenderse aproximadamente así:

- (17) «Todas las personas gozarán de total igualdad ante la ley y tendrán derecho a igual protección de la ley.»
- (18) «Todas las personas serán iguales ante la ley, tendrán derecho a iguales oportunidades y a igual protección de la ley, recibirán igual trato y no sufrirán discriminación por el simple hecho de una diferencia.»

Y vengamos ahora a la serie de las leyes orgánicas que han ido aprobando los estatutos de Autonomía de las regiones y nacionalidades de España. He aquí las respectivas reglas de igualdad, por referencia a los artículos que las consagran. Lo hacen casi siempre en un claro lenguaje normativo, que no precisa adaptación o traducción doctrinal. Adviértase que recogen, sobre todo, la fórmula constitucional del ar-

título 9.2.º, dando por sobreentendida la aceptación del artículo 14. Bien, he aquí las fórmulas:

Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la L.O. 3/1979 de 18 de diciembre, artículo 9.2.º d):

- (19) «Los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia, adoptarán aquellas medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales.»

Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por la L.O. 4/1979 de 18 de diciembre, artículo 8.2.º:

- (20) «Corresponde a la Generalidad, como poder público y en el ámbito de su competencia, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.»

Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado por la L.O. 1/1981 de 6 de abril, artículo 4.2.º:

- (21) «Corresponde a los poderes públicos de Galicia promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.»

Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la L.O. 6/1981 de 30 de diciembre, artículos 12.1.º y 12.2.º:

- (22) «La comunidad autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas: removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y propiciará la efectiva igualdad superando cualquier discriminación.»

Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, aprobado por L.O. 7/1981 de 30 de diciembre, artículo 9.2.º d):

- (23) «Las instituciones de la Comunidad Autónoma de Asturias, dentro del marco de sus competencias, velarán especialmente por procurar la adopción de medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos, para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales.»

Estatuto de Autonomía de Cantabria, aprobado por la L.O. 8/1981 de 30 de diciembre, artículo 5.2.º:

- (24) «Corresponde a la Diputación Regional de Cantabria, en el ámbito de sus competencias, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.»

Estatuto de Autonomía de La Rioja, aprobado por la L.O. 3/1982 de 9 de junio, artículo 7.2.º:

- (25) «Corresponde a la comunidad autónoma, como poder público y en el ámbito de sus competencias, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.»

Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, aprobado por la L.O. 4/1982 de 9 de junio, artículo 9.2.º b):

- (26) «La comunidad autónoma, en el ámbito de su competencia y a través de sus órganos, velará por promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.»

Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por la L.O. 5/1982 de 1 de julio, artículo 2:

- (27) «Corresponde a la Generalidad Valenciana, en el ámbito de sus competencias, promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas y eliminar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.»

Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por L.O. 8/1982 de 10 de agosto, artículo 6.2.º a):

- (28) «Corresponde a los poderes públicos aragoneses, sin perjuicio de la acción estatal y dentro del ámbito de sus respectivas competencias, promover las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.»

Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por la L.O. 9/1982 de 10 de agosto, artículos 4.2.º y 4.3.º:

- (29) «Corresponde a los poderes públicos regionales promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y propiciar la efectiva igualdad superando cualquier discriminación.»

Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por L.O. 10/1982 de 10 de agosto, artículo 5.2.º a):

- (30) «Los poderes públicos canarios, en el marco de sus competencias, asumen como principio rector de su política la promoción de las condiciones necesarias para (el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y) la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran.»

Ley Orgánica 13/1982 de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra. Presenta la anomalía de no reproducir como todos los demás el artículo 9.2.º de la Constitución más o menos adaptado. La regla de igualdad se expresa así en el artículo 6:

- (31) «Los navarros tendrán los mismos derechos, libertades y deberes fundamentales que los demás españoles.»

Estatuto de Autonomía de Extremadura, aprobado por la L.O. 1/1983 de 25 de febrero, artículo 6.2.º b):

- (32) «Las instituciones de la comunidad autónoma de Extremadura, dentro del marco de su competencia, ejercerán sus poderes con el objetivo básico de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los extremeños sean reales y efectivas.»

Estatuto de Autonomía de Castilla-León, aprobado por la L.O. 4/1983 de 25 de febrero, artículo 7.2.º:

- (33) «Corresponde a los poderes públicos de Castilla y León promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.»

Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, aprobado por la L.O. 2/1983 de 25 de febrero, artículo 9:

- (34) «Las instituciones de autogobierno, en cumplimiento de las finalidades que les son propias, promoverán la libertad, la justicia, la igualdad y el progreso socioeconómico entre todos los ciudadanos de las Islas Baleares, como principios de la Constitución.»

Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la L.O. 3/1983 de 25 de febrero, artículo 1.3.º:

- (35) «La Comunidad de Madrid aspira a hacer realidad los principios de libertad, justicia e igualdad para todos los madrileños.»

Y vistos estos 35 modelos del principio de igualdad, tal como lo expresa el lenguaje normativo, pasamos a ver ahora otras fórmulas en el lenguaje jurisdiccional.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISDICCION

Me refiero simplemente a la producción jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, aplicando el Convenio Europeo de 4-11-1950; y a la de nuestro Tribunal Constitucional de Madrid, aplicando la Constitución Española de 1979. Casualmente, la fórmula fundamental de ambos textos figura en sus respectivos artículos número 14. De este modo, en la lengua usual de los técnicos

puede decirse que funciona de hecho la siguiente fórmula de nuestro principio:

- (36) «Se prohíbe como discriminación toda violación del artículo 14.»

Ahora bien, por lo que se refiere a las propias expresiones de los jueces, he aquí algunas de ellas entresacadas de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo —citadas por STEDH— y de las sentencias del Tribunal de Madrid —citadas por STC— según la costumbre. Cito, igual que antes, por orden cronológico: cosa que facilita la explícita dependencia de las segundas, respecto de las primeras anteriores.

La *STEDH de 25-7-1968, para el caso Alsenberg v. Reino de Bélgica*, también denominada sentencia del caso lingüístico belga, sentó precedentes decisivos sobre el principio de igualdad para en adelante. Haré una excepción entonces, entresacando de la misma tres fórmulas. Dos del cuerpo de ella, y otra del voto particular colectivo de los jueces Holmback, etc. Serían las siguientes:

- (37) «Una distinción que carece de justificación objetiva y razonable constituye violación de la igualdad de trato.»
- (38) «Cuando, examinada una medida a la luz de los principios generalmente aceptados en las sociedades democráticas, en relación con su finalidad y efectos, resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, hay discriminación.»
- (39) «Constituye discriminación y violación del principio de igualdad toda distinción que no persiga un objetivo legítimo; o que no esté provista de una justificación objetiva; o que carezca claramente de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido, en función de los factores de hecho y de derecho dados en el estado que toma la medida distintiva.»

La *STEDH de 27-10-1975 en el caso Sindicato Nacional de la Policía Belga v. Reino de Bélgica* ha fijado el principio en sus fundamentos jurídicos números 44 y 46 de un modo que podemos resumir en estas otras fórmulas:

- (40) «Se protegerá a los individuos y a los grupos contra toda discriminación en el disfrute de los derechos y las libertades.»
- (41) «Se viola la igualdad de trato cuando una diferencia no tiene justificación objetiva y razonable, considerando su finalidad y efectos en relación a los principios que prevalecen generalmente en las sociedades democráticas.»
- (42) «Hay violación del principio de igualdad cuando queda claramente establecido que en una medida diferenciadora no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se desea alcanzar con ella.»

La *STEDH de 7-12-1976, en el caso Kjeldsen, etc. v. Reino de Dinamarca*, FJ 56 enuncia así el principio de igualdad:

- (43) «El artículo 14 prohíbe en el campo de los derechos y libertades garantizados un trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal o situación mediante la cual personas, o grupos de personas, se distinguen entre sí solamente por eso.»

La *STEDH de 26-4-1979, en el caso The Sunday Times v. Reino Unido de GBIN*, lo dibuja así en su FJ 70:

- (44) «El artículo 14 protege a los individuos o grupos que se encuentran en una situación comparable, contra toda discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidas.»

De acuerdo con la *STEDH de 13-6-1979, en el caso Marckx v. Reino de Bélgica*, FFJJ números 32 y 33, el principio viene entendido así:

- (45) «En el ámbito de los derechos y libertades consagrados, el artículo 14 protege a los individuos de discriminaciones de cualquier tipo, o de distinciones que carecen de una justificación objetiva y razonable, o que no persiguen un objetivo legítimo, o que no contienen una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y los objetivos a alcanzar.»

La *STEDH de 9-10-1979, en el caso Airey v. República de Irlanda* ofrece en el FJ número 30 una versión algo distinta:

- (46) «Hay violación aislada del principio de igualdad solamente cuando una clara falta de igualdad de tratamiento en el disfrute del derecho en cuestión constituye un aspecto fundamental del caso.»

La *STC de 30-3-1981* («B.O.E.» de 14-4-1981) enuncia aproximadamente así el principio de igualdad:

- (47) «Existirá violación del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad, por motivaciones arbitrarias, o no fundadas en razones jurídicamente atendibles.»

De la *STC de 2-7-1981* («B.O.E.» de 20-7-1981) se deduciría esta imagen del principio que contiene:

- (48) «Se prohíbe toda distinción desprovista de una justificación objetiva, en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, o de una justificación razonable, en la proporcionalidad entre medios empleados y finalidad perseguida.»

Fórmula implícita en la *STC de 10-7-1981* («B.O.E.» de 20-7-1981):

- (49) «Ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales, con exclusión de toda discriminación.»

La *STEDH de 22-10-1981, en el caso Dudgeon v. Reino Unido de GBIN* reformula en su FJ 67 la idea ya vista antes en la fórmula número 46, que ahora viene a sonar así:

- (50) «Cuando el aspecto fundamental del caso es la manifiesta desigualdad de trato en el goce de un derecho, es necesario examinarlo a la luz del artículo 14 por separado.»

La *STC de 10-11-1981* («B.O.E.» de 19-11-1981) ofrece dos visiones distintas del principio de igualdad, que suenan aproximadamente así:

- (51) «Se prohíbe toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello discriminatoria.»
 (52) «Se prohíbe toda distinción de trato carente de una justificación objetiva, en relación a la finalidad y los efectos de la medida considerada, o carente de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la meta perseguida.»

También la *STC 49/1982, de 14 de julio* («B.O.E.» de 4-8-1982) ofrece una doble imagen del principio:

- (53) «El artículo 14, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual; impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual, y limita el poder legislativo y jurisdiccional a la efectividad del trato igual.»
 (54) «El principio de igualdad significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean también iguales; y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho, tiene que existir una suficiente justificación de las diferencias, que aparezca a la vez como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.»

Más concisa es la expresión de la *STC de 28-7-1982* («B.O.E.» de 18-8-1982) que se puede resumir así:

- (55) «No se pueden establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable.»

STC de 15-11-1982 («B.O.E.» de 10-12-1982). Se ensaya otra manifestación del principio, que sonaría así:

- (56) «El tratamiento legal desigual de los casos que ofrecen un elemento diferenciador de relevancia jurídica tendrá como límite la falta de justificación objetiva y razonable constitutiva de una arbitrariedad causante de una discriminación.»

He aquí ahora otra fórmula, tangencial, del principio de igualdad, expresada por la *STC de 22-11-1982* («B.O.E.» de 29-12-1982):

- (57) «Competerá a los órganos estatales demandados la carga de ofrecer justificación razonable, de acuerdo con el sistema de valores que consagra la Constitución, del diferente trato legal concedido en un mismo régimen jurídico a unas u otras clases de personas.»

Fórmula empleada por el 2.º FJ de la *STC de 21-12-1982* («B.O.E.» de 21-12-1982):

- (58) «Deberá desaparecer como carente de fundamento toda diferencia jurídica, cuya razón de ser, suficiente a proporcionar la adecuada cobertura a la diversidad de trato jurídico dado, no sea ofrecida a la justicia constitucional por los defensores de la legitimidad constitucional de la distinción.»

En el FJ 4.º de la *STC de 24-1-1983* («B.O.E.» de 17-2-1983) se puede rastrear esta otra versión del principio:

- (59) «Los ciudadanos gozarán del derecho subjetivo a que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, salvo que el apartamiento de los precedentes resolutorios posea una fundamentación suficiente y expresamente razonada.»

Otro aspecto del principio se revela en los razonamientos de la *STC 3/1983, de 25 de enero* («B.O.E.» de 17-2-1983), a cuyo tenor:

- (60) «Sólo se establecerá un trato legal desigual sobre supuestos de hecho que sean en sí mismos desiguales y para la sola finalidad de contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real de todos los españoles ante la ley.»

Cosa parecida reitera así la *STC 14/1983, de 28 de febrero* («B.O.E.» de 23-3-1983):

- (61) «Deberá admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que sean desiguales por su propia naturaleza, cuando la distinción contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad.»

STC 33/1983, de 4 de mayo («B.O.E.» de 20-5-1983):

- (62) «Para que exista violación del principio de igualdad será preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable.»

STC 48/1983, de 1 de junio («B.O.E.» de 17-6-1983):

- (63) «El principio de que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social no prohíbe dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales.»

STC 65/1983, de 21 de julio («B.O.E.» de 9-8-1983):

- (64) «Se prohíbe toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse de discriminatoria.»

En la *STC 75/1983*, de 3 de agosto, FJ 2.º, podemos encontrar enlazadas con una difícil sintaxis cuatro fórmulas del principio, a saber:

- (65) «Los ciudadanos dispondrán del derecho subjetivo a evitar los privilegios y las desigualdades discriminatorias, siempre que se encuentren dentro de unas situaciones de hecho iguales a que deba corresponder un mismo tratamiento jurídico.»
- (66) «La norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la concesión de los mismos derechos, en evitación de desigualdades.»
- (67) «El legislador establecerá un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente, que requieran en su solución una decisión distinta, dando una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios generalmente aceptados.»
- (68) «El legislador, con carácter general, apreciará las situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su decisión no vaya contra los derechos y libertades protegidos por la constitución, ni sea irrazonada.»

También el FJ 5.º de la *STC 103/1983*, de 22 de noviembre («B.O.E.» de 14-12-1983) invoca cuatro fórmulas distintas del principio:

- (69) «Las normas no crearán entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias y, en su caso, éstos podrán poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad rota.»
- (70) «Cuando los supuestos de hecho son iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales.»
- (71) «Dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos serán iguales, si el elemento diferenciador que las distingue debe considerarse carente de la suficiente relevancia o fundamento racional.»
- (72) «Corresponderá a quienes asuman la defensa de la legalidad impugnada y la consiguiente defensa de la desigualdad creada por tal legalidad, la carga de ofrecer un fundamento de la diferencia, que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad, en orden a la protección de los fines y valores constitucionalmente dignos, propuestos en su caso por el legislador.»

He aquí una brevísima fórmula del FJ 46 de la *STEDH de 23-11-1983*, en el caso *Van Der Mussele v. Reino de Bélgica*:

- (73) «El artículo 14 protege contra toda discriminación a aquellas personas que se encuentran en una situación análoga.»

STC 109/1983, de 29 de noviembre («B.O.E.» de 14-12-1983):

- (74) «El legislador admitirá siempre las circunstancias objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de un tratamiento le-

gal; y con mayor razón cuando las circunstancias de hecho sean desiguales y el establecimiento del trato distinto tenga por precisa función el restablecimiento de la igualdad real que previamente era inexistente.»

STC 6/1984, de 24 de enero («B.O.E.» de 18-2-1984):

- (75) «Será violación de la igualdad, la desigualdad desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, en que no se dé una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.»

STC 18/1984, de 7 de febrero («B.O.E.» de 9-3-1984):

- (76) «Dentro de unos términos de comparación adecuados, nunca se producirá un tratamiento legal desigual en supuestos sustancialmente idénticos.»

STC 23/1984, de 20 de febrero («B.O.E.» de 9-3-1984):

- (77) «Se dará a todos los casos un tratamiento legal igual, salvo existencia de cualquier elemento diferenciador de trascendencia jurídica.»

STC 39/1984, de 20 de marzo («B.O.E.» de 25-4-1984):

- (78) «El mismo órgano no puede, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones.»

STC 46/1984, de 28 de marzo («B.O.E.» de 25-4-1984):

- (79) «Se prohíbe toda desigualdad que, por su alcance, sea irrazonable y, por ello, discriminatoria.»

STC 51/1984, de 25 de abril («B.O.E.» de 29-5-1984):

- (80) «No queda violado el principio de igualdad si la desigualdad que la ley puede introducir presenta un fundamento razonable y serio y se justifica por la protección de bienes e intereses constitucionalmente dignos de tutela.»

STC 60/1984, de 16 de mayo («B.O.E.» de 19-6-1984):

- (81) «A supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, por lo que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, teniendo que ofrecer una fundamentación suficiente y razonable cuando considere ese órgano que tiene que apartarse de sus precedentes.»

STC 63/1984, de 21 de mayo («B.O.E.» de 19-6-1984):

- (82) «Se prohíben las diferencias de tratamiento arbitrarias, no justificadas en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal.»

STC 64/1984, de 21 de mayo («B.O.E.» de 19-6-1984):

- (83) «Lo que el principio de igualdad exige es que un cambio en la aplicación de la ley aparezca suficientemente motivado, precisándose las razones por las que el órgano considera que debe apartarse de sus propios precedentes consolidados, aunque tal motivación no figure en manifestación explícita de modo expreso.»

STC 78/1984, de 9 de julio («B.O.E.» de 30-7-1984):

- (84) «La igualdad ante la ley reconocida en el artículo 14 es igualdad en la configuración en el texto legal e igualdad en la aplicación de la ley por los órganos encargados de ello, de modo que a la identidad de supuestos de hecho debe acompañar identidad en los efectos o consecuencias jurídicas; que la identidad en los supuestos de hecho se rompe cuando, para tratar de diferenciar, se introducen elementos o circunstancias carentes de razonable justificación; y que cuando se produce la diferenciación debe guardarse proporcionalidad en el tratamiento jurídico.»

STC 83/1984, de 24 de julio («B.O.E.» de 24-8-1984) FJ 3.º:

- (85) «La igualdad ante la ley que consagra el artículo 14 puede ser entendida también como igualdad en la ley, es decir, como obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma; o como obligación de no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados.»

STC 93/1984, de 16 de octubre («B.O.E.» de 31-10-1984) FJ 3.º:

- (86) «Constituye discriminación la desigualdad desprovista de una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, o privada de una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida por la medida.»

STC 99/1984, de 5 de noviembre («B.O.E.» de 28-11-1984) FJ 2.º:

- (87) «La desigualdad constituye necesariamente discriminación cuando está desprovista de una justificación objetiva y razonable.»

STC 103/1984, de 12 de noviembre («B.O.E.» de 28-11-1984) FJ 2.º:

- (88) «Un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y cuando considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una justificación suficiente y razonable.»

STC 108/1984, de 26 de noviembre («B.O.E.» de 21-12-1984) FJ 5.º:

- (89) «La regla general de igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 contempla la igualdad en el trato por la ley o igualdad en la ley, como límite puesto al ejercicio del poder legislativo; y la igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y asimismo que, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.»

STC 113/1984, de 29 de noviembre («B.O.E.» de 21-12-1984) FJ 3.º:

- (90) «El principio de igualdad supone que no puede existir una desigualdad de trato a personas que se encuentran en situación igual, sin un fundamento razonable.»

STC 49/1985, de 28 de marzo («B.O.E.» 19-4-1985) FJ 2.º:

- (91) «El principio de igualdad es el mandato de tratamiento igual en los supuestos iguales. Como principio de igualdad ante la ley es de carácter material y pretende garantizar la identidad de trato de los iguales. Como principio de igualdad en la aplicación de la ley es de carácter formal y prohíbe que se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad, no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como una solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo.»

Con estos 56 intentos de fijación jurisdiccional del principio parece más que suficiente. Pasemos a ver algunas fórmulas jurisprudenciales.

4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA

También ahora seguiré un orden cronológico, pero siendo aún más estrecho en el criterio selector del muestreo. Se trata simplemente de tener una impresión de los puntos de vista más usados o percibidos por nuestros profesores, al margen de su información en las colecciones de normas o en los repertorios de sentencias, y que así influyen más profundamente en nuestra actual percepción del principio. Como el espacio de que dispongo me impide en absoluto la transcripción de los textos, me limito a indicar el lugar en que pueden ser contrastadas las diferencias inevitables entre sus palabras literales, generalmente descriptivas, y mi versión imperativa del principio, inspirada en aquéllas.

Comenzaré por un enfoque muy típico de Erik Wolf y su escuela. De lo que se puede leer en E. Wolf, *Rechtsgedanke und biblische Weisung* (Furche V., Tübingen, 1948, pág. 31) resulta esta interesante fórmula del principio:

- (92) «Trata igual a los iguales, desigual a los desiguales y a todos como a hijos y siervos de Dios.»

Si de la teología del derecho pasamos a la teoría general del derecho, podemos recordar otro enfoque bien distinto en Hans Nawiasky. Por lo que dice en su *Allgemeine Rechtslehre* (Benziger, Einsiedeln, 1948, § 6.4), hablando de los principios como fuentes del derecho, su idea del principio de igualdad diría así:

- (93) «Hay que darles a todos el mismo tratamiento.»

Paso ahora a un tratamiento de derecho natural tradicional. Leo en el *Curso de derecho natural* (Cid, Mar de Plata, 1967, § 7.3) lo suficiente para ver funcionando la siguiente imagen del principio de igualdad en mi colega argentino Bernardino Montejano:

- (94) «Todos y cada uno deben ser juzgados según la misma ley.»

Miraré ahora, avanzando un poco por el calendario hacia nuestros días y entrando ya en el último cuarto del siglo XX, por la aportación de un ilustre e influyente maestro de la actual politología: Luis Sánchez Agesta. En sus *Principios de teoría política* (Editora Nacional, Madrid, 1976, § 28.3.7) ofrece los datos para elaborar cuatro posibles fórmulas doctrinales distintas del principio que nos ocupa, a saber:

- (95) «Con independencia de sus reales desigualdades socioeconómicas, los sujetos de toda relación jurídica se equiparán ante el derecho, la ley y el estado.»
- (96) «La ley no discriminará a nadie en el desempeño de funciones públicas ni en el ejercicio de relaciones privadas.»
- (97) «A todos alcanzará la igualdad material de situación económica, mediante la supresión de la propiedad privada y la distribución de los bienes de acuerdo con las necesidades personales.»
- (98) «Se compensarán las desigualdades naturales y culturales con las distinciones de trato jurídico necesarias para establecer la igualdad de oportunidades.»

Y llegamos al momento posconstitucional. *Después de la Constitución* se titula precisamente una conocida obra del padre constitucional y constitucionalista Manuel Fraga Iribarne, en que se ha ocupado bastante de la igualdad (Planeta, Barcelona, 1979). En el apartado 22.4 de ella expresa rudamente su idea del principio de igualdad, que me atrevo a resumir en estos términos:

- (99) «Se debe garantizar a todos los ciudadanos la igualdad ante la ley, sin privilegios ni monopolios, y la igualdad de oportunidades, sin nivelaciones por rebajamiento.»

Carácter semejante tiene la aportación a que paso a referirme, obra de otro padre constitucional y profesor de iusfilosofía. Me refiero al ensayo de Gregorio Peces Barba *Reflexiones sobre la Constitución* («Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense»,

núm. 61, Madrid, 1981, págs. 95 y sigs.). Esta es la versión del principio de igualdad constitucional que contiene, si no yerro al resumir sus expresiones:

- (100) «Todos los ciudadanos serán titulares de derechos subjetivos de igualdad, exigibles como derechos de crédito frente a los poderes públicos, y consistentes en prestaciones económicas, sociales y culturales, compensatorias de los desequilibrios existentes en las relaciones sociales.»

Hasta nueve fórmulas distintas he rastreado, sin ira ni estudio, en *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales* («Anuario de Derechos Humanos», núm. 1, Madrid, 1982, págs. 255 y sigs.), de Antonio Pérez Luño. Suenan aproximadamente así:

- (101) «Se reconoce la identidad de estatuto jurídico de todos los ciudadanos como garantía de la paridad de trato en la legislación y en su aplicación.»
- (102) «Todos los ciudadanos se someterán a las mismas normas y tribunales.»
- (103) «La ley será idéntica para todos sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento o sujetas a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadanos.»
- (104) «No se equipararán arbitrariamente aquellas cosas entre las que se dan diferencias relevantes, ni se establecerán discriminaciones entre aquellas cuyas divergencias deban considerarse irrelevantes.»
- (105) «El tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones semejantes sólo se verificará de acuerdo con presupuestos normativos que excluyan la arbitrariedad y la discriminación.»
- (106) «Todos los ciudadanos serán iguales ante el procedimiento y todos se someterán a las mismas reglas procedimentales.»
- (107) «Todos los hombres serán considerados iguales.»
- (108) «Todos los hombres deben ser tratados como iguales.»
- (109) «Todas las distinciones pueden o deben ser ignoradas, excepto las que se consideran razonables dentro de un determinado sistema.»

Yo mismo he estudiado también en óptica de derechos humanos, como es el caso que acabamos de revisar, el tema de la igualdad y la no discriminación, aunque no exactamente en la perspectiva de las fórmulas del principio que ahora analizo. Pero éste está implícito, desde luego, en las tres nociones de igualdad de oportunidades, igualdad de no discriminación e igualdad simpliciter, que constan en mi libro sobre los *Derechos civiles* (Paredes, Santiago, 1983, respectivamente, §§ 40.27, 20.24 y 40.1). De donde tres posibles fórmulas jurisprudenciales que sonarían así:

- (110) «Todo ser humano dispondrá de equivalente número de oca-

- siones que sus competidores en la consecución de objetivos concretos para usar la libertad intentando alcanzarlos con éxito.»
- (111) «Todo ser humano será considerado igual en dignidad ontológica a los demás seres humanos, en relación al desempeño de funciones o al ejercicio de derechos y libertades, cualesquiera sean las diferencias que pueda presentar de carácter heterogéneo respecto a las funciones o derechos de referencia.»
- (112) «Por parte de todos los poderes públicos, estatales o no, y en toda su gestión normativa, gubernativa y jurisdiccional, todo ser humano será calificado indiscriminadamente, será tratado imparcialmente, y será auxiliado con equivalentes oportunidades de ejercicio de todos los derechos a las que dispongan la mayoría de sus consocios en el grupo social de referencia.»

Un concienzudo estudio del estatuto internacional de la igualdad y la no discriminación ha conducido a Wareick McKean (en *Equality and discrimination under international law*, Clarendon, Oxford, 1983, § 16) a algunos enunciados del principio, entre los que destacan los nueve siguientes (el autor muestra sus preferencias por el primero y el último):

- (113) «A menos que exista una razón, reconocida como suficiente por algún criterio identificable, un ser humano no debe ser preferido a otro.»
- (114) «Se prohíbe como discriminación toda conducta basada en una distinción apoyada en categorías sociales o naturales no relacionadas con las capacidades o méritos individuales de la persona, ni con su concreta conducta personal.»
- (115) «Se prohíbe como discriminación toda distinción arbitraria o injustificada.»
- (116) «Se considerarán discriminatorias las distinciones que tengan la pretensión u obtengan el resultado de anular o perjudicar la igualdad de trato.»
- (117) «Cuando no se pueda encontrar una causa razonable, objetiva y evidente para un tratamiento diferente, se deberá considerar violado el principio de igualdad.»
- (118) «Se dará igual trato a todos.»
- (119) «No se realizarán distinciones irrazonables, arbitrarias u odiosas (o sea, discriminaciones).»
- (120) «Quedan prohibidas las distinciones discriminatorias y quedan permitidas o mandadas las providencias de acción afirmativa, conducentes a una igualdad de hecho sustancial y genuina.»

En fin, para concluir esta relación traeré la posición doctrinal de alguien que es a la vez profesor de ciencia jurídica y magistrado de la justicia constitucional: Miguel Rodríguez Piñero. En su libro *Igualdad y discriminación* (Tecnos, Madrid, 1986) podemos encontrar cuatro fórmulas del principio expresamente enunciadas, entre otras indirectas de las que prescindo en aras a la brevedad (la primera figura en § 1.3; y las otras tres en § 1.5.2.2):

- (121) «A los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también.»
- (122) «Lo igual debe ser tratado igual y lo que no es igual debe ser tratado desigualmente.»
- (123) «Trata igual a todos los que están sometidos a la misma regla.»
- (124) «Trata igualmente a todos aquellos sobre los que no se pueden establecer distinciones justificadas.»

Y bien, llegó el momento de sacar alguna conclusión en vistas de este abigarrado panorama.

5. CONCLUSION

El resultado más llamativo de este muestreo es la cantidad tan alta de fórmulas recogidas. Y podrían ser muchas más si se tiene en cuenta: que se han reducido las fuentes por consciente decisión; y que las expresiones literales en normas, sentencias y estudios son mucho más variadas, pues al procurar dar formalidad normativa a las mismas he mirado a homogeneizar expresiones, más que acentuar diferencias. Ha de observarse, además, que no sólo hay diversidad de términos, sino diversidad de ideas y contenidos o aspectos enfocados o advertidos. Al iniciar la pesquisa esperaba variedad. Al detenerla —no la doy por conclusa— estoy sorprendido por la exhuberancia. Supongo que le pasará lo mismo incluso a los habituados al asunto.

Por lo tanto parece justo avisar, para los menos iniciados en el tema de la igualdad o en la teoría jurídica más ampliamente mirada, que no hay que escandalizarse por el hecho. En realidad, toda palabra, proposición, principio o norma jurídica es muy compleja y la pretensión de las fórmulas o definiciones netas es sólo eso, una pretensión. Quien crea haber alcanzado la posesión de nociones fijas y sólidas en este terreno debe indagar la hipótesis de si no será que no está suficientemente informado. Así es que desechamos de entrada la posible conclusión de que el concepto de la igualdad sea un sinsentido o de que el principio de igualdad contenga un mandato indeterminable. Es que el derecho no es una ciencia, sino un arte. El pluralismo significativo de los conceptos y los principios, de las proposiciones descriptivas o de las reglas prácticas, no es síntoma de debilidad, sino prueba de riqueza especulativa y de virtud operativa.

Ahora bien, aunque el derecho no es una ciencia, sí hay y conviene que haya una ciencia del derecho. Para uso de esa ciencia conviene cribar un poco el abigarrado conjunto anterior. Tal intento es perfectamente factible. Así que me atrevo a seleccionar las fórmulas que me parece tienen más empleo, o sea, más aceptación teórica y más dinámica práctica. Podríamos considerar tales las siguientes:

1. Por los instrumentos internacionales civiles, la número (8):
El goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ha de ser asegurado a todos sin distinción.

2. Por los instrumentos internacionales religiosos, la número (10):
Toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona debe ser vencida y eliminada.
3. Por la ley fundamental española, la número (14):
Los poderes públicos promoverán las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y removerán los obstáculos que lo impidan o dificulten su plenitud.
4. Por la jurisdicción internacional, la número (73):
Se protegerá contra toda discriminación a aquellas personas que se encuentran en una situación análoga.
5. Por la jurisdicción constitucional nacional, la número (82):
Se prohíben las diferencias de trato arbitrarias no justificadas en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal criterio.
6. Por la jurisprudencia extranjera, la número (113):
A menos que exista una razón reconocida como suficiente por algún criterio identificable, un ser humano no debe ser preterido a otro.
7. Y por la jurisprudencia nacional, la fórmula número (124):
Trata igualmente a todos aquellos sobre los que no puedas establecer distinciones justificadas.

Por lo demás, el problema no se resuelve con una selección de las fórmulas halladas. Lo primero, porque como no me convence a mí mismo —porque no estoy seguro siquiera de haber escogido las más agudas o efectivas o admitidas— comprendo perfectamente que tampoco convenga a los demás o a algunos. Y lo segundo, porque —insisto en ello— no se recogieron todos los materiales existentes, sino sólo unos pocos llegados al azar a una modesta biblioteca provinciana.

Pienso, por ende, que puede ser útil hacer otra especie de selección de las fórmulas del principio, pero ahora por pura introspección del estudioso. Y como recuerdo que los juristas somos deudores a tres especies de formulación normativa que son usuales entre nosotros, pienso que podría ser interesante tratar de formular nuestro principio, en función de todo lo recabado, imitando o variando esas tres formas clásicas. Me refiero a la complicada de los *imperativos categóricos* germánicos; a la discreta de las *iuris praecepta* romano-bizantinas, y a la sintética y máximamente expeditiva de los *decálogos* mesopotámicos. Pues bien, he aquí lo que creo que podría significar el principio de igualdad expresado con arreglo a esos tres patrones:

8. Según el patrón del *imperativo categórico*:
Obra de tal manera que tu trato tienda a nivelar a los inferiores por el ras de los superiores.
9. Según el modelo de los *praecepta iuris*:
Trata a todos de la misma manera.

10. Y según el modelo del *decálogo*:
No discriminarás.

Tengo que confesar que estas tres fórmulas me gustan extraordinariamente. Más desde luego que todas las encontradas. Sería cosa de comprobar su posible eficacia práctica; cosa que escapa de mis manos, claro está, por el momento.

Para concluir, debo llamar la atención sobre el hecho de que el análisis teórico del principio de igualdad, a los puros efectos especulativos de inserción coherente en una teoría general del derecho y del estado, no es precisamente la tarea más gloriosa a que puede dedicarse el iusfilósofo. Todo eso no es más que un preámbulo. La ciencia jurídica, en la medida en que la haya, no es otra cosa que un instrumento para la praxis jurídica. O sea, que hay que admitir que *scientia iuris, ancilla artis iuris*; y por ende que el estudio de un *concepto teórico* tiene que concluir con el análisis de su realidad como *tópico retórico*. Y esto es lo que tengo que recordar al final: que *el principio de igualdad, además de un concepto científico-jurídico es un tópico filosófico-jurídico*.

Así que, la *noción de la igualdad* es, además de un *concepto científico*, un *tópico especulativo*. Pero el *principio de igualdad*, por ser un principio o regla o norma, además de una *proposición lógica*, es un *tópico práctico*. Y como todos los tópicos prácticos consiste en una regla prejudicialmente aceptada, acriticamente admitida, que motiva sin discusión u objeción previa al que lo escucha a la ejecución de lo que se le manda en su nombre y/o a la aceptación de lo que los otros hacen en su virtud, aunque una u otra cosa conlleve perjuicios o molestias para el sometido a su influencia.

Por eso ocurre que el que está o se siente humillado o rebajado invoque siempre el principio de igualdad para intentar que quien le sobresale o somete o supera se abaje voluntariamente a su nivel o tire generosamente de él hacia arriba. ¿Y qué ocurre? Lo lógico sería que no funcionara. Y sin embargo funciona. Por la vigencia del principio de igualdad se produce el milagro de que ceda el prepotente parte de su potencia al impotente y éste deje de serlo. ¿Qué es lo que produce este milagro? ¿A qué se debe esta fuerza?

A mi manera de ver al mensaje incluido en la propia palabra igualdad. *Igualdad* en castellano procede de *aequalitas* en latín. Esta última procede a su vez del también latino *aequus*. Y éste tiene detrás una raíz fuerte en donde termina el asunto: *aeq* o *ek*. Esta a su vez designa el agua. Pero ya de antiguo suele emplearse más bien en plural, las aguas. O sea, que se refiere a las grandes cantidades de agua, como por ejemplo las de los grandes ríos, las de los mares, las de los océanos o en fin las de los diluvios universales, que nos dejaron las pesadillas de las atlántidas inundadas o las *ciudades asulagadas* de la tradición céltica. Desde el fondo de los tiempos existen también dioses capaces de serenar las aguas encrespadas y de rebajar a su cauce las aguas salidas de madre inundadoras y arrolladoras. Son dioses como el *Ahwa* céltico, el *Aegir* germánico o el *Aqva* latino. Ellos son los que hacen el milagro de que la invocación de la igualdad devuelva la calma a la so-

ciudad agitada por las tempestades terribles de las desigualdades hirientes e insoportables.

La fuerza convictiva del t3pico del *principium aequalitatis* tiene por causa la reviviscencia en cada uno de aquella ansiosa necesidad de calma que se siente cuando la tormenta desigual la superficie del mar y necesitamos que un dios fuerte capaz de dominar las aguas las aplaque abajando las altas olas espumantes para con ellas rellenar los abismos que amenazan con tragarnos, y as3 recomponer la igualdad perdida. Es la repetici3n de la escena que cuenta San Mateo (8.23 sigs): «Cuando hubo subido a la nave le siguieron sus disc3pulos. Se produjo en el mar una agitaci3n grande, tal que las olas cubr3an la nave. Pero 3l entre tanto dorm3a. Y acerc3ndose le despertaron, diciendo: Se3or, s3lvanos que perecemos... Entonces se levant3, increp3 a los vientos y al mar y sobrevino una gran calma». O sea, sobrevino la igualdad. As3 ocurre cuando invocamos la igualdad en las leyes, las sentencias o los estudios..., si lo hacemos debidamente. Es decir, cuando hay mar arbolada o montañosa de desigualdad. Por una simple marejadilla ning3n dios que se precie se despierta. Ni nos har3 caso ning3n juez, normador o profesor que se precie de ser algo.

Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Oviedo

INTRODUCCION

En la metodología jurídica confluyen la normativa del derecho y las técnicas de su concreción práctica, por un lado, y, por otro, las aportaciones provenientes de ámbitos externos a las fronteras de lo que se suele entender como «jurídico» en sentido estricto. La correcta resolución de casos en sede jurídica exige siempre algo más que el conocimiento de ciertas normaciones que llevan el sello de la juridicidad. Es preciso dominar también los mecanismos para dotarlas de sentido y capacidad resolutoria concreta ante el caso real. Y esto no es algo que transcurra en el vacío, sino en el contexto de unos hechos y un sistema social. El adecuado conocimiento de los primeros y la necesaria incardinación en el segundo, con sus ideologías, valores y reglas de funcionamiento, condicionan inevitablemente la concreción práctica del derecho en decisiones y comportamientos de órganos e individuos (1).

Todo ello hace que, y esto es ya un lugar común *en la teoría*, la aplicación del derecho no se conciba como una aséptica operación mecánica, sino como un proceso complejo con el que acontecen constataciones, valoraciones y opciones decisorias que precisan de una legitimación suplementaria, si se quiere alejar la sospecha de arbitrariedad. La legitimación material que el derecho general y válido propor-

(1) La conciencia de esta realidad ha dado lugar a que se abandone la visión exclusivamente formal y estática del concepto de derecho, para integrarla con esas aportaciones concretizadoras de su juego real, ya sea, por ejemplo, entendiendo que en la estructura misma de la norma jurídica se contiene esa referencia a los hechos y las realidades que la dotan de sentido específico (Cfr. Friedrich MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, págs. 147 y sigs.), o que la norma formalmente válida constituye sólo un primer esquema de regulación que se ha de concretar ante cada caso en una «norma del caso» o *Fallnorm* (Cfr. W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV (*Dogmatischer Teil*), Tübingen, Mohr, 1977, págs. 202 y sigs.).

cional alcanza sólo allí hasta donde puede determinar los contenidos, pero más allá, en las esferas de libertad que su propia estructura permite, sólo aporta una legitimación competencial. Si se entiende que con ello no basta y no se está de acuerdo en la imposibilidad de un control que sea más que mero control de competencias decisorias (2), o no se acepta que la única legitimidad posible proviene del respeto de las reglas de juego procedimentales como mecanismo exterior generador de «confianza» en las instituciones de un «sistema social», para el cual las pautas valorativas no son sino elementos de lubricación de un orden en el que no cabe más racionalidad que la del funcionamiento de sus mecanismos globales (3), habrá que buscar *criterios de racionalidad* para los elementos volitivos y de razón práctica concurrentes en la praxis del derecho (4).

El problema se plantea con tanta mayor agudeza cuanto mayor sea en un ordenamiento o un sector del mismo el nivel de abstracción de sus preceptos, su grado de indeterminación y su carga política y valorativa, así como el grado de su incidencia en la realidad social. De ahí que el Derecho Constitucional suponga un campo abonado para toda esta problemática y que, dentro de él, los preceptos relativos a derechos fundamentales susciten particulares controversias metodológicas (5).

Dentro de este marco, el principio de igualdad ante la ley, tal como se recoge, por ejemplo, en el artículo 14 de nuestra Constitución, en el 3.2 de la italiana o en el 3 de la Ley Fundamental de Bonn, constituye un punto en torno al cual expresamente se articulan algunos de esos notables problemas del método jurídico a que aludíamos. Al igual que se dice que en la metodología jurídica actual la más importante cuestión de fondo es la de la racionalidad de la decisión jurídica (6), se sostiene que «en el Derecho Constitucional contemporáneo, la discusión acerca de la igualdad ante la ley parecer girar, en una primera observación, en torno a una categoría tradicional: la racionalidad», y que «el de “racionalidad” es el concepto en que se resume hoy, polémicamente, toda la evolución de la igualdad jurídica» (7).

Es generalmente admitido en la doctrina y en la jurisprudencia de

(2) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 2.^a ed., 1960, págs. 346 y sigs.

(3) Cfr. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand, 3.^a ed., 1978.

(4) Un somero repaso de algunos de los criterios que al respecto se manejan en nuestros días puede verse en nuestro trabajo *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1986, págs. 151 y sigs.

(5) Una reciente y magnífica exposición al respecto puede verse en R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1986.

(6) Véase, por ejemplo, F. Bydlinski, *Juristische Methode und Rechtsbegriff*, Wien/New York, Springer, 1982, pág. 57; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2.^a ed., 1976, pág. 24.

(7) J. Jiménez Campo, *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», año 3, núm. 9, septiembre-diciembre 1983, págs. 72-73.

los Tribunales Constitucionales que el principio de igualdad formal, constitucionalizado en preceptos como los citados, no impone una prohibición absoluta de establecer diferencias de tratamiento por parte del legislador, la Administración o tribunales, sino una prohibición relativa: la de aquellas distinciones que sean «discriminatorias» (8). Para discernir qué diferenciaciones entre sujetos o materias son aceptables y compatibles con el mencionado principio, y cuáles están vedadas por él, es ineludible la presencia de criterios valorativos que puedan servir de base o fundamento para tal juicio. Se suele razonar en las jurisprudencias constitucionales y en los tratados argumentando que sometidas a la interdicción dimanante del principio de igualdad están aquellas diferencias de tratamiento que son discriminatorias por ser arbitrarias, por carecer de un fundamento suficiente, de razones justificativas que las avalen. Ahora bien, la coincidencia y la homogeneidad en los planteamientos se mantiene sólo en este nivel programático y abstracto. Es al tiempo de concretar las pautas o criterios conforme a los que se puede juzgar la suficiencia o no del fundamento de una diferenciación, cuando se manifiestan las posturas divergentes y los postulados metodológicos enfrentados. Y es ese también el momento en que en este terreno se plantea en todo su alcance el dilema fundamental de la metodología jurídica actual: a qué instancias o criterios se debe reconducir el razonamiento valorativo para que su resultado, y la consiguiente decisión, puedan tenerse por racionales. Se necesitan patrones de medida a tenor de los que se pueda fundar, con carácter válido e intersubjetivamente aceptable, que (utilizando expresiones de nuestro Tribunal Constitucional, pero con larga tradición en otros foros) existe «*notoria* desigualdad por motivaciones *arbitrarias* (esto es, no fundadas en *razones jurídicamente atendibles*)», que la desigualdad está «desprovista de una justificación *objetiva y razonable*», que existe una desigualdad de tratamiento legal «injustificada por no ser *razonable*», o provista de «fundamentos insuficientes», etc. (9).

Vemos que queda siempre un margen de apreciación que hace que «la calificación del fundamento como suficiente sea un problema valorativo» (10), y que fuerza a que el principio de igualdad, por su índole formal, se tenga que complementar con pautas materiales (11). Sub-

(8) Como dice Perelman «*l'exigence générale d'égalités concrètes, et non pas de toutes les inégalités imaginables*» (Ch. PERELMAN, *Egalité et justice*, en *L'égalité*, vol. V, Bruylant, E. Bruylant, 1977, pág. 327). Con esto desembocamos en el carácter «normativo» de la idea de igualdad. Como dice Laporta, «la igualdad o desigualdad no están determinadas principalmente, a pesar de las apariencias, por hechos, sino que son simplemente un producto de la estructura normativa de la sociedad. Ello quiere decir que no es un conjunto de hechos lo que define la relación de igualdad o desigualdad entre unos seres humanos y otros, sino la valoración, la "mediación" normativa de esos hechos que lleva a cabo el conjunto de las normas operativas en una sociedad al atribuir un significado y unas consecuencias a ciertos hechos» (F. LAPORTA, *El principio de igualdad: introducción a su análisis*, en «Sistema», 67, julio 1985, pág. 3).

(9) Véanse, respectivamente, las Sentencias del Tribunal Constitucional 8/1981, 28/1981, 34/1981, 81/1982 (los subrayados son nuestros).

(10) R. ALEXY, *op. cit.*, pág. 370.

(11) Las «*inhaltliche Massstäbe*», de que habla Chr. STARCK, *Gleichheit als Mass des*

siste un espacio amplio de decisión creadora del Tribunal en la concreción de este derecho fundamental, lo que lleva a Böckenförde a decir que semejante decisión tiene poco que ver con lo que es propiamente interpretación, y que más que averiguación de su sentido es otorgamiento de ese sentido (*mehr Sinngebung als Sinndeutung*) (12). La concurrencia de juicios de valor no inmediatamente derivados de los textos legales, que casi siempre se detecta en la aplicación del derecho, cobra aquí particular relevancia, por las peculiaridades del principio de igualdad y del razonamiento consiguiente. Como con carácter general afirma Haarscher, en toda discusión sobre la igualdad «*other notions, values and descriptive statements are to be taken into account*» (13). Sostener que corresponde al prudente arbitrio del Tribunal el establecer «dónde está el límite de lo razonable» (14), es proclamar lo obvio. El problema surge al preguntarse si subyace aquí un puro decisionismo a la hora de colmar esos márgenes de libre valoración, o si ésta se puede retrotraer a criterios objetivables e intersubjetivamente admisibles que la hagan racional, no meramente funcional o necesaria.

Ciertamente, los Tribunales Constitucionales no se reconducen a ningún tipo de habilitación decisoria que los exima de ofrecer fundamentos para su decisión y, en conformidad con el principio general de motivación de las sentencias, ofrecen fórmulas justificativas del tipo de las citadas. Pero veíamos que esas fórmulas son meros esquemas generales, que precisan de ulterior concreción valorativa para cada caso y conforme a principios o criterios generales, si no se quiere que el principio de igualdad sufra precisamente allí donde ha de ser protegido. Y el problema metodológico consiguiente no es banal ni está definitivamente resuelto, como se comprueba cuando se oye a ilustres tratadistas sostener que el método de concreción aplicado por el *Bundesverfassungsgericht* es «ilusivo» (15), o que, en el caso español, «el TC no ha establecido todavía un principio general que nos pueda servir de medida para determinar cuándo los argumentos jurídicos de las partes tienen la suficiente entidad como para justificar una desigualdad de trato» (16).

Cabe ante esta situación el escepticismo, en el entendimiento de que más allá de su dimensión formal, como afirmación de la genera-

Rechts. Probleme der Anwendung des Gleichheitssatzes, en *L'égalité*, vol. VIII, Bruselas, E. Bruylant, 1982, pág. 567.

(12) W. BÖCKENFÖRDE, *Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlín, de Gruyter, 1957, pág. 79.

(13) G. HAARSCHER, *The Idea of Equality*, en *L'égalité*, vol. IX, Bruselas, E. Bruylant, 1984, pág. 176.

(14) A. CARRASCO PERERA, *El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», año 4, núm. 11, mayo-agosto 1984, pág. 86.

(15) Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodenlehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 2.ª ed., 1976, pág. 36.

(16) J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, pág. 177.

lidad de las normas, el principio de igualdad reenvía a vacías fórmulas de justicia (17) o meras opiniones subjetivas y emocionales (18).

Pero un examen de la jurisprudencia, relativamente uniforme, de las Cortes Constitucionales sobre esta temática, así como del estado actual del debate metodológico acerca de la racionalidad de las opciones valorativas, nos muestra que, más que un escepticismo radical o una apresurada proclamación de racionalidad suficiente en lo que no son más que fórmulas necesitadas de ulterior concreción, se aprecia lo que podemos denominar una *gradación de fundamentaciones*.

Los argumentos que la jurisprudencia y la doctrina invocan como justificación de la igualdad o desigualdad de trato, ponen de relieve una escala de niveles o instancias de fundamentación, de base diversa, pero incardinados entre sí de modo tal que no se puede sostener la inexistencia total de criterios o pautas de fundamentación para las opciones decisorias que concretizan en la práctica el principio de igualdad, y cabe afirmar únicamente el carácter problemático del fundamento *último*, del final de la cadena de justificaciones. Volveremos al final sobre esta cuestión.

No vamos a ofrecer aquí un tratamiento del tema de la igualdad formal ni de las peculiaridades de su plasmación constitucional y su control jurisdiccional, labores que cuentan ya en España con trabajos muy satisfactorios. Nos ceñiremos a la problemática que hemos planteado: las pautas o criterios para la fundamentación racional, esto es, real, objetiva y aceptable intersubjetivamente, del enjuiciamiento acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de las desigualdades establecidas en la creación y aplicación del derecho. Más que aportar nuevos contenidos, lo que intentaremos será una sistematización, tan omni-comprehensiva como sea posible, de los criterios en circulación y de su modo de interrelacionarse, a fin de que la perspectiva global permita una cabal comprensión del auténtico estado de la cuestión.

Dividiremos los criterios en seis grupos atinentes, respectivamente, a la articulación pragmática del principio de igualdad en relación con su función o razón de ser en el ordenamiento, a la estructura constitutiva del ordenamiento jurídico, al concreto contexto normativo, al control del razonamiento jurídico específico en que se establece la desigualdad que se enjuicia, a la estructura de la argumentación y a la racionalidad del fundamento último de las valoraciones.

(17) Cfr. H. Kelsen, *op. cit.*, págs. 396-397.

(18) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, traducción de G. Carrió, 4.ª ed., 1977, pág. 280: «Si se dice que la exigencia de igualdad no debe ser tomada en sentido formal, sino que el factor decisivo es si la limitación tiene lugar de acuerdo con características distintivas que están “bien fundadas”, que son “razonables” o “justas”, esto quiere decir que la idea de igualdad se esfuma, para ser reemplazada por una referencia a lo que se considera “justo” según una opinión subjetiva y emocional. Tal “principio” no es un principio auténtico, sino el abandono de todo intento de análisis racional».

CRITERIOS DE CONCRECIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. *Criterios atinentes a la articulación práctica del principio en relación con su función o razón de ser en el ordenamiento jurídico.*

En un plano elemental, lo primero que queda claro es que en todo ordenamiento jurídico son esencialmente necesarias las distinciones, y que el derecho mismo existe en razón de ellas, no para suprimirlas, por lo que «el principio de igualdad no puede consistir en modo alguno en el mandamiento de que el derecho trate a todos por igual» (19). Pero, junto a este imperativo estructural y previo de no identidad de tratamiento (desconocer esto significaría que en derecho no se podría diferenciar entre padres e hijos, policías y ladrones, obreros y políticos, etc.), aparece el principio de igualdad como prohibición de determinadas diferenciaciones. El resultado de todo ello es que no cabe en derecho un trato en todo igual para todos, pero tampoco un tratamiento en todo desigual. De ahí que se pueda afirmar que «tanto igualdad como desigualdad son presupuestos incondicionales del derecho y la justicia» (20).

Obviamente, el primer paso necesario para hacer operativo el principio de igualdad consistirá en delimitar cuándo las diferencias son necesarias, posibles o vedadas. Para ello, se ha querido ver un principio rector en el viejo postulado, de raigambre aristotélica, de tratar lo igual de modo igual y lo desigual de modo desigual. Así se ha recogido en ocasiones en la jurisprudencia constitucional (21).

Sin embargo, reconocido que la diferenciación de situaciones para su tratamiento distinto no choca de por sí con el principio de igualdad (22), no es suficiente la regla formal transcrita para fundar el juicio de aceptabilidad o rechazo de la diferencia, y ello por dos razones: porque presupone un juicio de contenido, que es el que, a su vez, habrá que fundamentar, y porque hasta en su misma expresión formal es inexacto si lo contrastamos con el funcionamiento real del principio de igualdad.

En el primer sentido, hay que recordar que la clave estará en el criterio con el que se agrupan los individuos o las situaciones en iguales o desiguales, pues, a diferencia de la identidad, la igualdad o desigual-

(19) I. DE OTTO, *El principio general de igualdad en la Constitución Española*, en *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, México, Colegio de México, 1985, pág. 347.

(20) M. KLOEPFER, *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Berlín, Duncker & Humblot, 1980, pág. 17.

(21) Para el caso alemán, BVerfGE 3/58 (135).

(22) Según nuestro TC, el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE «no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso» (STC 34/1981).

dad se predica siempre a partir de un determinado punto de vista o criterio de referencia (23). Como certeramente expresa Pawlowski, «la "igualdad" (y desigualdad) de las personas resulta primeramente de una decisión previa», de modo que «la igualdad está condicionada por determinadas predecisiones», es siempre un producto de un acto de abstracción (24). Piénsese en la facilidad con que en otras épocas se sostuvo la igualdad de todos los hombres al tiempo que se negaba la condición de tales a los esclavos.

En cuanto a la inexactitud del principio formal citado, es correcto en tanto que mandamiento de igualdad de trato para lo predecido como igual, pero no en cuanto mandato de tratar en todo caso de modo desigual lo desigual. Pese a que el Tribunal Constitucional italiano estima que el principio de igualdad resulta también violado cuando situaciones desiguales reciben una consideración normativa igual (25), ello no siempre se entiende así. Baste recordar que se tiene por perfectamente admisible que para delitos distintos se prevea idéntica pena (26).

Por consiguiente, el principio de igualdad debe su presencia en los ordenamientos a una necesidad estructural de sentar distinciones, pero dentro de unos márgenes. En cuanto al establecimiento de éstos, prima sobre las fórmulas generales la función pragmática del principio, que hace que la referencia primera para su contrastación no sea la lógica, sino la realidad, el concreto contexto social (27).

2. Criterios relativos a la estructura constitutiva del ordenamiento jurídico

Otro tipo de criterios concurrentes en la fundamentación de las concreciones prácticas del principio de igualdad aluden a ciertos caracteres estructurales que los ordenamientos jurídicos modernos han de satisfacer y de los que el principio de igualdad supone una cierta garantía. Aquí tal principio permite o prohíbe desigualdades en tanto queden a salvo las notas interrelacionadas de generalidad de las normas, de su aplicación «sin acepción de personas» y de coherencia sistemática del ordenamiento o *Systemgerechtigkeit*.

(23) Véase al respecto el clarificador análisis de Ota WEINBERGER, *Gleichheitspostulate. Eine strukturtheoretische und rechtspolitische Betrachtung*, en su obra *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1979, págs. 147 y siguientes.

(24) H.-M. PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg-Karlsruhe, C. F. Müller, 1981, pág. 178.

(25) SUAY RINCÓN, *op. cit.*, pág. 52.

(26) Véase WEINBERGER, *op. cit.*, pág. 151.

(27) Señala Starck que «lo que quiere decir el principio de igualdad se patentiza a la vista de la experiencia práctica y del conocimiento de la realidad. Sin referencia a la realidad que se trata de regular, el principio de igualdad es vacío, no dice nada. Podría llenarse con cualquier contenido y conducir a las más toscas injusticias» (Chr. STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, traducción de Luis Legaz Lacambra, 1979, pág. 317). Según nuestro TC «Dicho principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca» (STC 23/1981).

En este plano, se recogen afirmaciones como la de que a partir del principio «no sólo se va a examinar la constitucionalidad de las normas que persigan fines discriminatorios, sino también la de aquellas otras que pugnen con la racionalidad del ordenamiento jurídico», o la tesis del Tribunal Constitucional italiano de que «la igualdad es un principio general que condiciona todo el ordenamiento en su estructura objetiva» (28).

El principio de igualdad significa aquí la necesidad de que las leyes sean en su tipificación tan generales, abstractas y universales como sea posible, aun admitiendo excepciones cuando estén justificadas (29), y que se apliquen de la misma forma y con arreglo al mismo criterio objetivo (30). Un autor italiano resume magistralmente esta interrelación entre el principio y las condiciones estructurales del ordenamiento: «la igualdad (...) incide diversamente sobre las leyes; en cuanto veta el poder de dispensar de su observancia, incide sobre su eficacia; en cuanto veta las leyes personales, sobre su estructura; en cuanto veta la creación de privilegios de clase o de casta, sobre su contenido» (31).

Con ser este postulado esencial, no agota, por su carácter formal, el alcance del principio de igualdad, pues no dice nada sobre el contenido de las normas y resta aún la tarea de especificar la regla general de la que extraer soluciones que, más allá del respeto al postulado formal, pueden considerarse justas (32).

A la estructura formal del ordenamiento se liga también la justificación, sobre la base del principio de igualdad, de un mandato de coherencia en la normación. En este sentido, la libertad del legislador estaría limitada por la necesidad de atenerse de modo coherente y con-

(28) SUAY RINCÓN, *op. cit.*, pág. 48.

(29) Véase, por ejemplo, S. BASILE, *Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en *La Constitución Española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 1980, pág. 273; A. E. PÉREZ LUÑO, *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, en «Anuario de Derechos Humanos», 1/1981, pág. 262.

(30) Véase, por ejemplo, K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, traducción de Luis Díez Picazo, 1985, pág. 138.

(31) M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Parte II, Milán, Giuffrè, 1985, pág. 74.

(32) *Sobre estas limitaciones puede verse H. P. IPSEN, Gleichheit*, en F. L. NEUMANN, H. C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. II, Berlín, Duncker & Humblot, 1954, págs. 143, 150; F. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérivé mythologique de la rationalité juridique*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980, pág. 117; Chr. STARCK, *L'égalité en tant que mesure du droit*, en Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, E. Bruylant, 1984, pág. 186. Este último autor pone un buen ejemplo: una ley que prescriba el exterminio de todos los enfermos mentales es general, pero viola totalmente el principio de igualdad entre las personas. Conforme a la distinción clarificadora de LAPORTA, (*op. cit.*, pág. 7), aquí más que ante una norma general estaríamos ante una norma universal («Una norma es universal cuando sus destinatarios son todos los miembros de una clase (...), sea cual sea el número empírico de sus destinatarios»), y las normas universales pueden resultar desigualatorias, ya que la generalidad de las normas, con la que la igualdad realmente tiene que ver, consiste en la amplitud numérica de sus destinatarios y afecta a su contenido, y no sólo a su forma como la universalidad.

secuente a sus propios criterios. El principio enlaza aquí con la idea de *Systemgerechtigkeit*, a tenor de la cual toda determinación legal que esté en interna contradicción con la perspectiva global del sistema normativo supone un indicio de vulneración del principio de igualdad, sólo soslayable cuando del apartamiento concurre una justificación convincente. Se trata de salvaguardar por esta vía la coherencia lógica del ordenamiento, necesaria para su adecuada funcionalidad (33).

En este nivel formal o sistemático del principio de igualdad en relación con el ordenamiento jurídico, se sitúa una parte de su significación para el tema de los precedentes en la aplicación del derecho. Como tiene declarado el Tribunal Constitucional español, conforme al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española «un mismo órgano judicial no puede, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones» y «en los supuestos de órganos distintos el principio de igualdad ha de cohonestarse necesariamente con el de independencia de los órganos jurisdiccionales, correspondiendo a los de superior rango establecer la necesaria uniformidad en la aplicación de la ley a través de su jurisprudencia» (34). Aquí, la tensión, que se ha de resolver en mecanismos de compatibilidad, se da entre ese valor intrínseco de la sistematicidad y coherencia interna de lo jurídico, y la necesidad de su incardinación en una dinámica social cambiante (35).

En suma, en este nivel se constata la presencia de nuevas pautas formales cuya violación entraña la del principio de igualdad, pero que no contienen en sí mismas la clave para su articulación práctica con contenidos.

3. Criterios concernientes al contexto legal del principio de igualdad

Las modalidades anteriores de concreción formal del principio de igualdad no operan en el vacío y de modo idéntico en todos y cada uno de los ordenamientos. Como veremos, al ser dotadas de contenido no pueden sustraerse a las condiciones del contexto social de que se trate. Pero, además, la operatividad específica del principio está en cada ordenamiento marcada por las reglas de funcionamiento que el

(33) Véase K. HESSE, *Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung*, en «Archiv für Öffentliches Recht», 109/1984, pág. 188; Chr. STARCK, *L'égalité en tant que mesure du droit*, cit., pág. 191; MAZZIOTTI, *op. cit.*, pág. 77.

(34) STC 39/1984. Aquí le queda también al TC un margen de apreciación para establecer cuándo los casos son «sustancialmente iguales» y cuándo la modificación del fallo es *arbitraria*. Respecto de esto último su jurisprudencia ha evolucionado de la exigencia de expresa «fundamentación suficiente y razonable» (STC 63/1984) a conformarse con que de algún modo se haga «patente» el carácter general y justificado del cambio de orientación, aunque no se exteriorice en forma de una justificación expresa del mismo (STC 49/1985).

(35) STC 14/1982: «La adecuación de la interpretación a las exigencias del caso, o la corrección de errores interpretativos, o la adaptación del sentido de la norma a las exigencias de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicable, no entraña esa desigualdad arbitraria denunciada invocando el artículo 14 de la Constitución».

propio sistema normativo, con la Constitución al frente, le señala. El de igualdad no es un valor extrajurídico que imponga sus contenidos en la práctica sin mediaciones legales o por encima de ellas. Por eso afirma Ipsen que no existe el principio de igualdad sin más o en términos absolutos, sino que opera en cada caso sólo «sobre la base de un orden constitucional *actual y nacional*» (36).

La clave primera vendrá dada por los términos en que el principio se recoja en las Constituciones, ya sea en su enunciado general o en sus aplicaciones a materias o situaciones concretas. En íntima relación con ello, su operatividad práctica depende del modo cómo se establezcan los cometidos de la Justicia Constitucional. La virtualidad real del principio de igualdad como derecho subjetivo, simple mecanismo defensivo o *Abwehrrecht* (37) de los sujetos frente a la actuación discriminatoria de los poderes públicos, dependerá en un grado importante de que los Tribunales Constitucionales conozcan sólo de recursos contra la inconstitucional de las leyes, sin poder fiscalizar la actuación de la Administración o los tribunales, como ocurre en el caso italiano, o que, como en Bélgica, no exista control de constitucionalidad de las leyes ni de su aplicación, siendo sólo las normas administrativas fiscalizables por los tribunales a la luz del principio de igualdad (38), o que éste vincule a todos los poderes públicos, como sucede en Alemania a tenor del artículo 1, III de la Ley Fundamental o en España en razón del artículo 52.1 de la Constitución Española, que dota al principio de igualdad del artículo 14 de valor normativo inmediato (39).

Con estas regulaciones claras del alcance del principio, desaparece la razón de ser principal para la polémica que en la Alemania de Weimar se desató sobre si era aplicable o no a las normas del legislativo. No obstante, un cierto debate perdura en cuanto al grado de control permisible del legislativo por los tribunales para que el principio fundamental de la separación de poderes no sea violentado (40). Cuanto mayor es el celo de los autores por preservar la autonomía del legislativo, mayor es también su insistencia en reducir el control de constitucionalidad de sus normas, con base en el principio de igualdad, a criterios meramente formales del tipo de los mencionados en los apartados anteriores. Así es como Forsthoff rechaza el enjuiciamiento de la proporcionalidad entre las distinciones contenidas en los supuestos

(36) IPSEN, *op. cit.*, pág. 113.

(37) Sobre esta problemática, M. SACHS, *Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte*, en «Die Oeffentliche Verwaltung», 37/1984, págs. 411 y sigs.

(38) Sobre el caso belga véase H. BEGELIN, *Réflexions sur l'égalité devant la loi*, en *L'égalité*, vol. IV, Bruselas, E. Bruylant, 1975, págs. 86 y sigs., especialmente pág. 96.

(39) Sobre los medios positivos para hacer efectivo el principio de igualdad en el ordenamiento español y las vías procesales para hacer frente a sus infracciones, véase P. GONZÁLEZ SALINAS, *La protección jurisdiccional del principio de igualdad*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 36/1983, págs. 75 y siguientes.

(40) Alexy plantea exactamente la cuestión: «no se discute si el Tribunal Constitucional tiene competencias sobre la legislación, sino sólo qué alcance tienen éstas» (ALEXY, *op. cit.*, pág. 496).

de hecho de las normas y las consecuencias jurídicas que se le anudan (41), o Karl Schweiger se opone a la interpretación del principio de igualdad como interdicción de arbitrariedad, ya que la determinación de cuándo ésta exista supone un margen de enjuiciamiento subjetivo por parte del juzgador, mediante el cual condiciona la libertad y la competencia del legislador (42). Se rechazan las intromisiones en los aspectos de contenido de las leyes, alegando que sólo el legislador posee la legitimidad democrática para su elaboración. Ahora bien, lo que debe quedar claro en esta discusión es que se trata de una cuestión de límites. No es tanto que los Tribunales Constitucionales puedan controlar el contenido de las normas, cuanto que el principio de igualdad impone a éstas, e indirectamente a su contenido, unos márgenes que no pueden ser rebasados si no se quiere que quede sin efecto el sistema de derechos fundamentales y de valores constitucionales. De ahí que diga Ipsen que luchan «contra molinos de viento» quienes sientan objeciones como las anteriores (43).

Un ulterior elemento constitucional de concreción se halla en las gradaciones que los propios textos constitucionales suelen contener para la prohibición del trato desigual, como cuando nuestro artículo 14 alude a «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» como criterios especialmente vedados a la hora de servir de fundamento del trato desigual. Como ha mostrado de Otto, estas prohibiciones específicas no son absolutas, sino «especiales»: no se trata de que se prohíba toda distinción que tome, por ejemplo, al sexo como criterio diferenciador (piénsese en la no admisión de las mujeres al servicio militar), sino sólo aquella que lo tome como fundamento de la distinción (44).

A dichas prohibiciones expresas se suman las disposiciones constitucionales referidas al Estado social de Derecho, la justicia, la protección del trabajador o la familia, etc., del tipo de las contenidas en los artículos 1.1, 9.2, 49, 50, 53.3, etc., de nuestra Constitución. Con todo ello se constituyen ámbitos de especial protección, que llevan a que

(41) Cfr. E. FORSTHOFF, *El Estado en la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, 1975, págs. 234 y sigs.

(42) K. SCHWEIGER, *Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots*, en *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25. jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs*, München, Richard Boorberg, 1972, págs. 55 y sigs., especialmente págs. 68 y sigs. En idéntico sentido, E. EYERMANN, *Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?*, en *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*, cit., págs. 45 y sigs., especialmente págs. 48 y sigs.

(43) IPSEN, *op. cit.*, págs. 141-142. El TC español acoge este enfoque en su Sentencia 34/1981: «La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas (...) que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1), ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (...) ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad».

(44) Véase I. DE OTTO, *op. cit.*, págs. 360-361. También A. PODLECH, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlín, Duncker & Humblot, 1971, pág. 94.

ciertas desigualdades a ellos favorables se tengan por admisibles o, incluso, impuestas por la Constitución (45), y a que se veten con especial rigor ciertas desigualdades perjudiciales para los colectivos así protegidos (46).

Por consiguiente, el principio de igualdad recibe en la Constitución y en las normas que la desarrollan, una primera modelación concreta de su contenido y del modo cómo se articula. Lo expresa bien Th. Chomé, cuando dice que «La determinación de lo arbitrario se mide antes que nada dentro del ordenamiento de valores definidos por la Constitución» (47). Pero con ello no hemos alcanzado todavía un fundamento último y definitivo, un criterio garante de la racionalidad de las valoraciones concurrentes. Simplemente se van definiendo límites, márgenes que acotan espacios dentro de los que tales valoraciones son posibles, pero de los que éstas no pueden exceder sin vulnerar el principio de igualdad y ser susceptibles de impugnación.

4. *Criterios de control del razonamiento jurídico concreto en que se establece la desigualdad que se enjuicia*

Hasta aquí hemos visto pautas definitorias o concretizadoras del principio de igualdad que delimitan un marco general de su funcionamiento, las reglas de juego más elementales. Pero, más allá de esa reglamentación ínsita en la propia estructura del proceso y del ordenamiento, y de las peculiaridades de su plasmación normativa, se hacen necesarios también criterios de enjuiciamiento para las concretas operacionalizaciones de la idea de igualdad o desigualdad por parte del legislador, la Administración o los jueces. Para posibilitar esto, hay que proporcionar una definición operativa del principio, y es ahí donde suele entrar en acción su acepción como *Willkürverbot* o prohibición de arbitrariedad.

Curiosamente, parece llevar razón Eyermann cuando sostiene que es esta una idea producto de las jurisprudencias constitucionales y no de los textos de las Constituciones (48). Su expresión doctrinal poco menos que definitiva se la dio Gerhard Leibholz en su interpretación del artículo 109.1 de la Constitución de Weimar. La igualdad ante la ley se entiende como el tratamiento *no arbitrario* de los sujetos por los poderes públicos. Tal arbitrariedad acontece cuando no se ofrece una fundamentación suficiente del trato desigual. Leibholz se cuida de distinguir entre la falta de una tal justificación expresa y la consideración

(45) Así, PODLECH, *op. cit.*, pág. 139.

(46) De este modo dice el TC, por referencia al artículo 50 CE (garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad), que «El principio de igualdad ha de interpretarse, por tanto, en el sentido más favorable a la realización de este objetivo, lo que significa un especial rigor a la hora de considerar justificada una desigualdad en este terreno» (STC 19/1982).

(47) Th. CHOMÉ, *Le principe de l'égalité en droit de la République Fédérale Allemande*, en *L'égalité*, vol. I, Bruselas, E. Bruylant, 1971, pág. 50.

(48) EYERMANN, *op. cit.*, pág. 46.

de la misma como simplemente injusta. Arbitrariedad y, por tanto, atentado contra el principio de igualdad, sólo existirán cuando falte para el trato desigual todo fundamento admisible en términos jurídicos, no cuando el juicio valorativo que el fundamento nos merezca sea negativo (49). No obstante, siempre será necesario un juicio sobre la suficiencia o no, la admisibilidad o no, de una motivación de la desigualdad, y en Leibholz parece remitirse la pauta para ello a un cierto consenso, a la conciencia jurídica del momento (*jeweiligen Rechtsbewusstsein*) (50), una vez que se admite que del concepto de arbitrariedad, como del de justicia, no cabe una definición material definitiva, y que sus contenidos son históricamente mudables (51). Con ello queda un importante margen de indefinición en lo que se refiere a los criterios que pueden indicar qué es un «fundamento suficiente» (52). Las expresiones del TC recogidas en la introducción, son buena muestra de su adscripción a este punto de vista, en concordancia con la práctica usual también en otras Cortes Constitucionales. Pero, en tanto no se profundice para explicar con carácter general aquellos criterios, siempre cabe pensar, como a veces se ha dicho, que se trata de una pura fórmula retórica para disfrazar la auténtica arbitrariedad, la del Alto Tribunal. Remitiéndose a la razonabilidad de la desigualdad no se adelanta nada, pues estamos ante una nueva noción que ha de ser cargada de contenido concreto (53).

Independientemente de esa problemática valorativa de fondo, la operacionalización concreta del principio de igualdad como *Willkürverbot* exige concretarse en puntos precisos de análisis. Es ahí donde en el control de constitucionalidad de las normas se incide en el examen de su finalidad y de la relación de proporcionalidad entre ésta y las consecuencias jurídicas que la norma liga a la diferenciación de partida. Tiene dicho el TC que «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse *una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida*» (54). Con esto parece que se especifica al menos la índole de cuestiones sobre las que ha de versar el juicio de arbitrariedad o razonabilidad. No obstante, se imponen algunas puntualizaciones.

(49) G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, München, Beck, 2.^a ed., 1959, págs. 247-248.

(50) *Ibid.*, pág. 87.

(51) *Ibid.*, pág. 73.

(52) Así, PODLECH, *op. cit.*, pág. 85.

(53) CARRASCO, *op. cit.*, plantea este problema cuando señala que «lo característico del factor razonabilidad consiste en que no hay ningún otro concepto o institución que pueda servirle de referencia. No puede ser determinado ulteriormente en virtud de otro concepto constitucional definido» (pág. 55). Añade que «el factor razonabilidad sólo tiene un punto de determinación que está más allá de cualquier institución o instrumento jurídico definido que pueda usar la justicia constitucional. El sentido de la referencia es sólo la remisión a una *auctoritas* que descansa en la necesidad de un consenso en los valores contenidos en el criterio de razonabilidad elegido por el TC» (pág. 56).

(54) STC 22/1981 (el subrayado es nuestro).

Lo que se delimita así es un campo de enjuiciamiento, no la pauta para el juicio. La razonabilidad se predica en tanto la relación de proporcionalidad entre medios y fines sea «razonable», y lo será o no en virtud de un previo criterio de valoración.

En segundo lugar, juzgar de finalidades conduce a una valoración de justicia que se sale de lo que es propiamente el control del respeto al principio de igualdad, con el consiguiente riesgo de intromisión en las competencias del legislativo. En este sentido, la base de ese juicio acerca de la mayor o menor justicia, conveniencia o adecuación de una diferenciación de trato, viene dada con anterioridad a la consideración del alcance concreto que en la práctica se dé a ese trato diferente, y depende de valores vigentes en un grupo social o en el seno de una tradición jurídica. Hay una precomprensión condicionante, como momento previo a lo que es propiamente el juicio de admisibilidad del trato desigual. Existen diferenciaciones cuya asunción en muchos casos no parece precisar siquiera fundamento explícito (padres/hijos, nacionales/extranjeros, profesores/alumnos, etc.) y otras necesitan de expresa motivación para hacer patente su admisibilidad o conveniencia. En este caso, lo difícil será en muchas ocasiones averiguar cuál es el fin de normas que no lo declaran en términos expresos o claros. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia constitucional italianas se inclinan a pensar que cuando no se encuentre un fin específico para la norma en cuestión que fija una desigualdad de tratamiento, podrá decretarse su inconstitucionalidad por violar el principio de igualdad (55). En este caso estaríamos ante la ausencia de una justificación «objetiva y razonable» para la diferencia, en consonancia con lo que hemos dicho que es la interpretación de esta fórmula como remisión a la explicitación de fines aceptables. Y cuando el fin se encuentre, lo único de lo que una Corte constitucional deberá juzgar será de su licitud constitucional, sin la cual la desigualdad consiguiente no sería de recibo (56).

Pero no basta una finalidad lícita para que la norma sea ante el principio de igualdad irreprochable. De la licitud de los fines no se sigue la admisibilidad de cualquier medio (57). Aquí hace su aparición el requisito de proporcionalidad. El medio que la norma en cuestión establece para lograr esa finalidad con que la desigualdad se admite, es decir, la consecuencia jurídica que la norma liga a la delimitación de supuestos que, pudiendo haberse entendido como iguales, son configurados como merecedores de trato diferenciado, no puede rebasar los márgenes de admisibilidad que aquellos fines delimitan. Ha de darse una relación de coherencia o concordancia entre los fines que se proclaman y se juzgan como fundamentadores de la razonabilidad de un trato desigual, y los medios con que pretenden satisfacerse, o sea, la concreta articulación jurídica de esa desigualdad.

(55) Véase al respecto SUAY RINCÓN, *op. cit.*, págs. 59 y sigs.

(56) Véase A. GARRORENA MORALES, *Igualdad jurídica e igualdad real y efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en «Anales de Derecho. Universidad de Murcia», 6/1984, págs. 40-41.

(57) PODLECH, *op. cit.*, pág. 115.

Juzgar de todos esos extremos requiere una opción por criterios que suponen un margen de libertad. Así lo muestra Suay Rincón cuando, al exponer la jurisprudencia italiana sobre el citado principio de proporcionalidad dice que «resulta imposible señalar cuáles son los argumentos que la Corte emplea para determinar si la desigualdad es proporcional, pues son tan variados como la realidad misma» (58). La labor pendiente sigue siendo la de acotar aún más precisas reglas de racionalidad para esos argumentos, de manera que no puedan ser mero camuflaje del decisionismo o la arbitrariedad.

5. Criterios relativos a la estructura del proceso argumentativo

Se puede pensar, ante la diversidad de instancias a que las valoraciones de base pueden acogerse, que del juicio de racionalidad no resta ya más vía de control que ciertas reglas formales encarnadas en reglas argumentativas referentes a la carga de la justificación (59), y que, todo lo más, de los argumentos materiales sólo cabe tomar en cuenta su mayor o menor fuerza de convicción ante cada circunstancia (60).

Desde este punto de vista, el principio de igualdad implica la articulación pragmática de un entramado de presunciones, con la consiguiente carga de la argumentación para quien trate de rebatirlas. La utilidad de esta faceta para la práctica jurídica es innegable. El principio de igualdad impone a la norma o la decisión jurídica que sienta una desigualdad de trato la carga de la argumentación, de la justificación, entendiéndose que subyace la regla discursiva de que si no hay fundamento suficiente para la admisibilidad de una desigualdad, ésta estará vetada (61).

Se trata de una nueva vía de concreción del principio de igualdad, interpretado como interdicción de la arbitrariedad. Se acepta que arbitrario es lo carente de justificación, y en este caso lo que se indica no es, como en el apartado anterior, el núcleo temático de ésta, sino los sujetos o instancias que en cada ocasión han de aportarla.

El TC ha asumido este criterio al disponer que «compete a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato legal posee» (62), y que, cuando se trate de igualdad en la aplicación del derecho, parece que han de ser los recurrentes quienes aporten el término de comparación (63), sin perjuicio de la mencionada necesidad de que los jueces muestren, cuando cambian la orientación de sus decisiones, que existe un fundamento objetivo para ello.

Esta faceta del principio de igualdad como determinante del reparto de cargas argumentativas, presenta también límites que lo hacen de

(58) SUAY RINCÓN, *op. cit.*, pág. 64.

(59) Tal parece ser la conclusión a que llega PODLECH, *op. cit.*, pág. 198.

(60) Véase *ibíd.*, pág. 154.

(61) ALEXY, *op. cit.*, págs. 37 y sigs.; PODLECH, *op. cit.*, pág. 87.

(62) STC, 68/1982.

(63) Véase SUAY RINCÓN, *op. cit.*, pág. 189.

por sí insuficiente como concreción última. Queda por fijar cuándo concurre un cumplimiento suficiente de esa regla procedimental, cuándo se puede considerar que la parte que debe hacerlo ha proporcionado una «justificación suficiente», pues se puede pensar, como expone el voto disidente de varios magistrados a la Sentencia 75/1983 del Tribunal Constitucional, que tal justificación suficiente de las desigualdades «no puede consistir tan sólo en la exposición de algún argumento en favor de las normas que las contienen, pues ello sólo serviría (...) para contrarrestar la posible acusación de arbitrariedad, vedada al legislador por el artículo 9.3 de la Constitución».

Y aun cuando quien debe hacerlo argumente suficientemente sobre la finalidad de la desigualdad y la adecuación de las medidas consiguientes, el juicio de fondo sobre el mayor o menor peso de unos u otros argumentos, con la consiguiente decisión, no está en modo alguno determinado por meras reglas argumentativas. La remisión a la «razonabilidad» no pasará de ser «un formidable instrumento discursivo» (64) en manos del TC, mientras no se complemente con más específicas indicaciones para el enjuiciamiento uniforme de contenidos.

6. *Criterios concernientes a la racionalidad de las valoraciones de fondo*

Con este último apartado llegamos a ese punto último a que nos hacen ir a parar las limitaciones de todos los criterios anteriormente señalados. Todos ellos han ido acotando el juicio de igualdad dentro de unos límites que permiten su operacionalización por los Tribunales Constitucionales. Pero en la decisión queda siempre un margen para la apreciación y las opciones valorativas, por lo que se puede ver aquí un caso concreto de eso que hemos mencionado como el problema principal de la metodología jurídica: el del control de racionalidad (65).

Como afirma MacCormick, el de «razonabilidad» no es un valor en sí mismo, sino una «*value function*» que requiere especificación valorativa de contenidos en cada caso (66). ¿Cabe hallar alguna instancia última de fundamentación común para esas valoraciones, o se tratará simplemente de decisiones casuísticas o dependientes de puros enfoques subjetivos? Ciertamente, las motivaciones que los Tribunales constitucionales aportan de sus juicios sobre el principio de igualdad se remiten a menudo a instancias de ese género: el consenso, la evidencia, la naturaleza de las cosas, la conciencia jurídica general, etc.

El TC español en ocasiones parece que se retrotrae a un cierto con-

(64) CARRASCO, *op. cit.*, pág. 52.

(65) En palabras de ALEXY (*op. cit.*, pág. 498), se trata de saber «si la Jurisprudencia dispone de criterios y reglas que permitan diferenciar fundamentaciones jurídicas correctas y falsas». Responder a esta cuestión sería «tarea de la teoría de la argumentación jurídica».

(66) N. MACCORMICK, *On Reasonableness*, en *Les notions à contenu variable en droit*, *cit.*, pág. 143.

sensu como fuente última de los criterios de admisibilidad de las desigualdades. Así, cuando dice que «para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, *de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados*», o que el trato diferenciado ha de estar «basado en fundamentos razonables según criterios de valor *aceptados con generalidad*» (67). Aquí parece que la clave objetiva para discernir la razonabilidad de una desigualdad se ve en el consenso en torno a los valores con arreglo a los que se juzga. Este criterio, sin embargo, no es todo lo definido que debiera para servir de solución al problema suscitado, y es susceptible de diversas objeciones.

En primer lugar, el mismo TC ha puntualizado que «el problema no es de la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales (...), sino su conformidad con la Constitución» (68). Con esto surge la impresión de una cierta circularidad en el razonamiento, pues lo que se busca, precisamente, es el criterio que nos permita conocer de una determinada desigualdad de trato «su conformidad con la Constitución», y es como fuente de ese criterio como se pueden invocar «las convicciones o creencias actuales» o «criterios de valor aceptados con generalidad». Lo que sí es cierto es que en una sociedad dotada de ordenamiento jurídico constitucional, la cristalización suprema del consenso debe verse en la Constitución, y todos los valores que en ésta se entiendan contenidos gozarán de prioridad. Pero el problema surge, precisamente, al tiempo de concretar esos valores e introducir en el juicio ulteriores premisas valorativas dotadas de justificación racional.

Al respecto, se ha cuestionado la fundamentación del control de igualdad «según el criterio de las representaciones axiológicas dominantes», pues se dice que «si estas representaciones están encarnadas en alguna parte, es en el Parlamento libremente elegido, el cual elabora las leyes (...). Si para la concretización del principio de igualdad se tratara únicamente de representaciones generales de la justicia, habría que renunciar al control judicial de la igualdad» (69).

Mas los problemas de este criterio no aparecen sólo al preguntarse en virtud de qué principio se puede erigir un Tribunal Constitucional en portavoz de las convicciones generales. Tampoco parece que sea viable precisar cómo puede llegar, ante cada concreta cuestión litigiosa en torno al principio de igualdad, a un conocimiento cierto de cuál es el estado real de la opinión pública, si no es a través del tamiz deformador de convicciones subjetivas, ideológicas, etc. A esto se suma que, como señala Böckenförde, el criterio en sí del consenso tampoco encarna una garantía de racionalidad suficientemente firme, pues es perfectamente posible, y más con los actuales medios de manejo de la

(67) STC 49/1982, STC 75/1983 (los subrayados son nuestros).

(68) STC 81/1982.

(69) STARCK, *L'égalité en tant que mesure du droit*, cit., pág. 188. En el mismo sentido, del mismo autor, *Gleichheit als Mass des Rechts*, cit., pág. 570.

opinión pública, un consenso erróneo o manipulado (70), y que tampoco es factible fijar para cada cuestión una respuesta homogénea a partir de convicciones claramente dominantes en el grupo social (71).

En otras ocasiones, la opción decisoria se ampara bajo la invocación de la «naturaleza de la cosa» o de la «evidencia». La jurisprudencia constitucional alemana adoptó esta pauta en el famoso *Südweststaatsurteil*: «se vulnera el principio de igualdad cuando no es posible hallar para la diferenciación legal o la igualdad de trato un fundamento racional resultante de la naturaleza de la cosa o evidente de algún otro modo, en suma, cuando la disposición deba ser calificada como arbitraria» (72). Con el mismo significado ha sido interpretada la referencia de nuestro TC a la necesidad de una justificación «objetiva» (73).

Las críticas a la utilización de este criterio han sido muy fuertes. Se afirma que se trata de una frase hecha carente de función; no de un instrumento metodológico autónomo, sino de una metáfora con la que se alude a un modo variable de interrelacionar datos objetivos y regulaciones legales (74), con lo que no sería más que un modo de expresar el resultado de una valoración previa dependiente de posturas valorativas (75). Perelman proporciona lo que parece un testimonio definitivo de la debilidad de este argumento como fundamento racional: «el recurso a la naturaleza de las cosas (...) podría dar la impresión de una justificación tan fundada y objetiva como para ser válida siempre y en todas partes. Pero no es más que una ilusión. Basta recordar la decisión de la Corte de Casación belga en 1889 que descartaba a las mujeres del acceso a la abogacía por razones que le parecían evidentes, para constatar que distinciones basadas tradicionalmente sobre la naturaleza de las cosas serán calificadas un siglo más tarde como discriminaciones injustificadas» (76).

El valor discursivo de estos argumentos que invocan la naturaleza de las cosas o la evidencia, parece radicar en su funcionalidad como remisión a ese ámbito de la precomprensión antes aludido, en el que una serie de principios y postulados de conocimiento o normativos son tenidos como incuestionados y patentes para todos. La virtualidad de semejantes argumentos vendría dada por su aptitud para operar como eslabón último de la cadena de fundamentos, evitando la impresión de arbitrariedad (77). Pero esta su consideración funcional hace ver el carácter contingente, socialmente dependiente e históricamente variable

(70) BÖCKERFÖRDE, *op. cit.*, pág. 50.

(71) R. ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, München, Beck, 1962, págs. 194 y sigs.

(72) BVerfGE 1/14 (52).

(73) I. DE OTTO, *op. cit.*, pág. 352.

(74) F. MÜLLER, *Juristische Methodik, cit.*, págs. 34-35.

(75) F. MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre, cit.*, pág. 105.

(76) Ch. PERELMAN, *Egalité et intérêt général*, en *L'égalité*, vol. VIII, *cit.*, pág. 620.

(77) Véase J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/M., Athenäum, 2.^a ed., 1972, pág. 173; A. BARATTA, *Juristische Analogie und Natur der Sache*, en *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/M., Klostermann, 1972, pág. 149.

del contenido de esos argumentos, permaneciendo sólo ese su cometido de «estabilizadores» (78) de las valoraciones concurrentes en la práctica.

Querer soslayar esa contingencia de tales criterios, equivale a menudo a pretender dotar a estos argumentos de una carga iusnaturalista difícilmente conciliable con los requisitos de una racionalidad entendida como fundamentación intersubjetivamente aceptable y no manipulada (79).

El problema sigue siendo que, en palabras de Zippelius, «la cuestión de la igualdad de trato es en última instancia una cuestión valorativa» (80). Con las remisiones a las convicciones generales o a la evidencia no se alude a un sistema de valores coherentes y completo, sino únicamente a un limitado cuerpo de postulados compartidos como indudables e indiscutibles en una comunidad histórica, base de la precomprensión operante en la articulación y aplicación de sus ordenamientos normativos. Pero se trata únicamente de un límite exterior, del margen que en las valoraciones de la práctica jurídica no se puede rebasar sin entrar en flagrante contradicción con los pilares centrales de la organización de la convivencia (81). La función es, por tanto, de límite negativo, no de sistema completo de soluciones. Dentro de esos márgenes subsiste aún un *Entscheidungsspielraum* y se mantiene, si bien no en términos absolutos, sino enmarcado por esos límites últimos, el problema de las valoraciones y su fundamento racional. Admitir la existencia de ese margen decisorio puede conducir, y parece

(78) Tal es la denominación que emplea H. SCHREINER, *Evidenz und Rechtsmethodologie*, en *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, pág. 548.

(79) Afirma Díez Picazo en su voto particular a la STC 34/1981 que «La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional». Al respecto también, H. J. RINCK, *Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache*, en «Juristenzeitung», 1963, págs. 522, 524.

(80) ZIPPELIUS, *op. cit.*, pág. 33.

(81) ZIPPELIUS, (*op. cit.*, págs. 198 y sigs.) sostiene que el Alto Tribunal puede, sin sobrepasar por ello los límites que la separación de poderes y los principios del Estado de Derecho imponen a la *Justiziabilität*, atacar las decisiones del legislador o la Administración que contravengan de modo claro los principios de justicia tenidos por indubitados en una sociedad. Pero cuando respecto de una cuestión éstos no puedan fijarse o sean discutidos, tendrán la última palabra el legislativo y el ejecutivo, y sus decisiones no se podrán invalidar sobre esta base. Y cuando lo que se impugne sean decisiones judiciales, éstas serán claramente revisables también en caso de contradecir tales postulados tenidos por evidentes (págs. 206-207). Refiriéndose a la utilización argumentativa de la idea de «contenido esencial» de los derechos fundamentales, dice CARRASCO, (*op. cit.*, pág. 86) que «lo “indiscutible” es lo esencial, y esta calificación deviene como resultado de un sentido común que aspira a ser compartido. Lo indiscutible es “lo elemental”, aquello sobre lo que, por fin, un amplio auditorio tiene que estar necesariamente de acuerdo». Se define así algo similar al «*soziales Spielraum*» de que habla Ernst TOPITSCH: el margen de posibilidades o «*logisches Spielraum*» que las formulaciones normativas de los derechos fundamentales dejan libre es limitado en la praxis por las ideas políticas y morales operantes en la estructura de una sociedad y en sus individuos, con sus correspondientes mecanismos sancionatorios (*Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik*, en «Juristenzeitung», 1/1963, pág. 3).

esta una postura realista y no mistificadora, a reconocer en estas decisiones un componente creador y de participación en la conformación del derecho (82). La cuestión de la racionalidad y el control último de esa actividad sigue abierta, pero, al menos, no se oculta esa dimensión de posible subjetividad bajo la ficción de procedimientos o mecanismos aparentemente objetivos, como los que se expresan en el llamado principio de la ponderación de bienes o *Abwägungsprinzip*. Cuando se dice que el Tribunal «sopesa» los argumentos o los valores o bienes en juego y decide en favor del de mayor relevancia, se está aplicando una metáfora, pues las razones no pesan y lo determinante será el criterio de medida por el que se les adscribe un peso mayor o menor. Con ello el tema sigue abierto y la cuestión es cómo hallar al respecto un baremo objetivo (83).

El último intento de dar solución a esta problemática es probablemente el de Alexy, que extiende su teoría de la argumentación jurídica a lo que llama la argumentación sobre los derechos fundamentales (*grundrechtliche Argumentation*). Se trata de propugnar ciertas reglas del discurso práctico general y del discurso jurídico en particular, como especie de aquél, que delimitan un marco *procedimental* para la argumentación y garantizan algo similar a la habermasiana situación ideal de diálogo. El respeto de esas reglas posibilitaría que cualquier opción valorativa, cualquier decisión tomada en el marco de ese proceder dialógico y argumentativo, sea racional (84). En el caso de la argumentación sobre derechos fundamentales, el discurso no estará regido sólo por las peculiaridades especificadoras del discurso jurídico como modalidad del discurso práctico general (vinculación a la ley, peso de los precedentes y la dogmática, relevancia de las reglas jurídicas procesales), sino también por ciertos datos adicionales que Alexy denomina «base de la argumentación sobre derechos fundamentales»: vinculación al tenor literal de los preceptos sobre derechos fundamentales y a la voluntad del legislador constituyente, fuerza de los precedentes y papel directivo no vinculante, como opiniones dotadas de fundamentación expresa, de las teorías materiales sobre los derechos humanos (85). Según Alexy, esa base proporciona a la argumentación en materia de derechos fundamentales un asidero más firme, aunque no definitivo. Resta aún un margen decisorio cuya racionalidad tendrá

(82) ZIPPELIUS, *op. cit.*, págs. 208 y sigs.

(83) MACCORMICK, *op. cit.*, págs. 146, 152; F. MÜLLER, *Juristische Methodik, cit.*, págs. 53-54. Willi GEIGER (*Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik*, en «Europäische Grundrechte Zeitschrift», 12/1985, pág. 404) se refiere al *Abwägungsprinzip* como carente de contenido y apto para justificar cualquier resultado. Por su parte, Niklas LUHMANN (*Die Ökologische Kommunikation*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, págs. 134-135) lo incluye entre las fórmulas vacías que dejan los problemas abiertos y enmascaran la arbitrariedad de la decisión.

(84) Véase al respecto R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1978; *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, Barcelona-Caracas, Alfa, traducción de Carlos de Santiago, 1985, págs. 43 y sigs.

(85) ALEXY, *Theorie der Grundrechte, cit.*, págs. 501 y sigs.

que estructurarse por su conformidad con las «reglas y formas del discurso práctico general y de la argumentación jurídica» (86).

Con este último paso, una cosa parece quedar clara: que no existen instancias materiales aseguradoras de la racionalidad última de las valoraciones subyacentes al juicio aplicativo del principio de igualdad, y que allí donde las efectivas y constatables determinaciones lógicas, jurídicas y sociales no alcanzan, queda un margen no perfectamente controlable en cuanto a su fondo.

CONCLUSIONES

El examen realizado de los criterios operantes en el enjuiciamiento de los casos confrontados con el principio de igualdad nos pone de manifiesto que el problema de la racionalidad no se puede responder en términos absolutos de afirmación o negación, sino matizadamente. Existen una serie de pautas de enjuiciamiento de orden diverso y que hemos clasificado en seis grupos. Esas pautas sucesivamente van estableciendo unos *límites* dentro de los que aquel enjuiciamiento se ha de desenvolver. La violación de alguno o algunos de esos límites conllevará el rechazo de la diferenciación de tratamiento normativo o judicial que se juzga, por contravenir el principio de igualdad. Esos criterios limitadores no son independientes, sino que se enlazan entre sí en combinaciones diversas, pero siempre a modo de cadena de fundamentaciones. Sólo al final de esa cadena, al preguntarse por la fuente última de las opciones concurrentes *dentro de los márgenes* así marcados, se descubre un posible elemento de subjetividad en la apreciación, de participación en la conformación efectiva de lo jurídico. Ciertamente se trata de un momento decisivo y determinante del resultado. Pero los límites dentro de los que, al menos idealmente, acontecen, no permiten hablar propiamente de arbitrariedad o libertad plena, aunque destierren también la ilusión de una racionalidad perfecta, entendida como control total. Pero es esta una limitación de toda práctica con el derecho, que sólo se solventaría con un derecho sin ambigüedades ni lagunas en una sociedad sin cambios, o con la posesión de un orden de valores indubitado, inmutable y concretizado hasta en sus menores aplicaciones. Y sabido es cuán vano resulta pretender tanto lo uno como lo otro.

(86) *Ibíd.*, págs. 520-521.

Sobre la igualdad en la Constitución española

Por ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO

Sevilla

SUMARIO: 1. LA IGUALDAD Y SU PROBLEMATICA.—1.1. *Igualdad y Justicia.*—1.2. *La igualdad: ¿regla o contrarregla?*—1.3. *Significado trascendente e inmanente de la igualdad.*—2. LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.—2.1. *La igualdad como valor.*—2.2. *La igualdad como principio.*—2.3. *La igualdad como derecho fundamental.*

1. LA IGUALDAD Y SU PROBLEMATICA

Decir que la igualdad es una de las piezas claves informadoras de la Constitución española de 1978 es algo que saben o intuyen buena parte de ciudadanos. Reconocer que la igualdad ha sido una de las categorías más invocadas y utilizadas en nuestra incipiente experiencia jurídico-constitucional tampoco habrá de resultar novedoso para cualquier profesional del derecho mínimamente avisado. Ahora bien, tratar de dar cuenta de la significación y alcance de la igualdad en nuestro sistema constitucional supone, para el filósofo o el teórico del derecho, una tarea ardua e indócil, que se resiste a ser cumplida plena y satisfactoriamente.

El fervor popular que despierta la idea ubicua y talismánica de la igualdad reposa en su misma condición de anhelo inspirador de todos los movimientos emancipatorios. En particular, desde la génesis del constitucionalismo moderno, su presencia ha sido una cita obligada en las Leyes básicas de los sistemas políticos democráticos; vinculada las más de las veces, en relaciones de armonía o tensión, al otro gran ideal-fuerza: la libertad. Nada tiene, por tanto, de extraño que nuestro todavía reciente tránsito desde el autoritarismo a la democracia tuviera su correlato jurídico-político en la entronización, en nuestra máxima instancia de jerarquía normativa, de la igualdad.

No será necesario insistir en que esa consciencia o intuición popular de la igualdad dista mucho de traducirse en una noción clara y rigurosa de su sentido. Muchos ciudadanos, que apelan profusamente a la igualdad, podrían hacer suya, en este punto, la penetrante observación de San Agustín respecto al concepto del tiempo: «Si nadie me lo

pregunta, sé lo que es. Pero, si intento explicarlo a quien me lo pregunta, no lo sé» (1).

La consciencia o intuición inmediata de la igualdad quizás obedezca en que, a diferencia de la libertad, puede expresarse en términos ostensivos; es decir, mediante un tipo de definiciones que operan a través de ejemplos que equivalen o evidencian el objeto que se trata de definir (*definiendum*) (2). Así, a la pregunta: ¿qué cosas son iguales?, puede responderse con el ejemplo de las bolas de billar, o de las monedas de una misma acuñación e indicando que todas ellas son iguales (3).

Tomando como punto de referencia esta dimensión mensurable y ostensiva de la igualdad, afirmará John Rawls que: «La representación de la igualdad es tarea fácil: simplemente describimos a todas las partes del mismo modo y las situamos igual, esto es, simétricamente unas respecto de otras» (4). En otro lugar, Rawls ejemplifica su fundamentación de la igualdad a partir de las facultades naturales de los seres humanos, siempre que se elija una condición específica y se trate de igual modo a quienes la satisfagan. «Por ejemplo —escribe Rawls—, la condición de estar en el interior de un determinado círculo es una condición específica de unos puntos del plano. Todos los puntos que se encuentran dentro de ese círculo tienen esta propiedad, aunque sus coordenadas varíen dentro de una cierta extensión. Y tienen esta propiedad, en un grado igual, porque ningún punto interior al círculo es más o menos interior a él que cualquier otro punto interior» (5).

(1) AGUSTÍN DE HIPONA, *Confesiones*, Lib. XI, Cap. XX.

(2) Cfr. A. J. AYER, *Los problemas centrales de la filosofía*, trad. cast. de R. Fernández, Alianza, Madrid, 1979, págs. 111 y sigs.; A. BELVEDERE, M. LORI y L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979, págs. 66 y sigs.; W. V. O. QUINE, «Identidad, ostensión e hipóstasis», en su obra *Desde un punto de vista lógico*, ed. cast. a cargo de M. Sacristán, Ariel, Barcelona, 1962, págs. 109 y siguientes.

(3) Sobre ello, vid. G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna, 4.^a ed., 1976, pág. 210. Si bien estimo que este planteamiento confunde los conceptos de *identidad*, que se dan cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características sin que exista ninguna particular que los distinga, e *igualdad*, que supone una identidad parcial, es decir, la coincidencia de dos o más objetos en unos elementos o características desde un determinado punto de vista y haciendo abstracción de los demás. A diferencia de cuanto ocurre en el plano lógico-matemático, en el que las identidades son perfectamente posibles, e incluso frecuentes, en la esfera práctica son excepcionales. Dos bolas de billar o monedas de una misma acuñación dejan de ser idénticas, para devenir iguales, en cuanto se usan. Cfr. M. HEIDEGGER, *Identität und Differenz*, Neske, Pfullingen, 1957, págs. 15 y sigs., donde indica que la identidad supone unidad de la cosa consigo misma (*die Einheit mit ihm selbst*). Vid. también, en relación con el concepto de identidad, las observaciones de W. V. O. QUINE, *op. cit.* (en nota 2), págs. 105 y sigs.

(4) J. RAWLS, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, ed. cast. a cargo de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 167.

(5) J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. cast. de M. D. Gozález, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1978, pág. 561. Sobre la concepción de la igualdad en esta obra vid. A. E. PÉREZ LUÑO, «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, núm. 1, págs. 271 y sigs.

1.1. Igualdad y justicia

De cualquier modo las tentativas históricas de ejemplificar ostensivamente la igualdad, desde Aristóteles a Rawls, en base a cálculos aritméticos o proporciones geométricas, terminan por apelar o reconducirse a la idea de justicia. Todo lo justo es algo igual, todo *dikaion* es un *íson*, indicará Aristóteles (6). «La seguridad real de la igualdad descansa en el contenido de los principios de la justicia», recalcará Rawls (7). Porque el problema de la igualdad *de* o *entre* los hombres, aquel que ha sido fuente y bandera de continuas reivindicaciones, no se resuelve en la mera descripción de cálculos, magnitudes y proporciones, sino que entraña elecciones, preferencias o valoraciones en términos de justicia.

La identificación entre justicia e igualdad, que se plasma en la tendencia a equiparar el tratamiento justo con el tratamiento igual y el tratamiento igual con el tratamiento justo, engendra una circularidad que difiere, por remisiones recíprocas, la conceptualización de ambas categorías. Al propio tiempo genera falsas identificaciones entre los planos de ser y del deber ser. En efecto, de la simbiosis justicia/igualdad se desprende que la igualdad está justificada en cada caso: «Equality needs no reason, only inequality does», aduce Isaiah Berlin (8).

Esta equiparación entre justicia e igualdad ha sido una constante en aquellas doctrinas iusnaturalistas que cifran su concepción de la justicia material en la igualdad por naturaleza del género humano. Dicha tesis halló una de sus más conocidas expresiones en el fragmento del *De legibus* en el que Cicerón proclama que no existen cosas más semejantes entre sí, como lo somos los hombres entre nosotros. Por eso, si la depravación de las costumbres y la variedad de las opiniones no doblegara la debilidad de nuestro ánimo, nadie sería tan semejante a sí mismo, como lo sería a los demás. De ahí, que cualquiera que sea la definición del hombre es válida para todos (9). Dentro de esa órbita se inscribe también la no menos célebre *regula iuris*, de Ulpiano: «Quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt» (10).

Como contrapunto de estos planteamientos conviene no perder de vista la observación de Baltasar Gracián, plena de contenido experiencial: «Visto un león, están vistos todos y vista una oveja, todas; pero visto un hombre no está visto sino uno, y aún ése no bien conocido.

(6) ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1131b. En la *Política*, 1280a-1283a, sostiene que todos los hombres son iguales en algunos aspectos y desiguales en otros, dependiendo de las formas políticas la formulación de diferentes concepciones de igualdad para fundar sus respectivos criterios de justicia distributiva.

(7) J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., pág. 560.

(8) I. BERLIN, «Equality», en su obra *Concepts and Categories*, Clarendon Press, Oxford, 1981, pág. 89.

(9) M. T. CICERÓN, *De legibus*, I, X, 29, señala textualmente: «Nihil est enim unum uni tamen simile, tam par, quam omnes inter nosmet ipsos sumus. Quod si depravatio consuetudinum, si opinionum varietas non imbecillitatem animorum torqueret et flecteret quocumque coepisset, sui nemo ipse tam similis esset quam omnes sunt omnium. Itaque quaecumque est hominis definitio, una in omnis valet.»

(10) ULPIANO, *Digesto*, 50, 17.

Todos los tigres son crueles, las palomas sencillas y cada hombre de su naturaleza diferente» (11).

La experiencia muestra, en efecto, a cada paso las desigualdades que diferencian a los hombres. Negarlo implicaría contradecir abiertamente los hechos. «Los hombres —en palabras de Emil Brunner— nunca son iguales; el trato igual es posible tan sólo en tanto en cuanto que se considere como inesencial la desigualdad de hecho, sin tomarla, por ende, en consideración. El trato igual implica siempre una violenta abstracción» (12). La igualdad no entraña un postulado lógico, ni una experiencia fáctica, «sino que constituye un deber ético» (13).

2. La igualdad: ¿regla o contrarregla?

Desembocamos así ante lo que Vittorio Frosini ha calificado, en feliz expresión, de «paradoja de la igualdad» (*paradosso dell'eguaglianza*). La igualdad política, jurídica y social constituye un deber, un modelo de reglamentación normativa que se enuncia en los siguientes términos: «Todos los hombres *deben* ser (o llegar a ser) iguales entre sí.» Esta, al igual que cualquier otra regla, se halla sujeta a excepciones en su aplicación a los casos concretos. Pero la regla de la igualdad —y en ello consiste su paradoja fundamental— aparece como un ideal normativo que constituye una excepción, más exactamente una «contrarregla», a la regla empírica de la desigualdad entre los hombres, que impera en la vida social: ya que los hombres no son nunca, pero *deben* ser o devenir iguales entre sí en el orden jurídico, político, social o económico (14).

Esta radical paradoja de la igualdad fue en cierto modo vislumbrada por el gran profeta de la igualdad, Jean-Jacques Rousseau. En un fragmento clarividente de su *Contrato social* puede leerse: «Parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité, la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir» (15).

La postura de Rousseau entraña un profundo sentido histórico, porque su obra reformula y amplía la relación justicia/igualdad y la completa con la relación igualdad/ley. Es cierto que la tradición iusnaturalista, especialmente la de signo intelectualista-racionalista, no sólo concibe la igualdad como un elemento integrador de la justicia mate-

(11) B. GRACIÁN, *El Crítico*, ed. a cargo de I. Quiles, Espasa-Calpe, Madrid, 9.ª ed., 1980, pág. 100. En relación con las proyecciones de esta idea desde la antropología jurídica, vid. R. GONZÁLEZ-TABLAS, «Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, pág. 436.

(12) E. BRUNNER, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. cast. de L. Recaséns Siches, UNAM, México, 1961, pág. 34.

(13) *Ibid.*, pág. 42.

(14) V. FROSINI, «Paradosso dell'eguaglianza», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, pág. 542.

(15) J. J. ROUSSEAU, *Contrat social*, II, XI. La idea de igualdad como esfuerzo y conquista que obliga a sus defensores a nadar contra corriente frente a la inercia de la desigualdad, ha sido posteriormente desarrollada por R. H. TAWNEY, *Equality*, Allen & Unwin, London, 4.ª reimp. de la 4.ª ed., 1979, págs. 33 y sigs.

rial, sino que, al propio tiempo, la proyecta indirectamente al concepto de ley a través de su formulación como precepto general, universal o común (*praeceptum commune*) (16); pero Rousseau con su teoría de la voluntad general, corolario de su concepción de la igualdad, va a extraer nuevas y más perfiladas consecuencias sobre estas conexiones.

1.3. Significado trascendente e inmanente de la igualdad

A partir de Rousseau la igualdad, en sus dimensiones material y formal, se convertirá en una categoría trascendente e inmanente a los ordenamientos jurídicos modernos.

A) *Trascendente*, porque como se desprende de la doctrina de Rousseau la igualdad material, es decir, el equilibrio de situaciones económicas y sociales, supone un bien, un valor o un *telos* a conseguir a través del derecho. Así señala que, aunque puedan ser desiguales en fuerza e inteligencia, los hombres llegan a ser iguales por convención o derecho (17).

En esta acepción la igualdad aparece como el ideal igualitarista de la equiparación, por medio de la ley, de las situaciones económicas y sociales. Se trata, en suma, de lo que la doctrina germana califica de «igualdad a través de la ley» («*Gleichheit durch das Gesetz*»), frente al postulado de la igualdad formal enunciado en el principio de la igualdad *ante* la ley («*Gleichheit vor dem Gesetz*») (18).

La «igualdad a través de la ley» supone, por tanto, un paso adelante hacia la realización de la igualdad material respecto de la estricta «igualdad en la ley» («*Gleichheit im Gesetz*»), que implica la exigencia de un trato igual de los supuestos previstos en la ley (19). La «igualdad a través de la ley» no significa sólo que el contenido de la ley veta determinado tipo de discriminaciones o establece la paridad de trato de determinadas situaciones, sino que la ley opera como instrumento transformador de la realidad y cauce para la consecución de objetivos igualitarios en la esfera política, social, económica o cultural.

B) *Inmanente*, porque para Rousseau la otra cara de la igualdad, o sea, la igualdad formal, mediante la idea de la voluntad general, va a convertirse en un requisito básico del concepto de ley, afectando lo mismo al legislador que a los destinatarios de la norma.

(16) Cfr. mi trabajo «El concepto de igualdad», *cit.* (en nota 5), págs. 262-263.

(17) «... pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention ou de droit.» J. J. ROUSSEAU, *Contrat social*, I, IX. Asimismo, como es notorio, el nervio de las reflexiones de Rousseau en el *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, será la recuperación, a través de las leyes (buenas), de la igualdad natural originaria que las leyes (malas) han corrompido.

(18) Vid. J. PERELS, «Der Gleichheitssatz zwischen Hierarchie und Demokratie», en el vol. col. *Grundrechte als Fundament der Demokratie*, ed. a cargo de J. Perels, Suhrkamp, Frankfurt a M., 1979, págs. 71 y sigs., quien sitúa el planteamiento de esta distinción en el debate doctrinal surgido en Alemania en la etapa de la Constitución de Weimar.

(19) Cfr. H. SCHOLLER, *Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, págs. 33 y sigs.

a) Para Rousseau el postulado de la voluntad general se traduce en la participación necesaria de todo el pueblo, sin exclusiones, en el proceso de formación de la ley. De este modo, se garantiza la imparcialidad de la ley, frente a cualquier amenaza de favoritismo o de arbitrariedad. «Pour qu'une volonté soit générale —puntualiza en un fragmento célebre del *Contrato*—, il n'est pas toujours nécessaire qu'elle soit unanime, mais il est nécessaire que toutes les voix soient comptées; toute exclusion formelle rompt la généralité» (20).

La posibilidad de que todos los ciudadanos concurren en condiciones de igualdad a la formación de la ley representa una garantía de libertad (21), porque así se consigue que ningún hombre pueda servirse de la ley para esclavizar a los demás (22). De este modo, el legislador general es contemplado por Rousseau como un presupuesto necesario para asegurar la ecuanimidad e imparcialidad de la ley.

b) Pero, al propio tiempo, la generalidad debe manifestarse en los destinatarios o, en un sentido más amplio, en el objeto de la ley. «Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en coprs et les actions comme abstraites, jamais un homme comme un individu ni une action particulière», advertirá Rousseau (23). Esta idea recurrente la expresará en términos no menos tajantes al indicar que cualquier finalidad que se refiera a un objeto individual no corresponde al poder legislativo (24). Incluso en sus *Lettres de la montagne* llegará a sostener que cualquier ciudadano sabe que si existen excepciones en la ley, no serán en favor suyo. Por ello, todos temen las excepciones y quien las teme ama a la ley (25).

La igualdad formal se traduce en Rousseau en una doble exigencia de generalidad: en el proceso legislativo para garantizar, mediante la voluntad general, la imparcialidad de la ley; y en su objeto para establecer un clima de seguridad jurídica en virtud del tratamiento igual de los destinatarios genéricos, es decir, asumidos como colectividad indeterminada *a priori*, de la ley.

Por influencia directa de Rousseau, tras la Revolución francesa, en los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho las normas se definen y resuelven en el tratamiento formalmente igual, o sea, en la atribución de las mismas consecuencias jurídicas, a la pluralidad de personas (generalidad) o a la clase de acciones o situaciones (abstracción) que han sido previstas (tipificadas) en su hipótesis o supuesto fáctico (*Tatbestand*) (26). En los ordenamientos jurídicos de los Estados de

(20) J. J. ROUSSEAU, *Contrat social*, II, I.

(21) *Ibid.*, IV, II, donde literalmente afirma: «Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui, et même à celles qui le punissent, quand il ose en violer quelqu'une. La volonté constante de tous les membres de l'Etat est la volonté générale; c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres.»

(22) *Ibid.*, I, IX.

(23) *Ibid.*, II, VI.

(24) *Ibid.*, II, VI.

(25) J. J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la montagne*, Part. II, Lett. IX.

(26) Cfr. N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, págs. 293 y sigs.; H. Kelsen, *Reine Rechts-*

Derecho las normas se manifiestan como estructuras formales aplicables a todos los supuestos susceptibles de ser subsumidos en aquellas anticipaciones hipotéticas que prefiguran su tipo (27).

El proceso de continuidad entre justicia formal-igualdad formal-ley general hasta aquí expuesto, fue perfectamente sintetizado por Gustav Radbruch al indicar: «Justicia significa igualdad y la igualdad exige universalidad del precepto jurídico; justicia generalizada en cualquier grado» (28). Sin embargo, Hans Kelsen ha invertido este planteamiento al acentuar el significado inmanente de la igualdad en los sistemas jurídicos. Desde su punto de vista la generalidad de la ley no supone un corolario de la justicia e igualdad formales, sino que, por el contrario, éstas constituyen meras consecuencias lógicas del carácter general de las normas. En opinión de Kelsen, la igualdad consistente en que los iguales deban ser tratados de forma igual, es una consecuencia de la lógica, no de la justicia (29).

El planteamiento kelseniano reconoce la correlación existente entre las categorías de la justicia y la igualdad formales y la generalidad de la ley, pero, al invertir los términos de tal correlación incide, a mi entender, en un doble error: 1) *histórico*, porque soslaya el proceso de formación diacrónica de la exigencia de la generalidad normativa que, como se ha tenido ocasión de observar con referencia a las tesis de Rousseau, arranca de la reivindicación de la justicia e igualdad formales y no viceversa; 2) *sistemático*, porque concibe la generalidad de las normas como un requisito lógico, un atributo constitutivo de la normatividad, cuando en realidad implica una decisión axiológica. La generalidad no ha sido una condición empírica de todas las normas —históricamente no lo ha sido y, en la actualidad, se halla también cuestionada desde determinadas premisas (30)—, sino una decisión fundada en motivos de justicia que vincula la generalidad al logro de valores tales como la igualdad formal, la seguridad jurídica, la imparcialidad o la abolición de la arbitrariedad (31).

El carácter inmanente de la igualdad formal, entendida como ge-

lehre, Franz Deuticke, Wien, 2.^a ed., 1960, págs. 146 y sigs. y 256 y sigs.; *id.*, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien, 1979, págs. 6-7 y 39. Vid. mi comentario a esta obra en *Revista de Estudios Políticos*, 1986, núm. 49, págs. 298 y sigs.

(27) Vid., por todos, J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Fischer, Frankfurt, a. M. 2.^a ed. 1972, págs. 43 y sigs.

(28) G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, trad. cast. de J. Medina Echevarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pág. 98.

(29) H. KELSEN señala, de forma expresa: «Die Gleichheit, die darin besteht, dass Gleiche gleich behandelt werden sollen, ist somit eine Forderung der Logik, nicht der Gerechtigkeit» «Das Problem der Gerechtigkeit», en *Reine Rechtslehre*, *cit.* (en nota 26), pág. 394.

(30) Actualmente se cuestiona, en determinados sectores doctrinales, que la generalidad constituya un elemento básico de la ley del Estado de Derecho ante la creciente importancia de las leyes especiales. Cfr. al respecto los trabajos de: K. HUBER, *Massnahmengesetz und Rechtsgesetz. Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff*, Dunccker & Humblot, Berlin, 1963; V. ITALIA, *Le leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 1983.

(31) Cfr. Ch. PERELMAN, «Egalité et Justice», en la *op. col. L'égalité*, vol. V, ed. a cargo de L. Ingber bajo la dirección de R. Dekkers, P. Fofiers y Ch. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1977, págs. 324 y sigs.

neralidad de la ley, para el ordenamiento jurídico no significa que pierda su condición de valor. La generalidad de la ley constituye uno de esos ingredientes de los sistemas jurídico-positivos que Lon Fuller incluye en lo que denomina «moral interna del derecho», es decir, en aquellas exigencias de «la moral que hace posible el derecho» (32). Se trata de valores inmanentes y necesarios de los ordenamientos jurídicos, pero *no de todos*, sino sólo de aquellos que obedecen a determinadas pautas de legitimidad, o sea, de los que son propios de los Estados de Derecho (33).

Acotar la incidencia de estos aspectos y funciones de la igualdad en el marco normativo de nuestra Constitución vigente, así como en las orientaciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, es cuanto se proponen las reflexiones que ahora se avanzan.

2. LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

Afirmar que la igualdad es un término profusamente utilizado en nuestra Constitución vigente no sería del todo exacto. No obstante, si tomamos como punto de referencia el interesante y revelador «*The-saurus* informatizado de la Constitución española de 1978», realizado por Rafael González-Tablas, podemos comprobar que la igualdad constituye una de las palabras-clave o descriptores significativos del texto constitucional. La voz «igualdad» aparece expresamente recogida en seis ocasiones: en 13, si a ellas se añaden las alusiones a los términos vecinos «igual» (5) e «iguales» (2). Este dato pudiera parecer cuantitativamente parco, pero sería engañoso tomarlo en sí mismo sin la correspondiente ponderación relacional. En efecto, del precitado análisis de González-Tablas se desprende que el 52,73 % de las palabras empleadas en la Constitución lo son sólo una vez y que únicamente el insignificante 0,69 % de vocablos utilizados en ella se reiteran más de 100 veces. Entre tales términos, haciendo abstracción de las palabras no significativas, resulta ser la voz «ley», con 121 alusiones, la más repetida. Categorías o conceptos afines en importancia a la igualdad aparecen con la siguiente frecuencia: La palabra «libertad» en 15 ocasiones, a las que hay que sumar las 12 alusiones a su variante plural «libertades» y las seis de «libre»; el término «dignidad» se enuncia en dos momentos, a los que se adjuntas las otras dos referencias de la expresión «digna»; en tanto que, la voz «pluralismo» se incluye tan sólo en tres oportunidades (34).

(32) L. FULLER, *La moral del derecho*, trad. cast. de F. Navarro, Trillas, México, 1967, págs. 43 y sigs. y esp. 56 y sigs.

(33) Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1986, págs. 187 y sigs.

(34) R. GONZÁLEZ-TABLAS, *La informática jurídica. Un análisis experimental desde la Filosofía del derecho*. Tesis doctoral, en curso de publicación, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Curso 1986-87, págs. 449 y sigs. Conviene recordar que en una experiencia realizada en el seno del Instituto Internacional

Si desde esta acepción cuantitativa se pasa a considerar su significado cualitativo se advierte que, en nuestra Constitución, tienen puntual reflejo las dimensiones trascendente e inmanente de la igualdad, que se manifiestan en su texto articulado como valor, principio y derecho fundamental.

2.1. *La igualdad como valor*

La inclusión constitucional de la igualdad entre los «valores superiores» de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1) la convierten en una de las metas u objetivos básicos que nuestro sistema jurídico-político se propone alcanzar. La igualdad en su condición de valor superior constitucional asume su dimensión trascendente, es decir, se presenta como un criterio para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines, que superan la esfera de la estricta positividad.

De la consideración de los valores como modos de preferencias conscientes y generalizables se infiere que la igualdad supone una de las preferencias conscientes básicas, expresada en el proceso constituyente como prioritaria, orientadora y fundamentadora de nuestra vida colectiva.

Los valores constitucionales, como he indicado en otro lugar, poseen una triple dimensión: a) *fundamentadora*, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello, la doctrina germana los concibe como «valores fundamentales» (*Grundwerte*) y nuestra Constitución como «valores superiores», para acentuar su significación de núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político; b) *orientadora*, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; c) *crítica*, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales (35).

La igualdad supone, por tanto, en su condición de valor superior constitucional el contexto axiológico *fundamentador* o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para *orientar* la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución, y

de los Derechos Humanos de Estrasburgo, que tuvo por objeto el análisis informatizado de datos referentes a derechos humanos, se comprobó que el derecho a la igualdad era —por encima del principio clásico de la libertad— el más invocado en el conjunto de textos normativos, jurisprudenciales y doctrinales analizados. Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., págs. 44 y sigs.

(35) Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit. (en nota 33), págs. 288-289.

el *criterio* para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad.

La inequívoca voluntad del constituyente para hacer de la igualdad, en la plenitud de sus implicaciones, un valor superior de nuestro sistema constitucional se confirma con su expresa determinación de no reducir su alcance en el artículo 1.1 a la mera igualdad formal. A ello se ha referido Gregorio Peces-Barba al reseñar el «rechazo por la ponencia y en los sucesivos trámites del intento del señor López Rodó de añadir en el artículo 1.º después de igualdad los términos “ante la ley”» (36).

Nuestro sistema constitucional en su conjunto se halla orientado en función del valor (*wertorientierte*) de la igualdad y asentado, a tenor literal de cuanto se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en: «el valor de la igualdad y en la sujeción de todos los poderes públicos —también del legislativo— a este valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1, CE)» (37).

Esta condición axiológica y trascendente de la igualdad se ha visto corroborada en la decisión del Tribunal Constitucional, que proclama: «El superior valor que en el régimen democrático tiene el principio de igualdad básica de todos los ciudadanos.» Al tiempo que establece, con nitidez, que: «La igualdad se configura como un valor superior que... se proyecta con eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama» (38).

2.2. La igualdad como principio

Es notoria la pluralidad significativa inherente a los principios del derecho que pueden actuar, simultánea o sucesivamente, como: criterios hermenéuticos (*principia cognoscendi*) para conocer, interpretar y aplicar las restantes normas jurídicas; como fuentes del derecho (*principia essendi*) que constituyen elementos normativos o partes integrantes del ordenamiento; o como pautas de valoración (*prima principia*), es decir, como axiomas o postulados axiológicos que deben inspirar todo el orden jurídico (39).

Los principios asumen, a tenor de las circunstancias y el contexto en los que operan, un sentido trascendente o inmanente al ordenamiento jurídico-positivo; es más, pueden considerarse como el eslabón o punto de engarce entre ambas esferas. Su principal rasgo distintivo respecto a los valores reside en su mayor índice de concreción. Los valores no suelen contener especificaciones respecto a los supuestos en

(36) G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 151-152.

(37) STC 63/1983, de 20 de julio, FJ 2, en BJC 28/29, pág. 98.

(38) STC 8/1983, de 18 de febrero, FJ 3, en BJC 23, pág. 246.

(39) Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit. (en nota 33), págs. 289 y sigs.

que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación; constituyen ideas directivas generales que, como anteriormente he indicado, fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del ordenamiento jurídico. Los valores forman, por tanto, el contexto *histórico-espiritual* de la interpretación de la Constitución y, en especial, de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Los principios, por su parte, entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas analíticas. De otro lado, los principios, ya posean un significado hermenéutico, ya actúen como fuentes del derecho o como determinaciones de valor, reciben su peculiar orientación de sentido de aquellos valores que especifican o concretan. Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas (40).

La igualdad, en su dimensión de principio, ha sido acogida en nuestra Constitución en sus dos vertientes fundamentales: a) como *igualdad material* atribuyendo a los poderes públicos la tarea de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2); y b) como *igualdad formal* con la declaración solemne de que «los españoles son iguales ante la ley» (art. 14).

Ambas dimensiones de la igualdad han sido oportunamente distinguidas por el Tribunal Constitucional cuando advierte que: «La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (41).

Se comprueba, de este modo, la doble función del principio de igualdad de nuestro sistema constitucional. De un lado, opera como meta u objetivo *trascendente* a alcanzar en el orden económico-social (art. 9.2); de otro, como garantía de generalidad y regularidad *inmanente* al propio ordenamiento jurídico (art. 14).

En su significado inmanente el principio de igualdad, entendido como igualdad ante la ley, implica la exigencia de generalidad y abstracción de la norma, que establece la igual protección jurídica de las situaciones que jurídicamente se consideran iguales. «El principio de

(40) *Ibíd.*, págs. 291-292.

(41) STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2, en BJC 16/17, pág. 661.

igualdad, al imponer la desaparición de los privilegios (*privatae leges*), impone como una obvia consecuencia la necesidad de las leyes generales y el principio de universalidad de la ley: si ésta debe ser la misma para todos, debe necesariamente comprender a todos en sus previsiones» (42).

Han sido numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional que inciden en conectar el requisito formal de que ante situaciones similares «la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos» (43).

Esta dimensión inmanente de la igualdad, corolario de su formulación en el artículo 14, no agota su significado como principio constitucional, porque, como anteriormente se ha indicado, actúa también en su acepción trascendente dirigida a promover condiciones socioeconómicas y culturales igualitarias, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2. Resulta ilustrativa, al respecto la argumentación del Tribunal Constitucional cuando sostiene que: «El acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3 cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación —que ésta concierne al artículo 14—, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley» (44).

Conviene advertir que nuestra jurisprudencia constitucional, con buen criterio, no concibe estas dos vertientes del principio de igualdad como compartimentos estancos, sino que tiende a conjugar y orientar la interpretación del artículo 14 en función del artículo 9.2, así como del valor superior de la igualdad plasmado en el artículo 1.1. Esta pauta jurisprudencial, que parte de una hermenéutica sistemática y finalista de la Constitución, entraña un enfoque correcto de las relaciones entre valores y principios constitucionales al contribuir a mantener el carácter fundamentador, orientador y crítico de aquéllos, y la tarea concretizadora de éstos.

Como muestra de este planteamiento puede traerse a colación la tesis de nuestra Magistratura constitucional, que sostiene que con la atribución a los poderes públicos del deber de hacer real y efectivo el disfrute de la igualdad, según lo dispuesto en el artículo 9.2, «se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1.º, que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho». Esta afirmación se complementa, en la misma sentencia, con el argumento de que resulta «evidente que la igualdad entre trabajador y empresario promovida por el Derecho laboral sustantivo o procesal no puede ser desconocida

(42) STC 34/1981, de 10 de noviembre, voto particular del Magistrado L. Díez-Picazo, en BJC 7, pág. 516.

(43) Cfr., entre otras: STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2, en BJC 28/29, pág. 947; STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 3, en BJC 52/53, pág. 1002.

(44) STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10, en BJC 6, pág. 414.

o quebrada por una presunta plena efectividad del artículo 14 de la Constitución Española, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del artículo 9.2 de la Constitución» (45).

La funcionalización hermenéutica del principio de la igualdad ante la ley respecto al sentido axiológico de la igualdad se infiere, con nitidez, en el fundamento jurídico que, en relación con el trato discriminatorio por razón de edad, precisa «que la prohibición de discriminación, enunciada con carácter general en el artículo 14 de la Constitución Española, y concretamente en cuanto al acceso y permanencia en los cargos y en las funciones públicas en el artículo 23.2 de la Constitución Española, responde a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad (art. 1.º-1)» (46).

2.3. *La igualdad como derecho fundamental*

En nuestro vigente texto constitucional la igualdad, junto a su dimensión de valor y principio, se manifiesta como uno de sus derechos fundamentales. Como quiera que esta última acepción de la igualdad se halla controvertida, estimo oportuno confrontar el sistema de positivación empleado en el artículo 14 de la Constitución Española con los de otros textos constitucionales de nuestro entorno geográfico-político; en concreto con el utilizado en la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania y en la Constitución italiana.

En la *Grundgesetz* de Bonn se enuncia el principio general de igualdad (*Allgemeine Gleichheitssatz*), junto con lo que la doctrina ha calificado como derechos individuales de igualdad (*einzelnen Gleichheitsrechten*), o como derechos especiales de igualdad (*besonderen Gleichheitsrechten*) (47).

El artículo 3 de la Ley Fundamental germana proclama en tres apartados diferenciados: «1) Todos los hombres son iguales ante la ley. 2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. 3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y origen, su credo y sus opiniones religiosas o políticas».

Mediante esta formulación se engloban en un mismo artículo el principio de la igualdad formal (apartado 1) y sus proyecciones subjetivas que concretan y especifican diferentes derechos de igualdad (apar-

(45) STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3, en BJC 22, pág. 153.

(46) STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3, en BJC 28/29, pág. 94.

(47) Cfr. la excelente monografía de K. HESSE, «Der Gleichheitssatz in der Verfassungsentwicklung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1984, núm. 109, págs. 183-185. El profesor Konrad Hesse dirigió en la Universidad de Friburgo durante el Semestre de invierno del curso 1983/84 un Seminario sobre el tema: «Gleichheit im Verfassungsrecht», cuya interesante documentación debo agradecer a la deferencia del profesor Pedro Cruz Villalón.

tados 2 y 3). Estos derechos fundamentales de igualdad se ven completados, en el marco de la *Grundgesetz*, por el derecho a la equiparación en orden al desarrollo físico y espiritual de los hijos legítimos e ilegítimos (art. 6.5); la garantía de igualdad de derechos y obligaciones cívicos de los alemanes en cualquier *Land* (art. 33.1); el reconocimiento de la igualdad de acceso de todos los alemanes a los cargos públicos según su aptitud, capacidad y labor profesional (art. 33.2).

La Constitución Española, a diferencia de la *Grundgesetz*, no utiliza apartados diferentes para distinguir la proclamación del principio formal de la igualdad ante la ley y sus especificaciones que, bajo la prohibición expresa de determinados tipos de discriminación, consagra —en el marco normativo del artículo 14— las correspondientes situaciones jurídicas subjetivas. Asimismo se reconocen derechos fundamentales de igualdad en otros sectores del articulado de la Constitución. Así, por ejemplo, el de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2); la igualdad y progresividad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1); la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2); la igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139.1), y la consiguiente competencia exclusiva del Estado para garantizarlos (art. 149.1.1.º).

El método de positivación de la igualdad utilizado en el artículo 14 de nuestra Ley superior se aproxima al empleado en el artículo 3.1 de la Constitución italiana. En dicha norma se sostiene que: «Todos los ciudadanos poseen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales». Este texto ha suscitado una viva polémica doctrinal entre quienes entienden que consagra un principio que opera de forma *objetiva* imponiendo determinados vínculos al legislador y a los poderes públicos (48); y quienes, por el contrario, entienden que de dicho artículo se derivan, en la *esfera subjetiva*, determinados derechos fundamentales de los ciudadanos (49).

Conviene también tener presente que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 14, formula el principio de igualdad en términos de garantía de no discriminación en el goce de los derechos y libertades establecidos en el propio Convenio. A partir de ese texto normativo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo no ha configurado la igualdad como un derecho autónomo, ni siquiera como un principio independiente de carácter general, sino que la ha interpretado como una garantía circunscrita a la defensa de los derechos reconocidos en el Convenio. De ahí, que el Tribunal sólo entra a conocer violaciones de la igualdad que es-

(48) Vid., por todos, A. AGRÓ, «Art. 3.1.II principio di eguaglianza formale», en *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, ed. a cargo de G. BRANCA, Zanichelli & Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, págs. 124 y sigs.

(49) Así, por ejemplo: A. CERRI, «Violazione del principio di eguaglianza ed intervento della Corte Costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1968, págs. 632 y sigs.; F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Giuffrè, Milano, 1958, págs. 21 y sigs.

tén directamente conectadas con algunos de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio (50).

Estos antecedentes han incidido probablemente sobre la actitud de nuestro Tribunal Constitucional a la hora de concretar el alcance del artículo 14, de la Constitución Española.

En una de sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional alude, de forma expresa, «al principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución», al tiempo que le atribuye como a los restantes principios «carácter informador de todo el ordenamiento jurídico» (51).

Esta orientación jurisprudencial halló reflejo en varias sentencias inmediatamente posteriores (52), en algunas de las cuales se hace referencia expresa a las tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad (53).

A partir de su sentencia 49/1982, de 14 de julio, el Tribunal Constitucional admite la configuración de la igualdad como un derecho fundamental. «El artículo 14 de la Constitución —en palabras del juzgador constitucional—, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual» (54). Si bien, como se desprende de esta argumentación, el reconocimiento de la igualdad como derecho fundamental se hace a partir de su propia significación como principio general de igualdad ante la ley, en lugar de derivarlo de su incidencia en las situaciones subjetivas de no discriminación que expresamente se enuncian en el segundo párrafo del artículo 14.

Más preciso y matizado resulta el fundamento jurídico de un fallo ulterior, donde se sostiene que: «El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que deben corresponder un tratamiento jurídico igual» (55). Al propio tiempo, en el voto disidente de esa misma sentencia, se recogen, a mi entender, con exactitud la pluralidad de significados normativos que encierra el artículo 14. Dicho precepto, se indica, que contiene tres figuras distintas:

«a) Un principio general del derecho, de suerte que cualquier ex-

(50) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE, L. I. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 38-39. J. A. FROWEIN, *Der europäische Grundrechtsschutz un die nationale Gerichtsbarkeit*, Walter de Gruyter, Berlín, 1983, pág. 14, donde expresamente indica: «Der Gleichheitssatz der Konvention ist ein Annex zu den einzelnen Konventionsrechten, nicht ein allgemeiner Gleichheitssatz».

(51) STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1 y 16, en BJC 1, págs. 13 y 20.

(52) Cfr. STC 10/1981, de 6 de abril, FJ 6, en BJC 3, pág. 189. STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4, en BJC 6, pág. 411.

(53) Cfr. STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3, en BJC 4, pág. 247. STC 27/1981, de 10 de noviembre, FJ 3, en BJC 7, pág. 513.

(54) STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2, en BJC 16/17, pág. 661.

(55) STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2, en BJC 28/29, págs. 946-947.

cepción a él tiene que ser sometida a una “estricta” interpretación “restrictiva”.

b) Un derecho subjetivo de los ciudadanos que les permite recabar de los Tribunales la tutela y protección para que la igualdad rota sea restablecida; y

c) Una limitación del poder legislativo, que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades» (56).

Una cierta regresión, desde el punto de vista del reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad en base al artículo 14, se desprende de la sentencia 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA. En ella se indica que: «la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general» (57). Esta inferencia, que se apoya en la no inclusión del artículo 14 entre las materias propias de Ley Orgánica por referirse al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas según lo dispuesto en el artículo 81.1, parece, sin embargo, desconocer el distinto alcance que reviste la positivación de la igualdad formal en los respectivos artículos 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Constitución Española. Pues, como anteriormente se ha tenido ocasión de advertir, mientras en aquel texto la igualdad carece de un significado autónomo, porque se trata de una igualdad reconducida al goce de los derechos del Convenio, frente al carácter independiente con que ha sido tipificada en el texto constitucional español.

(56) *Ibid.* Voto disidente formulado por los Magistrados: G. Begue, L. Díez-Picazo, F. Tomás y Valiente, R. Gómez-Ferrer y A. Truyol Serra, pág. 949. Esta consideración del carácter mixto o ambivalente que reviste el reconocimiento de la igualdad en el artículo 14, como principio y derecho fundamental, no debe confundirse con otros planteamientos del propio Tribunal Constitucional, que pueden calificarse de eclécticos, ya que conciben la igualdad como un principio que opera y se protege como un derecho fundamental. Esta tesis se refleja en la argumentación de la ya citada (en nota 51) STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1, en BJC 1, pág. 13, donde, tras definir la igualdad como principio, se pretende explicar su tutela como derecho fundamental en los siguientes términos: «... El hecho de que nuestra norma fundamental prevea en su artículo 53.2 un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos —entre otros— en el artículo 14, que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo —y no meramente programático— de los principios generales plasmados en la Constitución.» Tesis que deja en el aire, precisamente, el por qué los demás principios constitucionales carecen de la tutela establecida en el artículo 53.2 para la igualdad y los restantes derechos fundamentales del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. De modo análogo, la reciente STC 54/1986, de 7 de mayo, FJ 1, en BJC 61, pág. 594, hace referencia expresa al «principio de igualdad que los artículos 14 y 53.2 de la Constitución española garantizan como derecho fundamental...» Postura que compromete y confunde la peculiar significación normativa de los principios y los derechos fundamentales y que, por ello, da por resuelto *quod erat demonstrandum*.

(57) STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2, en BJC 30, pág. 1162.

Las sentencias más recientes del Tribunal Constitucional en relación con la igualdad han tendido a no descartar su significado de auténtico derecho fundamental. Así, la sentencia 142/1985, de 23 de octubre alude, de forma expresa, al «derecho fundamental... de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española» (58). De modo análogo otro fallo del mismo año se hace mención del «derecho a la igualdad que preconiza el artículo 14 de la Constitución» (59).

La doble significación de la igualdad, como principio general y como derecho fundamental, que se contiene en el artículo 14, ha sido certeramente captada en una decisión reciente en la que refiriéndose a dicho artículo se recuerda que: «este Tribunal ha insistido en que el principio de igualdad y el derecho a la igualdad que del mismo se deduce...» (60).

La controversia sobre el significado de la igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española ha tenido puntual reflejo en la doctrina. En una consideración inicial del artículo 14 sostenía Silvio Basile que: «evidentemente (la igualdad) no es un derecho, puesto que es un modo objetivo de ser la ley prescrito por una norma constitucional» (61).

Abiertamente contrario a concebir la igualdad formulada en el artículo 14 como un derecho fundamental se mostró también Javier Gálvez, para quien en dicho artículo no se pretendía «situar la igualdad como uno más entre los derechos y libertades que se proclaman, sino como uno de los presupuestos necesarios para la efectividad de aquéllos» (62).

Por contra, en favor de la dimensión de derecho fundamental de la igualdad consagrada del artículo 14 se ha pronunciado Antonio Cano Mata, cuando indica que: «la igualdad ante la ley configura un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato análogo» (63).

En su interesante monografía sobre *Igualdad y discriminación*, Miguel Rodríguez Piñero y María Fernanda Fernández no dudan en admitir, junto a su dimensión de principio constitucional, su carácter de derecho fundamental autónomo, ambas dimanantes del artículo 14. A tenor de su exégesis del citado artículo de nuestra Constitución, «al ciudadano le asiste un derecho a ser tratado de forma igual..., y tal derecho va a ser objeto de protección en los mismos términos que los restantes derechos fundamentales, no por “asimilación” al régimen jurí-

(58) STC 142/1985, de 23 de octubre, FJ 1, en BJC 54/55, pág. 1305.

(59) STC 162/1985, de 29 de noviembre, FJ 2, en BJC 56, pág. 1458. En la STC 23/1986, de 14 de febrero, FJ 1, en BJC 59, pág. 330, se alude al «derecho establecido en el artículo 14 de la Constitución española».

(60) STC 39/1986, de 31 de marzo, FJ 6, en BJC 60, pág. 471.

(61) S. BASILE, «Los “valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en el vol. col. *La Constitución española de 1978*, ed. a cargo de A. Predieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980, pág. 277.

(62) J. GÁLVEZ, «Artículo 14», en *Comentario a la Constitución*, ed. a cargo de F. Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1980, págs. 182-183.

(63) A. CANO MATA, *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, EDERSA, Madrid, 1983, pág. 8.

dico de éstos, sino por plena "identificación" en cuanto a su naturaleza» (64).

El alcance ambivalente del artículo 14, del que cabe derivar un principio constitucional (*Verfassungssatz*) y un derecho fundamental (*Grundrecht*), ha sido también captado certeramente por Karl-Peter Sommermann en su documentada obra *Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978* (65).

Menos precisas, en este punto, parecen las opiniones de José Suay Rincón, que siguen y coinciden básicamente con la argumentación del Tribunal Supremo en su ya citada sentencia 76/1983, de 5 de agosto. Tras distinguir la doble significación de la igualdad en el artículo 14, como principio y como derecho subjetivo, caracteriza esta última dimensión como: *dependiente*, es decir, no autónoma; «es un derecho que no tiene una vida propia, aparece siempre en relación con otro», y *formal* «mediante la sola invocación de este artículo (se está refiriendo al art. 14 de la Constitución española), los tribunales no pueden colocar a quien se encuentra en una situación de hecho desventajosa respecto de otro en la misma situación que éste ocupa» (66).

La diversidad de criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre el alcance de la igualdad en el artículo 14 aconseja establecer un juicio de conjunto, en base a las siguientes consideraciones:

1.^a En primer término estimo correctos los planteamientos tendentes a reconocer la doble significación normativa, de principio y de derecho fundamental, que reviste el reconocimiento constitucional de la igualdad en el artículo 14.

2.^a En cuanto principio constitucional, el enunciado en el artículo 14, hace inequívoca referencia a la igualdad formal completando, de este modo, el principio de igualdad material del artículo 9.2 y representando ambos concreciones del valor superior de la igualdad consagrado en el artículo 1.1.

3.^a La condición de derecho fundamental de la igualdad formal sancionada en el artículo 14 se comprueba por su inclusión en el Capítulo Segundo («Derechos y libertades») del Título I («De los derechos y deberes fundamentales») de la Constitución. Así como por su garantía reforzada dispuesta para «la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1.^a del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» (art. 53.2 CE). No siendo relevante para objetar su carácter de derecho fundamental autónomo el hecho de que no aparezca incluido en la Sección 1.^a («De los dere-

(64) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.^a F. FERNÁNDEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 255.

(65) K. P. SOMMERMAN, *Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, págs. 150-151. Cfr. mi comentario a esta obra en *Revista de las Cortes Generales*, 1986, núm. 8, págs. 381 y siguientes.

(66) J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pág. 152.

chos fundamentales y de las libertades públicas») del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. Ya que de prevalecer esta interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, se negaría tal condición a un importante grupo de derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional.

4.^a A diferencia del sistema de reconocimiento de la igualdad empleado en el Convenio Europeo, la Constitución española no vincula o supedita el ejercicio del derecho a la igualdad, enunciado en el artículo 14, a su relación con otros derechos fundamentales. Que la valoración del derecho a la igualdad no pueda ser realizada en abstracto, sino referida a situaciones fácticas o relaciones jurídicas concretas no entraña un rasgo peculiar de la igualdad, sino una condición común al ejercicio y tutela de cualquier derecho fundamental.

5.^a Para aludir a la dimensión de derecho, que junto a la de principio se desprenden del artículo 14, parece preferible hacer referencia a un derecho fundamental, más que a un derecho subjetivo, por ser categorías no enteramente coincidentes. Estimo, en efecto, que algunas de las imprecisiones y ambigüedades que inciden en el planteamiento de esta cuestión dimanarían de situar en un mismo plano el *derecho subjetivo*, entendido como autolimitación estatal en beneficio de determinadas esferas de interés privado; con el *derecho fundamental*, que exige una política activa de los poderes públicos y que más que una autolimitación del poder soberano del Estado, suponen garantías subjetivas mediante limitaciones que la soberanía popular impone a los órganos que dependen de ella (67). En suma, como cualquier derecho fundamental, el referido a la igualdad, tiende a asegurar un determinado *status* subjetivo, es decir, una determinada esfera de intereses de los ciudadanos, aquí concretado en la garantía de paridad de trato y la consiguiente prohibición de una serie —no cerrada, ni exhaustiva— de discriminaciones (68).

(67) Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit. (en nota 33), págs. 31 y sigs.

(68) Así se señala, por ejemplo, en la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3, en BJC 28/29, pág. 947, donde con referencia a la discriminación por motivos de edad, se dice: «La edad no es una de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquier otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social...». En la doctrina M. Rodríguez-Piñero y M.^a F. Fernández, *op. cit.* (en nota 64) no dudan en sostener que el artículo 14 más que una lista exhaustiva de discriminaciones «contiene una especie de cláusula general que le permite una aplicación expansiva. No se ha tratado, pues, de establecer una lista cerrada, sino más bien una lista enunciativa de las causas o “razones” de discriminación que se prohíben, y en ello se ha conseguido el propio criterio de los instrumentos internacionales, que no han querido dejar fuera ninguna discriminación presente o futura», pág. 177.

Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham

Por MANUEL ESCAMILLA CASTILLO

Granada

SUMARIO: 1. EL PRINCIPIO UTILITARIO.—1.1. *La mayor felicidad para todos.*—1.2. *La mayor felicidad para los menos.*—1.3. *La mayor felicidad del mayor número.*—1.4. *Una felicidad puramente formal.*—2. EL CONTENIDO MATERIAL DEL PRINCIPIO: LOS PRINCIPIOS CONDUCTORES.—3. RECAPITULACION.

El artículo 14 de la vigente Constitución Española, como sabrán todos los que la hayan visto, reza del siguiente modo:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

Este artículo, como todos —dada su necesaria generalidad y abstracción—, plantea algunos problemas si, además de verlo, queremos entenderlo. Como el único modo de descubrir el sentido oculto de alguna locución ininteligible o poco clara es elaborar alguna otra que pueda presentarse como deducida de la sometida a hermeneusis, pero que contenga un mayor número de términos referentes de lo real, he elaborado un listín de los que me han parecido podrían derivarse del igualitario artículo:

1. «En la elaboración y aplicación de las leyes, se procederá como si todos los españoles fuesen iguales, sin que en las mentadas actuaciones pueda prevalecer discriminación alguna de las existentes por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión y otras varias condiciones y circunstancias personales y sociales.»

2. «Habida cuenta de que los españoles son desiguales, las leyes los igualarán, impidiendo la pervivencia de las existentes discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión y otras varias condiciones y circunstancias personales y sociales.»

3. «La sociedad ofrece a los españoles iguales oportunidades de actuación. Dado que no todos los españoles son iguales en facultades y facilidades para aprovechar esas oportunidades, debido a la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión y otras varias condiciones y circunstancias personales y sociales, la ley invertirá las discriminaciones existentes, de forma que haya posibilidades iguales para aprovechar esas oportunidades de corte igualitario.»

4. «Los españoles son iguales, sin que prevalezca entre ellos discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión y otras varias condiciones y circunstancias personales o sociales. La ley, espejo de la sociedad, deberá elaborarse y aplicarse de forma que se respete esa igualdad.»

En el listín, que podría ampliarse considerablemente, se han excluido aquellas reformulaciones que no contienen contrapesados ingredientes descriptivos y normativos, para no separarnos excesivamente del texto constitucional. Con ello, me parece que los ejemplos expuestos son suficientes para concluir que, si nos limitamos a este nivel ejecutivo, no parece que haya elementos de juicio suficientes para realizar una elección convincente entre las diversas opciones presentadas y, en consecuencia, poder enterarnos de lo que quiere decir la igualdad en la Constitución. Estas no son sino algunas de las dificultades que plantea, en general, la comprensión del término «igualdad».

Es posible utilizar muchos otros criterios interpretativos, pero en la edición de la Constitución que manejo (1) resultan tremendamente facilitadas las cosas. Al artículo 14 se añade la siguiente nota:

«V. artículos 1.1, 9.2, 10 y sigs., 23, 31.1, 32.1, 35.1, 39.2, 53.2, 56.3, 57.1, 71, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución Española, § 1.

V. artículos 1.1, 2 y 5 de la Ley de Procedimiento Judicial, § 4.

V. artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, § 10. (...).» (2).

Con ello, todo queda aclarado.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico ha sido configurado como un sistema normativo. Si nos proponemos entender alguna de sus normas, nunca podremos hacerlo de no ponerla en relación con las otras partes del sistema y con éste como un todo.

Precisamente, Jeremy Bentham fue uno de los más conspicuos creadores de sistemas normativos, amén de uno de los más influyentes en España. Sobre todo en las Constituyentes de Cádiz, cuyo centésimo septuagésimo quinto aniversario hemos estado a punto de celebrar este año.

(1) M. FRAILE CLIVILLÉS: *Código Básico de Legislación Política*, Madrid, 1986, 2.^a edic.

(2) *Ibidem*, pág. 10.

Precisamente, el significado del principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham resulta mal comprendido entre muchos teóricos del Derecho e historiadores de las ideas jurídicas. Deduzco que se encuentra mal comprendido del hecho de que existen diversas interpretaciones sobre su sentido y alcance. Como muchas de estas diversas interpretaciones son contradictorias entre sí, gran parte de los intérpretes deben estar en el error. El objetivo del presente escrito es tratar de exponer algunas contradicciones graves que me ha parecido encontrar entre algunas teorías sobre la igualdad en Bentham y las teorías de éste, entendidas como un todo coherente y lógico, como un sistema. Con ello no pretendo situarme en la altanera posición del censor, sino en la más humilde del expositor. Para reducir el riesgo de que mi intervención devenga en interpolación, dejaré hablar a los protagonistas del debate todo lo que sea compatible con la labor sistematizadora de querellas. Naturalmente, mi intervención no será desapasionada. Ninguna lo es. Sin embargo, creo que presento una visión correcta de la teoría de Bentham. De lo contrario, sería un serio indicio de comportamiento esquizoide el intentar darle publicidad. Como resulta obligado, cambiaré de opinión ante una visión más informada del tema, si es que estos papeles logran suscitar el interés de algún lector.

1. EL PRINCIPIO UTILITARIO

Siendo la teoría de Bentham un sistema, parece oportuno comenzar la interpretación de cualquiera de sus partes por el principio que situó en la cúspide, en el inicio de la cadena de deducciones lógicas (empíricamente basadas y contrastadas) en que consisten, según nuestro autor, los diferentes sistemas normativos.

La primera duda que ha surgido entre los estudiosos de Bentham afecta al nombre del principio utilitario ¿principio de la mayor felicidad o principio de la mayor felicidad del mayor número?:

«En los últimos años de su vida, Bentham llegó a la conclusión de que la frase “la mayor felicidad del mayor número” estaba falta de claridad y concisión. De acuerdo con ello, sustituyó esta frase por la expresión más simple de “la mayor felicidad”, para representar el verdadero objeto de la política y de la moral. Desechó el “mayor número” como superfluo; y entonces, dice el coronel Thompson (...), “la magnífica proposición emergió clara y despojada de lo que le era accesorio”. Ahora bien, la “proposición accesorio” es que el mayor agregado de felicidad debe siempre incluir la felicidad del mayor número; y esta afirmación es considerada por el coronel Thompson como manifiestamente verdadera. Asume, en primer lugar, que el mayor número debe estar siempre compuesto por aquellos que individualmente poseen una porción comparativamente menor de las cosas buenas de la vida; y, entonces, argumenta que, si se toma

algo de uno de éstos para dárselo a otro cuyas posesiones son mayores, resulta claro que lo que él pierde en felicidad es mayor que lo que el otro gana. La pérdida de media corona por parte de un conserje tiene mayores consecuencias que su hallazgo fortuito por un duque (...).

Este razonamiento puede quizá ser válido (...), si se asume aún que felicidad es sinónimo de opulencia, y que hay una masa limitada de opulencia para ser distribuida entre los diversos miembros de la comunidad; pero "la mayor felicidad del mayor número", implica claramente tanto la intensidad de la felicidad como el número de personas entre las que se difunde, y no puede ser despojada de su "mayor número" (...). Aunque la intención de Bentham era indudablemente la de difundir la felicidad entre el mayor número posible de personas, resulta claro que una medida que confiriese felicidad en un alto grado sobre cada miembro de una amplia minoría podría, en algunas circunstancias, ser preferible a otra que diese un grado de placer mucho más bajo a cada miembro de la mayoría numérica. ¿No es posible que Bentham se sintiera inclinado a rechazar la última cláusula de su famosa fórmula por alguna duda respecto de la verdad de la "proposición accesoria", más que por la mera percepción de su superfluidad?

(...) para reducir el principio de la "mayor felicidad" a una forma que incorpore una proposición definida, precisa e inteligible debemos afirmarlo de la manera siguiente: Si se acepta que la *felicidad* que un hombre extrae del disfrute de su *propiedad* se incrementa con la masa de la propiedad, pero en una tasa *decreciente*, entonces una masa de propiedad *determinada* dividida entre una población *determinada*, producirá la masa de felicidad agregada mayor, cuanto más se aproxime la división a la igualdad en la distribución.» (3).

Dos cuestiones importantes plantea, por tanto, el que Bentham suprimiera del principio de la máxima felicidad, la coda final «del máximo número». La primera de ellas, según podemos leer en el amplio fragmento de Atkinson que acabamos de citar, es si supone esta supresión un cambio de actitud en Bentham respecto de la cuestión de si la mayor felicidad posible en una comunidad dada se obtiene siempre a través de la toma en consideración de la mayoría de sus componentes individuales. Relacionada con la anterior, la segunda de las cuestiones a debatir es si se puede considerar al principio de la máxima felicidad como un criterio determinante de una política redistributiva de la riqueza comunal. Puede no ser estéril discutir acerca de la definitiva formulación del principio en Bentham.

(3) CH. M. ATKINSON: *Jeremy Bentham. His Life and Work*, New York, 1969 (reimpresión de la ed. de Londres de 1905), págs. 214-216.

1.1. *La mayor felicidad para todos*

Nos encontramos en un panorama económico (puesto que nos ocupamos de la distribución de la riqueza) explicado a partir del concepto de penuria o de una economía considerada de crecimiento limitado, en la que no hay suficientes bienes como para conseguir un nivel aceptable de felicidad para todos. Partimos de la base de que el concepto de felicidad en Bentham implica la obtención del máximo de placer a costa del mínimo de dolor y de que el placer, para Bentham, es algo que sólo se obtiene a través de la riqueza y el poder. El poder, a su vez, puede ser una consecuencia de la riqueza. En un artículo de Erich Fromm (4), aparecen importantes coincidencias entre los modelos teóricos de Freud y Bentham:

«Freud era un crítico liberal de la sociedad burguesa, como lo fueron en general los reformadores liberales. (...). Pero Freud no fue nunca un crítico “radical” de la sociedad capitalista. Nunca puso en duda las bases socioeconómicas de ésta, ni criticó sus ideologías —salvo las que concernían a la sexualidad—.

En lo que concierne a su propia concepción del hombre, es importante mostrar, en primer lugar, que Freud, enraizado en la filosofía del humanismo y de las luces, comienza por considerar la existencia del *hombre* en cuanto tal —un hombre universal y no el hombre que se manifiesta en las diversas culturas— un hombre sobre cuya estructura se pueden avanzar juicios empíricos generalmente válidos. Freud —como Spinoza antes que él— construyó un “modelo de la naturaleza humana” sobre cuya base se pueden explicar y comprender, no sólo las neurosis, sino todos los aspectos esenciales, las posibilidades y las necesidades fundamentales del hombre.» (5).

Hay diferencias entre Freud y Bentham, pero, a los efectos que nos interesan aquí, esas diferencias son secundarias. Serían sólo las existentes entre colocar la búsqueda de la felicidad en la pasión por la riqueza y la vuelta, como pulsión esencial del hombre, a otra de aquellas pasiones que ya señalaba Agustín de Hipona como básicas: la pulsión (pasión) sexual, junto con la de autoconservación (6). Pero el concepto del hombre como individuo y de la sociedad como compuesto de individuos, de la categoría individuo como supra-histórica y de los fundamentos categoriales básicos para comprender y explicar hombre y sociedad permanecen los mismos en Bentham y en Freud. El hombre aparece como alguien aislado, cuyo comportamiento es posible explicar mecánicamente, porque actúa movido por resortes psicológicos

(4) E. FROMM: «Le modèle de l'homme chez Freud et ses déterminants sociaux», en: *L'Homme et la Société*, 13 (1969).

(5) *Ibidem*, pág. 111.

(6) A. O. HIRSCHMANN: *Las pasiones y los intereses. Argumentos políticos en favor del capitalismo antes de su triunfo*, México, 1978, pág. 18.

constatables y mensurables. Es también el ser indefenso en su aislamiento, en su ensimismamiento, el ser que necesita de sus semejantes para subsistir:

«El *homo sexualis* de Freud es una variante del *homo economicus* clásico. Es el hombre aislado, independiente, que debe entrar en relación con los otros a fin de satisfacer sus necesidades y las de ellos.» (7).

Se trata, en todo caso, de seres con necesidades, económicas o libidinosas, que se satisfacen recíprocamente a través del mercado, de bienes o de amores.

Son afirmaciones que, sin ningún lugar a dudas, pueden ser mantenidas respecto de Bentham, quien fue también un crítico, para su reforma, de la sociedad burguesa, desde un punto de vista interno a los presupuestos ideológicos de dicha sociedad y sin pretender cambiarla nunca sustancialmente. Otra cosa es que desde la teoría de Bentham, como desde la de Freud, se pueden derivar (forzando su pensamiento, desnaturalizándolo) planteamientos tan sumamente críticos respecto de la sociedad en la que viven y a la que observan, que pueden llegar a poner en cuestión su propia médula. Sería este el caso, si se hiciera una lectura igualitarista del pensamiento de Bentham, como si se profundizara hasta tal punto en la categoría freudiana de sujeto que se pusiera en cuestión la posibilidad de ser humano en la sociedad burguesa. Pero ambas lecturas falsearían, desvirtuarían el verdadero sentido e intencionalidad de sus producciones teóricas. En el caso de Bentham estaríamos, con ello, inventándonos un nuevo utilitarismo.

La coincidencia entre Bentham y Freud va más allá de lo que acabamos de ver: existe una identidad sustancial entre las visiones de la economía que manejan ambos autores. Ambos comparten, en efecto, la estimación de la economía como limitada:

«La teoría de la libido de Freud (...) está fundamentada en el concepto de penuria; presupone que todos los esfuerzos humanos hacia el placer provienen de la necesidad de desembarazarse de tensiones dolorosas debidas a una carencia, y no de que el placer es un fenómeno de abundancia que tiende a una intensidad mayor y a una profundización de las experiencias humanas. Este principio de penuria es característico del pensamiento de las clases medias, trátase de Malthus, Benjamin Franklin o de un hombre de negocios medio del siglo XIX (...). Lo que implica esencialmente (el principio de penuria), es que la cantidad de bienes está necesariamente limitada y, por tanto, que una igual satisfacción para todos no puede ser alcanzada, puesto que la verdadera abundancia es imposible.» (8).

(7) E. FROMM: *Op. cit.*, pág. 112.

(8) *Ibidem*, pág. 113.

En Bentham, debido a las coincidencias antes mencionadas y a que también se sitúa en ese horizonte teórico del «hombre de negocios de mediado el siglo XIX», también podemos concluir que existe esa conciencia de escasez, de que la felicidad (provenga del poder o de la posesión de bienes) no es algo tan abundante como para que pueda alcanzar para todos, de forma que habrá quienes se tengan que sacrificar para que el resto sea feliz. Es ésta, pienso, la base real de todo el discurso de Bentham, prescindiendo de la cual no es posible entender qué ocurre en su intervención teórica. Bentham era perfectamente consciente de que la felicidad no es algo inagotable, y por tanto sólo cabe entender sus referencias a una posible «felicidad para todos», como una pura elucubración destinada a proporcionar cerramiento lógico a una argumentación; en ningún caso hay que atribuirlo a que estuviera convencido de la posibilidad de una igualdad en el disfrute de la felicidad; ni siquiera a su conveniencia. F. Rosen no lo ha entendido así, por lo que llega a conclusiones contrarias a las que sostenemos:

«No podía (Bentham) formularlo como la mayor felicidad de todos porque: a) la felicidad de todos era frecuentemente un objetivo impracticable, y b) la felicidad de algunos podía obtenerse sólo a expensas de otros. Por ejemplo, la noción de la mayor felicidad de todos no podría abarcar a los castigos disuasorios. Existen pruebas de que encontró la frase engorrosa y algo superflua su última parte.» (9).

Tenemos formulada aquí una de las respuestas que se ha dado a la primera de las cuestiones anunciadas, si la mayor felicidad posible en una comunidad se obtiene siempre a través de la toma en consideración de la mayoría de sus componentes. En efecto, la primera respuesta que se puede dar (aparte la afirmativa, claro está) es que la mayor felicidad de una comunidad sólo se puede obtener logrando la mayor felicidad para *todos* sus componentes. Otra respuesta posible —y así ha sido formulada por un sector de estudiosos— es que esa maximización de la felicidad en una comunidad determinada sólo será obtenible mediante el incremento de la «cantidad de felicidad» de una minoría de la sociedad en cuestión. Examinemos la primera de estas dos posibilidades.

Se daría paso, de aceptar esta interpretación, a una visión igualitaria del sistema benthamiano que es totalmente inviable. El propio Bentham, sabiendo la posibilidad de tal interpretación de sus planteamientos, se encargó de frustrar cualquier intento en este sentido. Aunque más adelante planteemos el tema en profundidad, podemos adelantar aquí las principales objeciones a una lectura igualitarista de Bentham.

Rosen parte en su argumentación del examen de un párrafo del *Constitutional Code*:

(9) F. ROSEN: *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*, Oxford, 1983, pág. 201.

«Reconozco, como el *omnicomprensivo*, y el único fin correcto y adecuado del Gobierno, la mayor felicidad de los miembros de la comunidad; de todos sin excepción, hasta donde sea posible; del mayor número, en cada ocasión en que la naturaleza del caso haga imposible, por ser objeto de necesidad, sacrificar una parte de la felicidad de unos pocos a la mayor felicidad del resto.» (10).

Este fragmento que acabamos de citar pertenece a la primera redacción del primer volumen del *Constitutional Code* (capítulos I al IX), impreso en 1827 (11), por lo que debió ser redactado por Bentham a la muy madura edad de los setenta años más que mediados. En 1831, un año antes de su muerte, Bentham publicó una nueva versión del capítulo VII del *Code* en que aparece ligeramente cambiada la redacción del fragmento antes citado. Esta segunda redacción es usada por Rosen como una prueba de la intención modificatoria de Bentham con respecto al principio de la máxima felicidad. Pero lo cierto es que no hay diferencias apreciables, exceptuadas las estilísticas, entre las dos redacciones. La mayor diferencia de fondo que he podido encontrar radica en las siguientes frases:

«(...) —de todos ellos, sin excepción, hasta donde sea posible; la mayor felicidad del mayor número de ellos, en cada ocasión en que la naturaleza del caso haga imposible *la provisión de una igual cantidad de felicidad para cada uno de ellos (...)*.» (12).

Puede verse, en la frase que subrayo, quizás una mayor intención igualitarista en Bentham, pero pienso que la diferencia es insignificante para evaluar sus propósitos a este respecto, si tenemos en cuenta los párrafos que siguen al citado y que Rosen, extrañamente, obvia en su estudio. En efecto, a continuación de ese párrafo, que es un fragmento de la *Legislator's Inaugural Declaration*, la declaración que todo miembro de la Cámara Legislativa debe hacer después de su proclamación como miembro electo (13), incluye Bentham lo siguiente:

«2. Reconozco, como los *específicos y directos* fines del Gobierno, los siguientes:

I. Fines positivos.—Maximización de la subsistencia, abundancia, seguridad contra el mal en cualquiera de sus formas; con-

(10) J. BENTHAM: *Constitutional Code*, vol. I (C. W. ed. Rosen and Burns), pág. 136. Las obras de Bentham se citan según el sistema propuesto por el *Bentham Committee* (véase *The Bentham Newsletter*, 1 (1978), pág. 46).

(11) Véase F. ROSEN: *Op. cit.*, pág. 8.

(12) J. BENTHAM: *Parliamentary Candidate's proposes Declaration of Principles: or say, A Test Proposed for Parliamentary Candidates*, London, 1831, pág. 7; cit. por F. ROSEN: *Op. cit.*, págs. 202-203 y n. 11. El subrayado es mío.

(13) Una especie de juramento de acatar la Constitución del principio de la máxima felicidad. Sobre los fines perseguidos por Bentham con tal declaración, véase el Capítulo VII del *Constitutional Code*, cit.

tra el mal de cualquier origen; contra la calamidad física (...); contra la hostilidad de parte de los adversarios internos irresistibles, porque tales son los malos legisladores, mientras gobiernen y en la medida en que gobiernen mal (...).

II. Reconozco, como fin del Gobierno, omnicomprendivo, negativo y *colateral*, la evitación o minimización del gasto en cualquiera de sus formas; en forma de dinero; en forma de penalidades inintencionadas; en forma de penalidades intencionadas, intencionadas con el propósito de castigar (...).

Estos mismos fines incontrovertibles de todo buen gobierno, los reconozco una vez más y, en estas pocas palabras, los reúno y recapitulo: *La mayor felicidad del mayor número, maximizada; la subsistencia nacional, la abundancia, la seguridad y la igualdad maximizadas; el gasto, en todas sus formas, minimizado.*» (14).

En la redacción publicada en 1831, que hay que suponer expresa la última voluntad del autor, en el resumen que aparece subrayado en el párrafo citado de Bentham, vendría sustituida, según Rosen, la frase «*la mayor felicidad del mayor número maximizada*» por la de «*la mayor felicidad maximizada*» (15). De lo visto en todos los párrafos citados, resulta claro que el principio de la máxima felicidad es un principio omnicomprendivo que se complementa con otros principios que fijan su contenido y alcance, al menos por lo que respecta a la operatividad del principio como guía para la acción del soberano. Estos otros principios (16) son los que Bentham había enumerado anteriormente (en los *Principes du Code Civil*) como principios de la ley civil, más el principio negativo abstencionista, que indica el régimen económico de la actividad estatal: el principio de la minimización del gasto, de la actividad mínima del Estado en la consecución de sus fines, que son la maximización de la subsistencia, abundancia, seguridad e igualdad. Y lo son por el orden (también jerárquico) mencionado. La igualdad es un fin residual que será legítimamente perseguible sólo cuando se hayan alcanzado los otros tres, de los cuales, el anterior jerárquicamente, el de la seguridad, supone ya un grave obstáculo para la consecución o siquiera la persecución de la igualdad en la sociedad. Pero es que, antes de la seguridad incluso, figura la abundancia como fin prioritario a aquél de los perseguibles por el soberano. La abundancia (de bienes, cuya posesión es la base de la felicidad) sólo es posible en el esquema social benthamiano sobre la base del escrupuloso respeto a la autonomía y libertad de las fuerzas económicas. Estas fuerzas, de-

(14) J. BENTHAM: *Constitutional Code*, cit., págs. 136-137.

(15) Véase J. ROSEN; *Op. cit.*, pág. 203 y n. 12:

«(...) Véase también la copia del *Constitutional Code*, vol. I, London, 1830, en la Biblioteca del University College de Londres (...) donde Bentham tachó la referencia del Capítulo VII (...) a la “*mayor felicidad maximizada*”.»

(16) Son los «principios conductores», de los que nos ocuparemos más adelante.

jadas a su entera auto-determinación, no tenderán nunca a producir una igualdad en la tenencia y disfrute de bienes y sólo podrán producir bienes en cantidad suficiente para que haya abundancia si se suprime la posibilidad de actuación de cualquier agencia con capacidad intervencionista redistributiva real (un Estado de tipo distinto al diseñado por Bentham) o retórica o marginal (una agencia social de corte religioso en sentido estricto —Iglesia— o amplio —falansterios o similares—). Además de lo anterior, tampoco cabe pensar como posible una interpretación del principio de la máxima felicidad en términos redistributivos igualitarios (que sería lo que estaría implicado en el caso de que Bentham hubiera considerado como realmente posible que el principio se pudiera formular en términos de la búsqueda de la máxima felicidad para todos) por la gravitación sobre todo el pensamiento benthamiano del concepto de economía de la escasez que veíamos anteriormente. Por muy eficaces que sean las fuerzas del mercado para conseguir el fin de la abundancia, nunca habrá bienes suficientes para que sean abundantes, todos, para todos. Esta consideración está presente en el ánimo de Bentham cuando escribió el párrafo anterior:

«(...) del mayor número, en cada ocasión en que la naturaleza del caso lo haga imposible (conseguir la máxima felicidad para todos), por ser objeto de necesidad (...).»

También lo reconocía así Rosen. Cuando Bentham afirma que el principio rezaría «la máxima felicidad para todos», hay que entenderlo sólo como algo que no tiene más alcance que el de presentar una argumentación lógicamente irreprochable (el máximo de felicidad se tiene que conseguir, naturalmente, mediante la felicidad para todos), pero en modo alguno con intención de llevarlo a la práctica, porque la práctica, desde la visión del mundo benthamiano, se encargaría rápidamente de impedirlo. La propia práctica nos demuestra que ese planteamiento es falso desde el momento en que son necesarios los castigos, las penas, aunque fueran inaplicadas, existentes sólo como provisión disuasoria:

«(...) la noción de la mayor felicidad de todos no podría abarcar a los castigos disuasorios.» (17).

Como resumen, no cabe interpretar igualitariamente el principio de la maximización de la felicidad, lo que se daría por supuesto si aceptamos que, al suprimir Bentham en la etapa final de su vida la frase «del mayor número», la máxima felicidad de una comunidad sólo puede obtenerse mediante su logro para todos los miembros de la comunidad.

Quedan, como conclusión, dos alternativas pensables para explicar la supresión de la expresión «del mayor número»; o esa supresión no

(17) F. ROSEN: *Op. cit.*, pág. 201.

altera el pensamiento benthamiano, o la implantación del principio maximizador de la felicidad significa que esta maximización sólo es posible si quienes tienen mayor cantidad de felicidad en una colectividad son quienes conforman su parte menor, cuantitativamente hablando. Todo ello a menos que lo que ocurra sea otra cosa; que el principio de la máxima felicidad no tenga ningún contenido material determinado, que sea un principio puramente formal. No es éste el sentido al que apunta Rosen, ni siquiera teniendo en cuenta la acción de los principios complementarios sobre el principio de la máxima felicidad (18).

(18)

«Entonces, la formulación por parte de Bentham de su principio en este tercer ejemplo (se refiere a la redacción de 1831, ya examinada), contiene un intento explícito y consciente de enlazar la mayor felicidad de todos con una distribución igual. Lo que puede verse en el siguiente pasaje: “en el supuesto de una nueva constitución que vaya a ser establecida, con la mayor felicidad del mayor número como finalidad propuesta, habría motivos suficientes para tomar la riqueza de los más ricos, hasta que las fortunas de todos quedaran reducidas a la igualdad (...)”. (*Pannomial Fragments*, Bowring, III, pág. 230.)
(F. ROSEN: *Op. cit.*, págs. 212-213.)

Si no se examinan las implicaciones de que haya otros principios que matizan al de la máxima felicidad, estamos inventando a Bentham. Es lo que hace Rosen, quien desprecia todos esos principios, sin concederles el favor de un mínimo examen:

«Bentham incluye alguna de estas nociones en su concepto de seguridad y en otros conceptos, incluyendo la igualdad, pero éstos no nos interesan.»
(*Ibidem*, pág. 213, núm. 38.)

Desde mi punto de vista, el intento benthamiano de establecer un nuevo orden normativo para la sociedad sólo es susceptible de ser adecuadamente entendido si se conoce el modelo de relaciones sociales que estas normas pretenden imponer y conservar. Para ello, es imprescindible no perder de vista la autonomía máxima que deben tener las fuerzas económicas, según Bentham, en el modelo de sociedad que considera óptimo, así como la actividad mínima que debe tener el Estado en el ámbito de la posesión y distribución de los bienes, que Bentham formula en el principio de evitación o minimización del gasto en cualquiera de sus formas («el omni-comprensivo y colateral fin del Gobierno»). El Estado, pues, no puede intervenir en la distribución de bienes por vía del gasto público; menos aún en su redistribución. Tampoco es posible, en Bentham, esa redistribución por una vía en la que no interviniera el gasto público, es decir, por vía legislativa, actuando a través del Derecho privado. Y ello, de nuevo, por el principio de seguridad:

«No hay nada más diversificado que el estado de la propiedad en América, en Inglaterra, en Hungría, en Rusia; generalmente, en el primero de estos países, el cultivador es propietario; en el segundo, es granjero; en el tercero, ligado a la gleba; en el cuarto, esclavo. Sin embargo, el principio supremo de la seguridad ordena conservar todas estas distribuciones, aunque su naturaleza sea tan diferente y no produzcan la misma suma de felicidad.»

[J. BENTHAM; *Principes du Code Civil* (Dumont, I), pág. 68. A la edición de Dumont, aplicamos el mismo sistema de cita señalado anteriormente para el resto de las obras de Bentham —véase n. 10 del presente trabajo—. Las referencias deben entenderse hechas a la primera edición de conjunto: J. BENTHAM: *Oeuvres*, en 4 tomes, traduits par P.É.L. Dumont et B. Laroche, Bruxelles, 1829 —manejamos una reimpresión anastáltica hecha en 1969—.]

La seguridad, pues, resulta tan importante que llega a ser (quizás en un *lapsus linguae*, sea éste atribuible al propio Bentham o a Dumont, revelador del pensamiento no consciente) superior al propio principio al que está subordinado lógicamente.

1.2. *La mayor felicidad para los menos*

Examinemos ahora las otras dos posibilidades que nos quedaban para interpretar la supresión por Bentham de la expresión «del mayor número» en la formulación del principio de la máxima felicidad; si esa supresión implica que, en el pensamiento de Bentham, la máxima felicidad en una comunidad dada se obtiene a través de la consecución de la máxima felicidad para una minoría de la sociedad, o si tal supresión no implica ningún cambio sustancial en la teoría benthamiana y, por consiguiente, la máxima felicidad en una sociedad se sigue obteniendo por su consecución para el mayor número de sus componentes. En este último supuesto, habría que considerar qué ocurriría con la minoría de no convidados al banquete.

En este punto, se hace imprescindible tratar el principio que se denomina en Economía de «utilidad marginal decreciente» y que, aplicado al estudio de las líneas maestras del pensamiento benthamiano, podríamos denominar de la *tasa decreciente de felicidad*. Es un principio que Bentham toma de elaboraciones anteriores, sobre todo de economistas, que se encuentra en Helvétius y que (al igual que tantos otros elementos de la teoría de Bentham), cobra un significado especial a partir de su uso por parte de nuestro autor. A raíz de su incorporación por éste a su teoría económica, se iniciará lo que se llama ya, en la historia de las ideas económicas, el marginalismo (19). El principio que tratamos aquí es una consecuencia lógica de la radicación en la utilidad del valor de cambio de los bienes, en vez del basamento, que hacía Adam Smith, en el trabajo necesario para su producción. La relación del que llamamos principio de la tasa decreciente de felicidad con el tema que venimos discutiendo, viene establecida por Bentham en los *Principes du Code Civil*, con un encuadramiento sistemático que sigue escrupulosamente Rosen, pero sólo en la forma y no en la materialidad de la argumentación. En efecto, Rosen sigue la formalidad de que Bentham colocara el debate sobre la tasa decreciente de felicidad en el capítulo VI del *Code Civil* («Propositions de Pathologie sur lesquelles se fonde le bien de l'égalité», es decir al exponer la igualdad como fin de la ley civil), y usa el argumento del texto para reforzar los suyos propios sobre el entendimiento del principio de la máxima felicidad como una guía para la acción con un contenido material redistributivo en un sentido igualitario. Bentham, tan riguroso siempre con el uso adecuado del lenguaje, parece haber perdido en este texto su rigidez terminológica para introducir un notable grado de ambigüedad. En efecto, al final del capítulo mencionado, podemos leer:

(19) Véase M. MONTALVO RODRÍGUEZ: *Historia y Alienación de las Ideas Económicas*, Madrid, 1981, especialmente el Capítulo VI, págs. 175-218. Se ocupa especialmente de Bentham en las págs. 179-184. Una completa información sobre el tema puede encontrarse en J. M. KEYNES: *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero*, trad. de E. Hornedo, México, 1977 (9.ª reimpresión), especialmente las págs. 125-135 y 260-276, aunque el tema surge constantemente a lo largo del libro.

«Con ayuda de estos axiomas, que tienen, hasta un cierto punto, el carácter y la certeza de las proposiciones matemáticas, se podrá realizar por fin un arte regular y constante de las indemnizaciones y de las reparaciones. Los legisladores han mostrado con bastante frecuencia una disposición a seguir los consejos de la igualdad, bajo el nombre de *equidad*, al que se da más latitud que al de *justicia*; pero esta idea de equidad, vaga y mal desarrollada, ha parecido más bien un asunto de instinto que de cálculo. Sólo mediante mucha paciencia y método se puede llegar a reducir, a proposiciones vigorosas, una multitud incoherente de sentimientos confusos» (20).

Quizás esté en este fragmento de Bentham la clave de que se entienda el principio de la igualdad como algo con contenido sustancial y no meramente formal, cuando afirmaba:

«Ni se está (Bentham) refiriendo a las nociones de “igual reparto” o “iguales derechos”, que son tan comúnmente invocadas en las discusiones sobre la igualdad, pero que pueden o no ocasionar un compromiso para una igualdad sustantiva en la distribución de los bienes» (21).

Parece que Bentham, en el párrafo en cuestión, rechaza la pura formalidad del concepto de igualdad para darle un contenido sustancial. Pero esta posibilidad viene desmentida por lo que apuntábamos anteriormente. Bentham confunde aquí dos términos que no son sinónimos. Durante todo el capítulo ha estado hablando de la igualdad y haciendo todos los distinguos posibles para, al final, terminar hablando de la equidad. Y la equidad no es sinónimo de igualdad, sino que tiene más que ver con otro término que figura en el texto, el de justicia. La equidad ha sido siempre un término puramente retórico, un concepto vacío de contenido, puesto que, por sí mismo, es incapaz de producir una respuesta exacta a una situación controvertida. Al final, para saber qué es lo equitativo, como lo justo, hay que remitir a consideraciones morales o a qué consideran como equitativo o justo quienes tienen la facultad (el poder) de decidir qué debe ser en lo social. Cuando Bentham habla de igualdad, en este capítulo del *Code Civil*, lo está haciendo de la equidad, intentando ver si es posible dar algún grado de certeza a la pura arbitrariedad que encierra este término retórico. Y esta certeza la tratará de obtener con la ayuda del cálculo, un cálculo que debe realizarse sobre los datos proporcionados por la única fuente de verdad que admite, la experiencia:

«La legislación, que hasta el presente no ha estado fundada, en gran parte, más que sobre el terreno de los prejuicios y de los instintos, debe elevarse por fin sobre la base inquebrantable

(20) J. BENTHAM: *Principes du Code Civil*, cit., pág. 63.

(21) F. ROSEN: *Op. cit.*, pág. 213.

de las sensaciones y de la experiencia. Sería necesario tener un termómetro moral, que volviese sensibles todos los grados de felicidad o de desdicha. Este es un término de perfección que es imposible alcanzar, pero que es bueno tener ante la vista. Sé que un examen detallado del más o del menos, en materia de penas o de placeres, parecerá a primera vista una empresa excesivamente minuciosa. Se dirá que, en los negocios humanos, es preciso actuar sin entrar en detalles, y contentarse con una vaga aproximación. Es el lenguaje de la indiferencia o de la incapacidad. Las sensaciones de los hombres son lo bastante regulares como para convertirse en el objeto de una ciencia y un arte» (22).

Para poder dar un contenido a esa equidad que permita hacer una ciencia o arte sobre la base de la regularidad de los comportamientos de los humanos, es para lo que usa Bentham la traslación a la teoría moral del principio económico de la utilidad marginal decreciente, la tasa decreciente de felicidad. Pero el contenido que dé Bentham a la igualdad-equidad no será un contenido substantivo; no nos dará, por obra del principio legislativo de la igualdad, un mandato para realizar por obra del Derecho una redistribución de bienes; lo que proporciona Bentham, por el contrario, son criterios (muy ligeramente igualitaristas) para establecer un sistema de indemnización por pérdidas patrimoniales o un criterio tan inconcreto que no nos proporciona indicación alguna del supuesto al que fuera aplicable. Sigamos el texto benthamiano:

«Para juzgar el efecto de una porción de riqueza sobre la felicidad, es preciso considerarla en tres estados diferentes:

- 1.º Cuando ha estado siempre en las manos de los interesados.
- 2.º Cuando acaba de salir de ellas.
- 3.º Cuando acaba de entrar» (23).

Son estos tres únicos supuestos los que Bentham estudia; de qué cantidad de felicidad disfruta un individuo cuando tiene en su poder una porción determinada de riqueza, qué ocurre con esa felicidad cuando adquiere una nueva porción de riqueza y qué cuando la pierde. Al considerar el primero de los supuestos es cuando formula el principio de la tasa decreciente de felicidad:

- «1.º Cada porción de riqueza tiene una porción correspondiente de felicidad.
- 2.º De dos individuos con fortunas desiguales, el que tiene más riquezas tiene la mayor felicidad.
- 3.º El excedente en felicidad del más rico no será tan grande como su excedente en riqueza.

(22) J. BENTHAM: *Principes du Code Civil, cit.*, pág. 60.

(23) *Ibidem.*

4.º Por las mismas razones, cuanto mayor sea la desproporción entre las dos masas de riqueza, menos probable es que exista una desproporción igualmente grande entre las masas correspondientes de felicidad.

5.ª «Cuanto más se aproxime a la igualdad la proporción real, mayor será la masa total de felicidad» (24).

La primera afirmación puede inducir al error de que, para Bentham, la felicidad del ser humano consiste solamente en la posesión de riquezas. Aceptar tal posibilidad conduciría a una incompreensión del sentido de su teoría. Por de pronto, como el propio autor se encarga de advertirnos, la palabra «riqueza» no debe ser entendida en el sentido usual del término, sino que «esta palabra tiene un significado más amplio. Abarca tanto a todo lo que sirve para la subsistencia, como lo que sirve a la abundancia» (25). Tampoco puede afirmarse que la posesión de bienes sea, para Bentham, la única fuente de felicidad. Lo que ocurre es que es la única susceptible de tratamiento mediante los procesos de abstracción y universalización, esenciales al proceso intelectual benthamiano:

«Cuando se habla del efecto de una porción de riqueza sobre la felicidad, es siempre hecha abstracción de la sensibilidad particular de los individuos y de las circunstancias exteriores en que pueden encontrarse. Las diferencias de carácter son inescrutables y la diversidad de las circunstancias es tal, que no son nunca las mismas para dos individuos. Si no se comenzara por descartar estas dos consideraciones, sería imposible hacer ninguna consideración general. Pero, aunque cada una de estas proposiciones pueda ser encontrada falsa o inexacta en determinados casos particulares, no se puede concluir de ello nada en contra de su corrección especulativa o de su utilidad práctica. Es suficiente para su justificación: 1.ª con que se aproximen más a la verdad que cualquier otra que pudiera serles sustituida, o 2.ª con que puedan, con menos inconveniente que cualquier otra, servir de base al legislador» (26).

La intención de Bentham es la de hacer una teoría que permita la construcción de una ciencia (y un arte) de lo normativo. Esa ciencia tiene que ser construida con determinados procedimientos entre los que se encuentra una observación sesgada, intencional, de la naturaleza humana. Para Bentham, es evidente que el ser humano encuentra felicidad en fuentes distintas de la posesión de bienes o la detentación de poder, pero, a los efectos de construir esa ciencia de lo normativo, la felicidad sólo se extrae de la posesión de estos elementos. No es que sean los únicos; es que son los únicos que permiten realizar una abs-

(24) *Ibidem*, págs. 60-61.

(25) *Ibidem*, pág. 61.

(26) *Ibidem*, pág. 60.

tracción de las condiciones de sensibilidad diversa de los distintos individuos; son los más adecuados a una tarea calculadora como la que Bentham sueña para sus científicos morales y son los más susceptibles de ser predicados del individuo humano como sujeto de análisis intemporal y universal, ahistórico. El afán de adquirir bienes (27), reúne las características solicitadas para la teoría que se pretende; sobre todo, que «puedan servir (...) de base al legislador». La teoría de Bentham no es tan ingenua como pudiera parecer si se pensara que realiza un reduccionismo economicista. Tiene en cuenta todas las posibles causas de placer y sólo después decide que, en función del horizonte histórico en que se origina, lo único relevante para conocer las motivaciones de la conducta humana y poder encauzar esta conducta es el afán del hombre por adquirir riquezas. En concordancia con ello, establece Bentham las dos primeras proposiciones de la constatación de hechos que citamos anteriormente: a cada porción de riqueza corresponde una de felicidad y a mayor riqueza, mayor felicidad. De estas dos primeras proposiciones deriva la aplicación del principio de la tasa decreciente de felicidad a la actuación jurídica que persiga conseguir la igualdad, entendida como equidad.

El principio de la tasa decreciente de felicidad formula un correctivo a esas dos proposiciones. El principio puede formularse de la siguiente manera: *Supuesto que un individuo posee una porción determinada de riqueza, lo que le produce una cantidad determinada de felicidad (28), la adquisición por este mismo individuo de una nueva porción de riqueza le supondrá un incremento de felicidad inferior, cuantitativa y cualitativamente (29), a la porción de riqueza adquirida (30).*

Este principio es el que se encuentra implícitamente formulado en las proposiciones tercera y cuarta que transcribimos anteriormente.

En la quinta proposición, que —como las anteriores— es relativa

(27)

«Es el placer de adquirir y no la satisfacción de poseer lo que da los mayores disfrutes. El primero es un sentimiento vivo, aguzado por los deseos, por las privaciones anteriores, que se lanza hacia bienes desconocidos; el otro es un sentimiento débil, usado habitualmente, que no está animado por los contrastes y que no toma nada de la imaginación.»

(*Ibidem*, pág. 61.)

(28) O, mejor, una *posibilidad* de tener felicidad, por el juego de las diferencias constitutivas individuales.

(29) Cuantitativamente, si consideramos sólo el placer que se experimenta al poseer la nueva porción de riqueza; cualitativamente, si consideramos el placer de adquirir.

(30) En todo caso, a pesar de que la felicidad que produce la riqueza aumente según una tasa decreciente, el incremento de felicidad producido por una adquisición de riqueza nunca será igual o inferior a cero:

«El maná del desierto se corrompía cuando se amasaba más del que se podía consumir. Igualmente, si la riqueza, pasado un cierto punto, fuese nula para la felicidad, nadie la querría y el deseo de acumular tendría un término conocido.»

(*Ibidem*, pág. 61.)

al ser, una constatación de hecho (no existe en ella, es importante tenerlo en cuenta, ninguna propuesta de deber ser), es donde se encuentra la proposición igualitaria:

«Cuanto más se aproxime la proporción efectiva a la igualdad, mayor será la masa total de felicidad.»

Ha sido ya descartada suficientemente la opción igualitarista; para que esta frase tuviera la virtualidad de hacer falso el descarte, las consecuencias que extrajera Bentham, en forma de proposiciones de deber ser, de la anterior proposición, habrían de ser del mismo tenor, es decir igualitaristas-redistributivas. Veamos si es así. Continúa Bentham examinando qué ocurre con la riqueza en relación con la felicidad que produce, y considera ahora el caso de que una porción de riqueza acabe de entrar en las manos de un individuo. Para ese supuesto, establece las siguientes proposiciones:

«1. A fuerza de ser dividida, una porción de riqueza puede ser reducida al punto de no producir felicidad a ninguno de los copartícipes (...).

2. Entre copartícipes con iguales fortunas, cuanto más deje subsistir esta igualdad la distribución de una porción de riqueza, mayor será la masa total de felicidad.

3. Entre copartícipes con fortunas desiguales, cuanto más contribuya la distribución a aproximarlas a la igualdad, mayor será la masa total de felicidad» (31).

Parece evidente la existencia aquí de nuevas proposiciones igualitaristas, pero nos encontramos de nuevo con proposiciones referentes al ser; no hay en ellas nada que indique cómo debiera comportarse un soberano para alcanzar esa igualdad que maximiza la masa total de felicidad de una comunidad determinada. No hay ni siquiera indicación de que el soberano deba comportarse de una manera determinada, pues el principio que manda al soberano actuar de modo tal que consiga la máxima felicidad (todavía no sabemos para quién), que, por lo expuesto en las dos últimas proposiciones, «obedecería» con lograr la igualación de las fortunas de todos los ciudadanos, queda contradicho por el basamento general de la doctrina benthamiana, según el cual lo más y mejor que un soberano puede hacer para elevar al máximo la felicidad de la comunidad que gobierna es no hacer nada o, en todo caso, hacer lo menos posible. Aparte de ello, hay que tener en cuenta la constatación, no explícita de momento, de que un excesivo igualitarismo no conduce a ningún aumento de la felicidad. Prevención contra un excesivo igualitarismo, unida a la persistencia en la ausencia de propuestas de deber ser en el terreno de la igualación.

En el tercero de los supuestos examinados por Bentham, nos en-

(31) *Ibidem*, pág. 61.

contramos con el caso de que se experimente una pérdida en la suma de riqueza poseída por un individuo. Las propuestas de Bentham son del mismo tipo de las que hemos visto expuestas para el supuesto de un incremento de riqueza; proposiciones descriptivas de tinte igualitarista. Hay, sin embargo, algunas diferencias significativas. La primera de ellas es que parecen disiparse en el caso de las pérdidas patrimoniales (excepción hecha de cuando esas pérdidas afecten al mínimo imprescindible para subsistir) los efectos del principio de la tasa decreciente de felicidad:

«1. La sustracción de una porción de riqueza producirá, en la masa de felicidad de cada individuo, una sustracción mayor o menor, en razón de la relación de la parte desfalcada a la parte restante» (32).

La segunda diferencia significativa es que, tras haber expuesto cómo son las cosas en el plano de los hechos, sí extrae Bentham de esa constatación proposiciones de deber ser, propuestas de inmediata actuación del soberano. Lo que Bentham propone es un sistema de igualación de las pérdidas sobrevenidas inopinadamente, es decir las inevitables habiendo puesto en la gestión de los negocios todo el cuidado de que deba usar un buen padre de familia. Pero, a esta propuesta de deber ser, en ningún caso cabe atribuir tampoco intencionalidad redistributiva, porque lo que Bentham propone es simplemente un sistema nacional de aseguramiento contra pérdidas debidas a calamidades naturales o, incluso, a los efectos del delito (33). Se trata, por tanto, de un sistema, si se quiere, igualitario-negativo. Sólo sirve para distribuir las pérdidas, pero en ningún caso se propugna la redistribución de ganancias. En definitiva, lo que se está proponiendo no es sino una organización de seguros obligatoria para todos los ciudadanos de una nación, cuyo pago de cuotas se haría por vía impositiva, lo que le puede dar una apariencia redistributiva. Este sistema será desarrollado más ampliamente cuando Bentham estudie las leyes penales. Por ahora nos interesa concluir que la propuesta de Bentham, consiste más en dar un contenido exacto, formalmente hablando, a la igualdad (entendida como equidad), que en propugnar actuaciones jurídicas redistributivas de la riqueza. Esto último vendría siempre impedido por el principio de seguridad:

«3. Si el perdedor fuese el más rico, el mal hecho por el ataque producido contra la seguridad sería compensado en parte (pero sólo en parte) por el bien proporcionado al progreso hecho hacia la igualdad» (34).

(32) *Ibidem.*

(33) *Ibidem*, pág. 62.

(34) *Ibidem.*

1.3. La mayor felicidad del mayor número

La incidencia del principio de la tasa decreciente de felicidad, por tanto, es nula para hacer una lectura igualitaria de Bentham, aunque desde luego parece quedar cada vez más claro que cuanto mayor sea el número de personas que tengan la posibilidad de tener mayor felicidad, mayor será la suma total de felicidad que podrá existir en una comunidad.

Como conclusión, hay que afirmar que la supresión de la expresión «del mayor número» de la formulación del principio de la máxima felicidad no supone ningún cambio de actitud en Bentham, que vendría imposibilitado por el conjunto de su teoría. La última confirmación de esta opinión la podemos encontrar en el artículo de Perronet Thompson, en la *Westminster Review*, de julio de 1829, titulado precisamente «“Greatest” Happiness “Principle”». (35). En el artículo de Thompson que mencionamos, podemos leer lo siguiente:

«Su primer nombre, “el Principio de Utilidad”, era defectuoso en tanto en cuanto no expresa la naturaleza y alcance de la utilidad pretendida; y la misma objeción se extendía a los términos “Utilitario” y “Utilitarismo”. El robar puede ser útil para un ladrón; pero es útil para la comunidad en general que los hombres no deben robar (...). Su siguiente denominación fue la de principio de “la Mayor Felicidad del Mayor Número”. *Era errónea por superflua; e intentaba en realidad decir dos veces la misma cosa, en lugar de una.* Aunque no había nada en los escritos de ninguno de los proponentes de la frase que apoyara una construcción tal, estaba expuesta a que se la presentara como manteniendo que si, por ejemplo, una nación estuviera compuesta de un millón de negros y un millón de blancos, los blancos estaban justificados para sacrificar tanto como quisieran de la felicidad del millón, en aras de cualquier incremento que pudiera realizarse en la felicidad del millón y uno. La última mejora (...),

(35) Este artículo como réplica a «Utilitarian Logic and Politics», de T. B. MACAULAY, aparecido en la conservadora y rival *Edinburgh Review*, de marzo del mismo año, donde se criticaba el *Essay on Government* de JAMES MILL. Los editores pidieron a Bentham que escribiera, como réplica, una vindicación del utilitarismo, fruto de la cual fueron las dos versiones (la «corta» y la «larga») del *Article on Utilitarianism*. Estos dos artículos de Bentham no fueron publicados nunca (lo han sido, por vez primera, en la edición en curso de las *Collected Works*), pero sí fueron empleados como base para el artículo que comentamos de Perronet Thompson y para la *History of the Greatest Happiness Principle* que publicara Bowering. Bentham rechazó la primera de estas dos obras, pero sólo en lo que en ella había de crítica personal a Macaulay. Por lo demás, el texto de Thompson refleja fielmente el pensamiento de nuestro autor, siendo los más de sus pasajes copia literal de la «Long Version» del *Article* benthamiano. Para la historia de todos estos textos, así como de la polémica que originaron, véase A. GOLDWORTH: «Editorial Introduction» a J. BENTHAM: «Deontology» together with «A Table of the Springs of Action» and «Article on Utilitarianism» (C. W., ed. Goldworth), págs. XXXIII-XXXV, y J. LIVELY y J. REES: «Introduction» a *Utilitarian Logic and Politics. James Mill's «Essay on Government», Macaulay's critique and the ensuing debate* (selección de textos), Oxford, 1978, págs. 3-52, por el que cito el artículo de Perronet Thompson.

es para eliminar el superfluo “del mayor número”, declarar que el objeto justo de la política y de la moral es, simplemente, “LA MAYOR FELICIDAD”. De este modo, la magnífica proposición emerge claramente, y desprovista de todo lo accesorio. *Y la proposición accesoria es que el mayor agregado de felicidad debe siempre incluir la felicidad del mayor número.* Porque el mayor número estará siempre compuesto de aquellos que, individualmente, poseen una porción comparativamente pequeña de las cosas buenas de la vida; y, si se toma algo de éstos para dárselo a los otros, está claro que lo que se pierde en felicidad es mayor que lo que los otros ganan» (36).

Tenemos forzosamente que concluir que no tiene ninguna repercusión en el fondo de la doctrina benthamiana el que se suprima la expresión “del mayor número”. Lo anterior resulta ratificado por los artículos preparados para responder a las críticas de la *Edinburgh Review*. En el primero de ellos, en la *Long Version*, podemos leer:

«La mayor felicidad *del mayor número*. Han pasado ya algunos años desde que, tras un escrutinio más severo, se hallaron razones inimpugnables para desechar este apéndice. En lo superficial, se le dio a la idea una adicional claridad y corrección; en lo fundamental, las cualidades opuestas» (37).

Bentham no tenía otra intención que la de esa «adicional claridad y corrección» que faltaba en la redacción primitiva, por la vía de eliminar una repetición innecesaria, pues lo que el principio de la tasa decreciente de felicidad venía, al cabo, a decirnos no era que, como existe una relación proporcionalmente inversa entre la acumulación de riquezas en pocas manos y la masa total de felicidad existente en una comunidad determinada, hay que retirar esa riqueza innecesaria de la posesión de los pocos para ponerla en la de los muchos, sino justamente lo contrario: que no se debe quitar la riqueza —la felicidad— de la mayoría de la sociedad para dársela a los pocos. Con ello se incrementarían muy poco la felicidad de éstos y se elevaría al máximo la infelicidad de la mayoría, y dado que la infelicidad es más poderosa que la felicidad, disminuiría grandemente aquella masa total de felicidad. En resumen, dejemos las cosas como están, porque si intervenimos redistributivamente en el orden establecido, quizás lo único que logremos sea empeorar la situación.

Que no hay ningún cambio en el ánimo de Bentham con el acortamiento de la formulación del principio de la máxima felicidad, viene demostrado también por otro artículo, la *Short Version*, el resumen que preparó ante la excesiva extensión del anterior, en el que es de

(36) Anónimo (PERRONET THOMPSON): *Op. cit.*, págs. 148-149. Los subrayados son míos.

(37) J. BENTHAM: *Article on Utilitarianism, Long Version, cit.*, pág. 309.

suponer que recogió sólo lo que le parecía realmente relevante para que su teoría no fuera mal comprendida. Pues bien, en dicha versión abreviada no se alude siquiera a que se hubiera suprimido algo. La supresión no fue considerada como algo digno de reseña por el propio Bentham.

Esta consagración del orden existente, este no poder discriminar a las minorías resulta demostrado de forma expresa, precisamente a través del principio de la tasa decreciente de felicidad, por el propio Bentham en el *Article* que citamos. Es una argumentación prolija que enmascara su defensa de la real minoría de toda sociedad (la de quienes poseen la mayoría de la riqueza), con la indicación de que las minorías afectadas pueden serlo por motivos religiosos, o por sustentar tipos de creencias u orígenes étnicos distintos a los de la mayoría. En el caso de Perronet Thompson, el ejemplo que ponía para defender a las minorías (aun en una presentación que lleva a su extremo las posibilidades aritméticas para formular una paradoja) era el de una sociedad compuesta por una mayoría de blancos («un millón y uno») y una minoría de negros («un millón»). Por el juego del sistema moral utilitario (en este caso de la tasa decreciente de felicidad), los blancos tienen prohibido incrementar sus riquezas a costa de las escasas riquezas de los negros. Atractiva presentación de una argumentación perfectamente cínica: pensemos, como es coherente con la época en que se produce el escrito que comentamos, en una colonia. En este caso, se prohíbe a la mayoría de blancos que incremente sus riquezas a costa de la minoría de negros. Sólo que la proporción racial en las colonias decimonónicas no era precisamente la descrita, sino más bien la directamente inversa; con ello, la pérdida utilitaria cobra su auténtico significado.

Claro que podía darse la situación inversa. Pensemos en una nación independiente (durante el siglo XIX todavía podían encontrarse frecuentes ejemplos) en la que hubiera una minoría de la población que se encontrase en situación formal y material de esclavitud; entonces, la lógica utilitaria mandaría que se diese a la minoría la riqueza necesaria para su subsistencia —pero sólo la estrictamente necesaria—, así como que se le dotara de la dignidad imprescindible para realizar la ficción del contrato de trabajo entre iguales. Todo ello sobre la base de que, si se quita a un colectivo el mínimo imprescindible para subsistir, la masa total de felicidad de la nación disminuiría notablemente. Es este un argumento proteccionista, normalmente conservador de lo existente. La argumentación utilitarista sólo cobraría virtualidades revolucionarias cuando se enfrentara a una situación social plenamente o residualmente *Ancien Régime*, es decir, en una sociedad en que estuviera aún sometida la fuerza de trabajo, sea totalmente (por la servidumbre o la falta de libertad de circulación de los pobres, por ejemplo) o parcialmente (por la existencia de un sector de la clase trabajadora sometido a relaciones de esclavitud en una nación formalmente liberal). En una nación con la fuerza de trabajo plenamente libre de trabas para concurrir con su debilidad al mercado de trabajo, el principio proteccionista derivado de la proclamación de la tasa decreciente

de felicidad actuaría en favor de la prohibición de despojo de los pocos ricos.

Cuando Bentham usa el ejemplo de Perronet Thompson, no habla de blancos y negros, de individuos cuyas diferencias les llevan a participar desigualmente en el reparto de la riqueza, sino de individuos que no tienen una desigualdad «constitutiva», que deben ser considerados iguales en la posibilidad de mantener su desigual participación; en el ejemplo benthamiano, de católicos y protestantes. Y ello por una razón muy directamente expuesta: si quitamos a los católicos británicos sus riquezas para repartirlas entre los protestantes, la misma legitimación tendrían en Irlanda (por no buscar ejemplos ultramarinos) para hacer lo propio con la minoría protestante:

«(...) nótese ahora la aplicación práctica que podría tener en las Islas Británicas. Tómese, en Gran Bretaña, al entero cuerpo de los Católicos Romanos, háganse esclavos de ellos y divídanse en cualquier proporción, a ellos y a su progenie, entre el entero cuerpo de los Protestantes. En Irlanda, tómese el entero cuerpo de los Protestantes y divídase de igual modo entre el entero cuerpo de los Católicos Romanos» (38).

Sólo puede revelarnos el verdadero significado, y sus últimas implicaciones, en una obra literaria (o una producción cultural, en general) cuando la examinamos desde un horizonte teórico distinto al de su autor; pero no tan radicalmente distinto que nos impida penetrar en la lógica interna del texto que consideremos. En este sentido, es imprescindible conectar con el horizonte teórico del autor de la obra que queremos conocer. Las lecturas usuales del significado de la tasa decreciente de felicidad no logran ese distanciamiento crítico con conexión interna, sino que, directamente, descontextualizan el texto y éste cobra un significado totalmente opuesto al querido por su autor. Es cierto que la obra cultural tiene una autonomía tal que le hace cobrar vida independientemente de su creador. Pero esa autonomía no puede ser de tal dimensión (lo impide la «naturaleza de la cosa») que llegue a significar exactamente lo contrario de lo históricamente posible en el momento de su producción. Una lectura igualitaria del principio de la máxima felicidad o del de la tasa decreciente de felicidad incurriría en los defectos que acabo de enumerar. Y ello sigue siendo verdad aunque este igualitarismo se predique de forma mitigada, afirmando, como hace L. Stephen, que la prohibición del entendimiento igualitario de Bentham proviene de la interacción de seguridad e igualdad, porque es posible según el principio de la tasa decreciente (39) o, como Grif-

(38) *Ibidem*, pág. 310.

(39)

«Bentham puso reparos (...) a la teoría abstracta de la igualdad; pero lo que rechazaba era el modo de deducir, más que la doctrina en sí misma. (...). El principio de igualdad es derivado, no último. La igualdad es buena porque incre-

fin-Collart, porque el apetito igualitario de Bentham venga autolimitado por la consciencia de la imperfección natural del ser humano para lograr la igualdad (40).

1.4. *Una felicidad puramente formal*

Frente a esta lectura del principio de la máxima felicidad, que lo dota de un contenido redistributivo, aunque no afirme que el fin de toda acción de gobierno sea la ruptura con el estado de cosas existente para igualar económicamente a la sociedad, está la lectura que lo entiende como un principio puramente formal; por ejemplo, la efectuada por Ayer. En su «The Principle of Utility», expone que Bentham fracasó en su intento, no logró demostrar que el único fin de la gente al actuar sea el de lograr la felicidad. El hombre, piensa Ayer, actúa por otras muchas motivaciones que conforman al obrar humano, aunque Bentham diga que estas otras motivaciones son falsas interpretaciones de la búsqueda de la felicidad debidas al error o a la falta de luces. La teoría de Bentham es salvable a pesar de otros muchos defectos (como la inviabilidad del cálculo previo a la acción), según Ayer, si logramos proponer un principio que sustituyese al de la máxima felicidad reduciéndolo a su pura expresión formal. El principio se enunciaría así:

(...) el principio de utilidad de Bentham se convierte en el principio de que debemos siempre actuar en una forma tal que demos, a tanta gente como sea posible, tanto como sea posible de cualquiera que sea lo que ellos buscan» (41).

menta la suma de felicidad (...), si dos hombres tienen mil libras y se transfieren quinientas de uno a otro, se incrementará la riqueza del receptor en un tercio, y se disminuirá la riqueza del perdedor en la mitad. Se añade, por consiguiente, menos placer del que se sustrae (...). Con este argumento, que se ha convertido en los últimos años en un argumento conspicuo en economía, conecta otro de primordial importancia. La primera condición de la felicidad, dice, no es la "igualdad", sino la "seguridad".»

(L. STEPHEN, *The English Utilitarians*, vol. I: *Jeremy Bentham*, London, 1900, págs. 307-308.)

(40)

«Habiendo partido de la igual consideración de los intereses de cada uno, habiéndose basado en la aritmética de los placeres y sus premisas psicológicas, llegó no a un orden igualitario o nivelador desde el punto de vista económico, sino a una mayor igualdad política y a "la abierta carrera de los talentos", mediante la supresión de los obstáculos legales al acceso a las funciones y a la libre empresa. Sin embargo, no hay duda de que si se tiene en cuenta la utilidad marginal decreciente de la riqueza, la felicidad (...) aumentará a medida que disminuyan las desigualdades. Pero el egoísmo, la avaricia y la pereza innatos de los hombres, asociados a una situación de penuria en la naturaleza, marcan límites infranqueables a las aspiraciones igualitarias.»

(E. GRIFFIN-COLLART, *Egalité et Justice dans l'Utilitarisme. Bentham, J. S. Mill, H. Sidgwick*, Bruxelles, 1974, pág. 115.)

(41) A. J. AYER, «The Principle of Utility», en G. W. Keeton y G. Schwarzenberger (eds.): *Jeremy Bentham and the Law. A Symposium*, Westport, Conn., 1970 (reimpresión de la ed. Londres, 1948), pág. 257.

Al proponer esta interpretación formal del principio, intenta salvar la teoría de Bentham del fracaso, que habría consistido en no haber logrado poner la moral y la política «en la segura senda de una ciencia» (42). En efecto, para Ayer, el criterio de acción que propone Bentham no se debe aplicar a los individuos, sino sólo a la sociedad (y ello en la versión modificada que propone) porque es imposible para cualquiera estimar todas las implicaciones de una acción determinada y de las acciones alternativas. El principio benthamiano, así, sólo sería aplicable a escala social, y ello en forma muy genérica, única en que podría ser útil.

Este entendimiento de las virtualidades del principio utilitario es excesivamente estricto, e ignora la eficacia práctica, para la conformación de un determinado modelo de relaciones sociales, que pretendía tener el sistema benthamiano. No se trataba de que cada persona, antes de realizar un acto determinado, se sentara ante el silencio y la penosa incertidumbre de una hoja de papel en blanco y fuera enumerando todas y cada una de las posibles derivaciones en la multiplicidad de relaciones que conforman el estar de un ser humano. De lo que se trataba, sustancialmente, era de promocionar un estilo vital, una cierta manera de comportarse, de relacionarse, que constituyera (y, al tiempo, se conformara con sus exigencias) un cierto modelo de sociedad. Este modo de comportarse, de ser y estar en sociedad, tenía que venir determinado por unas bases nuevas a las del modo de comportarse en una sociedad *Ancien Régime*: Persecución del lucro por encima de todas las cosas; ajustamiento del comportamiento a unos patrones conformes a lo entendido en la época como racional, sustitución del impulso heroico por el cálculo de consecuencias como motor de la acción, reemplazo de las corporaciones y castas por el individuo como marco referencial de lo humano, seguridad en la posesión de la riqueza y libertad en su creación y tráfico, entre otros, eran los fundamentos del nuevo modelo. Estos valores esenciales del estar burgués pueden ser impuestos coactivamente. Pero esto debe ser lo excepcional. La norma definidora de lo normal debe ser asumida y cumplida espontáneamente, por convicción propia del individuo. Esta es la finalidad de la moral. Los valores serán tan últimamente interiorizados que no tienen por qué llegar al nivel de la consciencia, actuarán soterradamente en la mente humana, y en esa actuación subterránea es donde radicará su mayor mérito. Lo importante no es la realización puntual y exhaustiva del cálculo, sino la implantación en la mente del individuo (a través de su expresión colectiva, la mentalidad), de la necesidad de un comportamiento racionalmente calculador. Esto, y no otra cosa, es lo que pretendieron los múltiples defensores de la moral calculadora.

Otra cuestión que plantea Ayer es la reducción del principio de la máxima felicidad a un principio meramente formal, que contrasta llamativamente con todas las lecturas de dicho principio que hemos con-

(42) *Ibidem*, pág. 259.

siderado hasta ahora. En todas ellas, se ha pretendido que en el propio principio se establece ya una completa pauta de actuación para el soberano; éste debe actuar en forma tal que asegure la máxima felicidad para la comunidad a la que gobierna. Por el juego del principio de la tasa decreciente de felicidad, ello se obtiene distribuyendo la riqueza (componente principal de la felicidad) entre el mayor número de componentes de la colectividad, sin que pueda significar en ningún caso el despojo de las minorías.

Ayer pretende justamente lo contrario. Retoma un concepto de utilidad cercano al utilizado inicialmente por Bentham, el derivado directamente de Hume, que fue rechazado por aquél por considerarlo excesivamente inconcreto. La utilidad de Bentham tiene un contenido específico. Lo útil socialmente no es lo conducente a un fin, pudiendo este fin ser determinado con posterioridad. Lo útil socialmente es la persecución individual y libre de la propiedad, que conduce a la felicidad. Cuál sea el procedimiento que debe seguir el soberano para obtener la máxima felicidad en una comunidad es algo que viene también determinado en el sistema de Bentham por su sistema general de establecimiento de proposiciones derivadas del principio de la máxima felicidad y por el contenido material que dan a ese principio los principios conductores. No es algo, por tanto, que sea determinable *a posteriori*, como propugna Ayer.

Proponemos, en conclusión, una interpretación del principio de la máxima felicidad que reconozca su carácter formal, como destinado a presidir un sistema teórico cuyas demás proposiciones derivarán de él su verdad y legitimidad, que en sí mismo considerado no tiene ningún contenido material determinado, pero que integrado en el conjunto de la teoría que conforma y de la que es resultado, sólo puede tener un cierto contenido. Sólo se lo obedece si se realizan determinados comportamientos y no otros. Cualquier otro entendimiento de la teoría benthamiana será —creo— un entendimiento erróneo, aunque dé pie a ello el propio Bentham al afirmar que el único contraste correcto para juzgar de la bondad o maldad de los actos del soberano es su aptitud para producir la felicidad. De ahí a entender el principio de la máxima felicidad como un principio que incita al intervencionismo estatal sólo hay un pequeño paso que dar.

Para evitar que se pueda dar ese paso, Bentham dota a su principio con un contenido material que impida peligrosas desviaciones anarquizantes. Ese contenido viene proporcionado por el establecimiento de los principios conductores y por la fijación del método exacto que hay que seguir para una correcta aplicación del principio, la aritmética moral. Con estas dos adiciones, está ya preparado el principio para que de él se desencadene el edificio entero de los sistemas normativos, públicos o privados. Examinaremos la primera de las dos adiciones señaladas, que es la determinante del sentido que tiene el principio de igualdad en Bentham.

En efecto, con el principio de la máxima felicidad, Bentham trataba de colocar, en la cúspide de los sistemas normativos, una idea primera que legitimara y controlara ulteriores deducciones (o, al menos,

las que nos presenta como tales), con el fin de construir un Derecho racional, un Derecho que someta a la razón las relaciones sociales; una idea que fuera tan evidente que nadie pudiera impugnarla con éxito y, para ello, que fuera descubierta por la razón empírica de la naturaleza social del hombre. Pero una sola idea, aún la más feliz, es algo siempre susceptible de matizaciones, concreciones que inclinen en uno u otro sentido las conclusiones que se puedan extraer de ella. Bentham no tenía más remedio que tratar de evitar cualquier tipo de intromisión que pudiera desvirtuar sus objetivos. Para el final feliz de su empresa, tenía que concretar aún más el significado de su principio si iba a ser el rector de la comunidad. Esto es lo que realiza Bentham mediante los que llamo *Principios conductores* (43).

2. EL CONTENIDO MATERIAL DEL PRINCIPIO: LOS PRINCIPIOS CONDUCTORES

La deliberación sobre estos principios ocupa casi por entero la primera parte (la más amplia) de las tres de la que constan los *Principes du Code Civil*; desde el Capítulo II, al final de esta parte. Pero de la

(43)

«Qué efecto producirá la máxima sobre la legislación es algo que depende, en gran medida, de la naturaleza de los principios mediadores que el legislador considere conveniente adoptar. Bentham adopta (...) los principios mediadores de la seguridad y la igualdad.»

(F. C. MONTAGUE, «Introduction», a J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, Oxford, 1891, pág. 38.)

Montague propone una denominación diferente a estos principios. Cualquiera de los dos puede ser conveniente para expresar las intenciones que movieron a Bentham a establecerlos. Prefiero la señalada porque me parece que expresa mejor la idea de que el principio de la máxima felicidad puede ser interpretado en una u otra dirección si se lo deja solo, a la espera de quien quiera darle un contenido material que haga que se orienten en uno u otro sentido las normas de diverso tipo que está llamado a desencadenar. El principio de la máxima felicidad necesitaba mayores concreciones que las que se proporcionaba a sí mismo (recordemos, sólo a título de ejemplo, las conclusiones extraídas del significado de la expresión «la máxima felicidad», o de la del «mayor número», a través de la consideración del principio de la tasa decreciente de felicidad) y Bentham no podía poner en peligro el modelo de sociedad que había ideado, abandonando a otros la tarea de interpretarlo. El mismo se encargó de su interpretación a través de la fijación de los principios con arreglo a los cuales debe ser «conducida» esa interpretación. Con ello, las relaciones sociales que definen la situación de los individuos y grupos sociales en una comunidad, no pueden ser alteradas, invocando la legitimidad que confiere el principio benthamiano, hasta tal punto que resulte invertida la estructura (el ser social) que Bentham decidió propugnar y defender. La máxima felicidad para el mayor número será, en adelante, algo que sólo se puede conseguir si se persiguen, al tiempo, ciertos objetivos y si, además, se persiguen en el orden fijado por Bentham. Los principios conductores (que Bentham fijó expresamente con el alcance, mucho más limitado que el que hemos señalado, de objetivos a cumplir por la ley civil) obtienen, si atendemos a su verdadero significado, juntamente con el de la tasa decreciente de felicidad, el rango de principios situados directamente debajo del de la máxima felicidad, a la hora de iniciar la cadena deductiva de razonamientos en que consistirán, según Bentham, los diferentes sistemas normativos.

argumentación que sigue Bentham en su reflexión sobre ello, así como de la trascendencia que para él tiene el Derecho Civil sobre los demás sectores en que se suele dividir un ordenamiento jurídico y, finalmente, las consecuencias de la concepción concéntrica que sostenía Bentham de los diversos sistemas normativos, tenemos que colocar a los principios conductores en la cúspide no ya del Derecho, sino de todos los diversos modos que contempló de someter a reglas las relaciones sociales.

Al inicio del Capítulo segundo de los *Principes du Code Civil* (titulado «Fines distintos de Ley Civil»), podemos leer:

«En esta distribución de los derechos y de las obligaciones, el legislador, como hemos dicho, tendrá por finalidad la felicidad de la sociedad política; pero al buscar de una manera más distinta de qué se compone esta felicidad, encontramos cuatro fines subordinados:

Subsistencia.

Abundancia.

Igualdad.

Seguridad.

Cuando más perfecto sea el disfrute respecto de todos estos extremos, mayor será la suma de la felicidad que depende de las leyes» (44).

Los principios conductores aparecen como los inmediatos explicitadores de la felicidad, una vez que decidimos profundizar en el significado de ésta. Una primera contradicción surge al circunscribir Bentham, con el título del capítulo que contiene el fragmento citado, la toma en consideración de los principios al ámbito de la Ley civil, cuando en seguida nos advierte que sirven para concretar el significado del principio, con lo que su alcance debería ser mucho mayor (45). Parece, sin embargo, que podemos encontrar apoyo suficiente para la opinión que sustentamos, sobre el alcance de los principios conductores, en dos tipos de razones. El primero de ellos es que las consideraciones que ofrece Bentham en muy diversos lugares de su teoría, cuando habla de cualquiera de estos fines, son idénticas a las que sustenta en el que examinamos, por lo que cabe deducir que están incorporados en el sustrato de su producción teórica y no que los considere válidos sólo para un sector de ella. El segundo tipo de razones tiene que ver con el protagonismo del Derecho civil respecto del conjunto del ordenamiento jurídico, protagonismo que reconoce Bentham de modo muy

(44) J. BENTHAM, *Principes du Code Civil*, cit., págs. 56-57.

(45) No podemos saber si esa era realmente su intención, puesto que la única edición existente de esta obra es la de Dumont, que manejamos, siendo todas las que han aparecido en lengua inglesa (la contenida en la edición Bowering de 1843, la traducción de Hildreth de 1864 y su reimpresión por C. K. Ogden en 1931) traducciones de la de Bruselas. Véase, a este respecto, el comentario de MACPHERSON en C. B. Macpherson (ed.): *Property, Mainstream and Critical Positions*, Toronto, 1978, pág. 39.

coherente con el resto de su pensamiento. En el «Avant-Propos» al *Code Civil* nos dice Dumont:

«(...) ¿de qué se trata en esta parte de las leyes? Trata de todo lo que hay más interesante para los hombres: De su seguridad, de su propiedad, de sus transacciones recíprocas y diarias, de su condición doméstica en sus relaciones de padre, de hijo y de esposo. Es ahí donde se ven nacer los *Derechos* y las *Obligaciones*; pues que todos los objetos de la ley pueden reducirse a estos dos términos, y no hay ningún misterio en ello» (46).

Por lo demás, lo que es predicable, a nivel de principios, del Derecho, lo es también de la moral, de la religión y de la educación. Pero antes vamos a ocuparnos de estos principios, puesto que ya desde una primera lectura aparecen como claramente contradictorios entre sí. Además, habrá que examinar cómo concretan al principio de la máxima felicidad y ver qué entendió Bentham por cada uno de éstos o, lo que es lo mismo, qué debe hacer el legislador para lograr que la máxima felicidad se consiga en una sociedad, puesto que sólo se obtiene a través de la subsistencia, abundancia, igualdad y seguridad. La libertad, por supuesto, queda total y expresamente excluida. En buena línea de principios, Bentham, con tal expresa exclusión, no hace sino extender un acta certificadora de la realidad de lo social.

La sociedad sólo tiene sentido como negadora de la libertad; es impensable la libertad allí donde existe más de un individuo que quiera ejercerla, con o sin pacto social. Todo lo demás es hablar por el mero gusto de hacerlo, o simple cuestión de nombres:

«Asombrará, quizá, que la *libertad* no haya sido colocada entre los objetos principales de la ley. Pero, para formarse nociones claras, es preciso considerarla como una rama de la seguridad: la libertad personal es la seguridad contra una cierta especie de ataques que afectan a la persona. En cuanto a lo que se llama *libertad política*, es otra rama de la seguridad: seguridad contra las injusticias que pueden venir de los ministros del Gobierno» (47).

La libertad, pues, queda descartada. O no es más que la seguridad. O es un tema de derecho constitucional; importante, sin duda, pero secundario, si se toma en consideración la auténtica trascendencia del derecho civil. Del derecho:

«Estos cuatro objetos de la ley son muy distintos para el pensamiento, pero lo son mucho menos en la práctica. La misma ley puede servir a varios, puesto que a menudo se encuentran reu-

(46) E. DUMONT, «Avant-Propos», en J. BENTHAM, *Principes du Code Civil*, cit., pág. 51.

(47) J. BENTHAM, *Principes du Code Civil*, cit., pág. 57.

nidos; lo que se hace, por ejemplo, por la seguridad, se hace por la subsistencia y por la abundancia.

Pero hay circunstancias en las que estos objetos son imposibles de conciliar, de modo tal que una medida sugerida por uno de estos principios será condenada por otro. La igualdad, por ejemplo, demandaría una determinada distribución de bienes que es incompatible con la seguridad» (48).

En la anbigüedad y reconversiones a que pueden ser sometidos los principios conductores (la libertad bien entendida puede no ser más que un cierto modo de entender la seguridad), hay también límites que no pueden ser sobrepasados si no se quiere perder la posibilidad de resultar mínimamente persuasivo. Por ejemplo, la igualdad puede chocar con la seguridad. Será conveniente, por tanto, fijar un orden de prioridades. Hay que ocuparse de ese orden (tal como resulta establecido por Bentham) al mismo tiempo que del contenido material de cada uno de los principios, puesto que el uno está en función del otro:

«A simple vista, se ve a la subsistencia y a la abundancia elevarse juntamente al mismo nivel: la abundancia y la igualdad son, manifiestamente, de un orden inferior. En efecto (...).

En la legislación, el objeto más importante es la seguridad; que no se hubiesen hecho leyes directas para la subsistencia, es concebible que nadie la hubiese descuidado. Pero si no se hubiesen hecho leyes directas para la seguridad, hubiera sido inútil hacerlas para la subsistencia. Ordenad producir, ordenad cultivar, con ello no estáis haciendo nada aún; pero asegurad al cultivador los frutos de su industria y quizá hayáis hecho bastante» (49).

En la realidad, lo más importante para el ser humano es poder subsistir. Pero es tan importante que no es necesario ningún esfuerzo legislativo para imponerlo. La naturaleza, dejada a sí misma, lo hará todo, los intereses se identificarán naturalmente y la mano visible del legislador puede ahorrarse la intervención:

«¿Qué es lo que la ley puede hacer por la subsistencia? Nada directamente. Todo lo que podría hacer sería crear *motivos*, es decir penas o recompensas (...). Antes de que existiese la idea de las leyes, las *necesidades* y los *disfrutes* habían ya hecho a este respecto todo lo que podrían hacer las leyes mejor concertadas. Las necesidades, armadas con todas las penas y con la propia muerte, ordenaban el trabajo, aguijoneaban el valor, inspiraban la previsión, desarrollaban todas las facultades del hombre. El disfrute, compañero inseparable de toda necesidad satisfecha, formaba un fondo inagotable de recompensas para quienes ha-

(48) *Ibidem*.

(49) *Ibidem*, pág. 58.

bían sobrepasado los obstáculos y cumplido el fin de la naturaleza.

Siendo suficiente la fuerza de la sanción física, el empleo de la sanción política sería superfluo» (50).

No es la subsistencia una finalidad que el legislador deba tener a la vista (al menos directamente) para cumplir sus deberes como tal, por lo que, al ser de igual rango subsistencia y seguridad y quedar la subsistencia descolgada legislativamente, la seguridad preside la jerarquía de principios conductores. En el escalón inferior quedaban igualdad y abundancia. Respecto de esta última, toda la argumentación que realiza Bentham es redundante respecto de la que hemos visto de la subsistencia. En el ámbito de la producción de bienes, lo mejor es dejar que impere el autoajustado orden de la naturaleza:

«¿Será necesario hacer leyes para prescribir a los individuos no limitarse a la simple subsistencia, sino buscar la abundancia? No; eso sería un empleo totalmente superfluo de medios artificiales, cuando los medios naturales bastan (...). Ahora bien, ¿qué es la riqueza de la sociedad, sino la suma de todas las riquezas individuales? ¿Y qué es necesario, más que la fuerza de estos motivos naturales para llevar sucesivamente la riqueza al más alto grado posible?» (51).

En el capítulo segundo del *Code Civil*, cuando enumera los principios conductores, dice Bentham expresamente qué es lo que debe, en concreto, hacer el legislador con ello:

«—Proveer a la subsistencia. —Mantener la abundancia. —Favorecer la igualdad. —Mantener la seguridad» (52).

Sólo un término resulta descolgado: la igualdad, por la que el legislador no tiene más que procurar favorecerla, mientras que los términos que definen sus actividad en los otros casos son mucho más explícitos y tajantes: proveer y mantener. Para proveer a la subsistencia o mantener la abundancia (allí donde la hubiere; en modo alguno se la puede promover), el legislador no puede hacer nada, sino de modo indirecto. Justamente, mantener la seguridad:

«(...) la ley provee indirectamente a la subsistencia protegiendo a los hombres mientras trabajan, y asegurándoles los frutos de su industria una vez que han trabajado. *Seguridad* para el trabajador, *seguridad* para el producto del trabajo, he aquí la beneficencia de la ley: es inestimable» (53).

(50) *Ibidem*, págs. 58-59.

(51) *Ibidem*.

(52) *Ibidem*, pág. 57.

(53) *Ibidem*, pág. 59.

Podemos concluir que hay que descartar a la subsistencia y a la abundancia de la nómina de principios conductores, para dejarla reducida a la seguridad e igualdad. La igualdad ocupará un lugar marginal. Simplemente retórico. En la argumentación que realiza Bentham sobre la oposición entre ambos principios, queda de manifiesto la gran importancia que tiene el principio de seguridad como conductor del juicio sobre la legitimidad del Derecho, que se iniciaba a través del principio de la máxima felicidad. Al realizar la fundamentación del Derecho (de todos los sistemas normativos) sobre el principio de seguridad, cualquier otro intento de fundamentación absoluta será un enemigo a combatir. La seguridad es, naturalmente, de la propiedad. Pero ni siquiera ésta puede ser un fundamento sacrosanto para el orden social. No puede haber fundamentos sacrosantos. Excepto el principio de la máxima felicidad, concretado a través del principio de seguridad:

(...) no hay propiedad natural (...) es únicamente la obra de las leyes (...).

No existe imagen, pintura, rasgo visible, que pueda expresar la relación que constituye la propiedad. Y ello porque no es natural, sino metafísica. Pertenece por entero a la concepción del espíritu (...).

La idea de la propiedad consiste en una esperanza establecida, en la persuasión de poder extraer tal o cual ventaja de la cosa según la naturaleza del caso. Ahora bien, no pudiendo ser, esta esperanza, esta persuasión, más que obra de la Ley «54).

La seguridad, en cambio, sí es algo que puede ser observado como un bien en la naturaleza social del hombre. Aunque sea una naturaleza considerablemente histórica:

«(...) se exponen postulados derivados de la sociedad capitalista contemporánea de Bentham, como si tuvieran una validez universal: que la gran masa de los hombres no se elevará jamás por encima del nivel de la nuda subsistencia; que para ellos el miedo al hambre, y no la esperanza de recompensa, es el incentivo activo para el trabajo; que, para los más afortunados, la esperanza de recompensa es un incentivo suficiente para alcanzar el máximo de productividad; que, para que esta esperanza actúe como incentivo, ha de existir una seguridad absoluta de la propiedad. Por último, se eleva la seguridad de la propiedad al nivel de "principio supremo", que predomina absolutamente sobre el principio de la igualdad.

La razón primordial por la que Bentham no advirtió contradicción en esto, la razón que subyace a su postulado antihistóri-

(54) *Ibidem*, pág. 64.

co, es, a mi juicio, que en realidad no le interesaba más que explicar la sociedad capitalista de mercado» (55).

En conclusión: la benéfica influencia de la seguridad es algo que sabemos porque la experiencia, la observación nos lo ha enseñado. Es también una creación artificial, de las leyes. Pero es natural que se respete en la sociedad si observamos lo que ocurre en un estado presocial en que, por vía de hipótesis, faltara la seguridad e imperara la igualdad natural que predicaban los iusnaturalistas:

«Hemos llegado al objetivo primordial de las leyes: el cuidado de la seguridad. Este bien inestimable, indicio distintivo de la civilización, es enteramente la obra de las leyes. Sin leyes, no hay seguridad: en consecuencia, no hay abundancia, ni siquiera subsistencia cierta. Y la única igualdad que puede existir en este estado es la igualdad de infelicidad.

Para estimar esta gran acción benéfica de la ley, no es preciso más que considerar el estado de los salvajes. Luchan sin cesar contra el hambre (...). La rivalidad por los aprovisionamientos produce entre ellos las guerras más crueles y el hombre persigue al hombre como las bestias feroces para alimentarse a su costa (...).

Examinad ahora lo que ocurre en esas épocas terribles en que las sociedades civilizadas vuelven casi al estado salvaje, es decir, cuando, en la guerra, las leyes que hacen la seguridad están, en parte, suspendidas. Cada instante de su duración es fecundo en calamidades.

(...) Sólo la ley puede acostumbrar a los hombres a inclinar la cabeza bajo el yugo de la previsión, penoso de soportar al principio, pero en seguida dulce y agradable» (56).

Estamos dando por supuesto cuál es el contenido concreto de esa seguridad e igualdad que, desde el primer momento, se nos han presentado en una pugna aniquiladora de uno de los dos contendientes.

Respecto de la seguridad no parece haber, en principio, ningún problema. Es lo que comúnmente entendemos por ella. Su contenido está explícitamente afirmado en los fragmentos citados del propio Bentham: seguridad es, en primer lugar, libertad. Al menos, la libertad que podemos concebir quienes hemos vivido siempre en sociedad. La seguridad como libertad, es decir como falta de libertad privada (para impedir los ataques de otros individuos) o pública (para impedir los ataques del soberano). La seguridad es también medio *sine qua non* para que sea posible la subsistencia y la abundancia de bienes. La seguridad es la propia vida, su núcleo esencial o significativo:

(55) C. B. MACPHERSON, *La democracia liberal y su época*, trad. de F. Santos Fontela, Madrid, 1982, pág. 46.

(56) J. BENTHAM, *Principe du Code Civil*, cit., pág. 63.

«(...) sin la seguridad, la propia igualdad no tendría ni un día de duración; sin la subsistencia, la abundancia no puede existir. Los dos primeros objetos son la vida misma (...)» (57).

La seguridad es núcleo esencial de la vida porque sin ella no sería posible el trabajo, ni la propia existencia del ser humano tal como lo entendemos. Mucho menos sería posible la existencia de la sociedad, no sólo como consecuencia lógica de la anterior afirmación, sino porque la razón de ser de la sociedad es precisamente la seguridad, es decir la falta de libertad o, si se quiere, la libertad bien entendida. Si no, sería la lucha de todos contra todos.

Algo más sobre el contenido de la seguridad en Bentham: la existencia de la seguridad en una comunidad implica la existencia de la igualdad o, tal como ocurría con la libertad, la igualdad sólo puede ser pensada socialmente a través de su negación; en su no existencia radica su posibilidad de ser, o la igualdad no es más que —sólo puede ser socialmente— la seguridad, es decir, la desigualdad. En suma, sólo es posible la igualdad en su desaparición.

Los estudiosos han querido ver diversas cosas, en Bentham, por igualdad. En estos puntos de vista encuentro que falta algo importante. Veamos tres ejemplos:

«Su principio de igualdad, sin embargo, se refería no a una igualdad de *status* o de riqueza, sino sólo a una igualdad de oportunidades» (58).

En el mismo sentido, expresado de una forma más retórica, Montague:

«Su filosofía moral (la de Bentham) es, en esencia, ni más ni menos que la filosofía moral vigente en su tiempo (...). En el siglo XVIII, el instinto más activo era el de la reacción contra la tiranía teológica y contra la injusticia social. Por ello, la teoría moral de moda era la que afirmaba, en su forma más cruda, el derecho del hombre a disfrutar en esta vida y el derecho de cada hombre a una igual oportunidad de disfrute» (59).

Para Halévy, sin embargo, Bentham entiende las cosas de distinta manera:

«...» lo que, por otra parte, entiende (Bentham) por la palabra "igualdad", tomada en un sentido absoluto, no es ni la igual-

(57) *Ibidem*, pág. 59.

(58) D. ALFANGE, «Jeremy Bentham and the Codification of Law», en *Cornell Law Review*, 55 (1969), pág. 65.

(59) F. C. MONTAGUE, «Introduction», *cit.*, pág. 35.

dad política ni la igualdad civil, es la igualdad “en un sentido relativo a la distribución de las propiedades”» (60).

Todos ellos, me parece, tienen razón. Parcialmente, puesto que no dicen las mismas cosas, Montague y Alfange son complementarios en sus afirmaciones. La visión básica del hombre de que partía Bentham era la de un ser sin excesivas complicaciones metafísicas, la de un ser para el disfrute. Por ser la filosofía benthamiana, no (como dice Montague) de su tiempo, sino para su tiempo, todos deben tener una igual oportunidad para el disfrute. Por la misma aplicación lógica de la razón, podría haberse concluido que, en realidad, cada ser humano debería tener un igual disfrute de los bienes materiales o puramente culturales que le pudiera ofrecer la sociedad, pero entonces no hubiera sido una filosofía para su tiempo o, al menos, no la que Bentham pensaba era deseable. La igualdad que Bentham propugnó era la mera igualdad de oportunidades de acceder al mercado de los bienes de disfrute y esta igualdad venía dada, de nuevo, por la propia naturaleza de las cosas. No hay, por consiguiente, nada que pueda hacer el legislador por mejorar un mecanismo que, solo, funciona adecuadamente; salvo que hayan sido puestos obstáculos artificiales (onerosos siempre) a la libre actuación social de los individuos. La igualdad (entendida como de oportunidades de disfrute) puede ser obstaculizada por las barreras puestas por el mercantilismo al libre desarrollo del individuo. Para Bentham, la igualdad que debe ser, de la que nos hablaban Alfange y Montague, es la igualdad de oportunidades, la igualdad de todos para poder concurrir libremente (es decir, «sólo» empujados por la lucha por la subsistencia o por la abundancia) al mercado:

«He colocado a la igualdad como uno de los fines de la ley. En una ordenación destinada a dar a todos los hombres la mayor suma posible de felicidad, no hay razón para que la ley intente dar más, de ella, a un individuo que a otro. Pero hay muchas razones para que no lo haga, pues la ventaja adquirida por una parte no sería equivalente a la desventaja sufrida por la otra parte. El placer no sería más que para la parte favorecida: la pena sería para todos quienes no comparten el mismo favor.

La igualdad puede ser favorecida, sea protegiendo la que existe, sea intentando producirla allí donde no existe. Pero es aquí donde debe verse el peligro. Un solo error puede trastornar el orden social» (61).

La advertencia es seria y pertinente: hay que destruir, implantando la igualdad allí donde no exista, los obstáculos del Antiguo Régimen económico, pero con mucho cuidado para que la acción legislativa se limite a la demolición de obstáculos, a dejar un solar vacío don-

(60) E. HALÉVY, *La formation du radicalisme philosophique*, vol. I, *La jeunesse de Bentham*, París, 1901, pág. 81.

(61) J. BENTHAM, *Principes du Code Civil*, cit., pág. 57.

de cada cual pueda edificar según su peculiar sentido de la estética. Pero la ley no puede ponerse a construir la igualdad. No están dadas aún las condiciones para que el Estado pueda asumir una labor asistencial, subvenir a las más básicas exigencias de la subsistencia sin, con ello, crear el peligro de un grave trastorno en el orden social.

Hasta aquí, cómo Bentham pensó que era deseable la igualdad en la sociedad. Pero era consciente (y de ahí su anterior actitud) de que hablar de la igualdad implicaba otro tipo de cuestiones, porque la igualdad, tomada en serio, sólo podía ser, como la seguridad, de la propiedad. En este sentido, llevaba razón Halévy cuando daba su concepto de igualdad en Bentham. Este era el ser de la cuestión, el estado de cosas existente; por encima de él, para ocultarlo como posible, extiende su manto protector el pensamiento de Bentham: su propuesta de deber ser, lo que no implica (más bien todo lo contrario) su desconocimiento del significado real de la expresión «igualdad»:

«La igualdad no puede ser favorecida más que en el caso de que no perjudique a la seguridad, de que no perturbe las esperanzas que la ley ha hecho nacer, de que no descomponga la distribución actualmente establecida.

Si todos los bienes estuviesen repartidos por igual, la consecuencia segura y pronta sería que no habría ya nada que repartir. Todo sería destruido en seguida. Aquellos a quienes se habría creído favorecer no sufrirían menos con el reparto que aquellos a cuyas expensas se haría. Si el lote de los industriosos no fuera mejor que el de los perezosos, no habría ya motivo para la industria» (62).

Advertencia importante: la propuesta de deber ser de Bentham sobre la igualdad, entendida como igualdad de oportunidades de disfrute, no puede ser entendida como una propuesta (que sólo sería posible —en su época— desde una actitud mental predominantemente racionalista, y no predominantemente empirista) de reconocimiento y tutela de iguales derechos ante la ley. No es una igualdad formal, jurídica, la que está proponiendo, sino la mera remoción de obstáculos de que hablábamos anteriormente, que, aun así, sólo debe efectuarse mientras no altere el actual reparto de la propiedad. La negativa de Bentham al reconocimiento de iguales derechos a todos los ciudadanos no debe entenderse desde una lectura premoderna de su teoría, sino desde el empirismo antirrevolucionario de quien vive y proyecta en un país en el que la burguesía posee ya el control económico de la nación y sabe que es mera cuestión de tiempo obtener el pleno control político:

«Plantear como principio que los hombres deben ser *iguales en derechos*, sería, por un encadenamiento de consecuencias necesarias, hacer imposible toda legislación. Las leyes no cesan de

(62) *Ibidem*, pág. 58.

establecer desigualdades, puesto que no pueden conceder derechos a los unos, más que imponiendo obligaciones a los otros. Decir que todos los hombres (...) son iguales en derechos es decir que ya no existe subordinación. Así el hijo es igual en derechos a su padre: tiene el mismo derecho de gobernar y de castigar a su padre, que su padre de gobernarlo y de castigarlo (...). El maníaco tiene el mismo derecho a encerrar a los otros, que los otros a encerrarlo a él (...). Todo esto está plenamente contenido en la igualdad de derechos. La igualdad significa todo esto o no significa nada en absoluto» (63).

Y la seguridad, la anti-igualdad, siempre por terror pánico a la revolución:

«Por haber desconocido la utilidad, por no decir la necesidad de esta subordinación (a los superiores), los franceses cayeron, durante la revolución, en aquel exceso de locura que los entregó a males inauditos y que ha llevado la desolación a las cuatro partes del mundo. Por no haber superior en Francia es por lo que no había seguridad. El principio de igualdad encierra en sí la anarquía; las pequeñas masas de influencia particular son las que sostienen el gran dique de las leyes contra el torrente de las pasiones» (64).

Es la posición de quien está convencido de que, si se quiere establecer un orden social duradero, la actitud a seguir no debe ser la de enmascarar lo que verdaderamente se desea con proclamaciones retóricas de que se piensa hacer una cosa, cuando lo que realmente se desea es hacer justamente lo contrario. Bentham piensa que el camino es otro: decir claramente lo que se piensa y convencer a los demás de que aquello que se piensa es lo único sensato y conveniente, una vez elevada la conveniencia a la categoría de piedra de toque de lo justo y de lo injusto o, en los términos cientificistas de la época, de lo verdadero y de lo falso:

«Yo sé quiénes mantienen esta doctrina de la igualdad de derechos, no siendo ni locos ni idiotas (tómese esta palabra no en el sentido insultante que ha cobrado en nuestros días, sino con el significado técnico que tenía en la época), no tienen intención de establecer esta igualdad absoluta: guardan en su espíritu restricciones, modificaciones, explicaciones. Pero, si no saben hablar de una manera inteligible y sensata, ¿los entenderá la multitud ciega e ignorante cuando ellos mismos no se entienden?» (65).

(63) *Ibidem.*

(64) J. BENTHAM, *Principes du Code Pénal* (Dumont, I), pág. 137.

(65) J. BENTHAM, *Principes du Code Civil, cit.*, pág. 58.

De todo lo expuesto, creo que podemos legítimamente concluir la validez parcial de las tres apreciaciones sobre el contenido de la igualdad en Bentham que enumerábamos anteriormente; si bien con el sentido ya mencionado de constatación del entendimiento común del término «igualdad» (igualdad en el sentido relativo a la distribución de bienes) y con el de propuesta, de deber ser, de abstención de toda intervención legislativa que vaya más allá de lo estrictamente necesario para remover los obstáculos mercantilistas puestos a la libre circulación de bienes, capitales y fuerza de trabajo. En ningún caso podrá admitirse la existencia de unos derechos, innatos o adquiridos, iguales para todos:

«La igualdad puede ser considerada en relación a todas las ventajas que dependen de las leyes: igualdad política, o igualdad en materia de derechos políticos; igualdad civil, o igualdad en materia de derechos civiles. Pero cuando se emplea esta palabra sola, se la entiende ordinariamente en un sentido relativo a la distribución de las propiedades» (66).

Por si quedara duda sobre la actitud de Bentham en torno a este tema, se encarga de disiparla cuando, en el capítulo VI del *Code Civil* (67), desarrolla el contenido que le parece aceptable, al hablar de las «Proposiciones de Patología sobre las que se funda el Bien de la Igualdad». La igualdad resulta aquí tener como contenido el principio de la tasa decreciente de felicidad, con el sentido que vimos.

Sólo la demolición de los obstáculos es permitida por la igualdad de oportunidades al disfrute. Pero esto tampoco es algo que pueda predicarse absolutamente, sin ninguna limitación. La igualdad, en caso de conflicto (y aún en este supuesto tan reducido a que ha quedado limitada) deberá siempre ceder ante la seguridad:

«Cuando la seguridad y la igualdad están en conflicto, no se puede dudar un momento. Es la igualdad quien debe ceder. La primera es el fundamento de la vida: subsistencia, abundancia, felicidad, todo depende de ella. La igualdad no produce más que una cierta porción de bienestar; por otra parte, hágase lo que se haga, será siempre imperfecta: si pudiese existir sólo un día, las revoluciones del día siguiente la habrían alterado; el establecimiento de la igualdad no es más que una quimera: todo lo que puede hacer es disminuir la desigualdad» (68).

En el capítulo consagrado a estudiar los medios para conciliar igualdad y seguridad, el XII del *Code Civil*, vuelve a insistir en que el único medio de conciliación posible es el que respeta la seguridad. Por lo demás, la escrupulosa práctica del *Laissez-faire* por parte del legisla-

(66) *Ibidem*, pág. 57, n. 1.

(67) *Ibidem*, págs. 60-63.

(68) *Ibidem*, pág. 68.

dor, conducirá a la igualdad deseable: la existente en una comunidad de pequeños propietarios que, situada en el conjunto de su teoría, más parece sueño que objetivo realmente señalado. La igualdad, en conclusión, tal como pasaba con la libertad, no es más que la seguridad bien entendida:

«(...) la *seguridad*, conservando su rango como principio supremo, conduce indirectamente a procurar la *igualdad*, mientras que ésta, tomada por base de la ordenación social, destruiría la seguridad al tiempo que se destruía a sí misma» (69).

La seguridad es ya principio supremo. Y Bentham tenía siempre un cuidado exquisito con todos los términos que empleaba. La expresión «principio supremo» no puede tomarse como un adorno literario. El mantenimiento del estado de cosas existente, es el supremo fin a que deben tender todos los sistemas normativos. La seguridad no admite más sacrificio que el que pueda realizarse para reforzarla. En el capítulo XIII del *Code Civil* se limitan al máximo las exacciones que el legislador puede establecer para asegurar el poder del Estado para (y no con ningún otro fin) garantizar la seguridad: El interés estatal sólo puede ser el servicio al interés del individuo:

«Los intereses individuales son los únicos intereses reales. Cuidad de los individuos. No los molestéis nunca, no sufráis nunca que se los moleste y habréis hecho bastante por lo público» (70).

La seguridad, principio supremo: ¿qué ha ocurrido entonces, con el de la máxima felicidad? Expresamente, en ningún lugar de la amplia obra de Bentham puede encontrárselo negándolo, abjurando de su amor confeso en lo más temprano de su edad literaria. Pero la seguridad estaba ya presente en el mismo momento del descubrimiento del principio de la máxima felicidad. Jeremy Bentham, su sistema de pensamiento, era monógamo tanto por convicción como por necesidad (o aquélla derivaba de ésta): sólo un principio podía presidir su teoría y este principio es el de la máxima felicidad (¿por qué no hemos de respetar su voluntad tan reiteradamente expresada?). Si el principio de la máxima felicidad sólo puede ser entendido (aun después de la corrección que le supuso la aplicación del de la tasa decreciente de felicidad), interpretado, aclarado, conceptualizado a través de la seguridad como meta final a alcanzar y si el utilitarismo entero es una actitud vital que juzga de todo (hasta de sí mismo) según los resultados finales que produzca ¿no pueden ser ambos —seguridad y máxima felicidad— dos caras de una misma moneda, dos nombres para designar a lo único real? El principio de la máxima felicidad sigue presidiendo

(69) *Ibidem*, pág. 70.

(70) *Ibidem*, pág. 79.

el sistema de Bentham, pero ya sabemos algo más precisamente en qué consiste la felicidad:

«Voy a recorrer los deseos más fuertes, aquellos cuya satisfacción viene acompañada de los más grandes placeres, y veremos que su obtención, cuando se opera a expensas de la seguridad, es mucho más fecunda en mal que en bien» (71).

Una última matización sobre la seguridad: es, por encima de todo, seguridad de la propiedad:

«Bentham asigna cuatro fines a la ley civil: subsistencia, abundancia, seguridad, igualdad. La ley no puede hacer nada directamente para producir la subsistencia y la abundancia (...). Queda el segundo par: seguridad, igualdad (...), en qué medida la una debe ser sacrificada a la otra, es lo que permite determinar el análisis, emprendido por Bentham, del derecho de propiedad (...). Todo atentado contra este sentimiento de la *esperanza* produce una pena, la pena del *desengaño*, o de la *esperanza trunca-da*, pena que el principio de utilidad prescribe evitar (...); esta es la forma precisa del principio de la seguridad, este es el propio fundamento de la propiedad. La propiedad es la esperanza justificada de extraer ciertas ventajas de la cosa que se cree poseer (...). Esperanza creada por la ley (...). Esperanza que la ley debe atenerse a no destruir una vez creada» (72).

3. RECAPITULACION

Con lo que antecede, parece que estamos ya en condiciones de aventurar cuál, de las lecturas propuestas del artículo 14 de nuestra Constitución, hubiera escogido Bentham: ninguna de ellas. Probablemente, ni siquiera hubiera incluido el artículo 14, ni ningún otro en que se contenga el término «igualdad» como objetivo legal, a no ser con un significado extremadamente vacío, formal.

No sé si llegar a esta conclusión es algo que tiene algún valor. Me consta que mucha gente se ha tomado muchas molestias para tratar de demostrar que Bentham es un legitimador del Estado de Bienestar. Y sé que en el fondo (en el principio) de la teoría de Bentham, a través de una lógica inexorable, se llega a un individualismo que es todo lo feroz que se puede ser sin poner en peligro la supervivencia (de los bienes y de las personas; es decir, de los bienes). Bentham, desechada ya su lectura fabiana, nos aparece como el mantenedor de un Estado (de una sociedad) excesivamente indiferente, excesivamente cruel, excesivamente ¿in?humano.

(71) J. BENTHAM, *Principes de Législation* (Dumont, I), pág. 35.

(72) E. HALÉVY, *Op. cit.*, págs. 76-78.

Todo ello no tiene gran importancia. Bentham sólo fue, a fin de cuentas, un teórico. Uno más. Si se trata de justificar un sistema político, económico, social, hay, han habido, muchas otras cabezas preparadas dispuestas a hacerlo. Y lo han hecho. ¿Por qué empeñarse en hacer de Bentham un teórico del Estado de Bienestar, a pesar de la inerme transparencia de su doctrina? La única explicación que se me ocurre es que quizá sí sea posible esa derivación. Quizá pueda estar Bentham en el trasfondo legitimador del Estado Social de Derecho. Quizá lo único realmente importante de Bentham sea que nos muestra (en nuestro tiempo, muchos años después de su teoría) el objetivo último del Estado, con independencia de los calificativos que le podamos, que le queramos, añadir, del Estado a secas: la seguridad, a la que todo debe ceder. La igualdad, tanto ante aquéllas, como en sí misma, más que una fantasía, «no es más que un pretexto para encubrir el robo que la pereza hace a la industria» (73).

He tratado, simplemente, de proponer una lectura de Bentham que, creo, es la correcta. He tratado de hacer un trabajo de historiador y no de ideólogo; de artesano y no de artista; de restaurador y no de creador. No obstante, si a alguien no le gusta esta lectura, siempre podrá proponer otra, dado que es sabido que toda obra literaria, una vez salida de las manos de su autor, cobra vida propia y los actos de los hijos no tiene por qué traer su causa de los comportamientos de los padres. Siempre es posible crear un nuevo Bentham sin, con ello, falsear el realmente existente. En todo caso, a mí, más que cambiar a Bentham, me gusta aceptarlo como es; porque me gusta su teoría o, en última instancia, prefiero olvidar su faceta de expositor del Derecho futuro, de pontífice de sistemas normativos, para admirar desembarazadamente al despiadado censor de falacias: de la del Estado de Naturaleza, de la de los derechos humanos o naturales, de la del origen divino de las leyes, del principio ascético, del Contrato Social.

Me gusta el Bentham analítico. Pero porque era un analítico que no se complacía en embrollarse en una maraña de fórmulas lógicas, sino que utilizaba las armas de la lógica para desenmascarar mixtificaciones despóticas, inhumanas. Y seguimos viviendo en tiempos de falacias, en tiempos en que muchos sinsentidos siguen subidos en zancos para que todos los (ad)miremos y no fijemos nuestra mirada en otras cosas que podrían sublevar nuestra inteligencia y nuestro ánimo.

(73) J. BENTHAM, *Principes du Code Civil*, cit., pág. 69.

La fundamentación normativa de un principio igualitarista

Por DAMIAN SALCEDO MEGALES

Granada

INTRODUCCION

La utilización de alguno de los varios principios de evaluación de alternativas sociales viene recomendada tanto por su adecuación estructural a las características específicas de los problemas sociales a considerar como por su capacidad para incorporar las ideas que creemos más adecuadas de bienestar social e individual, necesidades, persona y de las relaciones entre los miembros de una sociedad. Si el primer tipo de criterios pueden ser considerados técnicos —si bien en un sentido que no implica el estar libre de juicios de valor—, los segundos conforman en gran medida la noción de justicia social que deseamos ver realizada. A estos últimos nos solemos referir cuando defendemos nuestros juicios sobre los asuntos sociales. Pero el hecho de que los utilicemos más bien en la discusión no técnica de las alternativas políticas no debe hacernos mantener la ilusión de que no están guiando la adopción de los principios técnicos con los que tratamos de formar nuestros juicios sociales —ya sea como simples ciudadanos o como responsables de alguna área de la planificación administrativa de la sociedad. Cuando hablo de ‘fundamentación normativa’ me estoy refiriendo a ese conjunto de ideas discutibles que cada uno intenta hacer coherente como una teoría de la justicia social.

En lo que sigue presentaré y defenderé un principio igualitarista que ha sido desarrollado y aplicado en el último decenio: el principio leximin. El atractivo de este principio proviene de haberse presentado como una alternativa ventajosa frente a los principios utilitaristas que han imperado en solitario en la planificación social. Así, en primer lugar mostraré las ventajas que su adopción tiene frente al utilitarismo. Pero a continuación recogeré la crítica formulada por J. Rawls en contra de la concepción de la justicia que constituye el núcleo central de este principio social. Aceptamos dicha crítica, pero examinamos a su vez críticamente la alternativa que nos propone Rawls. Finalmente, presentamos una reformulación del principio leximin que evita los in-

convenientes denunciados y que creemos satisface las exigencias normativas básicas que es deseable que los procedimientos de evaluación social incorporen.

UTILITARISMO Y LEXIMIN

El principio leximin apareció como una alternativa a los principios tradicionales del utilitarismo alegando su filiación rawlsiana. Sin embargo, en esas relaciones su posición es un poco más compleja. Su característica es el modo peculiar en que trata de fundir las ventajas de uno y otro. Como los primeros, es un principio cuya estructura informativa está reducida a la utilización de la información que aportan las utilidades individuales. Pero a diferencia de ellos, no las agrega aditivamente. Por el contrario, las pondera dando un peso mayor a las utilidades del individuo peor situado en los distintos estados sociales que se comparan. Esta semejanza con el principio de diferencia de Rawls es la que ha hecho que a menudo en la literatura sobre el particular se le dé trato de principio rawlsiano. Pero la semejanza no debe ocultar la profunda diferencia entre ambos principios. El principio de diferencia está marcado por los estrechos límites que le impone la estructura lexicográfica de los principios de igual libertad y de igualdad de oportunidad que desarrollan la concepción general de la justicia como imparcialidad y en ello reside la raíz de gran parte de la especificidad de las evaluaciones sociales que induce. Pero la otra raíz de las diferencias con el principio leximin resulta del hecho de que su estructura informativa está circunscrita a la utilización de la información sobre bienes primarios. En realidad los juicios del principio rawlsiano tienen prácticamente solo que ver con la renta y la riqueza. Así mientras que el sector de los menos favorecidos socialmente es definido por el principio de Rawls según su nivel de rentas, la aplicación del principio leximin resuelve que éstos sean los que menos bienestar personal tienen tal y como lo reflejan sus respectivas funciones de utilidad individual. Esta diferente percepción de la desventaja social es de crucial importancia no sólo por las distintas recomendaciones sociales que determina, sino además porque distingue dos teorías de la justicia social no fácilmente reconciliables. A continuación desgranaremos estas características como un modo de presentar el principio leximin.

Para los propósitos igualitaristas del principio una notable ventaja con respecto a otras formas de conceptualizar el bienestar individual es operar con ordenamientos individuales de preferencias *extendidos*. La crítica tradicional en contra del utilitarismo señala la incapacidad de cualquiera de los principios propuestos para tener en cuenta los aspectos distributivos de las alternativas sociales. En general, un principio utilitarista es la combinación de tres elementos. En primer lugar, la valoración de los estados sociales sólo en términos de sus consecuencias (consecuencialismo). La consideración de estas consecuencias exclusivamente en términos de la información de utilidad («welfarismo»). Por último, la obtención del valor social de los estados por un

procedimiento de adición de las utilidades individuales (aditivismo) (1). De la suma de estas tres características resultan los principios utilitaristas y su naturaleza específica impone que el estado social mejor sea aquel cuya adición del bienestar de los miembros de la sociedad medido en términos de utilidad sea más alta. De esta manera sólo el agregado total de utilidad cuenta como criterio para la evaluación social. La defensa de un criterio agregativo de esta naturaleza cuenta con razones poderosas. Por una parte, la fácil defensa de una forma lineal para la función de bienestar social como la única racional; por otra, la argumentación de que sólo la forma lineal realiza la exigencia mínima de la justicia: tratar a todos los individuos como iguales (2). Pero la forma lineal de la función de bienestar social impone que el bienestar individual sea formalizado como funciones de utilidad cardinal y que las comparaciones interpersonales de utilidad necesarias para todo juicio social sean de unidades. Con ello las diferencias de niveles de bienestar entre los individuos es una información excluida para la formación del juicio social y lo único que nos queda son las diferencias entre pérdidas y ganancias de esos individuos. Una vez considerado así el bienestar individual, pueden esperarse cualquier tipo de efectos perversos. Por ejemplo, cuando la utilidad total y la marginal de un individuo están por debajo de las de otro, el utilitarismo recomendará transferencias de utilidad del que menos tiene al que más tiene en contra de la repugnancia intuitiva que tal proceder pueda producirnos.

Librarse de la forma lineal de la función de bienestar social es el primer requisito para introducir consideraciones distributivas en los juicios sociales. Ello nos permite la ponderación de las utilidades individuales de forma que nuestro principio sea sensible a las diferencias en los estados de bienestar de las personas. De este modo lo que necesitamos es una estructura informativa capaz de comparar diferencias de niveles de utilidad interpersonales y no las simples ganancias y pérdidas. Como anunciamos, el principio *leximin* trabaja con ordenamientos de preferencias y no con medidas numéricas de intervalo; i. e., con medidas ordinales para la utilidad. El problema para estas medidas consiste en que mientras parece intuitivamente fácil reconocer qué tipo de juicio resultaría de comparaciones cardinales —*i* ganó más en *x* de lo que ganó *j*—, el juicio correspondiente a las comparaciones ordinales aparece sumido en la ambigüedad —*i* está mejor que *j*—. Este es el tipo de problema que resuelven los ordenamientos *extendidos* de preferencias individuales.

(1) La distinción entre estos tres componentes del utilitarismo se debe a A. SEN que ha mostrado su utilidad para la comprensión de las estructuras de los procedimientos de elección social, véase especialmente (1979a) y (1979b).

(2) La defensa del utilitarismo en el terreno de la elección social tiene su paladín en J. C. HARSANYI, véase especialmente (1975b); asimismo son interesantes las polémicas por él mantenidas con J. RAWLS: J. C. HARSANYI (1975a), J. RAWLS (1971), §§ 27-28, y (1974); con P. DIAMOND; J. C. HARSANYI (1955) y (1975b), P. DIAMOND (1967); y con A. SEN: J. C. HARSANYI (1975b) y (1977), A. SEN (1973a), (1977a), (1977b) y (1980).

Introduzcamos alguna notación. Sea \bar{R} un ordenamiento social de preferencia sobre el producto cartesiano de X (el conjunto de los estados sociales) y H (el conjunto de los individuos), i. e., sobre pares de la forma (x,i) , de forma que $(x,i) \bar{R} (y,j)$ significa que i está en x al menos tan bien como j lo está en y . Sobre esta base se pueden definir los correspondientes conceptos de 'preferencia', \bar{P} , y de 'indiferencia', \bar{I} . Asimismo se definen correspondencias uno a uno del conjunto de individuos de H sobre el propio H , μ . Con esta estructura se pueden atrapar las diferencias de bienestar entre los individuos en los diferentes estados sociales. Sólo es necesario que las comparaciones interpersonales satisfagan alguna condición de equidad para que esas comparaciones induzcan un ordenamiento social que pondere la situación de los peor situados en la sociedad. Pero, la función de bienestar social leximin requiere alguna estructura más.

Sea una comunidad de dos personas, 1 y 2; y sea una función de bienestar social generalizada, $R = f(\bar{R})$, en la que R es el ordenamiento social sobre X y \bar{R} el ordenamiento extendido del producto de X por H . La función de bienestar social leximin es aquella que satisface las siguientes condiciones:

Dominio no restringido: Cualquiera \bar{R} lógicamente posible está dentro del dominio de f .

Independencia de alternativas irrelevantes: Si las restricciones de \bar{R} y \bar{R}' en cualquier par de H son las mismas, entonces las restricciones $f(\bar{R})$ y $f(\bar{R}')$ en ese par han de ser también las mismas.

Principios de gradación de justicia: Para cualesquiera x, y de X , si para una correspondencia uno a uno μ de $(1,2)$ a $(1,2)$: $(x,1) \bar{R} (y,\mu(2))$ y $(x,2) \bar{R} (y,\mu(2))$, entonces $x R y$. Si ulteriormente uno de los dos \bar{R} es \bar{P} , entonces $x P y$.

Equidad ordinal para dos personas: Para cualesquiera x, y de X , si una persona, digamos 1, prefiere x a y , y la otra persona prefiere y a x , y si la persona 1 está peor que 2 tanto en x como en y , entonces $x R y$.

De estas condiciones, la de dominio no restringido y la independencia de alternativas irrelevantes son simples condiciones de consistencia racional para los ordenamientos sociales. Los principios de gradación de justicia se deben a P. Suppes (1966) y han sido muy utilizados en la teoría de la elección social para construir preferencias en las que sólo se requiere una relación de dominancia. El axioma de equidad que presentamos en la versión de P. Hammond (1976) es el que determina que la función de bienestar pondere especialmente el nivel de utilidad del individuo peor situado en un estado social. El principio leximin es la única función de bienestar social que satisface estas cuatro condiciones —para una comunidad de dos personas y al menos tres estados sociales (3).

(3) La versión que hemos presentado de la axiomática del principio leximin es una forma refundida de la que pueden encontrarse en los principales trabajos de sus propo-

El término «leximin» es la abreviatura con la que se conoce al principio maximin lexicográfico. Exactamente un ordenamiento leximin es aquel que dictamina que una alternativa social es superior a otra cuando el individuo peor situado en una está mejor que en la otra. La forma lexicográfica tiene la finalidad de evitar las recomendaciones anti-paretianas que el simple maximin puede producir. Si en los estados sociales que se comparan los respectivos individuos en peor situación tienen el mismo nivel de utilidad, entonces se acude a los peor situados en segundo lugar; si estos también tuvieran igual nivel de utilidad, entonces se recurriría a los situados en tercer lugar, y así sucesivamente. Esta forma distintiva la recibe del principio de equidad que incorpora. Sin embargo, analizando en profundidad la axiomática del principio, se puede observar que la propia posibilidad de incorporar esa condición depende de la estructura formal que recibe de la «relación de gradación» de Suppes. Analicemos esa aportación.

Los principios de gradación de justicia fueron diseñados por Suppes para encontrar reglas éticas de conducta en situaciones de juego bipersonal. Dejaremos a un lado estas reglas y nos centraremos en los principios de gradación. Para una situación de decisión bipersonal, un principio de gradación es un ordenamiento parcial estricto del producto cartesiano del conjunto de consecuencias para un individuo 1, (C_1), por el conjunto de consecuencias para el individuo 2, (C_2). Se trata, por consiguiente, de obtener una relación de preferencia sobre el conjunto de las consecuencias para ambos individuos. Lo esencial del procedimiento para la obtención de tal ordenamiento es que las personas se han de tratar sobre bases equitativas a través de una estrategia de simpatía extendida. Lo que Suppes entiende por «bases equitativas» es fácil de ver:

Formalmente podríamos decir que el orden de preferencias de una persona, R , sobre $C_1 \cup C_2$ es equitativo o simétrico si no cambia cuando las dos personas cambian de posición en la situación de decisión ((1966), pág. 158).

El ordenamiento que sobre esta base se establece es la relación binaria 'más justo que', J . Dicho ordenamiento tiene la particularidad de estar hecho desde la posición de uno de los dos participantes en el juego; i. e., es relativo a sus particulares preferencias. La consecuencia inmediata es que, con dos jugadores, nos encontraremos con dos principios de gradación, J_1 y J_2 . Nuestro interés en todo esto últimamente se centra en las condiciones bajo las que se obtiene la relación 'más justo que':

Si $x_1, y_1 \in C_1$ y $x_2, y_2 \in C_2$, y $x = (x_1, y_2)$, e $y = (y_1, y_2)$, entonces para $i = 1, 2$, $x J_i y$, si, y sólo si,

entes: K. J. ARROW (1977), C. d'Aspremont - L. GERVES (1977), R. DESCHAMPS-L. GERVES (1978), P. HAMMOND (1976) y (1979), K. W. S. ROBERTS (1980), y S. STRASNICK (1976).

- o bien, $x_1 R_i y_1$ y $x_2 R_i y_2$, y no $(y_1 R_i x_1$ e $y_2 R_i x_2)$;
- o bien, $x_1 R_i y_2$ y $x_2 R_i y_1$, y no $(y_2 R_i x_1$ e $y_1 R_i x_2)$.

Intuitivamente estas condiciones establecen que x es más justo que y , según las preferencias de uno de los dos individuos, si sucede una de estas dos cosas. O bien, prefiere ser él mismo en x a serlo en y y también prefiere ser el otro individuo en x mejor que en y . O bien, prefiere ser él mismo en x a ser el otro en y y también prefiere ser el otro individuo en x a ser él mismo en y .

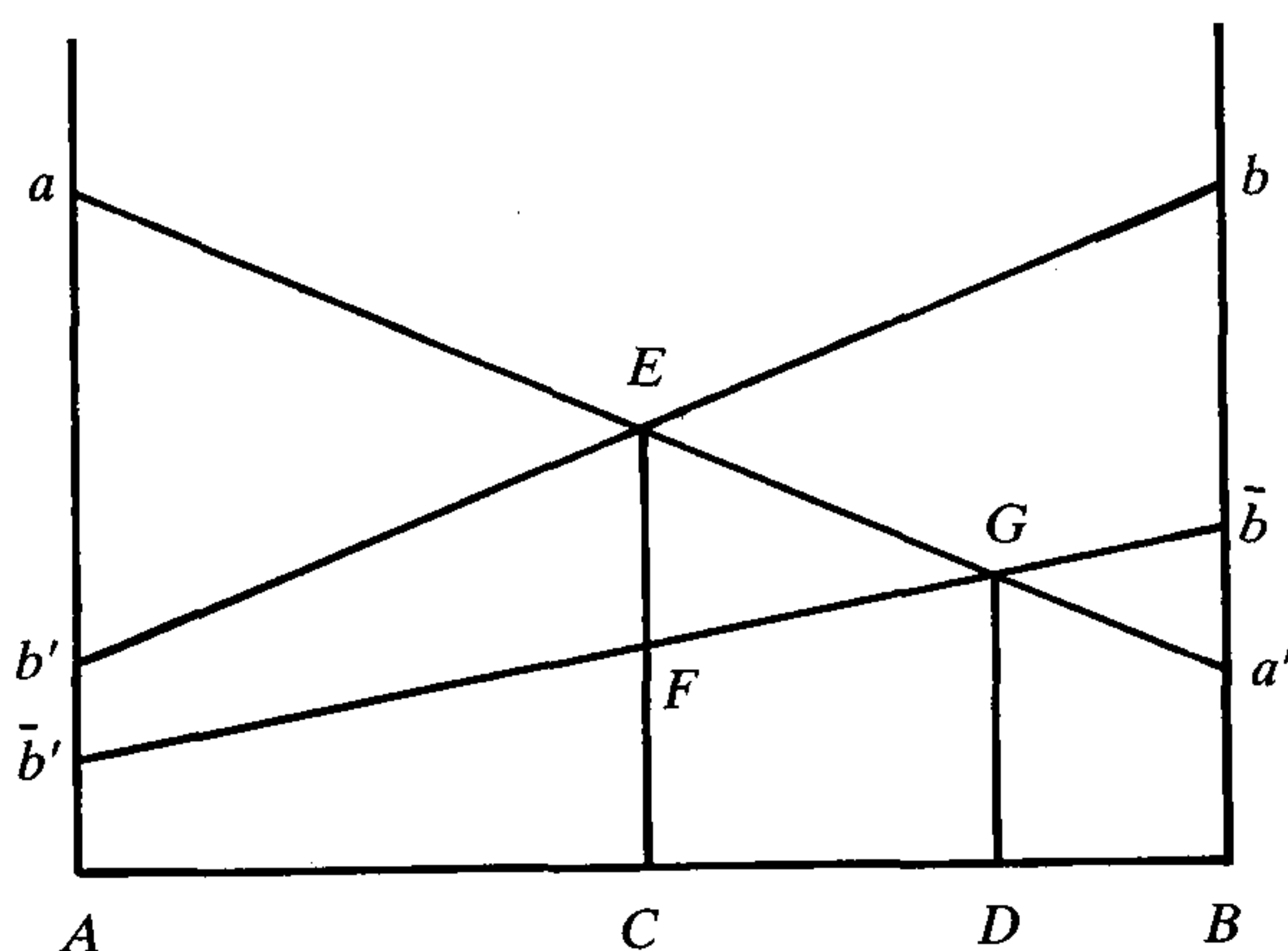
Así formulado, el principio de gradación presenta un problema para la construcción de la función de bienestar social *leximin*: la no utilización de ningún tipo de comparabilidad interpersonal. Los ordenamientos de justicia se realizan por un procedimiento de simpatía extendida a partir de las preferencias de uno de los dos individuos; pero no se exige que este individuo se ponga en 'la piel' del otro. Esto conduce a consecuencias bastante perversas como las evidenciadas por A. Sen en el caso de la asignación de vacas y cerdos a una comunidad de dos individuos, uno de los cuales es hindú y el otro musulmán ((1970), págs. 182 y sigs.). No obstante, nada impide incorporar al modelo de Suppes comparaciones 'como si' y ello es suficiente para evitar dichos resultados. Corregido de esta manera, se puede apreciar sin dificultad por qué es deseable que la función de bienestar social satisfaga las condiciones de los principios de gradación de justicia. La relación 'más justo que' permite aunar dos tipos de consideraciones. Por un lado es una subrelación de la relación utilitarista de forma que « x es más justo que y » puede significar « x tiene mayor utilidad total que y ». Por otro lado es una subrelación de la relación *maximin* y, por consiguiente, puede también llegar a significar que el individuo peor situado en x está mejor situado que su correspondiente en y (4). Así el incorporar la relación de Suppes es lo que otorga a la función de bienestar social *leximin* el soporte estructural para reconciliar las demandas agregativas de maximización del bienestar total y las demandas distributivas del axioma de equidad.

Digamos ahora unas palabras sobre la propia condición de equidad que hemos impuesto al principio *leximin*. Dicha condición da prioridad a la preferencia de una persona —la peor situada en los estados alternativos— sobre las preferencias del resto de los miembros de la sociedad. Introducimos así una tendencia a la igualdad que por su fuerza requiere de alguna justificación. Dada la semejanza con el principio de diferencia de Rawls, la justificación podría ser similar para ambas (J. Rawls (1971), s. 17). Estaríamos tratando de no consagrar como justas las desigualdades de posición social inicial y de dotación natural en la estructura institucional de la sociedad. Aceptaríamos que tales desigualdades existen, pero no las supondríamos una fuente de mérito. Como en la teoría de Rawls, las consideramos un patrimonio común de la sociedad para el beneficio colectivo y nuestro axioma de

(4) La prueba de la existencia de dichas subrelaciones puede verse en A. SEN (1970), págs. 191-5.

equidad articularía el modo específico en que ha de ser determinado ese beneficio.

Las ventajas del principio leximin frente a los principios utilitaristas pueden verse en un caso ya clásico en la literatura sobre la desigualdad económica presentado por A. Sen ((1973a), págs. 30 y sigs.): Se trata de una distribución pura y la cantidad total de renta a distribuir entre dos individuos, a y b , es AB . Si ambos tienen la misma capacidad para transformar renta en utilidad —i. e., sus funciones de utilidad aa' y bb' son iguales—, la distribución maximizadora de la utilidad es la que asigna igual renta a ambos (el vector AC es igual al vector BC). El utilitarismo en este caso al igualar las utilidades marginales de a y b , consigue también igualar las utilidades totales, tal y como representa el punto E . Sin embargo, este resultado es más bien accidental. Si los individuos no tienen la misma función de utilidad, la igualación de las utilidades marginales no comportaría una igualación en el bienestar total.



Supongamos que a es un gozador nato que sabe sacar provecho de cada momento de su vida y que b , por el contrario, es una persona disminuida por una invalidez. El resultado de ello bien pudiera ser que la persona a obtenga el doble de utilidad que el individuo b de un nivel cualquiera de renta, de forma que ahora la función de éste es $\bar{b}\bar{b}'$. El utilitarismo suele argumentar que las diferentes urgencias de las necesidades personales reciben un adecuado tratamiento cuando son reflejadas por el índice de importancia moral que es la utilidad marginal. Lo que aquí sucede no lo confirma. Si esa pretensión correspondiese a la realidad, el utilitarismo habría de recomendar una transferencia de a a b ; pero no es ésta la recomendación que puede hacer. No puede hacerla porque el estado resultante tendría una utilidad agregada total menor que otro estado alternativo consistente en hacer una transferencia de renta de b a a . La igualación de las utilidades marginales lleva ahora a compensar la utilidad perdida por el inválido con la ganada por el gozador. Así el inválido terminará estando peor tanto

porque es capaz de sacar menos utilidad de un mismo nivel de renta como porque recibe menos renta.

Las comparaciones interpersonales ordinales del principio leximin excluyen la utilización de la utilidad marginal como índice de la urgencia de las necesidades personales. Así lo que se compara es la utilidad total de cada individuo en un estado social, siendo por consiguiente difícil que se produjese una recomendación tan contraria a nuestra idea de justicia como la realizada por el utilitarismo. El caso del gozador y el inválido podría representarse en términos de utilidades totales así:

	<i>Bienestar de</i>	
	<i>a</i>	<i>b</i>
<i>estado x</i>	100	50
<i>estado y</i>	75	60

El estado *x* representa la situación inicial en la que el gozador es capaz de obtener el doble de utilidad que el inválido de una misma cantidad de renta; el estado *y* representa el bienestar que obtendrían después de una redistribución de renta de *a* a *b*. Naturalmente, el utilitarismo no podría recomendar tal redistribución por la pérdida de bienestar agregado que conlleva. Pero para el principio leximin está claro que el individuo peor situado en ambas situaciones está mejor después de la redistribución que en el estado de partida. La función de bienestar social pondera esa situación y otorga mayor valor al estado *y*, tal y como nuestra intuición nos reclama.

LA CONCEPCION MORAL DE LA PERSONA DE RAWLS

En la sección anterior hemos considerado la conceptualización leximin del bienestar social como una alternativa frente al utilitarismo en la medida en que realiza una cierta noción de igualdad al establecer la ordenación de las alternativas. La posibilidad de incorporar esa tendencia igualitarista depende de la utilización de ordenamientos individuales extendidos, puesto que son ellos los que permiten comparaciones ordinales de niveles entre los miembros de la sociedad. Lo notable de esta estructura informativa es que las comparaciones en virtud de ser realizadas por una estrategia 'como si' de simpatía extendida conllevan un presupuesto peculiar de unanimidad en base al cual la comparación adquiere significado: la existencia de una 'preferencia fundamental' (Kolm). Esta preferencia fundamental puede ser nombrada más gráficamente —al modo de Rawls— como una «función de preferencia compartida de orden supremo» y —al modo en que él lo hace— caracterizarla como

(...) una preferencia (...) común a todos los ciudadanos sobre cuya base piensan que es racional para ellos ajustar y revisar sus fines últimos y deseos y modificar sus rasgos de carácter y remodelar sus aptitudes, a fin de alcanzar una situación personal total

que ocupe un lugar más alto en la ordenación definida por u (el ordenamiento social). (J. Rawls (1982), pág. 179).

Por consiguiente las comparaciones ordinales requeridas por el criterio leximin presuponen que existe una única concepción del bien con la que se pueden ordenar todos los estados sociales y la posición de los individuos en ellos. Naturalmente, también conlleva una ética teleológica en la que la justicia consiste sencillamente en la maximización de la preferencia compartida.

Especifiquemos ahora qué significa 'ser la persona i en el estado social x ' en esta conceptualización «welfarista» del bienestar. El estado social x representa todas las circunstancias en las que se encuentra un individuo con sus bienes y capacidad de consumo; pero también con sus oportunidades, libertades, derechos —si seguimos la sugerencia de Rawls ((1982), pág. 176). A la persona i se le describe por el conjunto de sus preferencias, actitudes y dotación natural en general, de manera que la comparación 'como si' suponga siempre 'meterse en su propia piel'. Esta noción de individuo es todo lo que requiere la conceptualización leximin del bienestar social y, en algún sentido, es también la que impone como modelo de persona. La cuestión es que tal modelo no parece indiscutible y, quizá, sea razonable rechazarlo. Si tal cosa puede ser fundamentada, entonces se haría necesario revisar la estructura informativa de las comparaciones ordinales que sustenta a la función de bienestar social leximin.

Creo que Rawls ha dado buenos argumentos para no aceptar la concepción «welfarista» de individuo ((1982), s. 7). La idea de que las personas son simples maximizadores de sus preferencias usualmente parece conllevar «la disolución de la persona» (Rawls) entendida como una individualidad que tiene una idea propia del bien no conmensurable y, por consiguiente, no renunciable en aras de la búsqueda de una mayor satisfacción. La idea de un compromiso vital con una concepción particular del bien es un contenido necesario de la noción de persona que no encontramos en la caracterización anterior incorporada en la definición de una preferencia fundamental compartida —y no olvidemos que ella es la que hace posible las comparaciones ordinales y últimamente el juicio social. Aunque las apariencias parecen indicar que el conjunto de rasgos tenidos en cuenta por la estructura informativa diferencian a un individuo de otro, la verdad es que —como en el utilitarismo— éste no es más que un 'contenedor' de preferencias que se suponen conmensurables con las de cualquier individuo en esa o en otra posición. Al final se espera que los individuos adopten la estrategia requerida para la maximización de su posición en la ordenación global de los estados sociales. Nada les es propio; todo es modificable.

Es conocida la concepción rawlsiana de la persona en tanto que constituida por el interés supremo de realizar sus potencialidades morales y el interés no supremo —aunque sí superior— de promover aquella concepción del bien integrada en su plan de vida (J. Rawls (1982), s. 3). Esta concepción de la persona da un valor de diferencia no conmensurable a ser un individuo y en ese sentido es una alterna-

tiva adecuada a las concepciones «welfaristas» contenidas tanto en el utilitarismo como en la concepción leximin. A nosotros esta concepción de la persona nos parece plenamente aceptable. Pero esta aceptación nos pone en una situación difícil. Estrictamente no nos obliga a aceptar los principios rawlsianos de la justicia, pero sí nos obligaría a cambiar la estructura informativa «welfarista» de nuestro principio leximin. Ahora bien, ¿por qué otra estructura la cambiaríamos? Naturalmente el primer candidato sería la estructura propuesta por Rawls. A continuación, pues, examinaremos qué tipo de estructura informativa determina la concepción rawlsiana de persona y cuál es su validez para nuestro propósito general de la obtención de evaluaciones sociales.

La introducción de la estructura informativa del modelo rawlsiano requiere una precisión particular sobre la concepción del bien de las personas que allí se configura. La ética deontológica de Rawls no consiente que las concepciones del bien individuales sean por sí mismas una base racional para realizar demandas. Por más que exija que cada individuo sea considerado en la diferencia que le da el plan de vida y su concepción del bien, la persecución del mismo sólo es legítima cuando ha sido santificada por los principios de justicia que rigen las instituciones sociales. De tal manera que cada individuo sólo tiene la concepción del bien que los principios prioritarios de la justicia le permiten. El problema naturalmente es cómo llegar a un acuerdo sobre lo que han de permitir los principios de la justicia cuando se parte de concepciones del bien inconmensurables. La respuesta a este problema remite a la mayor parte de las elaboraciones de la teoría de la justicia de Rawls. No obstante, podemos encontrar las claves de la misma en la propia concepción moral de la persona —que se nos describe como interesada en la justicia y en conformar su concepción del bien a la justicia— y en la doctrina que requiere de los bienes primarios. Estos bienes básicos y omnivalentes constituyen el índice por el que se han de valorar los distintos principios de la justicia. Así aquellos principios que aseguren una combinación aceptable de bienes primarios serán elegidos en la posición original por individuos racionales. Como se sabe, los principios de justicia defendidos por Rawls dan una prioridad absoluta al bien primario de las libertades básicas sobre todos los otros; asimismo el bien de la igualdad de oportunidades para ocupar cargos y posiciones sociales es prioritario sobre los restantes bienes básicos: la renta, la riqueza y las bases sociales del respeto por uno mismo. Esto significa que las personas no pueden perseguir concepciones personales del bien que o limiten las libertades básicas de otras personas o la igualdad de oportunidades. La distribución desigual de bienes primarios sólo se consiente para los menos prioritarios; en particular, la renta y la riqueza. El principio de diferencia limita la persecución del bien personal en esos bienes a los casos en que se mejora la posición de los menos favorecidos en la distribución de bienes primarios de la sociedad.

La estructura informativa de los bienes primarios se distingue netamente de la «welfarista». Mientras que ésta es informacionalmente

monista, aquélla es una estructura pluralista. Así los juicios sobre la justicia de las distribuciones han de tener en cuenta no cómo se distribuye un bien único y homogéneo —la utilidad—, sino una pluralidad de bienes que no son reducibles entre sí. La distribución económica justa será según los principios rawlsianos aquella que no violando la igualdad básica de libertades y oportunidades, asigne más renta y riqueza al sector de los que tienen peor situación social y económica.

Hay, sin embargo, en la ampliación de la estructura informativa rawlsiana más ganancias aparentes que reales. La referencia a la utilidad individual desaparece en ella y es sustituida por la referencia a la ventaja de los sectores sociales. Esta ventaja es medida en términos de bienes primarios y, por consiguiente, la población es distribuida en sectores según su participación en tales bienes. En principio, parece que son todos los bienes primarios los que entran a definir los sectores sociales y la misma noción de distribución justa requiere una cierta combinación de estos bienes. Pero la realidad es otra. Cuando el ordenamiento institucional de la sociedad satisface los principios de la justicia, los juicios sociales sólo se refieren a la distribución de tres bienes: la renta, la riqueza y las bases sociales del respeto por uno mismo. En una sociedad bien ordenada, los sectores sociales no son definidos por su participación en la distribución de aquellos bienes que ya la estructura institucional asegura igualitariamente para todos (y que, por lo demás, Rawls considera innegociables): las libertades básicas y la igualdad de oportunidades. La noción de desigualdad opera dentro de esa estructura igualitaria, de forma que cuando se aplica a los sectores sociales, prácticamente los únicos bienes primarios que quedan para identificarlos son la renta y la riqueza. De forma que, finalmente, el modelo que surge de la obra de Rawls contiene una situación paradójica. El juicio de justicia depende de una estructura informativa pluralista: la distribución de todos los bienes primarios mencionados. Pero el juicio sobre la desigualdad prácticamente depende de una estructura informativa monista: la distribución del bien primario de la renta. Si no existe una distribución igualitaria de los bienes prioritarios, la distribución de la renta no es justa y, por consiguiente, no hay nada más que decir. Si la distribución de la renta es justa, entonces examinamos si su desigualdad es mayor o menor: miramos cuánta renta da al sector de los que tienen menos renta en la sociedad. De esta forma, las distribuciones de renta son juzgadas sólo en base a sí mismas. La noción de bienestar ha desaparecido y nos hemos quedado con las unidades monetarias contantes y sonantes para juzgar la desigualdad económica.

Ahora bien, si la utilidad no pareció un buen índice para llevar al juicio social la importancia moral de las necesidades sociales —y, en general, la exigencia de dar un valor de diferencia a cada persona—, parece evidente que puede pretenderse con menos motivos que la renta lo sea. Reducir la distinción entre sectores sociales a una diferencia en su cuota de participación en la renta nacional es tanto como decir que la única necesidad básica que tienen las personas es la necesidad de renta. Esto genera precisamente una actitud contraria a la que tra-

ta de promocionar la teoría de la justicia rawlsiana y que es razonable defender: la exigencia de tratar las concepciones del bien como inconmensurables. El índice de los bienes primarios en último término supone algo similar a lo que suponía el utilitarismo: todo el mundo tiene la misma 'función de bienes primarios'. O, de otro modo, en este nivel de necesidades básicas, todas las personas tratan de conseguir lo mismo y no existen disonancias relevantes. Es evidente que suponer tal cosa no es muy realista. Veamos la consecuencia para nuestro caso familiar del inválido y el gozador.

Recordemos que el utilitarismo transfería parte de la renta del inválido al individuo más capaz de transformar renta en bienestar. ¿Qué trato le daría el principio de diferencia? No le daría ni más ni menos renta, puesto que el que sea un inválido no es una información capturable en términos de bienes primarios. Esta falta de sensibilidad ante necesidades a las que intuitivamente concedemos urgencia social se produciría en todas aquellas situaciones en las que están implicadas necesidades de salud y tiene consecuencias previsibles para el problema más general de las políticas de seguridad social. Hay que notar que para afrontar este tipo de cuestiones —presentadas por K. J. Arrow contra la noción de bienes primarios ((1973, págs. 104-5)—, Rawls concede que su teoría no está muy bien preparada y que «tal vez haya que abandonar la idea de bienes primarios» ((1982), pág. 168). Sin embargo, su opinión es que la validez de sus elaboraciones sobre la justicia social no depende de que sean aplicables a estos 'casos difíciles'. En la indagación realizada por F. Michelman (1975) se ha puesto de manifiesto que éste no es un problema accidental para las tesis centrales de *A Theory of Justice*. Por el contrario, si es posible construir una teoría de espíritu rawlsiano sobre los derechos básicos al bienestar, habría que reformar fuertemente los principios de Rawls —por ejemplo, la prioridad lexicográfica no sería para las libertades, sino para las bases sociales del respeto por uno mismo— y la concepción de los 'sectores sociales', de forma que pueda utilizarse como criterio las necesidades básicas y no los bienes primarios. Con este giro fundamental podría establecerse una relación coherente entre las pretensiones y la realidad de la concepción de Rawls; esto es, entre la exigencia asumible de tratar a las personas de una forma no vacía —el ya mencionado valor de diferencia que merecen que se les dé— y la consideración real que se les da en los juicios sociales derivados de los principios de la justicia.

La motivación para buscar una ampliación de la estructura informativa de los juicios sobre la desigualdad se encuentra en la necesidad de incorporar las diferencias de los distintos individuos. En este sentido es aceptable la crítica a la estructura «welfarista» realizada por Rawls. Sin embargo, lo que hemos tratado de probar es que la estructura de los bienes primarios que diseña bajo los requerimientos de sus principios de justicia no cumple tampoco la exigencia de inconmensurabilidad que nos propone la noción de persona moral. Junto a este fracaso en construir una estructura informativa adecuada, ha ido apareciendo a lo largo de este artículo la noción de necesidades básicas

como núcleo significativo de ese valor de diferencia de las personas. El criterio «a cada uno según sus necesidades» incorpora sumamente una de las ideas más ampliamente compartidas de justicia y no parece que pueda ser fácilmente menospreciado. En virtud de ello, el problema de la estructura informativa se agrava aún más y se vuelve más urgente. ¿Cómo han de ser identificadas las necesidades? ¿Qué peso habrá de dárseles en la evaluación de las alternativas? Este tipo de problemas no parecen ser resueltos ni por el utilitarismo ni por la doctrina de los bienes primarios. Sin embargo, no estamos inermes ante ellos. Vamos a considerar ahora una posible salida del atolladero.

¿Puede una concepción leximin del bienestar dar un tratamiento adecuado a las necesidades? En el marco de las relaciones de orden extendidas aparece claro un hecho que bajo la perspectiva utilitarista suele verse de otra manera. Es preferible ser alguien con una renta dada y menos necesidades a ser otra persona con la misma renta y más necesidades. Al contrario de lo que suele pensarse, tener más necesidades no significa tener un mayor bienestar. De las comparaciones interpersonales de niveles que requieren los ordenamientos extendidos se deriva inmediatamente que el individuo con menores necesidades tiene más bienestar que el individuo con más necesidades en un mismo nivel de renta (A. Sen (1973a), pág. 100). En un caso así, axiomas de equidad como el de Hammond recomendarían una transferencia de renta a la persona con menor bienestar y, por consiguiente, más necesitada.

En un marco de comparaciones de este tipo parece que está justificado utilizar el menor bienestar personal como índice de mayores necesidades. Con esto la estructura «welfarista» que rige el criterio leximin parece escaparse a las críticas que hemos realizado al utilitarismo y a la doctrina de los bienes primarios. Pero, ¿es un índice fiable? ¿Está realmente justificado identificar «menor bienestar» con «mayores necesidades»? Es fácil imaginar la situación en la que una persona tiene grandes necesidades y una función de bienestar alta. Consideremos a nuestro inválido que realmente no puede aprovecharse de muchas de las oportunidades que ofrece la sociedad y sus deficiencias le hacen incurrir en gastos de bienes básicos para su sustento que otras personas no tienen. Sin embargo, supongámoslo con un carácter alegre, extrovertido y capaz de sacarle placer a la menor cosa de la vida. O supongámoslo con una fe religiosa férrea que la ayuda a transformar su desgracia en satisfacción vital. Casi con seguridad esta persona no presentará una función de bienestar menor que la de una persona no inválida; así no podremos detectar su necesidad y ningún criterio de equidad recomendaría transferencias a su favor. ¿Debemos, entonces, renunciar a toda posibilidad de realizar juicios sociales que tengan en cuenta las necesidades sociales?

A. Sen (1973b) ha extendido un teorema demostrado por A. Lerner (1944) según el cual la distribución óptima de la renta es la igualitaria en los casos en que no podemos atribuir una función de bienestar a cada individuo. El teorema Lerner-Sen requiere los siguientes supuestos (A. Sen (1973b), págs. 223-4):

1. *Rigidez de la renta total*: Existe una renta fija y^* a dividir entre n individuos, i. e., $y_1 + \dots + y_n = y^*$.
2. *Concavidad de la función de bienestar de grupo*: El bienestar social W es una función simétrica, creciente y cóncava de los niveles de bienestar individuales: $W(U_1, \dots, U_n)$.
3. *Concavidad de las funciones de bienestar individuales*: Existen n funciones cóncavas de bienestar individual $U^1(y), \dots, U^n(y)$.
4. *Conjunto compartido de funciones de bienestar*: Para un individuo cualquiera i y una función de utilidad cualquiera j , es posible que j corresponda a i .
5. *Funciones de bienestar individual limitadas*: Cada función de bienestar individual está limitada por abajo.

El supuesto clave es el cuarto en el que se establece una correspondencia posible entre el conjunto de los n individuos y el conjunto de las n funciones de bienestar personales. El teorema de Lerner requiere que esa posibilidad sea de equiprobabilidad, pero en su contra juega el hecho de que no parece ser equivalente el no saber a quién corresponde qué función y suponer que esa correspondencia es igualmente probable. Con la forma más genérica que obtiene en la extensión de A. Sen se sigue demostrando el teorema y el supuesto es menos controvertido. No obstante, la utilización de uno u otro supuesto tiene consecuencias para la conceptualización del bienestar social. El teorema de Lerner al trabajar con probabilidades busca maximizar la esperanza matemática del bienestar social. Por el contrario, el teorema de Sen tiene que adoptar una estrategia maximin. De esta forma en el teorema de Sen que admitimos se establece que la distribución igualitaria de la renta es la alternativa que maximiza el bienestar social mínimo (A. Sen (1973a), pág. 107).

La importancia de este resultado es evidente por sí misma. Establece una conexión entre necesidades, igualdad y justicia que por otros medios sería difícil de asegurar. Unido al axioma de equidad permite establecer una estrategia para el tratamiento de las necesidades en las estructuras informativas que requieren los juicios sociales. A través de los ordenamientos extendidos del criterio leximin se nos recomienda dar más peso a las necesidades mayores, cuando éstas sean identificables fiablemente. Cuando no lo son, el teorema del igualitarismo maximin de Sen nos recomienda la distribución de renta igualitaria como estrategia maximin para el bienestar social. Obsérvese que ambas recomendaciones no se oponen; a ambas subyace la idea de que la distribución a conseguir es la que da un bienestar igual a cada miembro de la sociedad. La presión que significa dar más peso al que tiene mayores necesidades —cuando se interpreta correctamente la relación renta/necesidades/bienestar— sólo tiende a igualar en el bienestar a aquel que tiene mayores necesidades. Por consiguiente este trato desigualitario se justifica en base a las mismas razones que justifican el trato igualitario.

Este resultado nos confirma que la distribución igualitaria de bie-

nestar ha de ser la idea que debemos perseguir en nuestra búsqueda de procedimientos para la evaluación social. Pero no nos resuelve la inquietud que se nos planteó al inicio de esta sección. ¿Es la estructura informativa del principio leximin la adecuada para incorporar la concepción moral de la persona que aceptamos? La crítica de Rawls a un procedimiento que por partir de una preferencia unánime medida en términos de utilidad no adecúa la noción de inconmensurabilidad de las concepciones individuales del bien sigue siendo válida. Pero, al mismo tiempo la noción de bienes primarios tampoco parece ser muy apropiada. Sabemos que la distribución justa de la renta es la que distribuye igualitariamente el bienestar, pero la propia noción de bienestar está en supuesto. El reto que nos queda pendiente es conseguir especificar una idea de bienestar que sea capaz de recoger adecuadamente las diferencias personales y, en especial, las diferencias en las necesidades básicas. Mientras que no se consiga esto la defensa del principio leximin no es posible.

BIENESTAR Y CAPACIDADES BASICAS

Cuando se reflexiona atentamente sobre la idea de necesidad aparece algo que no recoge ni la noción de utilidad ni la noción de bienes. Alguien puede tener una función de utilidad alta o suficientes bienes y al mismo tiempo estar malnutrido. Ni la información de utilidad —por centrarse en la reacción mental que producen los bienes— ni la noción misma de bienes —por centrarse en la posesión de comodidades— pueden tener en cuenta las diferencias características de las personas. Por consiguiente, fracasan en reflejar el aspecto diferencial que suponen las necesidades. Dos personas que consumen los mismos bienes pueden tener diferentes niveles de malnutrición en razón de diferencias climáticas, de edad, sexo, etc.; dos personas que consumen los mismos bienes pueden tener los mismos niveles de malnutrición, pero diferentes funciones de utilidad en virtud de diferencias de personalidad o culturales. Las necesidades parecen tener que ver con los efectos que los bienes tienen sobre las personas. Los bienes dan a las personas bienestar o malestar; pero lo hacen en la medida en que las personas tienen la capacidad de aprovecharse de ellos. En este sentido, la noción de necesidad haría referencia a la carencia de esa capacidad y la interpretación que requerimos de bienestar tendría que referirse fundamentalmente a las capacidades de las personas (no a su posesión de bienes o a sus funciones de utilidad). Si además fuera posible diseñar un índice de bienestar que reflejara esta interpretación, entonces podríamos identificar nuestra idea de igualdad de bienestar señalando a la igualdad de capacidades básicas. En ese caso, cuando requerimos que la distribución justa sea aquella que distribuye igualitariamente el bienestar se pretendería decir que es aquella que distribuye igualitariamente la capacidad para obtener lo que de deseable tienen los bienes.

A. Sen ha explorado esta perspectiva en los últimos años, exten-

diendo sus aplicaciones a campos diversos (5); aquí trataremos de valorarla dentro de los límites que nos imponen nuestras preguntas iniciales por el sentido de la noción de bienestar y la referente al criterio de igualdad. Siendo la cuestión básica la referida a la valoración del bienestar de una persona, hemos de señalar que esa cuestión es ya una interpretación de otra considerada en la ciencia económica lógicamente anterior: la cuestión de cómo juzgar los intereses de esa persona. La perspectiva usual para juzgar el bienestar personal consiste en observar si las comodidades obtenidas por la persona satisfacen sus intereses. En esta perspectiva, las comodidades aparecen como deseables para una persona sólo si sus propiedades o características son deseables para esa persona. La cuestión es que la posesión de cantidades de un bien consideradas suficientes para asegurar el bienestar a alguien varían según sus características. Para obtener una idea del bienestar de una persona hay que buscar otro referente que no sea subjetivo. Por eso no consideramos importante las comodidades que obtiene ni las propiedades de esas comodidades que se puede asegurar una persona, sino lo que realmente es capaz de realizar con ellas. Hay que ser consciente de que una persona puede realizar muchas cosas con la misma cesta de comodidades que otra no puede. A este componente de la consecución lo llamaremos «realización» (6) y el propósito de Sen es construir un índice del bienestar que sea una función de la realización personal.

Lo primero a notar, pues, es que una 'realización' es diferente tanto de tener bienes (y sus propiedades), pero también de tener utilidad. La interpretación del bienestar como utilidad ha sido la forma usual en que la ciencia económica ha enfocado la cuestión. La noción de utilidad, sin embargo, puede recibir contenidos diferentes según la tradición a la que nos adscribamos. La que está implícita en la construcción del principio *leximin* es la ligada a la moderna tradición económica que la interpreta como una medida de la preferencia y una representación de la elección individual. Esta interpretación del bienestar como utilidad-elección es la que hemos criticado. La tradición filosófica y económica dispone, no obstante, de otras interpretaciones de la noción de utilidad que tienen un atractivo más intuitivo. En la interpretación clásica la utilidad es vista como la felicidad que una persona obtiene del consumo de bienes y en una interpretación más moderna como satisfacción de un deseo. Ambas interpretaciones tienen exigencias y dificultades diferentes, pero ambas coinciden en dos modos de presentar el bienestar de una persona que nos parecen especialmente rechazables. Por un lado, se centran en el acto mental de la persona; por otro, evitan cualquier referencia directa a algún tipo de valoración que la persona pueda realizar sobre sus propios fines (A.

(5) Particularmente a la cuestión de la obtención de nociones más sensibles de pobreza (1981) y de 'nivel de vida' (1984).

(6) Utilizamos el término «realización» como equivalente al utilizado por Sen de «*functioning*», dado que el sentido de ambos términos se refiere a lo que la gente realmente puede hacer.

Sen (1985), c. 3). El efecto de ello es la ausencia de una consideración directa de las propias diferencias entre las personas. ¿Por qué el pobre inválido de nuestro caso familiar puede tener la misma función de utilidad que el gozador satisfecho? Las razones pueden ser múltiples y ninguna de ellas recogibles en términos de sus estados mentales de felicidad o satisfacción. Una persona 'realista' acomodará fácilmente sus preferencias a sus posibilidades de forma que obtenga la mayor satisfacción (7). El enfoque de la utilidad dirá que tiene un buen nivel de bienestar. Pero ese buen nivel de bienestar puede ser el de un inválido que por sus creencias religiosas es capaz de sacarle a la vida el mejor partido o el de la persona resignada a su suerte miserable. Esas personas tienen necesidades que nunca verán satisfechas y pueden muy bien valorar su vida como peor que la de otros miembros de la sociedad. Aunque la utilidad no sea capaz de reflejar esas diferencias en las carencias, una consideración correcta del bienestar tendría que poder reflejarla.

Cuando el bienestar se interpreta desde la perspectiva de las realizaciones nos centramos en lo que realmente la persona consigue hacer con los bienes; esto es, no nos referimos a los bienes que posee y que le permiten conseguir esas realizaciones, pero tampoco nos referimos al placer, la felicidad o la satisfacción que le produce la consecución de las mismas. La relación entre las distintas nociones distinguidas puede establecerse según el siguiente esquema (A. Sen (1982), Intrad., pág. 30):

Bienes → Características → Realizaciones → Utilidad.

Supongamos un bien cualquiera como el alimento; entre sus características deseables está la nutrición; por consiguiente, lo que un individuo es capaz de conseguir poseyendo alimento en cantidad suficiente es estar bien nutrido; finalmente, de conseguir la realización de la nutrición, el individuo obtiene una satisfacción expresable en una función de utilidad. Para establecer el índice de realizaciones introduzcamos alguna notación:

- x_i = el vector de bienes que posee i .
- $c(.)$ = la función que convierte un vector de bienes en un vector de las propiedades de esos bienes.
- $f_i(.)$ = una 'función de utilización' personal que refleja un criterio de uso de los bienes que i puede realmente realizar (generando un vector de realización a partir del vector de propiedades de los bienes poseídos).
- F_i = el conjunto de 'funciones de utilización' f_i .
- $h_i(.)$ = la función de felicidad de una persona i relacionada con las realizaciones conseguidas por i (8).

Ciertamente, tener más bienes incrementa la capacidad para realizarse de los modos que indican las propiedades de los bienes

(7) Sobre la formación adaptativa de preferencias, véanse los trabajos de J. ELSTER, (1979), (1982) y (1983).

(8) La notación procede de A. SEN (1985), págs. 11-14.

(i. e., tener más alimentos incrementa la capacidad de una persona para no estar malnutrido). Pero nunca la cantidad de bienes poseídos puede indicarnos lo que consiguen realizar con ellos las diferentes personas. Las realizaciones personales efectivas dependen de la función de utilización elegida que convierte los bienes y sus propiedades en realizaciones y, naturalmente, de la propia función que convierte bienes en características —en definitiva, de los bienes que se posean y de la forma en que se los pueda o decida consumirse. De esta forma, las realizaciones conseguidas son dadas por la función de utilización ($f_i(.)$) y la función de conversión bienes-características elegidas:

$$b_i = f_i(c(x_i)).$$

La felicidad conseguida, por el contrario, es dada por la función de utilidad:

$$u_i = h_i(f_i(c(x_i))).$$

El vector b_i indica el modo en que está la persona i ; i. e., si ha conseguido disponer de las propiedades que ofrecen los bienes (en el caso más simple del alimento, si ha conseguido realmente estar bien nutrido). Pero no indica en qué medida lo ha conseguido; esto es, cuál sea su bienestar. Si las realizaciones son presentadas como un índice que refleja el bienestar personal, ello se debe a que permiten presentarlo como un asunto de valoración. Es decir, son capaces de introducir una noción que de otra manera sería difícil expresar: el bienestar personal es una cuestión de qué tipo de vida viva una persona y de qué sea capaz de conseguir realizar. Lo crucial de esta noción de bienestar puede entenderse cuando se la compara con las que le asignan las diversas interpretaciones de la utilidad.

Cuando repetidamente hemos dicho que ser feliz o tener satisfechos los deseos puede ser compatible con vivir en un estado malo nos referíamos implícitamente a una distinción conceptual esencial. 'Estar bien' es vivir en un estado que se *valora* como de bienestar; 'ser feliz' o 'tener satisfechos los deseos' es una cuestión de actitud mental hacia el estado en que se vive. Las personas pueden adaptarse a las condiciones más precarias de existencia al punto de que sean capaces de obtener una satisfacción alta de las mismas. Pero ello no ha de ocultar que las condiciones de su existencia son difíciles; esto es, que la capacidad de realizarse en ellas es mínima y que, por consiguiente, son valoradas como peores que otras condiciones en que sus posibilidades de obtener realizaciones fueran mayores. Por consiguiente, cuando decimos que el bienestar es un asunto de valoración de las realizaciones conseguidas tratamos de indicar que la reflexión sobre el tipo de consecución obtenida es la referencia inexcusable para la caracterización de los estados en que se hallan o pudieran hallarse los individuos. La ausencia de esa posibilidad de reflexión valorativa en las interpretaciones del bienestar como utilidad impide que ni siquiera la valoración que hagamos del vector b_i pueda ser guiada por la función h_i ; ésta sólo nos dice cuánta felicidad con-

sigue i con sus realizaciones. Si fuera admitida, ello implicaría una identificación del criterio de valoración con la felicidad o la satisfacción. Pero definicionalmente estamos preservados de tener que realizarla. Por el contrario, lo que hemos ganado es la posibilidad de utilizar un criterio u otro en la interpretación del bienestar como un valor que se da a las realizaciones conseguidas por una persona. Sea así $v_i(.)$ la función de valoración de la persona i , de forma que el valor del vector de realizaciones b_i es dado por

$$v_i = v_i(f_i(c(x_i))).$$

La función de valoración $v_i(.)$ asigna una representación numérica de bienestar a los vectores de realización. Naturalmente, dicho valor de escala que obtiene no tiene por qué coincidir con el obtenido en la escala de la función de utilidad —se la interprete como se la interprete.

Tal y como hemos definido $f_i(.)$ es una de las funciones de utilización de un conjunto F_i . El conjunto de las funciones de utilización disponibles para una persona es dado por el conjunto $P_i(x_i)$:

$$P_i(x_i) = [b_i/b_i = f_i(c(x_i)), \text{ para algún } f_i(.) \in F_i].$$

Si la elección de los vectores de bienes de una persona está restringida al conjunto X_i , entonces el vector de realizaciones disponible para la persona es dado por el conjunto $Q_i(X_i)$:

$Q_i(X_i) = [b_i/b_i = f_i(c(X_i)), \text{ para alguna } f_i(.) \in F_i \text{ y para algún } x_i \in X_i]$. $Q_i(X_i)$ representa la libertad que una persona tiene en términos de elección de realizaciones, dadas sus características personales F_i (conversión de propiedades en realizaciones) y su posesión de bienes X_i . Q_i puede ser llamada las «capacidades» de la persona i dados esos parámetros. Y refleja las varias combinaciones de realizaciones que puede conseguir (9).

Es importante hacer notar a la hora de considerar la 'libertad' de elegir que tiene una persona que ella depende del conjunto de funciones de utilización que pueda elegir y asimismo del conjunto de bienes al que pueda acceder. Si por razones de su constitución fisiológica necesita de alimentos especiales para estar nutrida, el conjunto de funciones de utilización entre las que puede elegir se verá restringido de una manera que puede serle desfavorable. Mientras este elemento impone una restricción que no es modificable —puesto que no es elegible tener una constitución fisiológica u otra—, otras restricciones podrían serlo; por ejemplo, las que impondrían la ignorancia sobre cómo preparar los alimentos, sus propiedades nutritivas, etc.; o las que impondría la falta de cuidados médicos. Del mismo modo, el conjunto de bienes puede estar reducido por causas inevitables —la pobreza de un país en caso de malas cosechas impide la compra de ali-

(9) En términos de SEN, las capacidades básicas reflejan «*the ability of a person to function*» ((1982), Intrd., pág. 31).

mento a otros países—; pero también puede estar limitado por la renta, los precios o la estructura de la propiedad privada en esa sociedad (A. Sen, 1985, pág. 27). En buena medida se puede entender que el objetivo de la política social ha de ser ampliar los límites que los individuos tienen para elegir tanto en el conjunto de las funciones de utilización como en el conjunto de los bienes.

Dada la función de valoración $v_i(\cdot)$ es posible caracterizar los valores de bienestar que i puede conseguir, dado por el conjunto V_i

$$V_i = [v_i/v_i = v_i(b_i \text{ para alguna } b_i \text{ en } a_i)].$$

El conjunto valores de bienestar especifica el orden de los vectores de realización del individuo i . Los criterios pueden ser diversos y no es seguro de que podamos obtener ordenaciones completas, sino más bien parciales e incompletas. Tampoco es seguro que se elija el elemento maximal de ese conjunto. El individuo puede estar constreñido por compromisos y obligaciones que le obliguen a escoger un vector no maximal.

La noción de bienestar que obtenemos con esta estructura es mucho más sensible que cualquiera presentada hasta ahora para acomodar las facetas variadas que conlleva la idea de ser una persona determinada en una situación determinada. Un ejemplo de A. Sen (1984, pág. 85) nos mostrará esta ventaja. Sean dos personas A y B. A es menos pobre que B, come más alimentos y no trabaja más que él. Pero también está peor nutrido, puesto que B tiene una estatura menor, un metabolismo menos rápido y vive en un clima templado. Así A come más, pero B está mejor nutrido. Sin embargo, también sucede que A es una persona religiosa, conforme con su destino, más feliz que B y sus deseos también más satisfechos. Por consiguiente, tanto según un índice de comodidades como según un índice de utilidad *A está mejor que B*. En nuestra interpretación, sin embargo, A no tiene más bienestar que B: él no tiene la capacidad de estar tan bien nutrido como lo está B. Si nosotros valoramos la capacidad para conseguir realizaciones y comparamos a A y a B de esa manera, jamás podremos decir que A está mejor que B. Así al considerar el bienestar personal como el tipo de vida que le es posible elegir vivir, podemos sensiblemente distinguir entre la vida que realmente vive y la vida que podría vivir si fuera posible hacer las oportunas transferencias.

En virtud de esta manera de conceptualizar el bienestar personal podemos dar un sentido específico al teorema de Lerner-Sen. Está justificado identificar 'menor bienestar' con 'mayores necesidades', cuando por necesidades individuales entendemos carencias en las capacidades para obtener niveles deseables de realización. Ni a través de los bienes ni a través de las funciones de utilidad obtenemos la garantía suficiente de que tener menos bienestar sea equivalente a tener mayores necesidades. Sólo el concepto «capacidad» y los índices de valoración de las realizaciones dan la seguridad de que cuando hablamos

de bienestar personal también estamos hablando de necesidades personales.

Pero una vez identificadas las necesidades individuales a través de esos índices de bienestar, nada nos impide utilizar los ordenamientos de preferencias extendidos para construir una función de bienestar social *leximin*. Ciertamente, el conjunto de valores que especifica el orden de los vectores de realización puede ser construido como una relación de orden extendida con las mismas características ya enunciadas. La diferencia radicaría en que ese orden no significaría ya la preferencia por la utilidad —de cualquier modo que a ésta se la interpretase—, sino una ordenación guiada por la concepción del bien de cada individuo. La posibilidad de que las diferentes concepciones del bien tengan opción a determinar la función de bienestar social realiza la demanda de tratar a las personas no como entes homogeneizables, sino como individuos diferenciados y no intercambiables. No obstante, las comparaciones interpersonales nos siguen también requiriendo que adoptemos una preferencia unánime para dar sentido a las ordenaciones extendidas. ¿Son contradictorias ambas demandas?

Pienso que la restricción de la preferencia unánime a cuestiones relativas a la carencia de capacidades básicas deja un amplio margen para el juego de las diferentes concepciones del bien. Yo creo que nuestro religioso A puede compartir con B la idea de que es mejor tener la libertad de elegir estar malnutrido que no tenerla y eso es cuanto es necesario para establecer una función de bienestar social *leximin* que pondere una diferencia en los niveles de capacidad para conseguir realizaciones. De este modo no creo que fuera posible mantener la crítica rawlsiana en contra del principio *leximin* de que se trata a los individuos como ‘contenedores’ de un bien conmensurable. Pensamos que el valor de diferencia y la inconmensurabilidad de sus concepciones del bien queda preservada. O al menos lo está en la medida en que puede serlo cuando en lo que estamos interesados es en promover políticas sociales que realmente ayuden a quien deben ayudar. Un principio *leximin* reformado para que identifique al individuo peor situado por su capacidad para conseguir realizaciones no concibe a ese individuo como si no tuviera una concepción del bien inconmensurable. Nuestro religioso A seguramente la tiene y cuando decimos que su situación es comparable a la de B, no creo que le estemos quitando ni un ápice de su capacidad de perseguir su idea personal del bien. Simplemente decimos que según una preferencia unánime —la de que es preferible poder realizar la capacidad de estar bien nutrido a no poder realizarla—, tiene menos libertad de bienestar que B. Y, por tanto, que si fuera posible una redistribución de bienestar en esa sociedad, la redistribución justa tendría que tender a igualar en la capacidad para obtener realizaciones a A y a B. Una vez que se le diera esa libertad de elegir, A bien podría prescindir de conseguir una mejor nutrición por razón de sus ideas religiosas. Pero su bienestar se habría visto promovido de una manera claramente identificable.

CONCLUSIONES

En estas páginas hemos defendido una fórmula reformada del principio igualitarista conocido como *leximin*, i. e., el principio *maximin* lexicográfico. Dicho principio da una ponderación especial a los individuos o sectores de la sociedad peor situados a la hora de evaluar estados, acciones o políticas sociales alternativas. Se trata de un principio consecuencialista y «welfarista» como los principios utilitaristas; pero, a diferencia de ellos, no es aditivista. En ello radica su ventaja. La crítica tópica en contra del utilitarismo que menciona su insensibilidad con respecto a los aspectos distributivos de las alternativas sociales no es aplicable al principio que defendemos. La relevancia que en su estructura tienen los peor situados en la sociedad conduce a recomendaciones que tienen en cuenta cómo se distribuye el bienestar entre los miembros de la sociedad y no sólo cuánto bienestar se alcanza. Esto es lo que lo hace tan atractivo para nuestra intuición moral.

La versión usual de este principio trabaja con medidas ordinales de utilidad y comparaciones interpersonales fundadas en una preferencia unánime. Ambos elementos han hecho acreedor al principio de una severa crítica por parte de Rawls. Nosotros nos hemos adherido a dicha crítica de una manera matizada. Hemos aceptado que la concepción moral de la persona no es respetada por el principio. Más bien éste trata a los individuos como si no poseyeran lo que tienen de más característico, a saber, un valor de diferencia expresado en una concepción personal del bien inconmensurable. Sin embargo, creemos haber demostrado que evitando el elemento «welfarista» de la versión usual podemos acomodar la concepción moral de la persona tal y como la presenta Rawls. Por ello, hemos defendido una concepción del bienestar personal —desarrollada por A. Sen— que identifica éste no con la posesión de bienes ni con la utilidad que la posesión produce, sino con la capacidad para aprovecharse de los mismos. Dicha concepción del bienestar nos permite reconciliar las exigencias de la concepción moral de la persona —el respeto a las concepciones personales del bien— con las exigencias de la estructura de las comparaciones interpersonales —la necesidad de una preferencia unánime—. De este modo, la versión del principio *leximin* que defendemos sigue siendo consecuencialista, pero ya no es «welfarista». Otros valores distintos a la simple maximización de la utilidad personal pueden intervenir en la apreciación de los estados sociales a través del concepto de libertad para elegir qué cosas hacer con los bienes y sus propiedades.

Finalmente, me gustaría señalar algunas dificultades con las que un defensor del principio *leximin* reformado que hemos propuesto tiene que enfrentarse. En primer lugar, existen problemas técnicos derivados del hecho de haber sustituido los índices de utilidad por los índices de capacidades básicas. Es el caso de la identificación real de dichas capacidades que no son fácilmente observables y que requieren otros métodos de información. También nos enfrentamos al problema

de agregar en un solo índice personal las diferentes capacidades de realización y, seguidamente, el problema de su agregación en el ordenamiento social extendido. Por último, al referirse a la libertad de elección de las personas, no es posible remitir la valoración del conjunto de capacidades al 'mejor' elemento del conjunto. La libertad en este sentido no depende de la existencia de tal elemento, sino del conjunto completo —a diferencia de la utilidad—. Con todo, estos problemas son sólo los problemas inevitables de cualquier procedimiento de formación de un juicio social y con cualquier otro principio tendremos que enfrentarnos a ellos o a otros similares. Existe, sin embargo, un segundo conjunto de dificultades que afectan más directamente al aspecto de la fundamentación normativa y que nos gustaría al menos enunciar. Se trata de los que surgen del hecho de que el principio trate de valorar transferencias de bienestar al sector de los individuos peor situados en la sociedad. Esto nos compromete con un principio de ayuda a los menos favorecidos. Pero con un tipo especial de ayuda: una ayuda para proporcionar una mayor libertad de elección a esos ciudadanos. Si es fácilmente justificable un derecho de no interferencia fundado en el concepto de libertad negativa —i. e., salvaguardar de interferencias la persecución por parte de cada cual del propio bienestar—, no parece fácil fundar una obligación para con la libertad positiva. La cuestión es, por tanto, ¿en qué fundaremos una obligación a ser ayudado positivamente a conseguir mayor capacidad de persecución de bienestar? La libertad de bienestar es un concepto novedoso dentro de la manera habitual de tratar los derechos personales y como libertad positiva que es no parece que dé lugar a un concepto similar de derechos y obligaciones. Desde el punto de vista normativo ésta es la tarea más urgente que presenta el fuerte igualitarismo del principio leximin y que consideramos un reto para el futuro.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARROW, K. J. (1973), «Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice», en K. J. Arrow (1984).
- (1977), «Extended Sympathy and the Possibility of Social Choice», en K. J. Arrow (1984).
- (1984), *Social Choice and Justice*, Oxford: Blackwell.
- ASPREMONT, C. d'; GERVES, L. (1977), «Equity and Informational Basis of Collective Choice», *Review of Economic Studies*, 44.
- BUTTS, R., y HINTIKKA, J. (ed.) (1977), *Foundational Problems in the Social Sciences*, Dordrecht: Dordrecht Reidel Pu. Co.
- DANIELS, N. (ed.) (1975), *Reading Rawls*, Oxford: Blackwell.
- DESCHAMPS, R., y GERVES, L. (1978), «Leximin and Utilitarian Rules: A Joint Characterization», *Journal of Economic Theory*, 17.
- DIAMOND, P. (1967), «Cardinal Welfare, Individualistic Ethics and Interpersonal Comparisons of Utility: A Comment», *Journal of Political Economy*, 75.
- ELSTER, J. (1979), *Ulysses and the Sirens*, Cambridge: Cambridge U. P. (2nd ed. 1984).
- (1982), «Sour Grapes - Utilitarianism and the Genesis of Wants», en A. Sen y B. Williams (ed.) (1982).
- (1983), *Sour Grapes*, Cambridge: Cambridge U. P.
- HAMMOND, P. J. (1976), «Equity, Arrow's Conditions and Rawls' Difference Principle», *Econometrica*, 44.
- (1977), «Dual Interpersonal Comparisons of Utility and the Welfare Economics of Income Distribution», *Journal of Public Economics*, 6.
- (1979), «Two Persons Equity», *Econometrica*, 47.
- HARSANYI, J. C. (1955), «Cardinal Welfare, Individualistic Ethics and Interpersonal Comparisons of Utility», en E. S. Phelps (ed.) (1973).

- (1975a), «Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of J. Rawls' Theory», en J. C. Harsanyi (1976).
 - (1975b), «Non-Linear Social Welfare Functions: Do Welfare Economists Have a Special Exemption from Bayesian Rationality?», en J. C. Harsanyi (1976).
 - (1976), *Essays on Ethics, Social Behavior and Scientific Explanation*, Dordrecht: Dordrecht Reidel Pu. Co.
 - (1977), «Non-Linear Social Welfare Functions: A Rejoinder to pfr. Sen», en R. Butts y J. Hintikka (ed.) (1977).
- LERNER, A. (1944), *The Economics of Control*, London: Macmillan.
- MICHELMAN, F. (1975), «Constitutional Welfare Rights and A Theory of Justice», en N. Daniels (ed.) (1975).
- PHELPS, E. S. (ed.) (1973), *Economic Justice*, Harmondsworth: Penguin.
- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford U. P.
- (1974), «Some Reasons for the Maximin Criterion», *American Economic Review*, 64.
 - (1982), «Social Unity and Primary Goods», en A. Sen y B. Williams (ed.) (1982).
- ROBERTS, K. W. S. (1980), «Possibility Theorems with Interpersonally Comparable Welfare Levels», *Review of Economic Studies*, 47.
- SEN, A. (1970), *Elección colectiva y bienestar social*, trd. F. Castillo, Madrid: Alianza, 1976.
- (1973a), *Sobre la desigualdad económica*, trd. I. Verdeja, Barcelona: Crítica, 1979.
 - (1973b), «On Ignorance and Equal Distribution», en A. Sen (1982a).
 - (1977a), «Non-Linear Social Welfare Functions: A Reply to Prf. Harsanyi», en R. Butts y J. Hintikka (ed.) (1977).
 - (1977b), «Welfare Inequalities and Rawlsian Axiomatics», en R. Butts y J. Hintikka (ed.) (1977).
 - (1979a), «Personal Utilities and Public Judgements: or What's Wrong with Welfare Economics», en A. Sen (1982a).
 - (1979b), «Utilitarianism and Welfarism», *The Journal of Philosophy*, vol. 76, núm. 9.
 - (1980), «Equality of what?», en A. Sen (1982a).
 - (1981), *Poverty and Famines*, Oxford: Clarendon P.

- (1982), *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford: Blackwell.
- (1984), «The Living Standard», *Oxford Economic Papers*, 36.
- (1985), *Commodities and Capabilities*, Amsterdam: North-Holland.
- , y WILLIAMS, B. (ed.) (1982), *Utilitarianism and beyond*, Cambridge: Cambridge U. P.
- STRASNICK, S. (1976), «Social Choice Theory and the Derivation of Rawls' Difference Principle», *Journal of Philosophy*, 73.
- SUPPES, P. (1966), «Some Formal Models of Grading Principles», en P. Suppes (1969).
- (1969), *Studies in the Methodology and Foundations of Science*, Dordrecht: Dordrecht Reidel Pu. Co.

II
IHERING, HOY

NOTA INTRODUCTORIA

Una coincidencia —ninguna iniciativa del director del «ANUARIO»— ha permitido a la redacción contar con dos originales sobre Ihering, que enriquecen la parca bibliografía española sobre este clásico impertinente, al que hoy invocan, en su ambivalencia, tanto los partidarios de la Zweckrationalität, como quienes, desde la sociología, la psicología, la antropología, la biología o la etnografía, intentan, más que logran, ofrecer una alternativa al normativismo, al formalismo, esto es, a la reductora comprensión del derecho desde el derecho mismo. Cuando se constata que esas alternativas apuntadas apenas han alcanzado eco en la cultura jurídica española, no extraña la ignorancia de Ihering, a pesar de la abundante y no siempre ordenada traducción castellana, promovida en su día en buena parte por los hombres de la Institución Libre (la crónica «Ihering en España» se inició en El reformismo español y fue continuada por R. Gibert en su aportación al volumen colectivo Iherings Erbe promovido en 1970 por F. Wieacker), a pesar de esa traducción, decía, y de la presencia de Ihering en Ortega y Gasset. Así, no es inocuo el despertar del interés por el jurista alemán en el área jurídica de lengua castellana, establecida a uno y otro lado del océano. Este clásico impertinente, este Picasso del derecho, que permite en su perfil intelectual la presencia de etapas iniciadas con rupturas geniales, puede ser de nuevo un valor cotizado. Si a Sánchez Román interesaba el Ihering de la técnica jurídica, o al «Clarín» del prólogo a La Lucha por el derecho entusiasmaba la voluntad del alemán, frente al marasmo y la abulia del liberalismo español finisecular, o a Ortega entusiasmaba el sentido histórico del profesor de Gotinga, hoy nos puede interesar todo Ihering si terciamos en la discusión que intenta superar la dialéctica establecida entre los definidores del «fin de los sistemas» sociales, y los formuladores de un «discurso emancipatorio». Por lo que hace a nuestro entorno, en la mayor parte de los casos no se procederá tanto a una relectura como a una primera toma de contacto. A modo de acicate, oportunas parecen las dos aportaciones aquí ofrecidas. J. J. G. C.

Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico

Por FELIPE GONZALEZ VICEN

La Laguna

Ninguna obra refleja más exactamente la gran controversia metódica del último siglo dentro de la ciencia del Derecho que la obra de Rudolf von Jhering. Ni en ninguna otra puede seguirse como en ella paso a paso el proceso que lleva al resultado último de esta controversia, es decir, al tránsito de un concepto formal a un concepto social y sustantivo del derecho (1).

Con su radicalismo congénito, Jhering va a constituir, en la primera fase de su obra, la versión más extrema del formalismo jurídico. La «jurisprudencia conceptual», como él mismo iba a bautizar a la dirección (1a), la reducción a conceptos de las proposiciones y relaciones jurídicas, su enlazamiento formal y su constitución en sistema, va a encontrar en Jhering el valedor más tenaz y decidido durante un cuarto de siglo. Tan tenaz y decidida como va a ser su crítica aniquiladora de este mismo conceptualismo en la segunda mitad de su vida. Todos los motivos que animan la crítica al formalismo jurídico hacia mediados del siglo parecen darse cita en su obra, del mismo modo que ella señala también la dirección general que va a seguir, después de él, el pensamiento jurídico. En este sentido, la obra de Jhering tiene, puede decirse, un valor paradigmático. Otros juristas calaron más hondo en la crítica del conceptualismo jurídico, y no hay duda de que en Jhering la mordacidad cáustica apenas si oculta en ocasiones la inconsistencia de sus argumentos. No obstante lo cual, en vano se buscaría una obra que, en su conjunto, mejor nos muestre la transformación experimentada por la ciencia jurídica europea desde que se apagan los ecos de la Escuela histórica y pasan al olvido las últimas grandes construcciones jusnaturalistas.

(1) Una relación completa de las publicaciones de Jhering y de sus traducciones a otros idiomas, en M. G. LOSANO, «Bibliographie R. v. Jherings», en *Jherings Erbe (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. kl. 3. Folge, Nr. 75)* Göttingen, 1970, págs. 272 y sigs.

(1a) R. v. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884)*, 13. Aufl. Leipzig 1924 (= *Scherz u. Ernst*), págs. 293, 362, *passim*.

1

En la primera etapa de su pensamiento Jhering se halla, como toda su generación, bajo la influencia todopoderosa de Savigny y su Escuela. Al refutar Savigny la idea codificadora, concibiendo al Derecho como producto de la convicción popular, «fruto siempre de fuerzas interiores y silenciosas, no de la voluntad de un legislador» (2), iba a dar con ello un paso de extraordinarias consecuencias para toda la ciencia jurídica futura. A la idea tradicional de «un» Derecho, sigue ahora la idea de una multiplicidad de Derechos, tantos como pueblos con personalidad propia para crear su Derecho. Derechos, cada uno de ellos dotados de justificación propia, de una «necesidad interna», la cual hace que su materia sea lo que es «y no otra cualquiera» (3). O para decirlo con palabras de Savigny: «No hay más Derecho racional que el que vive en cada pueblo y es reconocido y expresado por él» (4). Frente a este Derecho dado y necesario, la labor del jurista no puede ser nunca, por eso, valorativa, sino sólo cognoscitiva. A la cabeza de esta labor cognoscitiva van a situarse Savigny y Puchta. La palabra clave aquí va a ser la de «sistema». Se trata de entender científicamente un Derecho positivo en la totalidad de sus manifestaciones y esto sólo es posible por su reducción a sistema, es decir, «por el conocimiento y exposición de la conexión interna o la afinidad, por virtud de las cuales los conceptos o los preceptos jurídicos singulares se combinan en una gran unidad» (5). La ciencia «refiere el Derecho a sus principios y lo entiende como un sistema, o lo que es lo mismo, como una totalidad de proposiciones que se presuponen y deducen mutuamente» (6). O como dirá el mismo Puchta conclusivamente: «Cometido de la ciencia del Derecho es el conocimiento de las proposiciones jurídicas... como condicionadas las unas por las otras y deducidas las unas de las otras, siguiendo así la genealogía de una proposición hasta los primeros principios y descendiendo después desde éstos hasta sus últimas ramificaciones» (7). Es el ideal de una ciencia del Derecho abstractiva y formal, ciega para toda clase de valores y que ignora conscientemente la dinámica social que sustenta el fenómeno jurídico. El Derecho crece desde dentro, por la compatibilidad de subsunción de una norma con las restantes ya dadas en el sistema. Una regla de con-

(2) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, pág. 13. Sobre la Escuela histórica, cfr. mi trabajo «La Escuela histórica del Derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 1978/1979, págs. 1 y sigs., ahora también en mi colección de estudios *De Kant a Marx*, Valencia 1984, págs. 99 y sigs., así como mi estudio preliminar a la traducción de J. J. BACHOFEN, *Derecho natural y Derecho histórico*, Madrid, 1955.

(3) SAVIGNY, *Vom Beruf*, pág. 11.

(4) SAVIGNY, Recensión de N. Th. V. GÖNNER, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, 1815, en *Vermischte Schriften*, Berlin, 1850, págs. 129-30.

(5) SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, 1840, págs. XXXVI-XXXVII.

(6) G. F. PUCHTA, *Pandekten* (1838), 7. Aufl., Leipzig, 1853, pág. 28.

(7) PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Bd. I (1841) 5. Aufl., Leipzig 1856, pág. 37.

ducta, dirá Puchta, sólo es Derecho «si es verdad», y para serlo «tiene que insertarse en el sistema, es decir, tiene que estar fundamentada internamente» (8). Y en otro lugar: «Las proposiciones jurídicas no son indiferentes las unas respecto de las otras, de tal suerte que una de ellas pudiera modificarse sin afectar a las demás, sino que todas se hallan enlazadas, se presuponen recíprocamente, y se pueden deducir las unas de las otras» (9).

Este esquema de la ciencia del Derecho y de sus modos de conocimiento va a ser el marco en el que se mueve casi a la letra la llamada jurisprudencia conceptual. No se trata de una escuela en sentido propio, sino, más bien, de un método; de un método que va a dominar durante todo un siglo la ciencia del Derecho europea, y del cual todavía se perciben resabios en muchas obras jurídicas de nuestro tiempo: Las normas jurídicas son consideradas en sí, sin relación ninguna ni con sus finezas ni con su origen o motivación, desintegradas en sus elementos primarios hasta que se obtiene en cada una un concepto abstracto que se pone en conexión con otros obtenidos de manera semejante y se agrupan bajo otros conceptos más generales hasta llegar de esta forma a la constitución de un sistema en el que cada concepto tiene su lugar preciso. El más famoso entre los representantes de esta dirección fue Jhering en la primera etapa de su pensamiento. En esta época, Jhering dirige todos sus esfuerzos a la fundamentación de una ciencia de Derecho estrictamente lógica y de estructura cuasi-matemática, tal y como había sido en principio el ideal de Savigny y Puchta. Sus escritos técnicos y sistemáticos, más que los dogmáticos, son los que asentarán la fama de Jhering en su tiempo, y los que, todavía hoy, se hallan unidos a su nombre. Lo que presta su individualidad inconfundible a estos trabajos no es tanto, sin embargo, la originalidad de su pensamiento como el vehículo con que Jhering lo reviste, su estilo personal y vigoroso. Así como también, todo hay que decirlo, la utilización de lo que él denominaba «método histórico-natural» (10) y que le hizo llenar sus obras de términos y comparaciones extraídas de la química y de la biología, lo que había de provocar resonancia inusitada en una época en la que alentaba el fetichismo por las ciencias naturales y sus conquistas prácticas (11).

El pensamiento de Jhering en este período no puede decirse que fuera original en el sentido riguroso de la palabra, sino que su germen y sus presuposiciones se encuentran, más o menos explícitamente formuladas, en Savigny y Puchta, los dos grandes teóricos de la Escuela histórica. Dos son las grandes ideas que, en este sentido, dominan toda la concepción de la ciencia jurídica de Jhering en esta primera fase de su desenvolvimiento. De un lado, que la ciencia del Derecho no es una

(8) PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen 1828/1837, Bd. I, pág. 166.

(9) PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, ya cit., Bd. I, págs. 36-37.

(10) Cfr. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (=Geist)* (1858) 6.u.7.Aufl. 2. Teil, 2. Abtlg., Leipzig 1923, págs. 357 y ss.

(11) Sobre el interés de Jhering por las ciencias naturales y su trato con colegas de esta Facultad en Giessen nos informan los recuerdos de su hijo, en *Rudolf von Jhering 1852-1868. Briefe und Erinnerungen*, Berlin 1907, págs. 8-9.

ciencia de contenidos, sino una ciencia de conceptos formales extraídos de la materia normativa de los órdenes jurídicos singulares; de otro, que todo Derecho posee de por sí una estructura sistemática que es susceptible de conocimiento y de exposición. De acuerdo con ello, Jhering divide la jurisprudencia del Derecho en dos grandes clases: la jurisprudencia inferior y la jurisprudencia superior. La labor de la jurisprudencia inferior, dice Jhering, puede resumirse en la «interpretación», en captar el sentido de las normas jurídicas, eliminar sus contradicciones aparentes, sus obscuridades, sus vaguedades, sacando a luz el contenido fiel de la voluntad legisladora, en suma, «partiendo de las determinaciones concretas llegar al principio que se halla en su base, y partiendo de éste llegar a todas sus consecuencias» (12). La «jurisprudencia inferior» no es, en realidad, más que una fase preliminar en la que el jurista debe detenerse lo menos posible. Sólo en la «jurisprudencia superior» puede decirse «que el cometido y el método son específicamente jurídicos y que en ella la ciencia del Derecho adquiere ese carácter peculiar que la distingue de todas las demás ciencias» (13). La diferencia entre ambas clases de jurisprudencia puede, por ello, resumirse diciendo que la inferior tiene por objeto proposiciones jurídicas y principios jurídicos, mientras que el de la superior son institutos y conceptos jurídicos.

En esta distinción se encuentra resumida, por así decirlo, toda la teoría conceptual del Derecho de Jhering. En ella se hace real lo que en forma de apotegma nos decía ya en las primeras páginas de su obra: que «el Derecho de una época no puede nunca identificarse con la suma de sus proposiciones jurídicas» (14). Como en ella se encuentra también la respuesta adecuada a la frase programática: «Al ojo avezado el Derecho le aparece como un organismo lógico de institutos y conceptos jurídicos, al no avezado, como un conjunto de proposiciones jurídicas; aquella visión se corresponde con la naturaleza interna del Derecho, mientras que la última es la fachada externa del Derecho, orientada a la vida práctica» (15).

En principio, podemos imaginarnos una relación vital, bien entre personas o bien entre personas y cosas. Esta relación vital se convierte en relación jurídica al ser regulada por el Derecho. No obstante lo cual, para dar forma jurídica a una relación vital no basta con una sola proposición jurídica, sino que son precisas varias o incluso una multiplicidad de ellas, las cuales, aunque independientes entre sí, se hallan unidas por su referencia a una circunstancia de hecho, y pueden como tal unidad entrar en relación con otras unidades normativas semejantes. Estas relaciones pueden ser de muy diversas clases, complementarias, correctoras, de género y especie, pero a través de todas ellas, la relación jurídica original se mantiene como un instituto jurídico propio. Lo que tiene de peculiar este proceso por el cual un instituto ju-

(12) *Geist*, 2.Teil, 2.Abt., pág. 358.

(13) *Geist*, 2.Teil, 2.Abt., pág. 359.

(14) *Geist*, 1.Teil (1852) 7.u.8.Aufl., Leipzig 1924, pág. 35.

(15) *Geist*, 1.Teil, pág. 42.

ídico nace en virtud de la regulación por el Derecho de una situación vital, es que las proposiciones jurídicas por las que el instituto se constituye juegan un papel nuevo, «se despojan de su forma originaria imperativa o prohibitiva y se convierten en elementos o cualidades del instituto en cuestión» (16). De esta manera y a través de un concepto, el de instituto jurídico, las proposiciones jurídicas encuentran su lugar en el sistema.

Con ello hemos llegado a una noción central en la teoría conceptual de Jhering: la de sistema. El sistema, como ya advertía Savigny, no es la mera ordenación de cosas o relaciones de modo mecánico y según criterios subjetivos. En el Derecho el sistema es su esencia misma, esa estructura íntima, que el jurista no aporta, sino que trata de descubrir en cada caso. Todo Derecho tiene un sistema propio, y sólo por el conocimiento de éste puede decirse que se conoce realmente un Derecho. Mientras que el Derecho sólo nos ofrece a primera vista una masa de proposiciones jurídicas, todas ellas diferentes entre sí, con orígenes y fines distintos, el sistema nos brinda de una vez una visión plástica y unitaria de un Derecho (17). Las proposiciones, que nos aparecían distintas y sin relación entre sí, se agrupan en el sistema en unidades superiores, los conceptos, los cuales, a su vez se relacionan entre sí de forma lógica. «Esta lógica del Derecho es, puede decirse, el precipitado de las proposiciones jurídicas, de tal manera, que en un solo concepto bien entendido puede encerrarse el contenido práctico de diez proposiciones jurídicas» (18). Concebido así el Derecho, en la más pura forma conceptual, como un sistema de estructura lógica, en cada uno de cuyos elementos se encierran proposiciones jurídicas singulares, la ciencia del Derecho adquiere un nuevo carácter. En sus relaciones lógicas los conceptos pueden desembocar en el descubrimiento y formulación de nuevos conceptos y nuevas proposiciones jurídicas. O como dice Jhering con su peculiar terminología: «los conceptos son productivos, se emparejan y procrean otros nuevos» (19). Lo que equivale a decir, que la ciencia del Derecho, no sólo es «receptiva», sino también «productiva»; que no es simplemente reflexión sobre el material jurídico dado, sino también reducción de este material a una estructura lógica que le permite deducir o inducir de ella nuevos conceptos y proposiciones jurídicas (20). «El sistema es fuente inagotable de nueva materia jurídica», había ya escrito Jhering (21). Volviendo ahora a la distinción entre «jurisprudencia inferior» y «jurisprudencia superior», Jhering sigue viendo en aquélla la reflexión e interpretación de las reglas jurídicas dadas, pero ve el cometido de esta última en la conversión del material jurídico en una suma de conceptos. La «juris-

(16) *Geist*, pág. 37.

(17) *Geist*, II,2, págs. 383 y sigs.

(18) *Geist*, I, pág. 37.

(19) *Geist*, I, pág. 4.

(20) R. V. JHERING, «Unsere Aufgabe» (1867), en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, Bd.I, Jena 1884, págs. 4 y sigs.

(21) *Geist*, II, I, págs. 388 y sigs.

prudencia superior» implica, por tanto, una doble tarea: la indagación de los conceptos dados, de sus propiedades y estructura, y la propiamente creadora, la reducción del material jurídico a un mundo de conceptos. En esta doble tarea radica el carácter productivo de la ciencia del Derecho. Al constituir conceptos con las proposiciones jurídicas inmediatas, éstas quedan desprovistas de su carácter práctico y reducidas a una mera estructura racional carente de contenido, con lo cual el concepto adquiere una nueva transparencia y permite encontrar conexiones y reglas de conducta no vislumbradas antes, y que se incorporan al Derecho real y efectivo. «La futura historia del Derecho, por eso, no sólo tendrá que fijar su atención en el Derecho surgido de las fuentes tradicionales, sino también en el surgido de la mente jurídica, y que únicamente desde la lejanía puede percibirse adecuadamente» (21a). Así como en las ciencias naturales un género bien determinado abarca de antemano todas las propias especies imaginables, conocidas o no, así también un sistema de conceptos jurídicos percibido en todas sus relaciones y posibilidades puede adaptarse y regular cualquier situación futura, por insólita y sorprendente que ésta sea (22). En el mundo social no puede darse nunca ningún fenómeno que no esté sujeto a la normativa conceptual. Con esta capacidad creadora y productiva la ciencia del Derecho alcanza sus más altas cimas. «De sirva del legislador y compiladora de detalles positivos, se alza a la categoría de arte y ciencia libres; de un arte que talla y conforma artísticamente el material insuflándolo vida, y en una ciencia que, pese al carácter positivo de su objeto, puede ser designada como ciencia natural en el terreno del espíritu» (23).

2

Con ello se han trazado los rasgos principales del conceptualismo jurídico. Un conceptualismo que en Jhering va a combinarse con lo que él llamaría «método histórico-natural», y que al salpicar toda su obra de términos y giros procedentes de las ciencias naturales, «precipitación», «desintegración», «análisis», «fecundación», va a obscurecer más a aclarar el núcleo de su pensamiento (24). El conceptualismo no es, empero, como ya queda dicho, una Escuela en el sentido propio de la palabra, sino una dirección metódica que va a alcanzar un eco inusitado en una ciencia del Derecho sacudida todavía por la negación de todo valor científico a la jurisprudencia en la célebre conferencia de Kirchmann (25).

(21a) *Unsere Aufgabe*, ya cit., págs. 4-5.

(22) *Unsere Aufgabe*, págs. 14-15.

(23) *Geist*, II, 2, pág. 361.

(24) Sobre todo ello, cfr. H. J. HOMMES, «Rudolf von Jherings naturhistorische Methode», en *Jherings Erbe* (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, ya cit., págs. 101 y ss.

(25) J. H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*

Basta echar una mirada a las monografías y tratados de la época para convencerse de ello. El germanista Gerber, por ejemplo, veía el fundamento de toda labor científica en «la formulación de un sistema científico, en el cual las proposiciones singulares aparecieran como el desenvolvimiento de una idea superior y unitaria», y del que se «hubiera eliminado todo elemento empírico, ético o político» (26). Y en el libro jurídico más leído de su tiempo, el «Tratado de Pandectas» de Windscheid, puede leerse en las primeras páginas, y pese a toda la prudencia del autor, que «el contenido en sentido propio de las proposiciones jurídicas se nos ofrece siempre en forma de concepto... y de lo que se trata es de descomponer estos conceptos en sus elementos constitutivos». El mérito de la ciencia del Derecho contemporáneo consiste en haber permanecido fiel a este método, «ya que de la aprehensión total del contenido de los conceptos dados en las proposiciones jurídicas depende, no sólo la comprensión plena del Derecho, sino también la certeza de su aplicación» (27).

Y sin embargo, ello no quiere decir que no se levantaran, aunque aisladamente, voces de protesta contra el formalismo absoluto de los pandectistas. El argumento es siempre el mismo. El conceptualismo lleva a un aislamiento por principio de la vida social, que es, por definición el objeto de todo Derecho; el eliminar aquella relación esencial, lo que se hace es construir un Derecho en el vacío, preocupándose, como dirá un crítico moderno, «más por la relación de los conceptos entre sí, que por la de los conceptos con su objeto» (28). Ya un contemporáneo de Savigny decía del formalismo conceptualista: «Esta teoría llega a sus resultados por el libre desenvolvimiento de los conceptos... utilizando su libertad de modo especial, porque su finalidad no es captar el material jurídico, sino poner de relieve por medio de conceptos la conexión entre las reglas jurídicas» (29). Y a mediados del siglo podía leerse con una metáfora que iba a hacer fortuna: «No miramos cara a cara el objeto de nuestra ciencia, sino que le volvemos la espalda y dejamos que su imagen se refleje en un espejo situado enfrente. No el objeto, sino su reflexión en el espejo es lo que tomamos y estudiamos como nuestro propio problema». «Lo que debemos estudiar es la estructura de las relaciones vitales fácticas», porque «no hay construcción que dé expresión adecuada al pensamiento

(1847), 3.Aufl., Berlin, 1848, esp., págs. 9 y ss. Sobre Kirchmann, y su conferencia, Th. STERNBERG, *J. H. von Kirchmaan und seine Kritik der Rechtswissenschaft*, Berlin u. Leipzig 1908, págs. 8 y ss.

(26) C. F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrecht* (1865), 3.Aufl. Leipzig 1880, págs. VI, 237.

(27) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd.I (1862) 5.Aufl. Frankfurt a.M., 1882, págs. 63-65. Una relación de los más famosos pandectistas de la época, con indicaciones bibliográficas, en E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abtlg., 2. Halbbd. (Text), págs. 461 y ss. (Noten), págs. 214 y ss.

(28) E. EHRLICH, *Die juristische Logik*, Tübingen 1918, págs. 294 y ss.

(29) J. F. KIERULF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Bd.I, Altona 1839, pág. XXV.

que alienta en ellas» (30). Y casi simultáneamente, otro autor escribía en el mismo sentido: «La vida es el objeto del sentido jurídico creador, la vida debe ser regulada y dominada por el Derecho, y es por eso que el Derecho debe enlazarse con la vida y coincidir realmente con las relaciones vitales..., de tal suerte que siempre sea la vida la base y la referencia del conocimiento del Derecho» (31). Es el mismo tema en el que se volverá a insistir hasta finales del siglo (32) e incluso a raíz de promulgarse el Código Civil alemán (33).

3

A partir de los años 70, el pensamiento de Jhering va a experimentar un vuelco absoluto. Desde entonces, y hasta el final de su vida, el Derecho será para él fruto del esfuerzo humano guiado por las necesidades sociales, y el antaño campeón del conceptualismo verá en los conceptos jurídicos tan sólo uno de tantos medios para el entendimiento del Derecho. Ante un cambio de tal envergadura, y tratándose de una personalidad tan compleja como la de Jhering, no es extraño que se hayan formulado muchas y muy variadas explicaciones de un giro tan brusco en su teoría del Derecho (34). Dado su carácter egocéntrico, es poco probable que las críticas, vinieran de quien vinieran, pudieran hacer mella en su pensamiento. Más verosímil parece que en él influyeran las luchas y tensiones que conmocionan la sociedad alemana y europea en el trance de constitución de la sociedad industrial burguesa en la segunda mitad del siglo. Jhering era un hombre de gran sensibilidad, abierto a cuanto ocurriera en su torno y siempre dispuesto a meditar sobre ello. Como él mismo nos dirá: «He respirado la atmósfera de mi época, sin haberme sido posible llevar nota exacta de cada uno de los actos por los que he respirado esa atmosfera. Sé muy bien que todo lo que puedo dar lo debo a la época en que vivo, y me siento sólo como el punto en el que cobra forma personal o transtoriamente la masa de pensamiento de la época» (35). La mentalidad tan aguda de Jhering, auscultador incansable de su tiempo, tuvo que sufrir una impresión profunda ante el espectáculo insólito que se de-

(30) B. W. LEIST, *Civilisatische Studien auf dem Gebiet dogmatischer Analyse*, 1.Heft, Jena 1854, págs. 5-6, 27, 24-25.

(31) J. E. KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, Leipzig 1856, pág. 28.

(32) E. I. BEKKER, «Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechts», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (RA)*, Bd.VI (1885), págs. 68 y ss., 84 y ss.

(33) O. BÜLOW, *Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft*, Leipzig 1901, págs. 87 y ss., y 139. Sobre otros contradictores del conceptualismo jurídico, J. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessen-jurisprudenz*, Berlin 1967, págs. 67 y ss.

(34) Sobre la psicología de Jhering en relación con su obra, cfr. el fino estudio de F. WIEACKER, «Rudolf von Jhering», en su colección de ensayos *Gründer und Bewahrer*, Göttingen 1959, págs. 197 y ss., así como, del mismo autor, *Rudolph von Jhering*, 2.Aufl, Stuttgart 1986, con abundante bibliografía.

(35) JHERING, *Der Zweck im Recht*, Bd.II (1883), 4.Aufl. Leipzig 1905, pág. 137.

sarrollaba ante sus ojos, del hundimiento de una sociedad tradicional y la consolidación entre luchas y tensiones de una nueva estructura social. Y el resultado de esta impresión bien pudo ser el giro abrupto de su pensamiento, o por lo menos, contribuir en gran medida a él. Lo que sí sabemos con certeza es que es en estos años cuando descubre lo que iban a ser las dos fuentes principales de su nuevo pensamiento: la ética de los economistas y utilitaristas ingleses y la obra de Montesquieu. La influencia de la primera de estas fuentes sale al paso, como veremos, una y otra vez, en las obras de su segundo período. De la influencia de Montesquieu con su tipología de las circunstancias geográficas y sociales y su relación con las instituciones jurídicas y políticas, con su tesis de la historicidad de éstas, el mismo Jhering, nos habla: «Estoy leyendo en el momento a Montesquieu, el padre de los “espíritus” de los pueblos. ¡Qué hombre! ¡Qué gigante! Cada página me llena de creciente veneración y admiración por su genio. ¿Y qué hemos aprendido de él los juristas alemanes?.. Cualquier miserable compendio de pandectas, cualquier artículo civilista es devorado, comentado, saludado como un progreso y a Montesquieu no se le lee» (36). Y casi veinte años más tarde podía todavía leerse en una advertencia incidental: «El lector entendido se percatará de que con estas observaciones no he hecho más que utilizar ideas, cuyo conocimiento y conformación son el método impercedero de Montesquieu» (37).

El giro brusco de su pensamiento, de un conceptualismo a ultranza a un sociologismo también a ultranza, no se debe, naturalmente, en Jhering a una iluminación repentina, sino que es fruto, a través de caminos intrincados, de la meditación y la reflexión. En pleno auge de su conceptualismo, Jhering no deja de reflexionar sobre las bases de esta forma de entender el Derecho, de sus posibilidades y consecuencias. Y así no es de extrañar cómo al lado de frases y afirmaciones inequívocas del conceptualismo se encuentren otras de sentido totalmente contrario y que parecen apuntar a las tesis de su segundo período. Quien ha penetrado en el laberinto de las sucesivas ediciones del *Esíritu del Derecho romano*, especialmente de sus tres primeros volúmenes, con sus incontables correcciones, adiciones, tachaduras y nuevas formulaciones, echa de ver esto desde el primer momento. Y así ya en el primer volumen y tras el ensalzamiento de la Escuela histórica, nos dice: «El impulso de la vida ha hecho nacer el Derecho... y lo mantiene en continuada realidad externa» (38). Y en el mismo volumen, pocas páginas más adelante: «Nada más equivocado que ver en el Derecho algo así como un sistema filosófico y juzgarlo desde... su articulación y su unidad lógicas.» (39). «La realización es la vida y la

(36) Carta a K. Fr. VON GERBER de 7.8.1854, en *Rudolf von Jhering 1852-1858. Briefe und Erinnerungen*, Berlin 1907, pág. 37.

(37) JHERING, *Der Kampf um's Recht (= Kampf)* (1872) 21. Aufl., Berlin, 1925, pág. 38.

(38) *Geist*, I, pág. 36.

(39) *Geist*, I, pág. 48.

verdad del Derecho, es el Derecho mismo», nos dirá después de haber descrito con vivos colores la capacidad productiva de la sistematización jurídica (40). Es una contradicción de conceptos —y la lista podría alargarse mucho más— que sólo se explica por la germinación paulatina de una nueva visión de la naturaleza del Derecho, subyacente al formalismo dominante.

En esta contradicción, y sobre todo en su simultaneidad, se nos muestra la raíz principal del gran cambio en la teoría del Derecho de Jhering. No es sólo que empiece a ver con creciente claridad las insuficiencias del conceptualismo, y en general del formalismo jurídicos, sino que empiezan a abrirse camino ideas del Derecho y de la realidad social a las que no acierta a reducir a sistemas —cosa que nunca logrará—, pero que en esta época le parece posible compaginar con el conceptualismo e incluso insertar en él. Es un período de dudas, vacilaciones, ensayos y remedos al que no sigue, como parecería natural, una teoría acabada y contrapuesta del Derecho, sino una etapa crítica, casi sardónica del mismo conceptualismo en el que él había militado tan entusiásticamente pocos años atrás. Es una etapa crítica y polémica que inicia Jhering, y ello es tan significativo como sintomático, de modo anónimo, con sus *Cartas confidenciales de un desconocido sobre la jurisprudencia actual*, que empiezan a aparecer en 1861 (41), y que, más adelante, serán publicadas por el mismo Jhering, junto con otros trabajos posteriores en forma de libro bajo el título de *Bromas y veras en la jurisprudencia* (42). Todo el desengaño y toda la amargura acumulados en Jhering por razón de lo que ahora veía como una ruta cerrada de su pensamiento, toda la hostilidad contra una dirección que cegaba para él las fuentes vivas de la vida jurídica se vierten sin freno en la sátira triste y enconada de estas *Cartas*. Pensadas como un juego irónico, y después de haber regocijado a dos generaciones de juristas, su lectura, nos causa hoy un sentimiento penoso. Sus chistes toscos, sus juegos de palabras fáciles, sus ataques personales, cargados, a veces, de malignidad, apenas si ocultan la falta en ellas de una actitud teórica coherente, ni menos aún, de una idea metódica y consecuente. Las *Cartas* están dirigidas, en efecto, no sólo contra otros romanticismos y civilistas, sino también contra el pasado del mismo Jhering, quien así, y escudado en el anonimato, realiza una especie de examen de conciencia jurídica sobre sus antiguos errores conceptualistas. No hay término o noción de este último —muchos de ellos introducidos por el mismo Jhering— que no sean objeto de burla o de escarnio en las *Cartas*. La «construcción», tan estudiada y desmenuzada, se convierte ahora en una suerte de malabarismo y objeto de la moda. La

(40) *Geist*, II, 2, pág. 322.

(41) *Vertraulich Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten*. Las cartas son seis y aparecen en la *Preussische Gerichtszeitung*, que, a partir de la segunda carta cambia su título por el de *Deutsche Gerichtszeitung*. La sexta y última carta aparece en 1866.

(42) *Scherz un Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* (884), 13. Aufl. Leipzig 1924. (= *Scherz u. Ernst*). Hay trad. parcial al español de R. Riaza, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Madrid, 1933.

«construcción», dice Jhering, es lo que la crisolina para las señoras, algo sin la cual el jurista no puede presentarse en sociedad (43). Y se habla también de la «construcción de la construcción»; la anterior «jurisprudencia superior», es un piso más elevado al que ocupan los juristas corrientes; en el piso inferior se realiza el trabajo más laborioso; en él el material es «bataneado, curtido, macerado, es decir, interpretado» y pasa después, en el piso más elevado, a manos de los artistas civilistas, que le dan forma estética convirtiéndolo así, de mera masa, en un ser vivo: «por un proceso místico... se le infunde vida y aliento, y el *homunculus* civilista, es decir, el concepto, se hace productivo, se empareja con otros de su misma especie y tiene hijos» (44), dice ahora Jhering, ironizando sobre sus propias expresiones anteriores. En el mismo tono se ataca el malabarismo de la construcción de la obligación mancomunada y solidaria, y la de los conceptos de obligación en sí, de la herencia yacente, la teoría de la posesión de Savigny (45).

Lo que Jhering combate más acérrimamente en el conceptualismo es su intento de hacer de la jurisprudencia una ciencia encerrada en sí misma, reposando tan sólo en la incontradictoria lógica-formal, sin relación, ni siquiera referencia a la realidad social. «El jurista calcula con sus conceptos como el matemático lo hace con sus cantidades; si el resultado es lógicamente correcto, no tiene que preocuparse de más» (46). En esta concepción del Derecho como una mera arquitectura lógica se halla la raíz de la mayoría de las falacias, y de los malentendidos de la ciencia del Derecho contemporánea. La adecuación e incluso la conceptualización jurídicas se miden más por la conformidad lógica entre las proposiciones, es decir, por la posibilidad de inserción en un sistema ya fijado de antemano, que por su correspondencia con la realidad social. El mejor ejemplo en esta clase de incompatibilidades y contradicciones nos la ofrece, dice Jhering, Puchta, el máximo representante también del método conceptual (47). La representación o transmisión de obligaciones es imposible porque va contra el concepto de obligación, nadie puede ser heredado en parte testada y en parte intestadamente, porque los conceptos de sucesión testada y abintestado son conceptos incompatibles (48). «Los tronos se vienen abajo, los pueblos desaparecen, el mundo entero está sometido al cambio, pero en el terreno de la jurisprudencia conceptual hay relaciones jurídicas que se burlan de todo cambio, a las que el tiempo no puede afectar en nada» (49). El mundo de los conceptos jurídicos, autónomo y de por sí, ignora por principio la realidad, o como Jhering dice más

(43) *Scherz u.Ernst*, pág. 7.

(44) *Scherz u.Ernst*, págs. 7 y sigs.

(45) *Scherz u.Ernst*, págs. 8 y sigs., 10 y sigs., 11 y sigs., 63 y sigs. *passim*.

(46) *Scherz u.Ernst*, pág. 274.

(47) *Geist*, 3.Teil, 1.Abtlg. (1888), 6.u.7.Aufl., Leipzig 1924, págs. 318-19.

(48) G. F. PUCHTA, *Pandekten* (1838), 7.Aufl., Leipzig 1853, págs. 407 y sigs., 634 y sigs. *passim*. Sobre el contexto general de las «imposibilidades» de Puchta, cfr. mi trabajo «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo» (1961), ahora en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, págs. 158 y sigs.

(49) *Scherz u.Ernst*, pág. 243.

a menudo, «la vida». En su sátira «En el cielo de los conceptos», el espíritu que guía al visitante le explica cómo la vida es la muerte de la verdadera ciencia y que la separación entre teoría y práctica es una de las mayores conquistas de la ciencia jurídica: «Basada en el mundo firmísimo de la teoría, desligada de toda consideración por la vida práctica..., el investigador del Derecho no conoce otro objetivo que el descubrimiento de los maravillosos secretos del mundo jurídico, la disección de las vetas en el organismo lógico del Derecho». Y como el visitante preguntara por la significación de todo ello para la vida: «¿Significación para la vida? ¿Pero es que aquí hay vida? Aquí vive sólo la ciencia pura, la lógica del Derecho, y el supuesto de su imperio y de toda la magnificencia que de ella se desprende consiste precisamente en que no tiene lo más mínimo que ver con la vida» (50).

Pero Jhering no se contenta con refutar e ironizar el conceptualismo de su época, sino que dirige los dardos de la crítica también contra aquel movimiento, la Escuela histórica, en la que él veía, y con razón, los orígenes del formalismo metódico de la época, y a la que había pertenecido «desde su salida de la Universidad» (51). Para Jhering, que veía en el Derecho un medio de afirmación de la personalidad y de influencia y conformación de la realidad, nada más lejos que la idea del Derecho de la Escuela Histórica, «una Escuela verdaderamente romántica, y que, por ello, descansa en la falsa idealización de situaciones pasadas, imaginándose que el Derecho ha nacido sin dolor, sin esfuerzo, sin la ayuda de la acción, como la planta en el campo» (52). Y todavía en el artículo necrológico dedicado a Savigny —que cuenta entre las páginas más sentidas y sinceras escritas por Jhering— y después de subrayar lo que la pérdida de Savigny significaba para la ciencia alemana, no se recataba en reprochar a los seguidores de la Escuela histórica el haber tenido siempre como una mácula la intervención del hombre en el curso histórico, «tal y como si el cometido de la humanidad sólo consistiera en cruzarse de brazos y esperar hasta que el genio de la historia la obsequie en su sueño y en forma del devenir con todo lo que necesite» (53). Es preciso, por ello, dice Jhering, deterrar, de una vez y para siempre, fantasías y cavilaciones, y posar los pies en el duro terreno de la realidad. «Hay que acabar con la ilusión de que ha habido un tiempo en el que el Derecho ha crecido silvestre como una bella flor en el suelo del sentimiento jurídico nacional, sin precisar el cuidado de la mano del hombre» (54). No, dice Jhering poco antes, «la historia del Derecho ha dado comienzo con una edad del hierro, con la lucha y trabajo del entendimiento humano, de tal suerte, que en la formación del Derecho han intervenido ya la intención, la reflexión, la conciencia, el cálculo; en breve, que al lado de la

(50) *Scherz u. Ernst*, págs. 288-289.

(51) *Kampf*, pág. 22.

(52) *Kampf*, pág. 25.

(53) R. JURING, «Friedrich Karl von Savigny» (1861), en *Gesammelte Ausfsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. II, Jena 1882, págs. 13-14.

(54) *Geist*, 3. Teil, 1. Abtlg. pág. 6.

cuna del Derecho se hallaba ya el arte jurídico». Jhering, empero, no polemiza tan sólo con la Escuela histórica sobre la naturaleza y el origen de Derecho, sino que apunta asimismo a aquella idea convertida en dogma desde Savigny, de que el Derecho es un sistema de conceptos unidos entre sí por lazos de índole formal, la dependencia, la compatibilidad, la subsunción, la analogía. Este dogma, que va a servir de fundamento al formalismo de tres generaciones de pandectistas, es el que presta a la ciencia del Derecho, decía ya Savigny en su juventud, un «objeto revestido de generalidad, del que se hubiera expulsado todo elemento casual» (56). La consagración de este dogma tiene lugar tanto en Savigny como en Puchta, porque ambos ven en él la concepción jurídica y el método por excelencia de los juristas romanos. Contra los dos términos de esta afirmación se alza Jhering. Es una falacia creer que los conceptos jurídicos poseen una naturaleza abstracta, siempre la misma, por el mero hecho de que usamos para ellos denominaciones iguales a las de los romanos. En nuestro léxico jurídico figuran también la propiedad, la prenda, la servidumbre, como en el de los juristas romanos, pero ¿poseen el mismo significado? ¿Ha pasado en vano el tiempo por ellos? «Los conceptos jurídicos fundamentales se modifican como las proposiciones jurídicas, y tienen que modificarse porque no se trata de meras categorías lógicas, sino de la forma de concentración de proposiciones jurídicas, y éstas cambian con las relaciones y necesidades de la vida» (57). Esto lo sabían muy bien los juristas romanos, que «nunca rodeaban lo positivo del nimbo de lo lógico» (58), que se percataban de que los conceptos jurídicos «son sólo sedimentaciones de proposiciones jurídicas» (59), y obraban en consecuencia. Pese al esplendor lógico que se desprende de la jurisprudencia romana, es un grave error histórico considerar a los juristas romanos como meros lógicos de la argumentación y tratar de extraer un argumento de ello para el conceptualismo actual. Lo que distinguía a los juristas romanos no era el dominio de la lógica, sino «una visión clara de las necesidades de la vida, una mano segura y hábil para la elección de los medios adecuados, no sólo abierta a las exigencias de la justicia y de la equidad, sino también el valor para resistir las seducciones de la consecuencia, cuando ésta se hallaba en conflicto con los intereses reales» (60). Más aún: «los juristas romanos siguen el camino de la consecuencia lógica sólo hasta aquel punto en el que las necesidades de la vida la hacen detener, de tal suerte que el manejo de la lógica no les hace perder nunca de vista la vida» (61). La jurisprudencia romana situada «en medio de la vida real» no puede servir de modelo a nuestra ciencia jurídica actual, que hace de la lógica

(56) SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre (1802-1803). Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm*, hrsg. v. G. Besenbeg, Stuttgart 1951, págs. 37 y sigs.

(57) *Geist*, III, 1, pág. 314.

(58) *Geist*, III, 1, pág. 318.

(59) *Scherz u. Ernst*, pág. 342.

(60) *Geist*, I, pág. 12.

(61) *Scherz u. Ernst*, pág. 362.

un fin en sí y sigue sus deducciones «hasta llegar a un resultado totalmente incompatible con el fin de la aplicación del Derecho, destruyéndose a sí misma en su propia imposibilidad; al contrario que en Roma, la lógica jurídica no existe para la vida, sino la vida para la lógica jurídica» (62). Todo el conceptualismo descansa en la creencia de que los conceptos jurídicos son autónomos e intemporales. Ahora bien, dice Jhering, atacando uno de los dogmas fundamentales de la pandectística desde Savigny, los conceptos jurídicos son empíricos, «formas de concentración de proposiciones jurídicas materiales» (63) y, por tanto, inducidos de un material concreto. Como escribía en otra ocasión: «Es preciso aniquilar la apariencia de verdad absoluta de los conceptos jurídicos, ponerles de manifiesto como lo que son, simples formas de un contenido determinado, que, en otras circunstancias, podrían también ser otros» (64). Oprimida por la «demiurgia de los conceptos» (65), nuestra ciencia del Derecho se refuta a sí misma. El jurista conceptual no tiene ante sí el mundo real, sino «el espejismo de un mundo regido por el intelecto» (66), mientras que él, Jhering, sí quiere tener ante sí el mundo real. «Frente a las exigencias de la vida no tiene ninguna relevancia la respuesta lógica del Derecho, y para el tráfico es indiferente si el jurista puede o no construir sus convicciones» (67). Y su diatriba contra el conceptualismo puede cerrarse con dos citas. Una de ellas procedente de las *Cartas*: «La especulación comienza allí donde termina el sentido común; para dedicarse a ella es preciso o no haber tenido nunca entedimiento o haberlo perdido» (68). La otra es, casi una invocación, escrita más de veinte años más tarde: «¡Rompamos las cadenas con las que el desvarío nos tiene sujetos! Todo ese culto de lo lógico, que quiere hacer de la jurisprudencia una matemática del Derecho, no es más que un error y descansa en un desconocimiento de la esencia del Derecho. La vida no se da por razón de los conceptos, sino los conceptos por razón de la vida. No lo que la lógica postula, sino lo que la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico postulan es lo que tiene que acontecer, sea o no deducible lógicamente» (69).

(62) *Scherz u.Ernst*, pág. 363.

(63) *Geist*, III, 1, pág. 318.

(64) Carta a B. Windscheid de 18-4-1865: en R. v. JHERING, *Briefe an seine Freunde*, Leipzig 1913, págs. 176-177.

(65) *Geist*, III, 1, pág. 319.

(66) *Geist*, III, 1, pág. 319.

(67) Carta a Windscheid de 18-4-1865, en *Briefe an seine Freunde*, ya cit., pág. 176.

(68) *Scherz u.Ernst*, pág. 34.

(69) *Geist*, III, 1, pág. 321.

4

Si examinamos en su conjunto este período de Jhering, su denominador común es la negatividad. Jhering polemiza con la Escuela histórica, contra su concepto de la historia, contra su noción del Derecho, contra su idea de la jurisprudencia romana, polemiza con el logicismo y conceptualismo jurídicos, contra su idea del Derecho como un sistema lógico-formal, contra el carácter abstracto e intemporal de los conceptos jurídicos, contra la secuencia lógica de estos conceptos. Lo peculiar de toda esta múltiple polémica es que no tiene lugar desde una posición clara y definida, como un enfrentamiento entre dos distintas concepciones fundadas del Derecho y del mundo jurídico. En su período polémico Jhering no posee todavía una visión plena y fundada del Derecho y de la ciencia jurídica. Como ya queda dicho, con lo que nos encontramos en este período es, más bien, con manifestaciones y afirmaciones esporádicas —casi entre líneas, podríamos decir— que son destellos, vislumbres de una visión del Derecho muy distinta e incluso contradictoria con la que viene manteniéndose en el mismo texto. Son manifestaciones y afirmaciones, ya digo, aisladas, cada una de las cuales quiere valer por sí misma y que sólo el lector muy atento puede poner en relación. A poner en claro esta relación, es decir, a repensarlas como expresión necesaria de una única concepción del Derecho, y a fundamentar esta concepción va a dedicar Jhering los últimos años de su vida. Son años de reflexión y de silencio de obras de envergadura: los años que transcurren desde su nombramiento como catedrático de la Universidad de Viena (1862) hasta que acepta la cátedra de Göttingen (1872). De Viena se despide con una conferencia, *La lucha por el Derecho*, traducida a todos los idiomas cultos (70), y que iba a hacerle pronto mundialmente famoso. Por lo demás, su pluma, siempre tan activa, parece descansar. Quien, por propia confesión, «había militado con cuerpo y alma en las filas del formalismo jurídico», llega hacia la mitad de la vida «a la convicción del error que en él se encierra, y no se concede pausa, por eso, en combatirlo» (71). A este combate está dedicada la reflexión de todo este tiempo y su resultado se encuentra en el libro objeto de esta reflexión: *El fin en el Derecho* (72), la obra probablemente más conocida de Jhering, y que, inacabada como *El espíritu del Derecho romano*, va a dar también testimonio del ansia inagotable de verdad de su autor.

El fin en el Derecho marca, sin duda, un hito en la historia del pensamiento jurídico. Y sin embargo, es una obra caótica, falta de orga-

(70) La traducción al español, *La lucha por el Derecho*, es de Adolfo Posada, con prólogo de Leopoldo Alas, Madrid, 1921.

(71) JHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889, págs. IX-X.

(72) *Der Zweck im Recht* (1877-1883). Cito en lo que sigue por la 4. Aufl., (= *Zweck*), Leipzig, 1904-1905.

nización interna, llena de disgresiones, difícil de leer (73). Una obra a la que Jhering va a trabajar incansable e ininterrumpidamente, con la ilusión del «que está pisando terreno aún no hollado» (74). Como él mismo escribe a un amigo: «Durante las vacaciones he estado trabajando en *El fin en el Derecho*. Tú sabes lo que eso significa: proyectar, modificar, escribir, tachar, destruir» (75). Es un libro, digo, difícil de leer y que sólo puede entenderse en toda su significación, si se le sitúa en la corriente general del pensamiento jurídico del siglo. El impulso originario lo recibe esta corriente de Savigny. En lucha contra el fantasma del Derecho natural, la Escuela histórica había retrotraído el Derecho del ámbito de la especulación al mundo de la historia, sus trayéndolo así al hacer consciente y autónomo del hombre. Es aquí donde radica el disentiendo de Jhering. Para él el Derecho no nos es dado como una herencia multiseccular, en cuyo desarrollo y transmisión laboramos inconscientemente, sino que es esencialmente quehacer pragmático, respuesta reflexiva de la sociedad a sus necesidades y requerimientos. Como ya había escrito anteriormente, el Derecho se halla situado en el marco de la dinámica social presente, es «una parte del pensar y sentir humanos, y concreción de aspiraciones y experiencias prácticas» (76). Jhering quiebra así, y de una vez por todas, la autonomía histórica que Savigny y su Escuela habían prestado al Derecho. Si, desde la Escuela histórica, el Derecho no volverá a ser creación humana según la pauta de una razón intemporal, a partir de Jhering dejará también de ser revelación del mundo de la historia, y se reconvertirá en obra humana, pero no siguiendo criterios éticos trascendentes, sino respondiendo al esquema de las necesidades y requerimientos de una sociedad concreta. Como un diálogo mudo y a la distancia de los años, la concepción de Savigny y la de Jhering se enfrentan en dos frases programáticas. Mientras que para Savigny el Derecho no podía ser nunca fruto «del azar, ni de la voluntad, la reflexión o la sabiduría de los hombres» (77), lo que para Jhering se halla en el origen mismo del Derecho es «la lucha y el trabajo del entendimiento humano: intuición, reflexión, conciencia y cálculo» (78).

A la fundamentación de esta noción del Derecho va a dedicar Jhering la última parte de su obra. Ahora bien, lo que Jhering va a preguntarse no es simplemente qué es Derecho, sino, y aquí radica la fecundidad de su pensamiento, cómo hay que entender el Derecho, si se parte de su naturaleza pragmática y de la movilidad de las condiciones de la vida social. O dicho en otros términos: si el Derecho es obra consciente del hombre, norma humana para las relaciones huma-

(73) Como ejemplo de la estructura interna del *Zweck*: en el t. I, en los capítulos I-IV comprenden 70 págs.; el VII, de la 72 a la 181; el VIII, de la 181 a la 445; el IX, todo el t. II.

(74) *Geist*, III, 1, pág. 317.

(75) Carta a O. Bülow de 23-4-1879, en JHERING, *Briefe an seine Freunde*, ya cit., pág. 339.

(76) *Geist*, III, 1, pág. 315.

(77) *System*, I, pág. 14.

(78) *Geist* III, pág. 3, y *Kampf*, págs. 22, 24.

nas, ¿cuál es el marco en el que se mueve la ordenación jurídica? Al eliminar toda fundamentación racional o histórica del campo jurídico, el Derecho queda en el pensamiento de Jhering descansando sobre sí mismo, entregado íntegramente a la voluntad humana, y el problema del sentido de la ordenación jurídica reviste una nueva dimensión. Si no hay ningún criterio *a priori* que delimite los posibles contenidos jurídicos, es decir, si ni la razón especulativa ni la historia son fuentes materiales del Derecho, ¿habrá que concluir que lo que decide sobre el carácter jurídico de una norma son las fuentes formales de su producción? ¿Son sólo relaciones de poder o de fuerza las que se hallan en la base del Derecho? El haberse planteado este interrogante, y el habérselo planteado con toda la radicalidad propia de su pensamiento, es lo que hace de Jhering uno de los grandes teóricos de nuestra conciencia jurídica. Sin abandonar un punto su posición inicial, radical e intransigente, con una consecuencia que es, a veces, el lado más débil de su argumentación, Jhering se debate él solo, tras cerca de un siglo de positivismo jurídico, con el problema fundamental que éste lleva implícito en sí desde sus orígenes: el de la posibilidad de determinar el sentido del Derecho sin salir del ámbito de su positividad estricta.

5

Dando de lado el *Espíritu del Derecho romano*, en el que había laborado más de quince años, y que había desembocado en un callejón sin salida, Jhering concentra todas sus energías en su nueva concepción del Derecho. Ya en el mismo prólogo de la obra nos dice cuál es su propósito: «La idea fundamental de esta obra consiste en que el fin es el creador de todo el Derecho, que no hay una sola proposición jurídica que no deba su origen a un fin, es decir, a un motivo práctico» (79). La vieja idea pragmática del Derecho, la noción de que, para repetirlo una vez más, el Derecho «no crece como una flor silvestre», sino que es el resultado de la acción consciente del hombre, se sitúa así, de nuevo, en el centro mismo de la reflexión. Con una diferencia esencial, que va a constituir el nervio mismo de la nueva concepción jurídica de Jhering. Si, en efecto, el Derecho es instrumento en manos del hombre para la consecución de sus fines propios, ¿no pueden entrecruzarse estos fines, anulándose o desvirtuándose recíprocamente, y convirtiendo la vida del Derecho en pura anarquía? Jhering ve esto con gran claridad y percibe que toda su nueva teoría del Derecho pende de una teoría de la sociedad basada en la compatibilidad y complementariedad de los fines humanos.

Jhering trata de dar respuesta a este problema insertando el Derecho en el marco de una teleología general del mundo ético. Frente a la creencia de que todo lo existente se halla sometido sin excepción a la ley de causalidad, Jhering sostiene que el mundo está regido, no

(79) *Zweck*, I, pág. V.

sólo por la ley general de causalidad, sino también, y en la misma medida, por la ley de la finalidad. Sostenemos en la mano una piedra, abrimos la mano y la piedra cae al suelo. Y esto una y otra vez, siempre que repitamos la acción; es la ley de causalidad que rige en absoluto la naturaleza inorgánica. Pero imaginemos un hombre sediento; lo primero que hace es fantasear y representarse una fuente o un recipiente con el codiciado líquido; pone, luego, en función todos los medios necesarios para alcanzar la meta deseada, y al final, aplaca su sed (80). En el primer caso, no hay, por así decirlo, más que un movimiento mecánico o automático, mientras que en el segundo, tenemos ante nosotros una persona que actúa para lograr un fin: apagar su sed. En el primero de ellos, se trata sólo de hallar respuesta a un *quia*, en el segundo, en cambio, de responder a un *ut* final. De aquí que Jhering distingue dos clases de leyes, la causal en sentido estricto y la final, bajo cuyo imperio nos encontramos la mayor parte de los momentos de nuestra vida. En la causalidad el hombre no juega papel alguno en su individualidad concreta, mientras que en la ley final el individuo con su representación, su esfuerzo para conseguir el fin, y el fin mismo, se halla en el centro de la consideración. El hombre obra y obra siempre con vistas a un fin, ya que «una acción humana carente de fin es algo tan absurdo como un efecto sin causa» (81). Para el logro de sus fines la voluntad humana se sitúa por encima de la naturaleza, pone a ésta a su servicio. En toda acción humana, es decir, en toda prosecución de un fin, el hombre que actúa refiere a sí, por eso, todos los grados de su acción y también el fin alcanzado. Es lo que Jhering llama «el egoísmo en el mundo del obrar» (82), la referencia exclusiva al yo de todo un universo de posibilidades.

Con ello, empero, topamos con otro y más difícil interrogante. Si la autonomía de los fines humanos nos llevaba a preguntarnos por la posibilidad de la convivencia en el caso de contradicción de estos fines, la referencia absoluta al yo en la ley final, el «egoísmo del obrar» nos lleva a otro problema, más agudo todavía, que Jhering formula así: «¿Cómo puede subsistir el mundo sobre la base del egoísmo, que no quiere nada para el mundo, sino todo para sí mismo?» (83). La respuesta que Jhering da a esta pregunta va a abrir nuevos horizontes a la ciencia jurídica, ya que por ella va a ser posible extraer el sentido del Derecho de la misma textura de la dinámica social. Para Jhering esta respuesta puede condensarse en una sola palabra: «sociedad». La misma existencia de la sociedad, es decir, la convivencia pacífica y ordenada de personas tan distintas en sí, de presupuestos vitales tan diversos, de profesiones y modos de vida tan encontrados son la mejor respuesta al interrogante de si es posible la vida en común sobre la base del egoísmo individual. Mientras que, de otro lado, el examen atento de la sociedad que tenemos ante nosotros nos dice el cómo, los

(80) *Zweck*, I, págs. 2 y sigs.

(81) *Zweck*, I, pág. 9.

(82) *Zweck*, I, pág. 24.

(83) *Zweck*, I, pág. 24.

caminos que el egoísmo traza para hacer posible su viabilidad como convivencia.

Para encontrar respuesta al problema que nos plantea el hecho cotidiano de una convivencia pacífica y ordenada de seres con fines prácticos exclusivos y distintos, cuando no contradictorios, Jhering vuelve los ojos al esquema trazado por Bentham (84) y el utilitarismo inglés. Bentham había ya escrito que «la naturaleza había situado a la humanidad bajo el gobierno de dos señores soberanos, el dolor y el placer. Ellos solos son los que nos prescriben lo que debemos hacer y los que determinan lo que haremos (85). Jhering, por su parte, ve estas dos «palancas» del obrar en común, en el provecho y la fuerza. Jhering compara la sociedad humana con una máquina «en la que se mueven vertiginosamente rodillos, ruedas y cuchillas, cada uno en una dirección distinta, al parecer completamente independientes entre sí, como si cada uno de los elementos existiera sólo para sí mismo, más aún, en posiciones antagónicas cual si quisieran aniquilarse mutuamente» (86). Y sin embargo, el todo funciona armónicamente y el movimiento tan dispar sirve para la consecución de un fin predeterminado. Algo semejante ocurre con la sociedad, que, a nuestros ojos, aparece tan armónica y unitaria, pero cuya armonía y unidad es el resultado «de la lucha de los intereses, de la oposición de las aspiraciones, egoísmos, terquedad, contradictoriedad, dejadez, debilidad, maldad, delincuencia» (87).

¿Cómo es esto posible? Jhering da a ello una respuesta significativa, desgranando en sentido utilitario el concepto mismo de sociedad. La sociedad puede subsistir sobre la base del egoísmo, «porque pone éste a su servicio, pagándole el provecho al que aspira, interesándole de tal manera en sus propios fines que se asegura su colaboración» (88). El modelo se encuentra aquí en el mismo mecanismo de la naturaleza. La naturaleza no impone al hombre forzosamente sus fines, sino que los consigue uniendo a su consecución la incitación del placer y a su vulneración el freno del dolor; de tal manera que son los hombres mismos los que espontáneamente cumplen aquellos fines, como, por ejemplo, la conservación de la existencia personal y de la especie, y se oponen también, de ordinario, espontáneamente a su violación (89). Según este mismo esquema actúa también el egoísmo individual en la conformación de las relaciones humanas. El hombre no impone tampoco por la fuerza a los demás sus propios fines individuales, sino que lo que hace es movilizar el egoísmo de los demás y ponerlo al servicio del propio egoísmo: «entrelazar la consecución del

(84) Sobre Bentham, cfr. *Zweck*, II, págs. 133 y sigs.

(85) J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by W. Harrison, Oxford 1960, pág. 125. Sobre los antecedentes de Bentham en este punto, cfr. D. BAUMGARDT, *Bentham and the Ethics of Today*, Princeton, 1952, págs. 33 y sigs.

(86) *Zweck*, I, pág. 71.

(87) *Zweck*, I, pág. 72.

(88) *Zweck*, I, pág. 24.

(89) *Zweck*, I, págs. 20 y sigs.

propio fin con los intereses ajenos» (90). O lo que es lo mismo, la satisfacción del propio interés se estructura de tal modo, que otro u otros hombres se hallan interesados en ella, porque esta satisfacción implica la consecución también de fines perseguidos por ellos. Llevado cada uno sólo por el egoísmo, todos colaboran en una obra en común, y al tratar de satisfacer sus propios intereses están laborando en la satisfacción de los intereses de los demás (91). La convivencia, no sólo deja de ser incompatible con el egoísmo individual, sino que se convierte en el presupuesto de su verdadera realización, de manera mucho más perfecta que si cada hombre tratara de lograrla aisladamente y en contra de los demás. La gran palanca del provecho muestra aquí todo el abanico de sus posibilidades. Con su dicotomía entre placer y dolor Bentham había tratado de mostrar un criterio absoluto para el obrar ético del individuo (92), mientras que la idea del provecho quiere en Jhering aludir al punto que hace posible la convivencia pacífica, es decir, que hace posible la sociedad en su sentido más estricto. Acuciado por la satisfacción de sus necesidades, y sabiendo que cada uno, entregado a sí mismo, no puede lograr esta satisfacción, el hombre se reúne con sus semejantes en colectividades. Ahora bien, ¿cómo es posible la convivencia pacífica y ordenada y cómo subvenir a las necesidades de cada uno, cuando se trate de un grupo de individuos dominados por el egoísmo, queriendo satisfacer sólo sus necesidades específicas? No por la benevolencia o la beneficencia, que siempre tiene en cuenta, ante todo, la individualidad de aquel con quien se es benevolente o a quien se hace el beneficio. Como ya decía Adam Smith, «no es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que trae los manjares a mi mesa, sino sólo el interés en mi contraprestación» (93). Sólo, efectivamente, el interés, el provecho, dice Jhering, que pone en juego y a su servicio el interés y el provecho perseguido por los demás, puede hacer posible la convivencia pacífica y la satisfacción mutua de las necesidades de todos. Esta convivencia y esta satisfacción de las necesidades es lo que Jhering denomina el «tráfico social»: «la realización de las determinaciones recíprocas de los fines humanos, la eliminación del acaso, del aseguramiento de la satisfacción de las necesidades humanas como forma fundamental de la existencia social» (94).

Esta parte de la obra de Jhering destinada a poner al descubierto en el provecho las últimas raíces de la convivencia humana y de sus fines, es también aquella parte de su obra en que de manera más directa juega un papel la libertad humana individual. El hombre, llevado por su afán innato de provecho pone todos los medios posibles para alcanzarlo, siendo así que, a la vez, labora para que los demás logren

(90) *Zweck*, I, pág. 27.

(91) *Zweck*, I, págs. 27 y sigs., 30, 57.

(92) J. BENTHAM, *An Introduction*, ya cit., págs. 125-26 y sigs. Cfr., sin embargo, también las precisiones de J. STUART MILL, *Utilitarianism, Liberty & Representative Government* (Everyman's Librery, 482), págs. 5 y sigs.

(93) A. SMITH, *The Wealth of Nations*, 4th impr. London, 1874, pág. 11.

(94) *Zweck*, I, págs. 161 y sigs.

su provecho, hasta llegar así a los últimos fines de la convivencia. Pero como ya hemos visto anteriormente no es sólo el provecho el motivo que lleva al hombre a la vida social, sino que, a su lado, se halla también como determinante de la acción, la fuerza. O como dice Jhering contundentemente, «el provecho y la fuerza... son los postulados absolutos del orden social» (95). Y la fuerza ya no es compatible con la libertad individual, lo mismo la fuerza física, que hace obrar al hombre en contra de lo que efectivamente quiere, que la fuerza psicológica que subyuga la voluntad del coaccionado hasta hacerle querer en el sentido deseado (96). Con el examen de la fuerza y de los numerosos sinónimos con los que la denomina, violencia, poder, compulsión, coacción, ímpetu, dominio, amenaza, Jhering va a dar principio a un nuevo capítulo de su teoría en el que el hombre juega cada vez más, un papel pasivo. Si nos adentramos en la noche de los tiempos y examinamos la infancia de los pueblos, no veremos allí una vida muy distinta de la de una horda animal: el más fuerte domina y se hace obedecer, mientras que el débil obedece y se somete o es sometido, y forzado a obedecer. Desde entonces hasta nuestros días con su regulación abstracta y condicionada de la fuerza en las relaciones humanas puede decirse que hay un largo camino, que no es, nos dice Jhering, «cuestión del mero conocimiento, como en el caso de la verdad, sino problema de lucha de los intereses; y los medios por los que se lleva a cabo esta lucha no son fundamentos y deducciones, sino la acción y la energía de la voluntad nacional» (97). En el origen y en el fondo de esta lucha se halla, como en el caso del provecho, el egoísmo humano que aspira a formas de vida en común más ciertas y seguras para la satisfacción de sus intereses. El primer síntoma del triunfo del egoísmo sobre las exigencias de la pura fuerza física, se da en el campo de las contiendas bélicas. En los pueblos primitivos, que acostumbraban a pasar a cuchillo al pueblo vencido, empieza a germinar la idea de si no será más propicio para los intereses del vencedor dejar con vida al vencido y someterlo a servidumbre: «si no vale más esclavo vivo que enemigo muerto» (98). Es el inicio de un proceso, a cuyo desarrollo asistimos todavía en el campo del Derecho internacional, pero que ya puede darse por concluso y consolidado en el interior de los Estados nacionales: la sustitución de la mera violencia física por la norma que regula inviolablemente la aplicación de la fuerza. «Podría repetirse cien mil veces el curso de la historia universal, y la humanidad llegaría siempre al mismo punto en que hoy se encuentra..., ya que el hombre tiene necesariamente que establecer y fundar una situación en la que sea posible una comunidad de vida» (99). No es que la arbitrariedad y el puño de hierro de los tiempos primitivos no haya servido de nada, ya que gracias a ellos, se ha acostumbrado la voluntad humana a doble-

(95) *Zweck*, II, pág. 3.

(96) *Zweck*, I, págs. 181 y sigs.

(97) *Zweck*, I, pág. 199.

(98) *Zweck*, I, pág. 187.

(99) *Zweck*, I, pág. 187.

garse y obedecer (100). Pero una vida verdaderamente humana no es posible entregada a la merced del más fuerte. Es por eso, que el interés, la voz del egoísmo, demanda desde los mismos comienzos de la vida de los pueblos una comunidad regida por normas predecibles y vinculantes para todos. Y esto es lo que tratan de conseguir las asociaciones más rudimentarias, desplazando todo el peso del poder y de la fuerza al interés de todo o de los más, frente al interés individual y aislado (101). El final de todo este proceso se halla en el Estado y el Derecho. «El Estado es la sociedad en tanto que titular de la fuerza coactiva regulada y disciplinada; y el conjunto de los principios según los cuales la sociedad es activa en este campo, la disciplina de la fuerza, es el Derecho» (102).

Al concebir así al Estado como titular exclusivo de la fuerza dentro de los límites del grupo, Jhering va a dar un paso de extraordinaria significación dentro de la ciencia del Derecho. La titularidad exclusiva de la fuerza en el Estado, no sólo pone fin a las luchas entre el fuerte y el débil o entre los más fuertes, sino que demanda la existencia de una regla o condición organizadora de la fuerza. El Estado puede tener muchos fines, y de hecho, los ha tenido a lo largo de la historia, pero uno es consustancial a su propio concepto, el del monopolio de la fuerza física. «El Estado es la forma del ejercicio regulado y asegurado de la fuerza de coacción social, es decir, la organización de la coacción social» (103). Es de esencia del poder estatal ser superior a todo otro poder dentro del grupo, bien sea el poder de uno o muchos individuos. «La falta de poder, la impotencia es el pecado mortal del Estado, un pecado para el que no hay absolución alguna; es el pecado que la sociedad no perdona ni soporta jamás, una contradicción en sí misma» (104). Se ha tolerado el azote y el delirio sangriento de los tiranos, se les ha divinizado incluso, porque también el despotismo puede ser una forma de Estado. Lo que nunca puede serlo es la anarquía, la impotencia del poder, que sólo significan «la destrucción y la disolución de la sociedad» (105). El poder del Estado, por corporeizar la fuerza del cuerpo social contra las voluntades individuales, tiene que ser también un poder organizado, y organizado por reglas inquebrantables, a las que el mismo poder presta fortaleza. Estas reglas que al organizar el poder perciben también de él su fuerza de obligar es lo que llamamos Derecho.

Esta doble faz del Derecho, de un lado, ser expresión y articulación del poder supremo en la sociedad, y de otro, recibir de este mismo poder su sanción y validez fáctica, va a transparentarse en la definición del Derecho por Jhering. «Derecho es el conjunto de las normas coactivas válidas en un Estado», es decir, concluye Jhering des-

(100) *Zweck*, I, págs. 196 y sigs.

(101) *Zweck*, I, págs. 226 y sigs.

(102) *Zweck*, I, pág. 240.

(103) *Zweck*, I, pág. 240.

(104) *Zweck*, I, pág. 243.

(105) *Zweck*, I, pág. 243.

pués de asentir a esta definición, que «el Estado es la fuente única del Derecho» (106). Las asociaciones que gozan de autonomía concedida por el Estado, pueden darse reglas para su funcionamiento interior, pero son reglas, a las que no puede calificarse de jurídicas porque les falta la sanción que hace inexcusable su cumplimiento. Y es que la sanción, la fuerza del poder social que lo acompaña es un criterio distintivo y esencial del Derecho. La coacción emanada del poder estatal «es el criterio absoluto del Derecho; una proposición jurídica sin sanción es una contradicción en sí misma, un fuego que no arde, una luz que no alumbra» (107). Todas las normas que se cumplen bajo la amenaza de la coacción estatal son Derecho, mientras que no lo son todas las demás por muy constantemente que se cumplan de hecho (108). Y sin embargo, por muy esencial que sea, la coacción es sólo un momento del concepto del Derecho. El otro, no menos esencial, es el de la norma. «El contenido de la norma es una idea, una proposición, pero una proposición de naturaleza práctica, es decir, un precepto para el obrar humano, una regla según la cual hay que ordenar la conducta» (109). Las normas no son, por eso, lo mismo que las máximas, reglas del obrar extraídas de la experiencia, y que por ello mismo no son vinculantes en sentido estricto. Las normas, en cambio, sí son vinculantes y están formuladas para ser cumplidas. Es decir, son imperativos, bien positivos que prescriben una acción, bien negativos que la prohíben. Los unos y los otros van acompañados, como queda dicho, por la sanción, de tal manera que puede «representarse al Derecho en su totalidad como el sistema de la coacción realizado por el Estado, como la maquinaria de la coacción organizada y manejada por el Estado» (110).

No obstante lo cual, Jhering nos dice a continuación que la coacción en sí es un criterio inseguro del Derecho como tal. Para entenderlo adecuadamente es preciso tener en cuenta que la coacción no es ejercida directamente por el poder estatal sobre los individuos singulares, sino por los órganos o autoridades en los que el Estado delega expresa e imperativamente esta facultad. «No el hecho de que el poder estatal promulgue una norma presta a ésta el carácter de norma jurídica, sino sólo el hecho de que los órganos del Estado se hallen obligados a la imposición de la misma» (111).

Llegados a este punto, Jhering vuelve los ojos hacia atrás y se pregunta, si las características trazadas son suficientes y bastan de por sí para deslindar y hacer comprensible el concepto del Derecho. Tanto la coacción como el carácter de norma son sólo, en efecto, momentos formales que nos dicen que la sociedad exige compulsivamente ciertas cosas de sus miembros, pero que no nos indican ni el por qué ni el

(106) *Zweck*, I, pág. 249.

(107) *Zweck*, I, págs. 250-51.

(108) *Zweck*, I, págs. 256-57.

(109) *Zweck*, I, pág. 256.

(110) *Zweck*, I, pág. 261.

(111) *Zweck*, I, pág. 262.

para qué de ello. No por su forma, sino sólo por su contenido podemos saber, en efecto, cuál es el sentido del Derecho. Un problema verdaderamente insoluble, nos dice Jhering, ya que este contenido varía de país a país e incluso dentro de un mismo país de una época a otra. Un problema insoluble, es cierto, pero sólo si trasladamos al campo del Derecho la problemática y el método de la ciencia, sólo si al preguntarnos por el contenido, nos preguntamos también por la verdad del Derecho. El conocimiento científico indaga incansablemente a la busca de la verdad, sabiendo que su polo opuesto es el error. En el terreno práctico no nos enfrentamos con este dilema de verdad y error, sino con el problema muy diferente de la adecuación de algo para la consecución de un fin. «Adecuación es el criterio de la práctica, es decir, el obrar; verdad, en cambio, el de la teoría, o lo que es lo mismo, el del conocimiento. La adecuación significa la coincidencia de la voluntad con lo que debe ser, mientras que verdad es la coincidencia de la representación con lo que es» (112). El término «adecuado» o «apto» se utiliza para calificar un medio con el que se trata de alcanzar un fin, no el de «verdad» o «error». El fin del Derecho, que es el objeto en sí de la ciencia jurídica, dice Jhering, puede resumirse en pocas palabras: «Derecho es la forma del aseguramiento por el poder coactivo del Estado de las condiciones de vida de la sociedad» (113). A la consecución de este fin está dirigido todo Derecho, el cual, por ello, tiene que ser necesariamente distinto en su contenido de acuerdo con las circunstancias de hecho en que se trate de alcanzar aquel fin, es decir, de acuerdo con la situación histórica real del grupo social para el que se destina el Derecho (114). Y de acuerdo también con lo que se tenga por «condiciones de vida» de la sociedad. Las condiciones de vida no son, como parece indicarlo su nombre, una categoría objetiva, sino, como dice Jhering, una expresión «con la que no quiere indicarse que algo es condición de vida objetiva, sino sólo que a ese algo se le tiene por tal» (115). Es decir, que el Derecho varía y se matiza, no tanto según hechos que condicionan efectivamente la vida de la sociedad, sino de acuerdo con hechos que se cree que condicionan esta vida. Y así ha habido Estado confesional y aconfesional o supraconfesional, y quema de herejes y de brujas y libertad religiosa, y escolaridad obligatoria y escolaridad prohibida. Y en ninguno de estos casos puede decirse que el Derecho es más o menos adecuado, sino que siempre es el adecuado «para el tiempo en que se dio». «Si la vida pende de las tinieblas, quien introduce una luz comete un crimen capital» (116).

Con esta noción relativista, y técnica del Derecho, con su idea de que el Derecho sólo puede medirse y calificarse de acuerdo con el fin que está llamado a cumplir, Jhering hace del Derecho un factor y un fenómeno social, abriendo de par en par las puertas a la reflexión jurídica contemporánea.

(112) Zweck, I, pág. 341.

(113) Zweck, I, pág. 345.

(114) Zweck, I, págs. 345-46.

(115) Zweck, I, pág. 350.

(116) Zweck, I, pág. 348.

6

«El derecho no es lo supremo en el mundo, no es fin en sí mismo, sino simplemente medio para un fin, para un fin último que es la subsistencia de la sociedad» (117). Es la respuesta de Jhering al Derecho Natural. El Derecho Natural racionalista, especialmente el de los siglos XVII y XVIII, partía de la existencia de un orden universal de las cosas, del que el hombre por el raciocinio podía extraer proposiciones válidas para el comportamiento humano. Estas proposiciones constituían el Derecho «natural», único, absolutamente vinculante. Es un Derecho basado en la razón, y que, como se ve, sobre todo, en el siglo prerrevolucionario francés, podía militar, a la vez, en los dos bandos en pugna, estableciendo exigencias contradictorias, tanto la obediencia al poder establecido y respeto al orden tradicional, como el derecho de libre asociación y la igualdad entre los hombres. La refutación definitiva del Derecho Natural se encuentra en la Escuela histórica. Para la Escuela histórica el Derecho no es ni puede ser nunca producto de la razón o de la voluntad del hombre, sino un fenómeno esencialmente histórico, unas reglas de comportamiento que el genio de los pueblos va gestando «lenta y calladamente» a lo largo de su desenvolvimiento. Pero la Escuela histórica va, sobre todo, a dar un paso de importancia decisiva, que no sé si ha sido subrayado suficientemente. La Escuela histórica, no sólo niega la existencia y la posibilidad de un Derecho natural, sino que niega por principio la existencia de «un» Derecho. Para ella sólo existen «los» Derechos creados por los pueblos y que son tantos y tan diferentes entre sí como lo son los genios de los pueblos que lo alumbran. La ciencia jurídica no tiene como objeto «el» Derecho, sino la multiplicidad de los Derechos históricos, cada uno de los cuales es tomado en sí, como algo dado, no susceptible de crítica, sino sólo de conocimiento. Y sobre todo, y dada su historicidad interna absoluta, frente al cual no puede plantearse el problema de su aplicación práctica (118). Aquí y no en otro sitio, en la dogmática de Savigny y Puchta se halla el origen de la jurisprudencia conceptual, que tan devastadoramente iba a combatir más tarde Jhering. Es una consideración del Derecho, para la que éste no es tenido en cuenta por su aplicación a la realidad social, sino, por así decirlo, en sí, sin finalidad ni motivación concretas, sino como un conjunto lógico concluso, en el que las proposiciones jurídicas reducidas a conceptos lógicos formales, se hallan unidas entre sí por relaciones también formales de subsunción o de inferencia.

Es contra esta noción abstracta del Derecho que Jhering construye su teleología jurídica. Y es que la sociedad desde la que Jhering nos habla en la última fase de su pensamiento representa una experiencia nueva para la conciencia jurídica y social. Ya no es la sociedad tradicional y conservadora de la Restauración, en la que el hoy aparecía

(117) Zweck, I, pág. 194.

(118) Cfr. las precisas observaciones de E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München u. Leipzig, 1929, págs. 11 y sigs.

como una continuidad y un eco del ayer, y desde cuyo horizonte pudo Savigny idear el gran edificio de la Escuela histórica. Jhering se dirige ahora a nosotros desde la sociedad posterior a 1848, una sociedad en ebullición, en la que reina la lucha sin cuartel de los intereses particulares, y en la que trata de imponerse una clase dominante institucionalizando la opresión y la explotación. Una sociedad, trayendo a la memoria palabras famosas, en la que «cada uno es fin para sí, y todo lo demás es nada para él» (119). En esta sociedad el Derecho no es una estructura abstracta situada por encima de la realidad social, sino parte de ella misma, instrumento en la lucha de los intereses, y el medio decisivo para la conformación de la convivencia desde un determinado punto de vista. Un punto de vista que no se hace real y manifiesto espontáneamente en el curso de la historia, sino que es el resultado de la lucha de los intereses encontrados, de la conquista de los resortes del poder. Porque el Derecho, como dice Jhering, «no es mero pensamiento, sino fuerza viva» (120). El Derecho se inserta así en la vida social como un elemento más de su dinámica. Su vida es parte de la vida de la sociedad, fruto y a la vez solución como elemento de fuerza de la lucha en que se desenvuelve toda sociedad.

(119) HEGEL, *Rechtsphilosophie*, § 182 Zus.

(120) *Kampf*, pág. 19.

Rudolf von Ihering

Por JOSE M.^a RODRIGUEZ PANIAGUA

Madrid

R. Ihering (1818-1892) es, sin duda, uno de los juristas más famosos. En cuanto a su influjo, es problemático que sea similar a su fama, por la dificultad de comprensión de su pensamiento. Con una gran estimación de sí mismo, extraordinariamente impresionable y voluble y al mismo tiempo con una veracidad y sinceridad fuera de toda duda, no es extraño que se nos muestre en una evolución constante, y con frecuentes exageraciones y unilateralidades; esto, unido a su desorden sistemático y a su sincretismo metódico, nos da esa dificultad de comprensión a que hemos aludido. Y, sin embargo, hay en sus escritos algo que convence, «sus libros encierran un encanto personal que, unido a la pujanza de las ideas y al vigor sugestivo de sus perspectivas, les asegura una larga vida» (1).

De sus obras las que más nos interesan (2) son: 1) *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, en cuatro volúmenes, 1852, 1854, 1858 y 1865 (*El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española por E. Príncipe y Satorres, Madrid, 1891-1892); 2) *Der Kampf ums Recht*, 1872 (*La lucha por el derecho*, traducción española, de A. Posada [prólogo de L. Alas, Clarín], 1891; se han hecho numerosas ediciones de esta traducción, y hay también otras); 3) *Der Zweck im Recht*, en dos volúmenes, 1877 y 1883 (*El fin en el Derecho*, traducción de L. Rodríguez, Madrid, s/a: es sólo el primer volumen y ha sido reproducida esta traducción en 1946 por Edit. Atalaya de Buenos Aires y alguna otra su-

(1) Todas estas cualidades, contrastadas con el propio estudio personal sobre la obra de Ihering, han sido tomadas de E. WOLF, *R. Von Ihering- O. von Gierke*, traducción de A. Truyol Serra, Madrid (Revista de Derecho Privado), s/a, págs. 13 y 18-19.

(2) Coinciden con sus obras principales, a excepción de sus diversas obras sobre la posesión, que no se mencionan. Una bibliografía bastante completa, elaborada por M. G. LOSANO, en: *Iherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtages von Rudolf von Ihering* (edit. por F. Wieacker-Ch. Wollschläger), Göttingen (Vandenhoeck-Ruprecht), 1970, págs. 253 y sigs. Menos completa, pero con especial atención a las obras traducidas al castellano en: *Ihering y la lucha por el Derecho*, número monográfico de *Revista de Ciencias Sociales* —Facultad de CC. Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, 1976-1977, págs. 671 y sigs.

damericana; en 1961-1962 se publica la traducción de los dos volúmenes, de D. Abad de Santillán, Puebla [Cajica]); 4) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884 (*Jurisprudencia en broma y en serio*, traducción [no completa] de R. Riaza, Madrid [Rev. D.^o Priv.], 1933).

La primera de estas obras, *El espíritu del Derecho romano*, enlaza de alguna manera con el primer programa de Savigny (de investigación histórica). Pero este, partiendo de que el Derecho romano se había hecho alemán, en cuanto que Alemania había adoptado el Derecho romano, se situaba dentro del conjunto, y dirigía su estudio a los detalles, a las diversas instituciones. Ihering en cambio toma como objeto de su estudio el conjunto, en sus diversas fases, aun cuando luego, por quedar la obra sin acabar, no pase de la segunda, el Derecho romano de la antigüedad, sin llegar a la tercera o tercer sistema, el de la época clásica de la jurisprudencia romana. Sirviéndose de una de esas comparaciones predilectas tomadas de las ciencias naturales que con tanta frecuencia utiliza, Ihering nos dice que el instrumento que necesita no es la lupa, sino el telescopio (3). No se trata de una exposición o de una historia del Derecho romano, sino de una crítica del mismo, de una crítica histórico-filosófica, es decir, de filosofía de la historia, que tiene por objeto «separar lo pasajero y puramente romano de lo permanente y general» (4). Esto, desde el punto de vista práctico, suponía abandonar el compromiso indisoluble con el Derecho romano. Como destacaría en el escrito inaugural de la revista fundada por él (1857), pero anticipa ya en la introducción a *El espíritu...* su lema es: «Por el Derecho romano, más allá del Derecho romano» (5). Desde el punto de vista teórico eso suponía también desligarse de los vínculos de sujeción al Derecho romano o cualquier otro Derecho particular, proclamar el carácter de universalidad de la ciencia jurídica (6). Lo que a su vez implicaba que en definitiva lo que importaba no era el Derecho romano, sino «poner de manifiesto la esencia del Derecho» (7). En realidad este conocimiento de la esencia del Derecho estaba exigido como previo por el propio propósito de crítica del Derecho romano, porque el que quiera criticar, como el que quiera medir, «necesita una medida, y la medida para juzgar un Derecho particular sólo nos la puede dar la teoría general de la naturaleza y la forma de manifestarse el Derecho en general» (8). Pero, como parece desprenderse de todo el desarrollo de la obra, «el propósito de Ihering estaba orientado desde el principio a proporcionar, a través de la exposición de la evolución del Derecho romano, elementos para una “teoría na-

(3) R. VON IHERING: *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Basel (Benno Schwabe), I, pág. 23.

(4) *Geist*, I, págs. 15-16.

(5) R. IHERING, «Unsere Aufgabe» en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I (1857), pág. 52; *Geist*, I, pág. 14.

(6) *Geist*, pág. 11 y sigs.

(7) *Geist*, II-II (1858), «Vorrede», XIV. Ha destacado este aspecto de la obra que estamos comentando W. WILHEM: «Das Recht in römischen Recht», en *Iherings Erbe* (cit. nota 2), págs. 228 y sigs.

(8) *Geist*, I, pág. 23.

tural del Derecho”, es decir, para una filosofía del Derecho» (9). Esto plantearía el problema de cómo o por qué empezar, para evitar el círculo vicioso. Ihering lo resuelve diciendo que, tanto con respecto al concepto de Derecho como al de historia, «se puede partir de verdades simples, indiscutibles, y conformarse con resultados sencillos» (10).

Este punto de partida no puede ser, sin embargo, una plena identificación con los puntos de vista de la doctrina dominante sobre la esencia y la naturaleza del Derecho, en concreto con la «doctrina proclamada y puesta en circulación sobre todo por Savigny del carácter nacional de los diversos Derechos» (11). Este punto de vista imposibilitaría los propósitos de Ihering, de dar universalidad a la ciencia jurídica y exponer una «teoría natural», es decir, de la esencia del Derecho en general. Pero esa doctrina dominante, en ese punto concreto, le parece a Ihering fácil de descartar. La frase de Savigny, de que el Derecho romano se ha hecho alemán, no le puede convencer, porque habría que explicar primero cómo o por qué ocurrió eso: antes de ocurrir, no era todavía alemán, era contrario a todo el pasado, a la íntima esencia de la nación alemana, a toda su historia. ¿Cómo y por qué, pues, tuvo lugar la recepción del Derecho romano? Esto lo deja sin explicar la Escuela Histórica, porque en realidad profesa una doctrina del desarrollo del Derecho que puede corresponder al Oriente, o a la antigüedad, pero que no se corresponde con el desenvolvimiento del Derecho en Occidente desde la Edad Media (12).

En otros puntos el pensamiento de Ihering está mucho más en armonía con el de la Escuela Histórica. Así cuando nos explica el significado del «espíritu del Derecho», precisamente el término que da título a su obra, en el sentido de que son «fuerzas que obran», «ideas, concepciones, tendencias de un pueblo y de una época», de modo que «el espíritu del pueblo y de la época es también el espíritu del Derecho» (13). O cuando nos dice: «Hoy ya no se discute que el Derecho no es, tal como se lo consideró en otro tiempo, un agregado externo de determinaciones libremente elegidas que deba su origen a la reflexión de los legisladores; sino que se lo considera, al igual que al lenguaje de un pueblo, un producto, íntimamente trabado, de la historia. Los propósitos y los cálculos humanos tienen ciertamente una participación en su formación, pero encuentran más de lo que crean, porque las relaciones en que se mueve la vida humana no esperan a que se las establezca y configure. El impulso de la vida es el que ha traído el Derecho con sus instituciones y el que lo mantiene en su ininterrum-

(9) Son palabras de A. MERKEL, «Ihering», en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (1893), pág. 22. El texto continúa: «Y su presuposición de una coincidencia de las tareas de la filosofía del Derecho con una historia escrita con este carácter estaba bien fundada. La historia condensada de la evolución es filosofía. Un espíritu que penetrara plenamente la historia de la evolución de la humanidad y que pudiera dar sobre ella una información coherente, concentrada y clara, sería el mayor de los filósofos».

(10) *Geist*, I, pág. 25.

(11) *Geist*, I, pág. 3.

(12) *Geist*, I, págs. 4 y sigs.

(13) *Geist*, I, págs. 44-45.

vida realidad exterior. La configuración que le han dado la sensibilidad y toda la forma de vivir del pueblo es lo que se encuentran la reflexión y la libre decisión legislativas, que no pueden ir contra eso sin hacerse daño ellas mismas» (14). En esta línea, la formulación del Derecho, es decir, la manifestación o expresión de lo que de él se conoce, le parece a Ihering derivada y secundaria. Se complace en la expresión de que «la regla expresa brevemente lo que la realidad es, de modo que no es de la regla de donde se toma el Derecho, sino que se saca la regla del Derecho existente» (15).

Pero Ihering va más allá que la Escuela Histórica en una dirección que podemos denominar «realista» y que anticipa posturas de otras doctrinas bastante posteriores. La Escuela Histórica presentaba el Derecho junto con el hecho, con su realización; Ihering destaca claramente, dentro del Derecho, este segundo elemento: «La función del Derecho, en general, consiste en su realización. Lo que no se realiza no es Derecho, y, a la inversa, lo que desempeña esta función es Derecho, aun cuando no haya sido reconocido todavía como tal (Derecho consuetudinario). La realidad es la que garantiza el texto, de la ley o de cualquier otra formulación del Derecho, como verdadero Derecho; por lo que ella es el único medio seguro para el conocimiento del mismo. Pero es más, ella es a la vez el comentario y la crítica de ese texto... Ningún código, ninguna exposición teórica del conjunto del Derecho puede comprenderse sin el conocimiento de las circunstancias reales del pueblo y de la época a la que corresponden. Sólo la vida misma tiene una respuesta a las cuestiones de por qué se han dado las normas, de qué deben ser éstas, de cómo la vida interfiere con ellas o las refuerza, etc.». Por eso se equivocan los juristas que nos presentan el Derecho de otros tiempos sólo a base de normas: los que las formularon no necesitaban expresar las circunstancias de la vida de sus contemporáneos a los que se dirigían; pero no es ese nuestro caso cuando queremos comprender el Derecho del pasado (16).

Ahora bien, todo esto forma parte de la introducción, es decir, de las «verdades simples e indiscutibles» de que se parte. Cuando Ihering comienza a exponer los resultados que él obtiene del estudio del desarrollo del Derecho romano, mejor dicho, en este caso, del estudio de sus antecedentes, de los orígenes de los que se supone que procede, no es ya la realización del Derecho, sino la realidad desnuda, el simple hecho y la fuerza, el poder que lo produce, lo que avanza al primer término, diríamos que amenazadoramente: «¿Dónde hay un Derecho que no haya nacido de la fuerza de los individuos y cuyos orígenes no se pierdan en el oscuro trasfondo del poder en el sentido físico? Pero en algunos pueblos ese período se ha sustraído totalmente a su memoria... No ocurre lo mismo con el Derecho romano. Si todavía hoy vemos que la fuerza continúa pariendo el Derecho, ¿qué otra

(14) *Geist*, I, págs. 25-26.

(15) Del jurista Paulo: «regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat; non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat». —*Geist*, I, págs. 33-34.

(16) *Geist*, I, págs. 48-57.

madre habría de tener en los comienzos de la historia?» Pero no vayamos a tirar por eso al niño y a la madre. Ni siquiera podemos decir que haya regido el poder en lugar del Derecho. Porque también el Derecho estaba presente en un principio, aun cuando de una forma completamente distinta que en la actualidad: como sentimiento jurídico subjetivo. Podemos ver esto en el caso del botín de guerra: las cosas arrebatadas al enemigo eran las que se consideraban más propias. Así comienza el reconocimiento del Derecho (de propiedad en este caso): Primero, es cierto, sólo con relación a los compañeros, a los individuos del mismo círculo o ámbito social, mientras que los que quedan fuera de él no tienen derechos; contra ellos se puede ejercer libremente la fuerza, en concreto arrebatándoles el botín; pero lo que comienza en un hecho vuelve a casa convertido en derecho: el botín ya «no es objeto de botín para los compañeros, sino jurídicamente intocable». Contra los compañeros puede alzarse la fuerza, pero sólo cuando ellos hayan atacado la persona o las posesiones reconocidas. En el reconocimiento social de lo que corresponde a cada uno está precisamente la garantía de que no se va a reclamar por la fuerza lo que no es propio y, en caso de que se haga, de que esa reclamación no va a tener éxito, porque el contorno social no permanece indiferente, neutral ante el conflicto, sino que apoya o no la reacción particular, según la considere justificada o no: es el sistema de la «auto-ayuda», que también pertenece al Derecho. Sólo que estamos acostumbrados a identificar a éste con el que está protegido por el juez, con el que es manejado por el Estado. Pero esta manera de ver, que es comprensible y natural desde el punto de vista actual, no hace justicia a la verdadera esencia del Derecho, que exige ciertamente su «realización constante y segura», pero que no necesita imprescindiblemente de la intervención del Estado, sino que aquélla se puede lograr, aun cuando sea más imperfectamente, por otros medios (17).

Esta visión de los orígenes del Derecho puede resultar dura, pero es menos claro que se la pueda calificar de pesimista, ya que lo que representa es un progreso desde las condiciones más difíciles e insostenibles a otras más soportables y llevaderas. Esta transformación se opera sobre todo gracias a que «la fuerza que actúa no es desnudo poder físico, sino que a través del sentimiento de su derecho se eleva a ser un poder moral» (18). En todas partes esto se ha realizado con la cooperación de la religión. Los preceptos del Derecho se convierten en preceptos divinos, bien todos, bien al menos los de más relevancia moral. Porque para el hombre religioso «el sentimiento de la naturaleza moral del Derecho, al captarlo desde el punto de vista subjetivo como voz de Dios, da como resultado desde el punto de vista objetivo que sus opiniones e ideas sean revelaciones divinas» (19).

Pero lo que ante todo configura el Derecho es el sentido de la utilidad, y lo que determinó la perfección del romano fue un sentido ex-

(17) *Geist*, I, págs. 107-123.

(18) *Geist*, I, pág. 175.

(19) *Geist*, I, págs. 265-266.

traordinario de la utilidad. Ahora bien, el motor de la utilidad, lo que pone en movimiento todo lo que pide la utilidad es el egoísmo. ¿Cómo se compagina esto con la elevación a poder moral de la fuerza que actúa en el Derecho? —Por medio de la transformación de este egoísmo, desde sus formas más ruines y bajas hacia las más grandiosas y elevadas, desde las que miran sólo a la utilidad inmediata y de un solo individuo a las que persiguen la utilidad a largo plazo y de toda la nación. Gracias a esto se elevaron los romanos a su grandeza y pudieron crear la maravilla de su Derecho. Todo el mundo romano podemos describirlo como «el triunfo de la idea de utilidad; todo en él, todas las fuerzas intelectuales y morales que en él actúan están al servicio de los fines, determinadas y configuradas por ellos. Y el egoísmo es el motor de todo; toda esa creación, con todas sus instituciones y todas las virtudes que desenvuelven su actividad dentro de ella, no es otra cosa que la objetivación o el organismo del egoísmo nacional». Desde el punto de vista del individuo lo que eso exige es no buscar la ventaja subjetiva a costa del Estado, ni la ganancia inmediata a costa de la meta final, ni los bienes materiales a costa de los inmateriales, sino subordinar lo relativamente inferior a lo superior, lo particular a lo general. Pero a todo esto, que objetivamente no era en realidad más que la consecuencia de la idea de utilidad, «el punto de vista nacional le pone el sello de la necesidad ética, de la moralidad, del deber» (20).

Sobre estas bases se comprenderá bien lo que Ihering expone, a propósito ya del sistema jurídico específicamente romano (o del *ius strictum*), es decir, del que tiene como fundamento o manifestación primordial la legislación de las Doce Tablas, acerca de la libertad y su relación con el Derecho. La libertad la valora, más que por el impulso que pueda suponer para la producción y el desarrollo material, por su significación o sentido moral, es decir, por el aspecto de actitud o de disposición de ánimo que supone. Por eso se ha de evitar, no sólo el forzar a hacer algo malo, sino incluso el forzar a hacer algo bueno, razonable; porque en este caso no se cierra sólo la posibilidad de elegir lo contrario, también «se quita la posibilidad de hacer lo bueno por propio impulso». No es que Ihering sea indiferente a lo que se haga, sino que sencillamente, desde el punto de vista del Derecho, concibe la libertad como un amplio marco, dentro del cual cabe hacer lo bueno y lo malo: el hombre moral aprovechará la libertad para realizar lo bueno por propio impulso, el malo para seguir sus malas inclinaciones sin obstáculos. Esto quiere decir que la amplitud de libertad en el sistema del Derecho sólo tiene perspectivas de dar buenos resultados, si cuenta por otro lado con contrapesos eficaces; entre estos ante todo los usos sociales. En efecto, no tiene que ser necesariamente el Derecho el que se encargue de prohibir todo lo que se ha de evitar; los usos pueden hacer lo mismo que el Derecho, y a veces con mucha mayor eficacia. «A la larga el sistema de la libertad sólo se puede sostener donde los usos sociales sean suficientemente fuertes para sustituir

(20) *Geist*, I, págs. 319-326. A propósito de la concepción utilitarista de la moralidad, más en concreto, de la virtud, hace referencia con elogio a Bentham (nota 228).

la coacción legal, y es, sobre todo, en los pueblos en los que ese sistema ha llegado a un grado más alto de desarrollo donde se encuentra como su contrapeso y atemperación un dominio riguroso y con frecuencia despótico de los usos sociales, así, por ejemplo, en Inglaterra y Estados Unidos...». Tal era también el caso de Roma. El cuadro vacío de la libertad abstracta se cubre con toda clase de limitaciones, presupuestos, restricciones, que no son menos eficaces porque no los haya establecido la ley. La enérgica fuerza de la costumbre, la institución del Censor, los comicios electorales, los tribunales populares, toda la vida romana con todos sus poderes efectivos constituye el sustraendo del Derecho abstracto, y hemos de realizar esa operación de resta o sustracción, para obtener el resultado. Este es: que el particular tiene un poder absoluto para hacer lo que quiera, pero sólo con vistas a que haga un uso correcto, no su capricho; ahora bien, el Estado no prohíbe ese abuso más que en la medida en que sea absoluta y totalmente rechazable, es decir, sólo las manifestaciones del poder subjetivo que de ningún modo se puedan tolerar, no las que sólo hipotéticamente, en algún caso, se podrían calificar como abusos. Para prohibir estas últimas, la ley tendría que entrar en una serie inabarcable de detalles sobre los presupuestos y posibilidades, y aún así correría el riesgo de decir unas veces demasiado y otras demasiado poco. Un juicio correcto sólo lo podrá formar el propio sujeto en el caso concreto; por tanto, se deja a su competencia. Pero el abuso de esta confianza será reprimido, no precisamente por la ley, sino por las otras instancias, que hacen sus veces, que no actúan como una ley muerta, sino como una ley viva que se adhiere al caso concreto, tales como el Censor, el pueblo mismo y la propia familia (21).

Todo esto por lo que hace al Derecho privado. Cuánto más cierto habrá de ser por lo que hace al Derecho público, en el que las competencias de los individuos tienen el carácter de mera administración y han de moverse a la luz de la más completa publicidad, expuestas en cada uno de sus pasos al control y la crítica del mundo circundante y al de los sucesores, contrapesados por influjos y consideraciones de todo tipo. Libre desde el punto de vista del Derecho, el funcionario público se veía rodeado por un poder invisible, que no le impedía el bien, pero le retenía de cualquier paso hacia el mal. Lo mejor de la constitución política de los romanos estaba en este poder invisible y en el espíritu de amor a la patria, de autorrenuncia, de respeto por la tradición, y en las otras cualidades de este tipo que había que presuponer, y con razón, en los magistrados romanos. Ese espíritu, ni puede ser conjurado por las leyes, ni tampoco depende de estas el evocarlos o hacerlo presente, porque no es más que el pueblo y el tiempo mismo. Cuando ese espíritu es bueno, la legislación encuentra fácil su misión; y así era en los buenos tiempos en que floreció la libertad en el Estado romano (22).

(21) *Geist*, II, págs. 128-146.

(22) *Geist*, II, págs. 271-272.

Con todo lo expuesto hemos ido mucho más allá de las ideas que podíamos encontrar en los autores representativos de la Escuela Histórica; pero, con excepción de la postura respecto a la internacionalidad de la ciencia jurídica y la formación del Derecho, todo lo demás es armonizable o compatible con los postulados de esa escuela, e incluso se puede considerar como un ulterior desarrollo de esos postulados. Pero la verdad es que ya a comienzos de la exposición del sistema específicamente romano, el que tiene por base principal las Doce Tablas, es decir, a comienzos del segundo volumen de su obra, Ihering se distancia claramente de la Escuela Histórica; y aun cuando no toma como objeto de sus críticas a ninguno de los juristas más representativos, sino al filósofo del Derecho amigo de Savigny, F. J. Stahl, lo pone como «muestra de hasta qué punto ha podido errar esa dirección poco sana e históricamente del todo errónea». Y el punto de la polémica es precisamente el valor de la legislación para el Derecho en relación con el papel o el puesto que corresponde al Derecho consuetudinario, ese «niño mimado de la Escuela Histórica». Ihering se muestra comprensivo con el período de unilateralidad que tiene que atravesar cualquier verdad nueva de profundas consecuencias; pero le parece que en este caso la unilateralidad ya ha durado demasiado. Con lo cual ya está dicho que no dejan de reconocerse al Derecho consuetudinario sus excelencias o ventajas. Pero el gran inconveniente que tiene frente a la legislación es que no permite la independización del Derecho. El Derecho consuetudinario se presenta en la forma de uso o costumbre (Sitte); pero en esta forma se presenta también la Moral: No es posible, pues, diferenciarlos exteriormente, es cuestión de diferenciarlos en cada caso, por el tipo de obligación exigida; pero esto, si en ciertos casos es posible, «en otros, por el contrario, la diferencia aparecerá sólo como gradual, por la distinta fuerza del sentimiento de obligación, y en otros de ninguna manera»; en esa forma «le falta todavía al Derecho la firmeza y dureza que constituyen su esencia y lo diferencian de la Moral». Con este primer estadio ha comenzado el Derecho de todos los pueblos; pero esto no es razón para que nos quedemos en él. «En la medida en que un pueblo experimenta la necesidad de la justicia, es decir, de un trato uniforme, sentirá el impulso a liberarse del azar de la justicia meramente individual, a sacar cada vez más la justicia de la esfera de la opinión subjetiva... El medio para esto es el Derecho». Naturalmente este cambio no se produce sin pérdidas dolorosas, pero éstas «no tienen proporción con las ganancias»: el aumento de firmeza, determinación, uniformidad, independencia, seguridad, calma... que experimenta el Derecho. Con este paso, de la interioridad subjetiva a la exterioridad objetiva, el Derecho consigue además su «independencia en la forma. La forma en que antes se manifestaba, los usos sociales, distaba mucho de ser peculiar suya... La ley en cambio es la forma exclusiva del Derecho. Lo que es uso social no es sólo ya por eso Derecho, pero sí lo es lo que es ley» (23).

(23) *Geist*, II, págs. 28-38. Con esta última afirmación Ihering parece ponerse en contradicción con afirmaciones suyas anteriores: «Lo que no se realiza no es Derecho,

Con esta «independencia de la forma», con esta peculiaridad de su manifestación, no sólo se consigue, aparte las otras ventajas, una mejor identificación del Derecho. En este mismo orden cognoscitivo Ihering atribuye a la forma legal del Derecho otra ventaja, que para él, dadas sus inclinaciones científicas, no podía menos de ser de gran importancia: «De un asunto de sentimiento el Derecho pasa a convertirse en objeto de conocimiento, se hace calculable lógicamente, mensurable objetivamente. La intuición va a dar paso cada vez más al pensamiento discursivo» (24). En este progresivo tránsito al pensamiento discursivo, desde la intuición, es decir desde la visión directa de la realidad, que es el medio de conocimiento propio de la relación jurídica, Ihering no se va a quedar ni en las leyes, es decir, en las normas o reglas jurídicas, ni en las instituciones, sino que va a pasar decididamente a los conceptos y a la elaboración sistemática del Derecho, es decir, del material jurídico, a base de conceptos, a través de los conceptos (jurídicos); siguiendo en esto los pasos de J. F. Puchta, «el gran Maestro»; al que está dedicada su obra, *Espíritu del Derecho romano* (25).

El hecho de que Ihering haya hecho posteriormente a la jurisprudencia de conceptos objeto de sus críticas y de sus burlas (es posible que incluso más esto último) ha contribuido no poco al descrédito de esa orientación. Sin embargo, las exposiciones que había hecho de ella las mantuvo en las diversas ediciones, revisadas, que hizo de su obra a lo largo de su vida, dando a entender que eran aprovechables e incluso compatibles con su evolución posterior, haciendo su defensa contra ataques dirigidos al texto de la primera edición (26). En todo caso debería tenerse en cuenta su advertencia (de 1884) de que «toda jurisprudencia opera con conceptos, pensamiento jurídico y por conceptos significa lo mismo, por lo que en este sentido toda jurisprudencia es jurisprudencia de conceptos» (27). Por consiguiente, todo lo que,

y, a la inversa, lo que desempeña esta función es Derecho, aun cuando no haya sido reconocido todavía como tal» (cfr. supra, pág. 252. ¿Se trata de una verdadera contradicción? ¿O de una evolución? ¿O de dos exageraciones (o al menos una)? ¿O más bien de dos unilateralidades? En este último caso la postura de Ihering estaría representada por las dos expresiones acumuladas. El Derecho podría reconocerse o ser identificado por su forma de ley o bien por su realización como Derecho. Por otro lado, la evolución en este caso parece estar excluida, porque más adelante, en el tercer volumen de su obra (es decir, en II-II), va a repetir estas ideas anteriores a que ahora nos estamos refiriendo, incluso con más énfasis: «Lo que no pasa a ser real, lo que sólo está en las leyes, en el papel, es sólo Derecho en apariencia, palabras vacías, y, a la inversa, lo que se realiza como Derecho es Derecho, aun cuando no se encuentre en las leyes». (*Geist*, II-II, pág. 322).

(24) *Geist*, II, pág. 38.

(25) Y a cuyo influjo atribuye expresamente el haber seguido esa dirección. *Geist*, III, pág. 321, nota 431.

(26) Así, por ejemplo, en la nota 528 del tercer volumen (II-II, págs. 386-387). Por lo demás parece que se puede decir que las burlas se han tomado demasiado en serio. Cfr. sobre esto E. WOLF, *op. cit.*, (nota 1), págs. 33 y sigs.

(27) R. v. IHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig (Breitkopf-Härtel), 1924, pág. 347. De manera semejante, en el tomo 2.º (1883) de *Der Zweck im Recht*; alude a que el conocimiento del Derecho, que aparece primero históricamente en su forma originaria imperativa de mandatos y prohibiciones, se transforma luego en su forma

desde la ciencia jurídica, se pueda decir contra la jurisprudencia de conceptos se habrá de entender contra los excesos de la misma. Parece, pues, imprescindible recoger al menos lo más esencial de esas exposiciones referentes a este tema, aun cuando no fuera más que para aprender qué es lo que hay que evitar, por llevar a esos excesos.

En términos parecidos a esa advertencia (de 1884) a que nos hemos referido, decía Ihering en el vol. I de *Espíritu del Derecho romano* «que la transformación de las normas jurídicas en conceptos jurídicos es lo que diferencia la concepción y la elaboración científica de un Derecho de la exposición del mismo contenida en un código» (28). Tales conceptos son, por ejemplo, los de las instituciones jurídicas, las circunstancias esenciales de los negocios jurídicos, las propiedades de las personas o cosas o derechos (29)... El primer resultado que se logra con esta transformación en conceptos es una «simplificación cuantitativa» del material jurídico. Porque en éste, tal como aparece en la legislación, pueden distinguirse diversos elementos o cuerpos simples, que a veces se repiten, cuya repetición, por consiguiente, puede ahorrarse en la exposición científica; otras veces se advierte que una determinada norma sólo se diferencia de otra por un elemento añadido, cuya indicación, por tanto, añadida a la de la anterior, será suficiente; otras que una norma se compone de diversos elementos conceptuales ya conocidos, cuya reunión bastará, pues, para la reproducción de su contenido. Por esta capacidad para combinarse de diversas maneras, dando lugar a compuestos o productos más amplios, pueden compararse esos elementos que se combinan en el material jurídico a los caracteres del alfabeto, aun cuando las diferencias entre uno y otro caso sean muy grandes (30). También se pueden comparar estos elementos a los de la química, y asimilar el papel de la técnica jurídica al de la química, en cuanto que descompone la materia en sus elementos simples. De esta manera la realidad jurídica, sometida al análisis de esta técnica jurídica, pierde su carácter orgánico: «La ciencia del Derecho no establece organismos, como tampoco lo hace la química orgánica, sino que los disuelve» (31).

Todo esto, junto con otros medios, sirve para lo que llama Ihering la «simplificación cuantitativa» del Derecho. Pero para facilitar al jurista la apropiación y dominio del mismo la técnica jurídica le puede proporcionar también una «simplificación cualitativa». Esta se logra mediante el orden interno, la simetría, la unidad del objeto. «El Derecho es cualitativamente simple, si está como sacado de una fundición, si sus partes están claramente limitadas y separadas y, sin em-

conceptual, y remite a su exposición en *Geist des römischen Rechts*. Cfr., R. v. IHERING, *Der Zweck im Recht*, Hildesheim-N. York (Georg Olms), II, 1970, pág. 70.

(28) *Geist*, I, pág. 39.

(29) *Geist*, I, pág. 37.

(30) *Geist*, I, págs. 39-41; II-II, págs. 334-335, 345 y sigs.

(31) *Geist*, II-II, págs. 335 y 350-351. Ihering aprovecha la ocasión para marcar nuevas distancias con respecto a las posiciones de la Escuela Histórica: «Para ocultar las deficiencias de conocimientos técnicos (con frecuencia también de claridad de pensamiento) no hay expresión más cómoda que la de "orgánico"; cuanto más nebuloso es el concepto, tanto más "orgánico" se proclama el objeto.»

bargo, se reúnen armónicamente en una unidad, si la vista puede captar con igual facilidad las partes que el todo» (32). Para conseguir esto se precisa realizar la operación de «construcción jurídica», que corresponde a la ciencia jurídica superior, mientras que la que Ihering califica como inferior se encarga de la interpretación jurídica. Esta es imprescindible, pero no constituye más que el primer grado o escalón. El paso de una a otra viene determinado por el empleo del método propio de la construcción, que es el de la Historia Natural. Gracias a este método la ciencia jurídica se constituye como «ciencia natural en el ámbito cultural» (33). Lo decisivo es que el método determina que los conceptos e instituciones jurídicas se constituyan o configuren como «cuerpos jurídicos». Ihering enlaza en esto con una idea de Savigny, que, refiriéndose a los juristas romanos, había dicho: «Los conceptos y preceptos de su ciencia no son para ellos un producto de su arbitrio, son entes reales, cuya existencia y cuya genealogía han llegado a conocer a través de un trato íntimo prolongado. Por ello, todo su procedimiento tiene una seguridad como no se encuentra en otra parte, fuera de las matemáticas, pudiendo decirse sin exageración que calculan con sus conceptos» (34). Si interpretamos la expresión «entes reales» en sentido metafórico, es decir, equivalente a una comparación: «como si fueran entes reales», estaría facilitada su comprensión. Lo mismo parece que hay que aplicar a las otras expresiones de Ihering, que, aparte de la de «cuerpos jurídicos», emplea también las más suaves de «existencias», «individualidades lógicas», y la de «entes o seres jurídicos». Así entendidas vendrían a expresar la misma idea que luego aplicará Durkheim en la Sociología: tratar los hechos sociales como (si fueran) cosas. En ambos casos está a la base de esa idea el deseo de lograr una ciencia similar a las ciencias naturales.

¿Por qué Ihering escoge el método de la Historia Natural? Probablemente porque le parece el más apropiado para aplicarlo a los conceptos jurídicos, el que mejor se corresponde (en su clasificación de los seres vivos, la célebre clasificación de Linneo) con las clasificaciones o sistemas que se pueden hacer con los conceptos jurídicos; luego también tal vez por las consecuencias que pensaba extraer de esta equiparación. De acuerdo a la equiparación escogida, insiste en definir los conceptos jurídicos, más que por su finalidad, por su estructura, y no de manera aislada, sino en relación a la clasificación en que se enmarquen: «Sólo se puede definir atendiendo a un aspecto que permita también clasificar» (35). Otros puntos que le parece que hay que destacar en los conceptos jurídicos, tratados como cuerpos de la Historia Natural, son sus propiedades, su nacimiento y extinción, su compatibilidad entre sí y su clasificación sistemática (36).

(32) *Geist*, II-II, pág. 333.

(33) *Geist*, II-II, págs. 358-361.

(34) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), Hildesheim (Georg Olms), 1967, pág. 29.

(35) *Geist*, II-II, pág. 365.

(36) *Geist*, II-II, págs. 362-369.

De acuerdo con el método elegido están también las leyes de la construcción jurídica que Ihering establece: 1) La ley de correspondencia con la materia positiva, 2) la de no contradicción, y 3) la de la belleza (aun cuando ésta no es absoluta, sino simplemente recomendable, en la medida de lo posible). Las otras dos vienen exigidas por la naturaleza de ciencia que se quiere establecer. Esta es una ciencia positiva, luego tiene que atenerse (1.^a ley) a los datos de que se parte, a la realidad, que en este caso viene entendida como la materia jurídica, las normas de Derecho positivo. Pero lo que maneja son conceptos como si fueran cuerpos, por tanto, éstos no se pueden contradecir o negar (2.^a ley): «Un concepto no tolera ninguna excepción, de la misma manera que un cuerpo no puede negarse, ni ser excepcionalmente algo distinto de lo que es» (37).

El resultado de la construcción jurídica es el sistema, la elaboración de un sistema de los conceptos jurídicos lo más completo y lo más perfecto posible: que contenga en forma de tabla toda la información posible sobre lo que es cada objeto o concepto, y sobre cómo se relaciona con el organismo total de la ciencia, «el árbol genealógico de los conceptos» (38). Las consecuencias que se derivan de este resultado son: la primera (bastante coherente con él), que «el sistema es, desde el punto de vista práctico, la forma más ventajosa en que se puede presentar la materia dada por el Derecho positivo»; la segunda es más ambiciosa y probablemente la que Ihering ha buscado con más ahínco: «El sistema es una fuente inagotable de nueva materia», es decir, que la jurisprudencia superior es creadora o productiva. Pero la demostración de estos asertos se queda más bien en alusiones vagas y generales: «Si hemos adoptado la representación de los cuerpos jurídicos... tenemos que permanecer fieles a esta idea también cuando nos falle la materia positiva, es decir, tenemos que completar de alguna manera lo que nos falta. El material para este complemento nos lo proporciona en parte el mismo cuerpo en particular, su naturaleza y su dialéctica interior, en parte la teoría general de los cuerpos jurídicos» (39).

Más significativo me parece un párrafo del artículo fundacional de su revista, la revista creada por él y el germanista Gerber, escrito en el que presta preferente atención a este aspecto de la productividad o creatividad de la ciencia jurídica: «La ciencia jurídica superior no es sólo configuradora de la materia, sino también creadora; y sólo ella lo es, porque sólo ella puede producir una materia nueva con seguridad y conscientemente. La única operación en la que puede surgir una apariencia de actividad productiva también por parte de la ciencia jurídica inferior es la extensión analógica, porque en ésta se da, al menos, un alejamiento de lo que constituye su objeto (de la C. jca. inferior): la voluntad de la ley. Pero tampoco se la puede comprender (la analogía) correctamente, ni realizarla con seguridad, desde los supuestos

(37) *Geist*, II-II, págs. 370-382.

(38) *Geist*, II-II, pág. 330.

(39) *Geist*, II-II, págs. 383-388.

de la ciencia jurídica inferior. Porque si sólo se conocen las normas y sólo con ellas se opera, ¿cómo se puede comprender que una norma, que el legislador ha establecido sólo para una determinada relación, se haya de poder extender a otra distinta? ¿Por razón de la necesidad? —Pero si el legislador no la ha reconocido, ¿cómo podríamos hacerlo nosotros? ¿Por razón de la igualdad de fundamento?—. Pero ¿qué se ha de entender por igualdad de fundamento? ¿Y a dónde podría conducir un procedimiento que opere con este punto de vista? ¡No! Desde aquellos supuestos (de la ciencia jurídica inferior) se puede manejar correctamente la extensión analógica, en todo caso, mediante el tacto acertado o la adivinación instintiva de su verdadera significación, pero no se la puede comprender. Esto sólo es posible desde los supuestos más elevados (de la ciencia jurídica superior). Su definición aquí es muy sencilla, tiene este sentido: la extensión analógica no es otra cosa que la respuesta a la cuestión de si una norma jurídica, que históricamente ha aparecido primero en una especie particular, pertenece a la especie o al género» (40). Si todo el problema de la creatividad de la ciencia jurídica, que sólo desde la superior se comprende, se reduce a esto, podemos entender el énfasis que pone Ihering en el valor del sistema (la transformación en el sentido de simplificación cualitativa, del material jurídico), su insistencia en el método de la Historia Natural, que procede precisamente a la clasificación sistemática de los seres vivos por géneros y especies; se explica también su manera de entender las definiciones de los conceptos: más por su estructura que por su finalidad. Parte de la suposición de que «toda ciencia jurídica crea, produce, incluso cuando no es consciente de ello o llega a negarse totalmente en la teoría ese derecho» (41), y quiere además que esa labor se realice simplemente «por razón de la igualdad del fundamento»... Ihering se propone llevarla a sus verdaderos presupuestos, para evitar que de ahí pueda salir cualquier cosa, reducirla a operaciones lógicas, a los cauces de la lógica. Para esto necesita el «árbol genealógico de los conceptos», para saber lo que cada uno de ellos debe al género o a la especie. De esta manera procedió la lógica tradicional durante siglos, acudiendo al famoso «árbol de Porfirio», que clasificaba la especie humana bajo los géneros de animal, viviente, cuerpo: Toda cualidad de los géneros es aplicable a la especie, las cualidades de la especie son aplicables a los géneros en cuanto sean efectivamente genéricas y no específicas.

Todo esto naturalmente plantea graves problemas. Uno es si realmente las definiciones de los conceptos jurídicos pueden darse atendiendo a su estructura y no a su finalidad. Otro es que habrá que dar esas definiciones y hacer esas clasificaciones sistemáticas. Ihering nunca llegó a realizar esta obra de clasificación sistemática de los conceptos jurídicos conforme a estos presupuestos o requisitos por él indicados; puso diversos ejemplos particulares de la relación entre diversos conceptos, pero no hizo un sistema general, una construcción sistemá-

(40) R. v. IHERING, «Unsere Aufgabe» (cit. nota 5), págs. 14-15. En el mismo sentido J. AUSTIN, *Lectures...*, págs. 1001 y ss.

(41) *Geist*, II-II, pág. 388.

tica, de cuyas dificultades por lo demás era consciente (42). Cuando siete años después del anterior apareció el cuarto volumen de *Espíritu del D. R.* (1865), el último que Ihering publicó, dejando la obra incompleta, no sólo no había en él esa clasificación sistemática (desde esos presupuestos o puntos de vista a que nos hemos referido), sino que lo que había era precisamente un ataque a la posición o concepción logicista de la ciencia jurídica.

Considera ahora (1865) que es una ilusión el pretender dar a lo positivo la aureola de lógico, que eso tiene que ver con el intento de tranquilizar nuestro juicio justificando lo existente como razonable, por lo que, en lugar de poner de manifiesto su justificación o su necesidad desde el punto de vista histórico, práctico o ético, se toma el camino de presentarlo como lógico. Se crea así un mundo en el que se entroniza el pensamiento abstracto. El concepto se arroga el papel de demiurgo, se atribuye el haber hecho el mundo del Derecho y ser él el que lo rige. En el lugar de las fuerzas reales que se imponen en el seno del Derecho se instala la dialéctica del concepto, y exhibe como obra suya lo que es un producto de aquéllas. En consecuencia Ihering proclama como imperativo inmediato: «¡Liberémonos de los cepos en los que la falsa ilusión nos ha hecho caer!» Y prosigue: «Todo ese culto de la lógica que quiere convertir la ciencia del Derecho en una matemática jurídica es un extravío y se basa en un desconocimiento de la esencia del Derecho.» Ihering hace incluso aquí una de sus pocas confesiones de culpabilidad personal: «Por mi parte no quiero de ningún modo declararme inocente de este reproche» (43). Esta confesión y este propósito de la enmienda iba a marcar el rumbo de su obra posterior. Esta iba a estar toda ella bajo la enseña de la teleología, de la consideración del fin en el Derecho.

Una inmediata consecuencia de esta orientación va a ser, ya en *Espíritu del D. R.* (parte III, es decir, vol. 4), la célebre definición de los derechos subjetivos como «intereses jurídicamente protegidos». El primero de los dos elementos de esta definición lo designa Ihering como utilidad, ventaja, ganancia, bien, valor, disfrute, pero sobre todo «interés», en cuanto que así se expresa lo mismo, el valor o el bien, pero en cuanto está «en especial relación con los fines y relaciones del sujeto». El primer elemento, «en el que reside el fin práctico», es el «substancial», mientras que el segundo, «que se relaciona con aquel fin simplemente como medio», es decir, la protección jurídica, es el elemento «formal». Y continúa Ihering explicándonos la relación entre uno y otro: «El primero es la pepita, el grano; el segundo, la cáscara protectora» (44).

La gran obra de Ihering en este último período de su vida es *Der Zweck im Recht (El fin en el Derecho)* (1877 y 1883). Pero antes de

(42) *Geist*, II-II, pág. 371, nota 514.

(43) *Geist*, III, págs. 317-322. Por lo demás, múltiples anticipaciones a la postura de Ihering en esta etapa podemos verlas ya en la anterior, por ejemplo, y aparte otras muestras recogidas en nuestra exposición, en su doctrina sobre la interpretación, de los negocios jurídicos y de la ley, en *Geist*, II-II, págs. 449 y sigs.

(44) *Geist*, III, págs. 339 y sigs.

publicarla iba a tener ocasión de dar una conferencia en Viena (1872), que luego, algo aumentada y con algunas notas, se publicó como un pequeño libro; su título: *Der Kampf ums Recht* (*La lucha por el Derecho*). Su éxito ha sido tal vez el mayor que haya conocido nunca una obra escrita por un jurista. Esto no quiere decir que su mérito sea directamente proporcional a ese éxito. Las claves de éste parece que hay que buscarlas más bien, aparte de su estilo vivo y personal, en que «resultó ser un espejo que reflejaba el sentimiento jurídico contemporáneo», en que «todos pudieron ver apuntados, expresados, confirmados, fundamentados y justificados de manera convincente sus deseos político-jurídicos más íntimos y arraigados» (45).

Desde el punto de vista de la evolución intelectual de Ihering esta obra ofrece el interés de dar testimonio de una nueva toma de postura, marcando nuevamente distancias, con respecto a la Escuela Histórica. A ésta, dice, se la podía denominar igualmente «romántica»; porque es efectivamente «romántica, es decir, basada en una falsa idealización de las situaciones del pasado, la idea de que el Derecho se forma sin dolor, sin esfuerzo, sin necesidad de una actuación, como una planta del campo; la dura realidad nos muestra lo contrario». Con frecuencia están de tal manera las cosas, que el cambio sólo se puede lograr a costa de una intervención muy sensible en los derechos e intereses privados existentes. Con el Derecho vigente se enlazan a lo largo del tiempo los intereses de miles de individuos y de estamentos enteros, de tal manera, que no se puede cambiar aquél sin herir éstos de la manera más sensible. Por esto, cualquier intento en ese sentido provoca de manera natural la actuación del instinto de conservación y la más dura resistencia de los intereses amenazados; y, por tanto, una lucha, en la que, como en toda lucha, no es el peso de las razones o fundamentos, sino la relación entre las fuerzas enfrentadas lo que determina el resultado (46).

Pero no es éste el contenido central del escrito, aunque está en relación con él. La tesis central se puede resumir así: «los titulares de un derecho lesionado tienen la obligación de defenderlo enérgicamente»; y el resumen de la argumentación sería: «en primer lugar, la interconexión del derecho subjetivo con la personalidad de su titular, en segundo lugar, la solidaridad entre el derecho subjetivo y el objetivo» (47). Es decir, que, según la primera parte de la argumentación, el que lesiona un derecho lesiona al mismo tiempo la personalidad de su titular: y, según la segunda, también, el orden jurídico en general (junto con el derecho subjetivo). Ahora bien, el del Derecho (en sentido objetivo) no es el único, ni siquiera el supremo valor del mundo: hay casos en que permitir una lesión del orden jurídico puede estar justificado y ser honroso; el no exigir el pago de una deuda a alguien que está en apuros económicos, lo mismo que el dejar de perseguir a un

(45) E. WOLF, *op. cit.* (nota 1), págs. 42 y 43.

(46) R. v. IHERING, *Der Kampf ums Recht*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft), reproducción de la 4.^a edición, Wien, 1874, págs. 8 y sigs.

(47) Ambas fórmulas son de A. MERKEL, «Ihering» (cit. nota 9), págs. 26-27.

siervo o a un esclavo fugitivo, en los tiempos en que la servidumbre o la esclavitud eran legales, no parece que sea digno de reproche. Y en cuanto a la lesión de la personalidad, no parece que tenga que ser inherente a la lesión de cualquier derecho: hay derechos que se consideran renunciables, aun cuando haya otros que no lo son. El propio Ihering lo reconoció más tarde, cuando, refiriéndose a la interpretación que se daba a su postura, en el sentido de que «por cualquier derecho en discusión se haya de iniciar un proceso», califica esa interpretación de «caricatura no poco frecuente», y afirma que no se siente responsable de ella, porque él ha indicado «con suficiente claridad los presupuestos imprescindibles para que la afirmación del derecho sea una obligación» (48).

Ahora bien, no se comprende entonces por qué esa interpretación no es rara o poco frecuente («nicht seltener»). Por otro lado, ese énfasis en la defensa de los derechos y la elevación que se le atribuye no parece ser muy congruente con el modo como se ha explicado su génesis: no tanto por el peso de las razones, como por la relación de las fuerzas en lucha y la contraposición de los intereses.

Si ambicioso era el tema de la obra que acabamos de comentar, más aún lo es el de la que vamos a comentar a continuación: *El fin en el Derecho*. El tratarlo fue consecuencia de la nueva concepción de los derechos (subjetivos) expresada en el cuarto volumen de *Espíritu del D. R.*: «Intereses jurídicamente protegidos.» Como el propio Ihering nos ha dicho, el concepto de interés le obligó a tener en cuenta el de fin y el derecho en sentido subjetivo lo impulsó a tratar del Derecho en sentido objetivo (49). En realidad no sólo del Derecho: tanto el título de la obra como el lema que ostenta, «el fin es el creador de todo el Derecho», son engañosos; se trata en realidad de todo el conjunto de la vida moral en sentido amplio: usos sociales, moral y Derecho, los tres órdenes normativos, nacen y se explican por la finalidad, por el fin (50). No es extraño que tal ampliación del tema hiciera imposible la continuación de la obra que le había dado origen: el hijo produjo la muerte de la madre (51); pero también el nuevo libro, tras la publicación de dos tomos bastante voluminosos, iba a quedar sin terminar.

Explicar el conjunto de la vida moral por su finalidad viene a ser una forma de dar respuesta a la cuestión de qué es esa vida moral. ¿Cómo pudo ocurrírsele a Ihering meterse en semejante problema? Desde luego no por desconocimiento de su dificultad, ni de la escasa preparación filosófica con que contaba para ello (52). Pero en él convivía con su falta de «formación filosófico-sistemática» una naturaleza

(48) Así en R. v. IHERING, *Der Zweck im Recht*, Hildesheim-N. York (Georg Olms) I, 1970, pág. 57, nota.

(49) *Der Zweck*, I, prólogo a la 1.^a edición.

(50) Explícitamente expresado así por IHERING, *Der Zweck im Recht*, (cit. nota 48), II, pág. 167.

(51) La frase es de A. MERKEL, «Ihering» (cit. nota 9), pág. 28.

(52) Ambas cosas son reconocidas expresamente por IHERING, *Der Zweck*, II, págs. 11 y 75, I, prólogo a la 1.^a edición.

«especulativa e intuitiva» (53), que le llevaba a buscar por su cuenta una solución, cuando no le satisfacían las dadas anteriormente. Debíó animarle a ello la conciencia de estar viviendo en una nueva época, que no sólo demandaba soluciones nuevas, sino que en cierto modo las traía consigo, en un material intelectual del que Ihering se sentía como una representación y encarnación: la solución, por consiguiente, no sería tanto suya, como de su época, «estaba madura en el árbol del tiempo» (54). Y debíó animarle, sobre todo, la idea de que sus conocimientos en el campo del Derecho, especialmente los referentes a la formación y evolución del Derecho romano, le habían puesto en las manos una solución que era aplicable al conjunto de la vida moral: Por delante del sentimiento y de la idea del Derecho habían ido el simple hecho y la fuerza y el poder individuales que lo producen; sólo después, por una transformación y refinamiento de los hechos, había ido apareciendo y formándose lo que propiamente llamamos Derecho (55); así también, por una progresiva elevación, a partir de los hechos y del mismo Derecho, que no necesita otros móviles para actuar que los egoístas, ha podido surgir la moral propiamente dicha, que actúa, hace actuar, desinteresadamente, a favor de los fines colectivos o sociales. Era esta una solución que, por un lado, respondía al clima realista y positivista de la época, y, por otro, también al nuevo idealismo, proyectado hacía el futuro, el idealismo del progreso (56). El hilo conductor, o, mejor, el impulso continuo que mantiene el movimiento, que hace avanzar esa evolución, es el fin, la actividad ininterrumpida de la inteligencia humana en cuanto que, con cualquier indigencia que socorre, con cualquier necesidad que satisface, no hace más que preparar el terreno en el que se elevará una nueva necesidad, es decir, un nuevo fin. «El fin tiene, en realidad, la capacidad que Hegel en su método dialéctico atribuyó falsamente al concepto: da origen continuamente a otro nuevo (fin), es el *Perpetuum mobile* de la historia universal» (57).

Lo que Ihering pretende es, pues, una explicación histórico-racional de la evolución del mundo moral, en la que a veces cuenta con la

(53) E. WOLF, *op. cit.* (nota 1), pág. 29.

(54) *Der Zweck*, II, pág. 137.

(55) «No es a la convicción jurídica en su altura y majestad a la que debe el Derecho el puesto que ocupa en el mundo actual, esa convicción es el resultado final de un largo proceso, pero no el punto de partida. El punto de partida es el desnudo egoísmo, que sólo en el transcurso del tiempo da lugar a la idea y a la disposición de ánimo éticas». *Der Zweck*, I, pág. 192. En cuanto a los antecedentes de esta postura cfr., *supra*, págs. 252-253. También la concepción del Derecho que está a la base de *La lucha por el derecho* está en esta misma línea; cfr., *supra*, págs. 263-264. Que de hecho estos puntos de vista influyeron en la teoría de *El fin en el Derecho* puede comprobarse en *Der Zweck*, I, pág. 199, nota, II, pág. 98.

(56) «Yo vivo en la firme confianza de que la humanidad no es cada vez peor, sino que será cada vez mejor». *Der Zweck*, II, pág. 104.

(57) *Der Zweck*, II, pág. 88. A. Merkel ha relacionado la postura de Ihering sobre el fin con su idea primitiva de dar una «teoría natural del Derecho», aun cuando ahora se eleva, «por encima de las fronteras de una filosofía reducida al Derecho, a todo un proyecto de fenomenología de todo el mundo ético y social». A. MERKEL, *op. cit.* (nota 9), pág. 29.

confirmación histórica, otras se tiene que conformar con el elemento meramente racional de la explicación; pero en todo caso parece partir de una coincidencia fundamental entre el elemento histórico o genético y el racional o ideal de la explicación. Dentro de esta explicación, el primer escalón en la disposición de la vida social para los fines colectivos corresponde a lo que Ihering denomina «sociedad» en un sentido contrapuesto al de Estado, y anterior e independiente del Derecho propiamente dicho (58). Los móviles de actuación en este nivel son, desde luego, egoístas, en concreto, las ventajas que se obtienen de la recíproca ayuda para la consecución de los fines: «Una cooperación para fines comunes, en la que cada uno, al actuar por los demás, actúa también por él, y cuando actúa por él, lo está haciendo también por los demás.» Y como nadie puede ser lo que es más que gracias a la cooperación de otros, resulta que la sociedad es una forma de vida impensable, puede decirse que es en general «la forma de vida humana. Vida humana y vida en sociedad son términos equivalentes» (59).

El Derecho es un nuevo paso, es otro procedimiento para poner al servicio de los fines colectivos o sociales la actividad humana. Esta continúa bajo móviles egoístas, que en este caso no son ventajas positivas, sino la coacción, o poder que se impone psicológicamente a la voluntad para la realización de fines que no provienen de ella misma. Junto con la norma, o disposición de la conducta, de la actividad humana, la coacción constituye la otra parte, el otro componente del concepto de Derecho. A la explicación (histórico-racional) de este se puede llegar por una doble vía: o partiendo de la norma, que, para realizar sus fines, necesita del poder o coacción; o partiendo de ésta, que se autolimita hasta darse una norma. De los orígenes del Derecho por este segundo camino tenemos testimonios históricos; tanto en la esfera del Derecho internacional, como en el interior de los Estados. La primera etapa vendría representada por la esclavitud, en la que nuestra perspectiva actual acumula los horrores, pero que representa en realidad un progreso con respecto a la práctica anterior de matar a los vencidos; luego vienen otras modalidades más suaves, como, por ejemplo, la imposición del pago de un tributo; y cuando se hacen pactos o tratados, especialmente cuando se realizan estos antes de la victoria total, con la paz que ellos establecen llega el Derecho, puesto que al poder se ha añadido una norma, que es reconocida y acatada; y aun en los casos en que luego no se la cumple, ésta ha introducido el Derecho como pauta de conducta. Para esto no es necesario suponer ninguna idea ética, sino simplemente el interés, el egoísmo bien entendido, porque se gana conservando como esclavo al vencido o imponiendo otras formas de subordinación o de convivencia (en lugar de matar al vencido).

Lo mismo ocurre por la otra vía, cuando se coincide en el interés

(58) Por tanto, no deja de tener una cierta conexión con el concepto de «sociedad civil» de Hegel.

(59) *Der Zweck*, II, pág. 66.

por establecer un orden y, por tanto, en crear una norma: el mismo interés llevará a establecer, como garantía de su cumplimiento, un poder que se imponga al de los posibles disidentes o perturbadores particulares. En último término, como suprema garantía de ese cumplimiento, se impone la necesidad del Estado en cuanto «único poseedor del poder de coacción social»; en cuanto monopolio absoluto del derecho de coacción. Ambos conceptos, Estado y Derecho, están en una relación de implicación y condicionamiento mutuo: «El poder estatal necesita el Derecho, y el Derecho el poder estatal.»

Ihering no siente ninguna inhibición en destacar el papel del poder y el del Estado: «El poder puede en caso necesario existir sin el Derecho... El Derecho sin el poder es un nombre vacío sin ninguna realidad»; «el Estado es la única fuente del Derecho, porque las normas que no pueden ser impuestas coactivamente por quien las establece no son jurídicas»; «la coacción puesta en ejecución por el Estado constituye el criterio absoluto del Derecho, una norma jurídica sin coacción es una contradicción en sí misma, un fuego que no quema, una luz que no alumbrá». No es muy coherente con la importancia que tiene el elemento social o sociológico en el conjunto de la concepción del Derecho del Ihering polarizarse en esas expresiones; sin embargo, una y otra vez lo han hecho los juristas que han visto reflejada en ellas su propia concepción. En el contexto de la exposición de Ihering están alegadas, particularmente esta última, en conexión con el deseo de excluir la aspiración a ser calificados de Derecho, que, en otro caso, «tendrían también los usos sociales y la moral». Vienen condicionadas además por la trayectoria y el método que Ihering ha escogido, de explicar la vida social por diversos escalones, colocando el Derecho antes de la moralidad propiamente dicha, desprendido o desconectado de cualquier elemento moral, en los terrenos dominados por el simple egoísmo; lo que es precisamente uno de los puntos más vulnerables de su construcción (60). Este mismo método, de tratar los diversos aspectos por separado, determina que en todo lo que llevamos expuesto la preocupación de Ihering se concentre en lo que expresamente designa como la forma, los «momentos meramente formales, que no nos dicen nada respecto del contenido del Derecho» (61).

El contenido pone de manifiesto la dimensión social (en sentido amplio, abarcando como parte lo estatal), porque «sólo gracias al contenido nos enteramos de para qué sirve el Derecho» (62), es decir, de cuál es su fin, de su finalidad; y ésta desde luego es social; pero no todos los fines sociales son también jurídicos. El fin del Derecho es «asegurar las condiciones de vida de la sociedad». Este concepto (de las condiciones de vida) es muy relativo, porque lo es también el de vida. Si se entiende por tal la mera existencia física, entonces también

(60) *Der Zweck*, I, págs. 181-338. Sobre la vulnerabilidad del punto de la construcción de Ihering a que hemos aludido, llamó la atención ya A. MERKEL, *op. cit.* (nota 9), págs. 34-35.

(61) *Der Zweck*, I, pág. 339.

(62) *Ibidem.*

sus condiciones se reducirán a lo estrictamente necesario para mantenerla: «Comer, beber, vestido, habitación». Aun dentro de este sentido el concepto continúa siendo relativo, porque es muy distinto lo que necesitan unos y otros. «Pero la vida no es sólo la existencia física; incluso el más pobre e insignificante pide a la vida algo más que su mera conservación, quiere bienestar, no sólo existir.» En esta línea la relatividad se acentúa: cada uno tiene su propio ideal de vida, conforme al que mide el valor de la que lleva, y cuya realización constituye la meta de todos sus esfuerzos, la palanca de su voluntad. «Los bienes y disfrutes que condicionan la vida del hombre no son en su apreciación sólo los de naturaleza sensible, material, sino también los inmateriales e ideales, abarcan todo lo que constituye la meta de las luchas y de los esfuerzos humanos: honra, amor, profesión, religión, arte, ciencia. La cuestión de las condiciones de vida, tanto del individuo como de la sociedad, es una cuestión de educación nacional e individual» (63). Nos encontramos, pues, después de habérsenos hecho esperar la solución respecto al fin del Derecho, con una remisión relativista, a la propia formación o educación de cada uno (64).

Después de los capítulos dedicados a la sociedad (en cuanto anterior y contrapuesta al Derecho y al Estado) y al Derecho, el correspondiente a la moral (que abarca todo el tomo 2.º) se inicia con el mismo tema con que se había terminado el anterior: con la insistencia en que los dos resortes del egoísmo (las ventajas o recompensas positivas y la coacción) son insuficientes para la subsistencia de la sociedad; es imprescindible contar con otros dos que no son egoístas: el sentimiento del deber y el amor, es decir, «la prosa y la poesía del espíritu moral». Ambos dan origen a acciones que pueden calificarse de desinteresadas, desprendidas, abnegadas, es decir, no egoístas, o, con otra palabra, morales, de cuya existencia nos da testimonio el lenguaje y la experiencia.

La calificación de lo moral ha sido objeto de tan diferentes interpretaciones, que resulta difícil pensar que provengan de la misma rama del saber. Por eso Ihering opta por atenerse, en primer lugar, a los datos del lenguaje corriente, y después a sus propias conclusiones. Estas no coinciden con ninguna de las doctrinas anteriores. Aun cuando pudiera parecer que se aproximan a la postura de Bentham, también con respecto a ésta son claras las diferencias. Por un lado, Ihering es perfectamente consciente de la diferenciación de un doble aspecto o elemento que hay que distinguir en la moral: el objetivo y el subjetivo. Este lo coloca, en línea con el pensamiento alemán (Kant) en los motivos de la acción, o, más exactamente, en la actitud o disposición de ánimo del sujeto; y aun cuando se concentre ante todo en el aspecto

(63) *Der Zweck*, I, págs. 345-346.

(64) No se trata de una frase aislada, en ella «se expresa más bien una de sus convicciones más firmes, que penetran toda la obra: su relativismo histórico». G. E. LANGEMEIJER, «Iherings "Zweck im Recht" im Lichte der seitherigen Wertlehren», en *Iherings Erbe* (cit. nota 2), pág. 131.

objetivo, coincidiendo en esto con Bentham, se diferencia de éste también por otro lado: en cuanto que no es individualista, sino que Ihering opta claramente por una postura supraindividualista o universalista (65). En este sentido proclama que la sociedad es el fin de las normas morales, que «el bien de la sociedad es el punto de vista orientador de todos los principios morales»; en realidad no sólo de los morales en sentido estricto, sino que «todas las normas morales en sentido amplio (Derecho, moral, usos sociales) tienen únicamente por fin el bien y la prosperidad de la sociedad». «El individuo debe y tiene que saber, que depende de la sociedad, que de ella recibe su ley.» «La teoría social deja espacio para el individuo, la individualista en cambio no lo deja para la sociedad; porque el todo abarca a la parte, mientras que la parte que quiere existir sólo para sí excluye al todo.»

¿Cómo explicar entonces que la voluntad del individuo se interese por la moral? La respuesta para Ihering no puede ser el sentimiento moral o la conciencia, porque todo esto no es para él originario, sino derivado. Lo originario, lo primario en el hombre es para Ihering el egoísmo. ¿Cómo de éste ha podido surgir su contrario que es lo moral? Hay que reconocer aquí un salto, un cambio cualitativo. Pero la explicación no puede estar más que en la sociedad misma: «todo lo moral, lo mismo el conocimiento que la voluntad, de realizarlo, es producto de la historia, de la vida histórica, de la sociedad». Nada de extraño tiene que ese proceso haya tenido que ser muy trabajoso, tanto desde el punto de vista de su perfeccionamiento, de su intensificación (en cuanto a conocimiento y voluntad, como desde el punto de vista de su extensión. Lo mismo que vimos con respecto al Derecho, también la ampliación del campo de la moral, en este aspecto de la extensión, tuvo que ser gradual y muy trabajosa. El que no pertenecía a la misma comunidad, no podía tener ninguna pretensión a ese trato moral. Y los límites de esa comunidad eran originariamente bastante reducidos. Sólo muy lentamente se fueron ampliando, y con ellos también la idea de la titularidad o justificación para el Derecho y la moralidad, así como la de la obligación de respetarlos. Hasta que por fin se ha llegado «al punto que caracteriza nuestra concepción actual: la comunidad jurídica y moral de toda la humanidad».

El momento decisivo para el tránsito del egoísmo (individual) a la moral, el salto o cambio cualitativo a que hemos aludido, lo ve Ihering en el hecho de llegar a comprender que «la conservación del individuo está condicionada por la de la sociedad. Este es el punto decisivo de la aparición de la moral». Por lo que en consecuencia hay que reconocer que la moral no es más que la transformación del egoísmo, no es más que «el egoísmo en una forma más elevada: el egoísmo de la sociedad. El mismo impulso de autoconservación que al nivel de

(65) Sobre la relación del pensamiento de Ihering con el de otros autores, y, en concreto, con el de BENTHAM cfr. W. PLEISTER: *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im werke Iherings*, Ebelsbach (R. Gremer), 1982; con respecto a BENTHAM especialmente págs. 397 y sigs.

la existencia individual reviste la forma de egoísmo, adopta en el de la existencia de la sociedad la forma de la moral» (66).

Tal vez fuera precisamente en esta identificación del egoísmo con la moral donde Ihering cifraba sus esperanzas de poder demostrar en un tercer volumen (que no llegó a publicar) que nadie como él «había asegurado hasta entonces sobre un fundamento tan firme la bandera del ideal moral» (67). Y si la teoría social posterior ha reconocido en esta obra, junto a exageraciones y unilateralidades exorbitadas, «un pensamiento fundamental acertado» (68), tal vez podamos también ver nosotros en la orientación de la ética de Ihering, a falta de otra mejor (en sí o en cuanto a su eficacia), un mensaje de esperanza cara al futuro.

(66) *Der Zweck*, II, págs. 1-180.

(67) *Der Zweck*, II, prólogo a la primera edición, págs. XIII-XIV.

(68) Ch. HELFER, «Iherings Gesellschaftsanalyse im Urteil der heutigen Sozialwissenschaft», en *Iherings Erbe* (cit. nota 2), pág. 86.

III
ESTUDIOS

Autobiografía intelectual (*)

Por ALF ROSS

En 1976 presenté en la Universidad de Bolonia mi tesis doctoral, que versaba sobre el pensamiento de Alf Ross (su título era «L'evoluzione del pensiero giuridico di Alf Ross: A proposito dei concetti di norma e di scienza giuridica»). Y posteriormente, durante una estancia de diez meses en Copenhague (septiembre de 1976 - julio de 1977), puede conocer a Ross en persona.

A lo largo de este período, tuve varias conversaciones con Ross, en entrevista y por carta. Una de las cartas que conservo consiste en una fotocopia de dos folios mecanografiados, que Ross me envió a Bolonia en 1976, a través de Enrico Pattaro, director de mi tesis. En ellos, en respuesta a algunas cuestiones que yo le había planteado previamente (también a través de Pattaro), Ross ofrece una visión muy resumida de la evolución de su pensamiento.

Dado que el contenido de dichos folios es de interés general, me ha parecido oportuno darlos a conocer. Y les he añadido algunas notas, con la finalidad de aclarar algunos puntos del apretado texto. No obstante, el lector puede prescindir de ellas, y también de alguna alusión circunstancial contenida en el texto, y leer las líneas que siguen como una biografía intelectual de Alf Ross, escrita por él mismo. R. H. M.

Some Comments on dr. Hernandez' Questions Concerning the Evolution of my Works

Apart from some minor papers *Theorie der Rechtsquellen* (1929) is my first published work. It was written (in Danish) during a study tour in Europe 1923-26 and is to a high degree influenced by the legal thinking of Han Kelsen whom I met in Vienna 1924-25. Already in this work, however, I stressed his difficulties in explaining the relation between the norm («idea») and the legal life as a sociological fact («reality»). The book was presented to the Faculty of Law, University of Copenhagen, as a dissertation for the degree of doctor of law, but was

(*) Presentación y notas a cargo de Rafael Hernández Marín.

rejected. For this reason I went to Uppsala, Sweden, where I knew that Axel Hägerström took great interest in legal philosophy. He became my second inspiring teacher: In 1929 I acquired the degree of doctor of philosophy on a German translation of my book (1).

In the following years I dealt exclusively with philosophy and published, in 1933, what I still consider as my main and published, in 1933, what I still consider as my main contribution in the field of philosophy: *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, a work that is strongly influenced by Axel Hägerström's non-cognitivist theory of morals. The next year I published in Danish a book called *Virkelighed of Gyldighed i Retslaeren* (1934) (Reality and Validity in the Theory of Law) in which I took up the question which, as mentioned above, had already appealed to me in my first work. This book was accepted in Copenhagen as a dissertation for the degree of doctor of law and it is this book that, much later (in 1946) and with certain omissions, was published in English under the title *Towards a Realistic Jurisprudence* (2).

In 1935 I became assistant, and in 1938, full professor of Law at the University of Copenhagen. In the coming years I taught International Law and Constitutional Law and by writings dealt mostly with these matters. Some of them were translated. *A Textbook of International Law*. (1947) and *Why Democracy?* (1952). Teaching also General Jurisprudence I wrote a book meant as a textbook for the students. It appeared in Danish in 1953 and in English (with certain omissions) in 1958 under the title *On Law and Justice* (3).

(1) La crítica de Ross a Kelsen en *Theorie...* es, en esencia, la que posteriormente ha sido repetida a menudo: La tesis kelseniana de que el pensamiento jurídico sólo puede reconocer como derecho válido un ordenamiento eficaz es un puente entre el *Sein* y el *Sollen* que violenta la pureza de la teoría pura del derecho.

(2) A mi juicio, las diferencias más significativas existentes entre *Virkelighed...* y *Towards...* no son las omisiones sino las adiciones, que redundan en beneficio de la obra inglesa. Pues, en ésta, aparece con mucha más claridad que en aquella y que en *Kritik...* el emotivismo ético, que ocupa el centro de la filosofía jurídica de Ross en este segundo período de la evolución de su pensamiento (éste es el período auténticamente realista). Las adiciones aludidas, incorporadas a *Towards...*, son ideas que provienen de una recensión de Ross a la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, publicada en *Tidsskrift for Rettsvidenskab*, 1936, págs. 304-331: *Den rene Retslaeres 25-Aars Jubilæum. Anmeldelse af Hans Kelsen, Reine Rechtslehre*. (Jubileo de los veinticinco años de la teoría pura del derecho. Recensión de Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*).

(3) En el prefacio de *Om ret og retfærdighed* (sobre el derecho y la justicia), algo diferente del prefacio de *On Law and Justice*, Ross insiste en considerar su obra como un texto introductorio para estudiantes. Creo que Ross se queda corto con esta calificación. El primer capítulo de su libro, que lleva por título *Retsfilosofiens problem* (se trata de un artículo que Ross había publicado un año antes, y con el mismo título, en *Svensk Juristtidning*, 1952, págs. 701-732), es todo un programa para una nueva filosofía del derecho, basada en las concepciones filosóficas y científicas del neopositivismo, que llegan así, por primera vez, a la filosofía jurídica. También el capítulo segundo de la misma obra es mucho más que un texto introductorio.

Es en este capítulo, quizá el más importante de toda la obra, donde Ross expone su filosofía jurídica neopositivista. Por esta razón, las omisiones y divergencias existentes entre el texto danés y el inglés, mencionadas por Ross en su carta, son mucho más lamentables en este capítulo que en ningún otro. El título de este capítulo en la obra da-

My main contribution to the study of Danish Law is my two-volume work *Dansk Statsforfatningsret I-II* (4) (1959, 2 ed. 1966). Having retired in 1969 I have taken up the study of philosophy for criminal law and published several works, some of them translated, e. g. *On Guilt, Responsibility and Punishment* (1975) (5).

Now to return to your specific questions:

1. *Towards a Realistic Jurisprudence* was conceived in the begin-

nesa es *Begrebet «gaeldende (dansk) ret»* [El concepto «derecho (danés) vigente»]. En la traducción, el mismo capítulo lleva por título *The Concept «Valid Law»*. Y, a lo largo del capítulo, el traductor inglés traduce siempre mediante *valid* el danés *gaeldende*, que corresponde al alemán *geltend(es)* (en danés existe también la expresión *ikraft*, que significa igualmente «en vigor»). Como consecuencia de unas observaciones críticas de Hart, Ross se ha lamentado en varias ocasiones de esta desafortunada traducción (cfr., *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*. En *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, 1969; Recensión de H. L. A. HART, *The Concept of Law*, en *The Yale law journal*, 1961-1962, págs. 1185-1190; *Directives and Norms*, London, 1968, pág. 104, nota 2). En el transcurso de una conversación que mantuve con Ross, le dije que entre el texto danés y el inglés existía otra diferencia que, en mi opinión, era más importante que la anterior: La traducción de (*danskl*) *ret* por *Law*, en vez de por (*Danish*) *Law*. También a lo largo de todo el segundo capítulo, el traductor convierte (*dansk*) *ret* o *dansk ret* en *an individual national law system*, en *a national law system*, en *an individual national system of norms*, en *the law of the nation*, etc. Todas estas expresiones connotan, al igual que *Law*, conceptos generales aplicables a diversos sistemas jurídicos. Y, en consecuencia, el lector del texto inglés tiene la impresión de que la filosofía jurídica de Ross, a semejanza de la filosofía del derecho tradicional, tiene por objeto el concepto de derecho o de sistema jurídico. Esta interpretación, sugerida por la traducción inglesa, choca, en primer lugar, con las declaraciones programáticas de Ross, al comienzo del segundo capítulo, en las que el jurista danés renuncia a ocuparse del concepto de derecho; y, en segundo lugar, con su concepción neopositivista del objeto de la filosofía jurídica, constituido por la ciencia del derecho, concretamente (y por lo que en este momento interesa destacar), por las dogmáticas jurídicas nacionales. En las proposiciones de estas ciencias no aparece el concepto de derecho, sino el concepto de derecho danés, español, etc. Por tanto, es tarea de la filosofía de la dogmática jurídica danesa (que es la filosofía jurídica que Ross anuncia que va a practicar y practica en el segundo capítulo) el análisis del concepto de derecho danés, pero no el análisis del concepto de derecho (el análisis de este concepto correspondería, interpretando el pensamiento de Ross, a la filosofía de la ciencia del derecho comparado. Mas la práctica de esta filosofía jurídica va más allá de los objetivos de la obra de Ross). Como ejemplo de una errónea interpretación de su pensamiento, motivada por la circunstancia señalada, le indiqué la obra de FRANCO BONSIGNORI, *L'ideologia della definizione del diritto e il pensiero di Alf Ross*, Pisa, 1973, que el no conocía. El punto de partida de las reflexiones de Bonsignori son aquellas contradicciones que la edición inglesa sugiere al lector: Hasta el extremo de que puede afirmarse que el libro de Bonsignori no existiría si entre el texto original y la traducción no existieran las divergencias indicadas. Ross me rogó que diese a conocer esta circunstancia cuando publicara mi trabajo sobre su pensamiento (este trabajo ha sido publicado en Italia, con el título de «Diritto e scienza: Saggio su Alf Ross», en ENRICO PATARO (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, I, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1982, págs. 271-296). Aunque ya la he puesto de relieve en el trabajo citado (en el que doy más detalles para una mejor comprensión del pensamiento de Ross en relación a los problemas a que antes me he referido), me ha parecido oportuno subrayarla de nuevo.

(4) Derecho Constitucional Danés I-II.

(5) La obra a la que Ross alude, *Skyld, ansvar og straf*, ha sido traducida también al italiano: *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972. Otra importante obra de Ross en el ámbito de la filosofía del derecho penal es *Forbrydelse og straf. Analytiske og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del* (Crimen y pena. Contribución analítica y reformatoria a la parte general del derecho penal), København, 1974.

ning of the thirties and is to a high degree based on the foregoing philosophical work (*Kritik*, etc.).

2. *On Law and Justice* was conceived in the beginning of the fifties and also this book is based on the ideas in *Kritik*, although an evolution had taken place through the two decades (6).

Later on I have, as you will know from my book *Directives and Norms*, under the influence of the Oxford-philosophy (especially Hare), left Hägerström's emotive theory of moral language (7).

(6) Efectivamente, la influencia de *Kritik*... y de la teoría emotivista acerca del significado de los juicios éticos y de los enunciados directivos («directivas», como dice Ross ahora por vez primera), queda patente en las primeras páginas de *On law*... En ellas, Ross califica las normas jurídicas como directivas, y éstas como expresiones carentes de sentido semántico: Sólo poseen sentido sintomático o expresivo. El sin-sentido de las directivas también es, por otra parte, consecuencia de la adopción por Ross, bajo la influencia del neopositivismo, del principio de verificación como criterio de demarcación entre expresiones con sentido y expresiones sin sentido.

Más, el emotivismo ético y el principio de verificación colocan *On Law*... en una difícil situación. Pues, en esta obra, Ross sostiene que la dogmática jurídica (danesa) se ocupa del sentido o de las ideas expresadas en las normas jurídicas (danesas); y dedica, además, un considerable número de páginas al estudio de los problemas que plantea la interpretación de las normas jurídicas. Sin embargo, para un emotivista, las directivas no expresan ideas (proposiciones), ni poseen sentido (sentido semántico, representativo, que es el presupuesto de la teoría jurídica de la interpretación); para un emotivista, el «sentido» de las directivas es una relación causal entre hechos psíquicos, impulsos de la voluntad (Hägerström) o actitudes de comportamiento (como decía Ross en *Kritik*..., en *Virkelighed*... y en *Towards*...), que son la causa y emisiones de expresiones directivas, hechos psico-lingüísticos, que son el efecto de aquellos. De acuerdo con esta concepción, una teoría de la interpretación de las normas jurídicas se habría de ocupar de hechos psíquicos. Y ésta sería una teoría de la interpretación muy diferente de la presentada por Ross en *On Law*...

(7) Quizá fue la conciencia del conflicto aludido en la nota anterior lo que indujo a Ross a abandonar, en *Directives*..., la teoría emotivista, que antes había aceptado por influencia de Hägerström, como él mismo dice en su carta. Este punto exige, no obstante, dos observaciones. En primer lugar, aunque la teoría emotivista presentada por Ross en *Kritik*... y en *Virkelighed*... es de indudable raíz hägerströmiana, en la recensión de 1936 a la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, citada en la nota 2, parece que Ross ha comenzado a recibir la influencia de Carnap o Ayer, quienes defendieron el emotivismo ético, en los años 1935 y 1936 respectivamente, desde supuestos filosóficos (análisis lógicos, el principio de verificación, etc.) diferentes de los de Hägerström. En segundo lugar, *Directives*... conserva, a pesar de todo, residuos de la antigua teoría emotivista (también tuve ocasión de hacerle notar a Ross esta circunstancia, en el curso de otra conversación). En la pág. 117 de dicha obra (pág. 112 de *Lógica de las normas*, Madrid, 1971), Ross declara que las expresiones éticas o prescriptivas reflejan (*mirror*) un sentimiento de validez y obligación: ésta es una tesis característica del emotivismo ético.

Mas, en conjunto, *Directives*... está inspirada en el prescriptivismo de R. M. Hare, concretamente, en la descomposición de los enunciados en frástico y néustico. El análisis de Hare muestra varias cosas. En primer lugar, pone de relieve que enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos poseen néusticos diferentes y son, por esa razón, recíprocamente irreductibles (en contra de la tesis defendida por Herbert Gaylord Bohner en 1945). Y, en segundo lugar (y esto es quizá lo más significativo para la historia de la filosofía moral contemporánea), que enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos poseen el frástico en común; por consiguiente, puesto que el frástico es la parte denotativa, categoremática, de los enunciados, es tan injustificado sostener que los enunciados prescriptivos carecen de sentido, de sentido semántico (como defendían los emotivistas), como sostener que las descripciones carecen de sentido. Aunque Ross cri-

Let me add that I have never (such as Lundstedt) experienced any «conversion» but felt the different phases of my thinking to be steps in a continuous evolution.

I hope you will forgive me for limiting myself to this information as to the chronological genesis of my books. As a matter of principle I have always declined to give any kind of interpretation of my writings believing that must be a job for others.

tica algunos aspectos del análisis de Hare, *Directives...* recoge la idea esencial del filósofo inglés: Las directivas tienen sentido. Puesto que esta tesis es incompatible con el principio de verificación, hay que pensar que Ross había abandonado dicho principio cuando escribió *Directives...*, aunque no lo diga expresamente. Los análisis lingüísticos de *Directives...* alimian, de esta manera, las incoherencias de la filosofía jurídica de *On Law...*, puestas de relieve en la nota anterior.

Teoría del Derecho y Derecho subjetivo en Alf Ross

Por ANA RUBIO CASTRO

Granada

«Al jurista de habla hispana tan maltrecho y calibrado por el intelectualismo jurídico de la Europa continental, no le vendrá mal verse alguna vez desde afuera para saber si lo satisface el espejo; no le será inútil dar un trote por la realidad; y no le caerá a disgusto tener una ocasión para reflexionar que en otros países de la tierra otros estudiosos que él no conoce porque aún no los ha comprendido, buscan la misma verdad de diferente manera y con menos dogmatismo.» *Carlos Cossio.*

INTRODUCCION

La elección del realismo jurídico escandinavo y más concretamente de la teoría jurídica de Alf Ross para la realización de este trabajo de investigación ha estado motivada por el interés que me suscitaba una teoría jurídica que se presentaba a sí misma como alternativa a los diferentes planteamientos jurídicos existentes y que prometía ser capaz de desvelar la realidad del derecho. Esta es una de las razones por la que resulta interesante adentrarse en la comprensión de esta corriente del pensamiento jurídico y en la aportación que, en su seno, ha realizado Ross, que puede considerarse como uno de sus más importantes representantes.

Ante la complejidad de la teoría jurídica de Ross conviene centrarse en su análisis del derecho subjetivo, y esto por dos razones: la importancia del derecho subjetivo en la ciencia jurídica y las peculiaridades y novedades que Ross aporta en la comprensión y conocimiento del derecho, al tratar el tema del derecho subjetivo.

ANTECEDENTES DE LA TEORIA JURIDICA DE ROSS

El estudio de la teoría jurídica de Ross obliga inexcusablemente a hacer referencia a los presupuestos filosóficos en los que se apoya: el realismo escandinavo. Y hablar del realismo escandinavo es hablar de

Hägerström (1). En 1908, Hägerström fija las tesis esenciales sobre el concepto de realidad, concretamente en su obra *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I. Die Realität* (2).

El interés central de Hägerström, una vez abandonada su inclinación por la teología, es resolver el problema de la posibilidad del conocimiento humano, que —según él— se encuentra imposibilitado o distorsionado por la defensa durante años de un subjetivismo epistemológico que ha conducido al hombre a múltiples desviaciones metafísicas, al tiempo que le muestra una imagen falsa de la realidad. Desde este presupuesto, Hägerström se propone demostrar el error del subjetivismo epistemológico, el carácter lógico de la realidad sensible y la imposibilidad de la metafísica como doctrina de lo absoluto. Entre estos objetivos la piedra angular de todo su sistema, su tesis central, es la independencia entre el acto de conocer y el objeto conocido. El conocimiento presupone el objeto (3).

«La incoherencia fundamental del subjetivismo consiste en combinar una teoría indirecta de la percepción (los objetos eternos se perciben mediante representaciones) con una teoría directa de la introspección (los estados de conciencia propios se perciben inmediatamente). Esta incoherencia era el único camino para evitar el callejón sin salida de la epistemología subjetivista: si la conciencia sólo puede conocer sus propios estados de conciencia, cualquiera de ellos se percibe como distinto de los demás, es decir, como objetivado, y como tal objeto sería percibido por medio de una representación, la que, a su vez, tendría que ser percibida por medio de otra. Y así hasta una reducción al infinito. El conocimiento no puede, por tanto, explicarse desde esta perspectiva, salvo aceptando que la percepción de los propios estados de conciencia es inmediata» (4).

Para Hägerström todo conocimiento presupone la aprehensión de cierto estado de cosas como real. A través del conocimiento el hombre aprehende una parte de la realidad. Esta forma de comprender la

(1) Dejamos de lado el debate existente respecto a la verdadera paternidad y originalidad de Hägerström como padre de la escuela realista o su deuda (no reconocida) con sus mejores discípulos, Phalén y Hedvall. Véase: L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, Fernando Torres, Valencia, 1981, págs. 133-136.

(2) Esta fecha ha sido objeto de debate por los estudiosos del realismo, pero hemos optado por ella siguiendo las aportaciones de S. Castignone y de L. Hierro. Este último afirma: «En todo caso Hägerström publicó en 1908 su *Das Prinzip der Wissenschaft* y, a partir de él, y de acuerdo con su producción posterior, cabe reconstruir su crítica al subjetivismo y su consecuente tesis de la realidad». L. HIERRO, *op. cit.*, pág. 136. En el mismo sentido S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström. Alle origini del realismo giuridico scandinavo», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, 1971, págs. 253 y sigs., y en *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974, pág. 9.

(3) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, pág. 255.

(4) L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, *cit.*, págs. 137-138.

relación existente entre sujeto cognocente y objeto de conocimiento exige responder en primer lugar al siguiente interrogante: ¿En qué consiste esa realidad que puede ser conocida por el hombre?

La realidad no puede explicarse, afirma Hägerström, como una propiedad más de los objetos, como lo es su color, su textura y su grosor. Aclarar el problema de qué cosa es la realidad obliga a hacer referencia a la ley fundamental de nuestro pensamiento: el principio de no contradicción. Principio que para Hägerström es también la ley de la realidad.

«Tale principio è generalmente ritenuto una legge del pensiero... Ma questa concezione non va abbastanza in profondità, il cuore del problema. Dal mio punto di vista el cuore del problema riguarda la stessa realtà. La legge di non-contraddizione infatti serve a individuare ciò che è reale, indica la realtà» (5).

La explicación de la realidad se alcanza para Hägerström cuando se comprende que el principio de no contradicción o el de identidad no son leyes de nuestro pensamiento, sino leyes de la realidad misma. Por consiguiente, realidad es sinónimo de determinación, no contradicción y objetividad. La realidad no necesita, como afirmaba Kant, ser reconstruida ni ordenada por el sujeto cognoscente para poder ser conocida.

«In sostanza credo si possa dire che per Hägerström la realtà coincide con il logicamente possibile e che vi sono vari livelli di possibilità logica: un giudizio, vero in se stesso, può essere falsificato inmettendolo in un insieme più complesso, e sarà falso qualora entri in contraddizione con gli elementi costitutivi del giudizio più ampio. Connessa con la questione della no contraddittorietà è anche quella della "possibilità reale". Che cosa significa che "A" è una possibilità reale, cioè che può essere inclusa nel contesto a cui la sua idea appartiene, ma che può anche no essere inclusa? Significa che si hanno due distinte idea di "A", l'una l'opposto dell'altra, e che si è consapevoli del fatto che ambedue non possono essere vere allo stesso tempo: bisognerà vedere quale delle due *fits* si inquadra con l'insieme della realtà, con la *sum-total of reality*. Ma in ogni caso la consapevolezza de una possibilità è una vera e propria conoscenza (consapevolezza) di realtà» (6).

La afirmación de que lo real es objetivo y lógico obliga a sostener además que tal sistema ha de ser único y exclusivo para permitir de-

(5) Esta cita de Hägerström ha sido tomada de S. Castignone, quien a su vez ha utilizado la traducción inglesa de R. T. Sandin sobre: A. HÄGERSTRÖM, *Selbstdarstellung*, in *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellung*, vol. 7, Leipzig, 1929. S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, pág. 260.

(6) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, págs. 262-263.

terminar los diferentes objetivos y sistemas que en él existen, pues de otro modo se necesitaría de un sistema más amplio capaz de permitir su determinación.

«Questo continuum finale è el presupposto de ogni possibilità di conoscenza, è il presupposto del pensiero stesso: e deve anch'esso essere determinato per essere reale, data la definizione di realtà como *determinateness* e *self-identity* posta da Hägerström» (7).

La elaboración de este sistema o «continuum» fuera del cual no es posible concebir lo real, exige, dado el planteamiento de Hägerström, ser determinado para ser real, y tal determinación remite al sujeto cognoscente. Al igual que Descartes, Hägerström afirma que no es posible dudar de nuestra existencia como seres conscientes. Esta afirmación es correcta en el sentido de que ningún ser consciente puede concebir su existencia como una simple idea, ahora bien, el problema surge ante la necesidad de responder a los siguientes interrogantes: cómo y qué distingue a cada ser consciente particular.

«This can be none than the place in space and the point in time for the existence of the particular conscious being» (8).

Espacio y tiempo sin determinar son simples palabras, meras abstracciones, pero espacio y tiempo determinados, aquellos a que Hägerström se refiere para diferenciar y distinguir a los seres conscientes particulares es lo que nosotros denominamos naturaleza sensible. La experiencia sensible es el sistema o «continuum», presupuesto determinado de todo conocimiento (9).

La construcción de este «continuum» se realiza a través de una reelaboración materialista del *cogito* cartesiano. La realidad de la experiencia no admite ser probada, es un presupuesto. Afirmar de algo que es real significa, para el realismo escandinavo, afirmar que pertenece al contexto de la experiencia espacio-temporal (10).

La crítica desarrollada por el realismo de Hägerström respecto a la metafísica no tenía por objeto combatirla en su forma más explícita: los sistemas filosóficos, sino mostrar su influencia en el pensamiento científico. El interés por este último deriva del hecho de que el pen-

(7) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, págs. 264-265. En el mismo sentido L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, *cit.*, págs. 138-140.

(8) A. HÄGERSTRÖM, *Selbstdarstellung*, in *Die Philosophie der Gegenwart... cit.*, El texto está citado por la traducción inglesa de R. T. Sandin *A summary of my Philosophy*, publicado junto a otros ensayos de Hägerström sobre teoría moral y religión en el volumen A. Hägerström, *Philosophy and Religion*. London, 1964. A. HÄGERSTRÖM, «A Summary...», *cit.*, pág. 55.

(9) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, págs. 265-266.

(10) S. CASTIGNONE, *Ibidem*, pág. 271. En el mismo sentido L. HIERRO, *op. cit.*, pág. 139.

samiento científico se presenta como un conocimiento cierto y objetivo fundado en hechos empíricos.

Hägerström trata de demostrar que tanto en lenguaje vulgar como en el lenguaje científico existen restos importantes de elementos metafísicos que actúan fundamentalmente en los conceptos. Para realizar tal prueba examina la ciencia moral, la ciencia jurídica y la religión. Nosotros vamos a centrarnos en el llamado problema de los valores, por tener esta cuestión mayor interés para la comprensión de los presupuestos filosóficos del realismo escandinavo.

En Hägerström los valores no hacen referencia a ninguna realidad objetiva, sino expresan sentimientos o deseos de uno o más sujetos (11). Una afirmación semejante es posible también hacerla respecto al concepto de obligación.

«La frase “questo è mio dovere” è un giudizio solo in apparenza e ciò che le sta dietro non è la esperienza de una qualità oggettiva, bensì la associazione simultanea tra un sentimento de costrizione provato dal soggetto che la pronuncia e l'idea di una certa azione» (12).

Todo el complejo análisis realizado por Hägerström en *Critical Points in the Psychology of value (Kritiska punkter vaedepsykologien)*, 1910 y *On the Truth of Moral Propositions (Om moraliska foreställningarsa sanning)*, 1911, acerca de los valores permite extraer las siguientes consecuencias: los juicios de valor al no hacer referencia a una determinada realidad no pueden ser considerados verdaderos o falsos. De esta afirmación se deriva una distinción importante entre el lenguaje descriptivo y el lenguaje valorativo, distinción articulada de manera extraordinariamente moderna si pensamos en las fechas en que fue realizada, 1910-1911.

Además, Hägerström diferencia el lenguaje valorativo que sirve para expresar sentimientos y el lenguaje prescriptivo que, además de expresar sentimientos, tiene el objetivo de influir en los comportamientos de los sujetos. Todo su discurso respecto a los imperativos y los mandatos se mueve en esta dirección, aunque existe una afirmación explícita, al respecto, en el análisis de la dimensión práctica que poseen los juicios de valor.

La expresión de un sentimiento o de un valor, unida a la idea de un cierto estado de cosas, produce una tendencia a ver realizado tal estado de cosas (o no realizado, según los casos). Por ello es necesario diferenciar los juicios de valor que expresan sentimientos o deseos y juicios de valor que tienen un contenido no exclusivamente impulsivo, sino también imperativo (13).

(11) A. HÄGERSTRÖM, *A Summary...*, cit., pág. 71.

(12) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», cit., pág. 277.

(13) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström, alle origini del realismo giuridico...», cit., pág. 284.

Las conclusiones que de estos presupuestos filosóficos interesa extraer son las siguientes (14):

— No tiene sentido lógico hablar de una realidad espiritual, puesto que no puede ser conocida.

— Los valores no pueden ser considerados propiedades reales de los objetos, sino expresión de simples sentimientos.

La reducción del conocimiento objetivo y lógico al conocimiento de los hechos empíricos, reduce la función de la filosofía a una simple actividad de carácter analítico aplicada a los conceptos fundamentales de las disciplinas particulares con la finalidad de eliminar en ellas cualquier noción metafísica. Aquellas teorías que no superen el filtro del análisis filosófico serán descalificadas y eliminadas como falsas objetivaciones, como simples creencias o como errores lingüísticos.

Esta actitud antimetafísica, como ha puesto de manifiesto S. Castignone, acerca el realismo a otras corrientes, fundamentalmente el neopositivismo lógico (15). Aunque ambos movimientos teóricos se han ignorado mutuamente y existe entre ellos una importante diferencia de tiempo, es posible establecer puntos importantes de contacto. Nos estamos refiriendo a su concepción de la metafísica como conjunto vacío de palabras y a su teoría emotivista de los valores (16). Esta reducción empirista es el punto de partida desde donde el realismo escandinavo pretende aportar una visión renovada de la realidad jurídica. Desde esta posición se enfrenta a las concepciones iusnaturalistas negando la existencia de una naturaleza jurídica axiológica, pero también a las concepciones positivistas en su doble vertiente normativista y voluntarista. A la corriente normativista critica el carácter sustantivo que reconoce a la norma y al lenguaje normativo, cuando la verdadera naturaleza del derecho es preciso situarla en el mundo del ser. A la corriente voluntarista critica su consideración del derecho como producto de la voluntad del Estado, cuando sólo tienen existencia las voluntades individuales. La naturaleza del derecho ha de ser determinada en la experiencia. Las normas jurídicas no tienen más existencia que la de operar, en un grupo social, como pautas de conducta generalmente admitidas como obligatorias. La realidad, pues, de las normas jurídicas viene determinada por su efectividad.

El derecho es para Hägerström, así como para sus discípulos, un conjunto de formulaciones imperativas de ciertas líneas de comportamiento referidas a un determinado grupo social, que se imponen en virtud de una serie de factores combinados internos a ese grupo (17).

Para esta gran máquina de compulsión que es el derecho, los hombres constituyen simples engranajes, pues su base está integrada por complejos elementos psicológico-sociales, los cuales inducen a los indi-

(14) He evitado conscientemente valorar estos principios filosóficos, por estimar que no es ésta la finalidad del presente trabajo.

(15) S. STRÖMHOLM y H. H. VOGEL, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, cit., págs. 40-42 y L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pág. 115.

(16) S. CASTIGNONE, *La Macchina del diritto*, cit., págs. 15-18.

(17) S. CASTIGNONE, *La Macchina del diritto*, cit., págs. 82-83.

viduos a cooperar entre sí para satisfacer determinadas necesidades e intereses. Y donde la voluntad del legislador o del parlamento es un elemento secundario relativo al momento de la formulación de las conductas.

«En realidad no hay una fuente homogénea de las normas que llamamos “jurídicas”. El origen del núcleo más antiguo de normas se pierde en las tinieblas de la historia; y las reglas más recientes fluyen hacia el fondo jurídico común por canales muy diferentes. La unidad relativa del sistema jurídico surge de la estabilidad de ciertas ideas sobre derechos y deberes, de la existencia continuada de ciertas instituciones (legislativas, judiciales y administrativas) y de la continua aplicación de un amplio conjunto de normas relacionadas con esas instituciones. No hay una única fuerza directriz en el sistema: la aplicación regular de las normas y su eficacia a la hora de gobernar la vida social, dependen de una red de factores psicológicos y materiales (ideas sobre derecho y deberes, creencias sobre la autoridad, miedo de sanciones, etc.)» (18).

BASES DE LA TEORIA JURIDICA DE ROSS

Una vez establecidos los presupuestos filosóficos sobre los que se sustenta el realismo escandinavo y las consecuencias que éstos conllevan en el análisis y comprensión del Derecho, es preciso detenernos en la evolución e influencias que esta línea de pensamiento ha experimentado desde sus orígenes hasta la actualidad. Aún consciente de los peligros que encierra diferenciar distintas etapas en cualquier corriente de pensamiento, creo que es pertinente por varias razones: permite precisar el momento en que Alf Ross toma contacto con el realismo escandinavo, y esta precisión nos facilitará determinar las aportaciones o rupturas, si es que las hay, del pensamiento de Ross respecto a las líneas generales de la escuela de Uppsala.

Desde 1908 hasta la segunda guerra mundial, el realismo escandinavo se desenvuelve en un clima de marcada ortodoxia, que permite el asentamiento y consolidación de sus principales presupuestos. A partir de la segunda guerra mundial y superado el aislamiento que ésta conllevó, el realismo toma contacto «con el pensamiento angloamericano, pero en un doble sentido: tanto en la colaboración académica dentro del ámbito de la filosofía del derecho, como en la recepción abierta de la filosofía analítica» (19). Este intercambio de ideas fue especialmente relevante para el realismo escandinavo, pues encontró en la filosofía analítica inglesa importantes instrumentos teóricos para

(18) K. OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, edit. Labor, Barcelona, 1980, págs. 77-78.

(19) L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pág. 166.

afrontar, con nuevas perspectivas, cuestiones y problemas tradicionalmente debatidos en el seno de la escuela realista. Al tiempo que le permitió, como destaca Strömholm-Vogel, enriquecer algunos de sus planteamientos.

«Vers 1950, une certaine réaction se fait remarquer parmi la génération de juristes qui prend alors la relève. In ne s'agit pas, certes, d'un retour en arrière, aux idées générales combattues par l'école d'Uppsala; en ce sens, celle-ci est restée victorieuse. Mais on peut relever deux traits qui semblent caractériser cette "troisième génération" de théoriciens. D'un côté, ils sont plus ouverts aux influences étrangères ainsi qu'aux leçons de nouvelles sciences, telles que la sémantique et la sociologie juridique. D'un autre côté ils se penchent sur des problèmes plus proches du travail quotidien des juristes, notamment dans le domaine de l'interprétation» (20).

Con este interesante período de intercambio de influencias y expansión, que dura hasta mediados de los sesenta, se cierra «un período en el que "el realismo jurídico escandinavo" ha consolidado su influencia sobre la ciencia jurídica nórdica y se ha instalado con posición protagonista en el debate filosófico-jurídico» (21).

A partir de estos años ningún cambio relevante se produce, salvo la publicación de la obra de Olivecrona *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, obra en la que el realismo jurídico escandinavo encuentra, a nuestro juicio, su mejor exponente.

Cuando Alf Ross toma contacto con la Escuela de Uppsala y más concretamente con Hägerström, hay en él una primera influencia del pensamiento jurídico danés, pensamiento de raíz kantiana en el que existe una base idealista más fuerte que en el pensamiento jurídico sueco (22), y una influencia kelseniana (23). Pero será a partir de la se-

(20) STRÖMHOLM y VOGEL, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit...*, cit., pág. 45.

(21) L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pág. 173.

(22) L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., págs. 116-117.

(23) La influencia del pensamiento de Kelsen a quien Ross dice deber el interés por el pensamiento coherente y sistemático, aparece con claridad en su obra *Theorie de Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, publicada en Copenhague en 1929. Véase: S. STRÖMHOLM y H. H. VOGEL, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du Droit*, LGDJ. París, 1975, pág. 16; E. PATTARO, *Filosofía del Derecho, Derecho. Ciencia del Derecho*, edit. Reus, Madrid, 1980, págs. 189-190; L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pág. 162, nota 397.

La influencia que Kelsen tiene en la teoría jurídica de Ross ha sido objeto de interesantes trabajos, entre los que cabe destacar: J. ESQUIVEL PÉREZ, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980; LUCIA TRIOLO, «Ross e il superamento di Kelsen; due pagine a confronto», *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross*, a cura di Antonio Tarantino, Milano, 1984, págs. 219-254, y E. PATTARO, *Elementos para una teoría del derecho*, Edit. Debate, 1985. Al margen, claro está, de la comparación realizada por el propio Kelsen en *Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y*

gunda guerra mundial, establecidas las conexiones entre el realismo jurídico escandinavo y el pensamiento angloamericano, cuando Ross exponga de forma más elaborada su teoría jurídica. Esta diversidad de influencias ha permitido afirmar que Ross es el representante más heterodoxo de la escuela realista escandinava (24).

La teoría jurídica de Ross está estructurada en torno a una tesis central: el intento de llevar hasta sus últimas consecuencias, en el ámbito jurídico, las tesis empiristas. Tesis que le obligan, desde el punto de vista metodológico, a someter el conocimiento del derecho a los patrones de observación y verificación propios de la ciencia empírica moderna. Y, desde el punto de vista analítico, a exigir que los conceptos jurídicos sean interpretados y entendidos como modos de comprender la realidad social y el comportamiento del hombre en la sociedad.

«La idea principal de este libro es desarrollar los principios empiristas, en el campo del derecho, hasta sus conclusiones últimas» (25).

Desde estos presupuestos Ross intenta establecer las diferencias entre el derecho y el conocimiento sobre el derecho, la ciencia jurídica. Para Ross el derecho tiene naturaleza normativa en cuanto está compuesto por normas. Normas que son definidas como proposiciones directivas, es decir, como proposiciones que no describen la realidad, sino que tienen la misión de dirigir las conductas humanas en una determinada dirección. Hasta aquí, es posible establecer una clara identidad entre el pensamiento de Kelsen y el de Ross, las diferencias surgen en la forma del entender el conocimiento acerca del derecho, en la forma de definir qué es la ciencia jurídica. Para Ross, a diferencia de Kelsen, la ciencia jurídica sólo puede tener una naturaleza, naturaleza empírica, como cualquier otra ciencia.

La ciencia jurídica está formada, afirma Ross, por un conjunto de aserciones que predicen que ciertas directivas son derecho válido. La ciencia del derecho es, pues, un conocimiento referente a normas, no un conocimiento normativo.

«Cuando la ciencia jurídica describe ciertas normas como derecho vigente, describe ciertas realidades sociales... si admitimos esto, entonces la radical distinción de Kelsen entre ciencia de lo que es y ciencia de lo que debe ser se derrumba» (26).

la justicia, publicado en Viena en 1959. La influencia de Hägerström en Ross se aprecia dos años más tarde a la publicación de su obra *Teoría sobre las fuentes jurídicas*, en *Una crítica del llamado conocimiento práctico*, publicada en Uppsala en 1933.

(24) Como ejemplo de su no ortodoxia se señalan sus duros y continuos enfrentamientos con Lundstedt.

(25) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., Prefacio a la edición inglesa, pág. XIII.

(26) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Edit. Universitaria, Buenos Aires, 1970, pág. 11, nota 29.

El derecho válido sólo puede ser determinado atendiendo a las conductas de los jueces y tribunales. Es el reconocimiento por los órganos primarios que aplican las normas a los casos particulares, lo que hace posible afirmar que una norma pertenece a un conjunto unitario que se denomina derecho vigente. Junto a este reconocimiento expreso, que se realiza mediante la aplicación del derecho (elemento externo), Ross habla de la necesidad de otro elemento, el elemento interno, que define del modo siguiente:

«Mi punto de vista es conductivista en la medida que busca hallar consistencia y predicibilidad en la conducta verbal, externamente observada, del juez. Es psicológico en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos» (27).

Mediante esta doble exigencia Ross se distancia del realismo americano, para quien derecho es lo que los jueces disponen, las decisiones judiciales (este elemento interno nos hace recordar bastante el planteamiento jurídico de Hart. Sin embargo, ya analizaremos, más adelante las diferencias existentes entre ambos elementos internos). Y muestra cómo la efectividad de la norma no es suficiente para reconocer el derecho vigente en un cierto lugar y tiempo, exigiéndose además que la norma sea sentida por el juez como socialmente obligatoria.

La función que Ross asigna a la ciencia jurídica es exponer un determinado sistema nacional individual de normas (28). Sistema que puede ser definido como un conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque las vive como obligatorias (29). Ahora bien, lo que proporciona coherencia interna a este conjunto de normas es que organizan y disponen en qué condiciones es posible usar la fuerza del Estado y por quién.

«un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado por reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece el aparato de autoridades públicas (tribunales, órganos ejecutivos), cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en estos casos específicos» (30).

(27) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 72.

(28) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 31.

(29) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 34.

(30) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 34.

EL DERECHO SUBJETIVO

Desde esta clara diferenciación entre lo que es derecho y ciencia jurídica, Ross se acerca a la comprensión del derecho subjetivo tratando de demostrar que el derecho subjetivo es una simple individualización del derecho, una ejecución en el plano individual de ciertos principios generales.

«Como fenómeno jurídico el derecho subjetivo es la realidad objetiva del derecho considerado de acuerdo a su alcance en cuanto a las posibilidades de conducta individual. La realidad jurídica puede ser un factor restrictivo o de expansión en la conducta del individuo. El derecho subjetivo, por tanto, se llama restricción de la conducta (obligaciones) o expansión de conducta (conductas preferidas, derechos)» (31).

Esta perspectiva le enfrenta a Lundstedt (32) y Hägerström, para quienes el derecho subjetivo es una realidad que surge del simple funcionamiento de la máquina jurídica (33). Ross sostiene, por el contrario, que el derecho no funciona como tal máquina, es decir, no es un riguroso sistema fijo de *funciones*. El funcionamiento de la máquina misma depende en ocasiones de la existencia de lo que la doctrina jurídica llama el derecho subjetivo (34). Por esto Ross adopta un método de trabajo diferente a Lundstedt y Hägerström: no analiza el derecho subjetivo como tal, centra su atención en el análisis de sus fundamentos teóricos, con el objetivo de demostrar que los diferentes aspectos del derecho subjetivo están íntimamente ligados a la teoría que se adopte respecto a la naturaleza del derecho como tal. No le interesan las consecuencias que la creencia en los conceptos metafísicos producen en la psicología de las personas, sino la concatenación lógica que pueda existir entre los supuestos de hecho originarios de la noción y las consecuencias que el ordenamiento establece para el caso de que se produzcan tales supuestos, teniendo siempre presente que ambos elementos de la relación lógica han de ser analizados desde la consideración fundamental de su punto de partida: la norma jurídica que posibilita el adecuado funcionamiento de la maquinaria jurídico-social (35).

(31) Ross, *Hacia una ciencia realista*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 193.

(32) «Lundstedt porta la crítica hägerströmiana fino alle conseguenze più radicali, proponendo di eliminare dal linguaggio giuridico, a tutt'al più di usera solo tra virgolette, per vendere palese il loro uso strumentale, parole quali "diritto", "dovere" e simili.» Carla Faralli, «Diritto e magia, Saggio su Axel Hägerström», *Contributi al realismo giuridico*, a cura di Enrico Pattaro, Milano, 1982, pág. 40.

(33) Véase: Strömholm y Vogel, *Le realisme scandinave dans la philosophie du droit*, cit., págs. 54-57).

(34) ROSS, *Hacia una ciencia realista*, cit., págs. 188-189.

(35) IGNACIO ARA PINILLA, «Acerca de la concepción del derecho subjetivo en el

Este giro metodológico había de producir cambios importantes en la valoración y comprensión del derecho subjetivo. Cambios en los que vamos a centrar nuestra atención.

En un primer momento, a Ross le interesa demostrar el paralelismo existente entre el concepto de derecho y el derecho subjetivo. Para mostrar esta relación efectúa, en su obra *Hacia una ciencia realista*, un estudio de las distintas direcciones iusfilosóficas. Estudio que le permite sostener: todos los planteamientos filosóficos-jurídicos, elaborados hasta el momento, adolecen de un importante error, que consiste en que:

«se ha tratado de interpretar el derecho básicamente como un sistema de normas obligatorias que derivan su validez de ciertos principios «a priori» de justicia. Al tiempo que resultó imposible negar la obvia dependencia de que el derecho vigente tiene la ciertos hechos, y su resultado fue un típico dualismo: el derecho pertenece al mismo tiempo al mundo de los hechos empíricos y al metaempírico de las ideas eternas de validez» (36).

Este dualismo que ha invadido el pensamiento jurídico, produce en el seno de las distintas teorías insalvables contradicciones o antinomias (37), que invalidan los distintos conceptos de derecho, así como los conceptos jurídicos fundamentales elaborados sobre su base (paralelamente a las antinomias presentadas al respecto al concepto de derecho, presenta Ross antinomias del concepto de fuentes del derecho y del derecho subjetivo) (38). Ante esta situación, Ross defiende la necesidad de disolver, en primer lugar, este dualismo mediante un análisis realista del derecho. Sólo desde una posición realista será posible eliminar las contradicciones que encierran los planteamientos analizados y presentar una correcta definición del concepto de validez del derecho, no como una noción abstracta, «a priori», sino como *vivencias de validez*.

«Desde que ni la realidad ni la validez pueden ser eliminadas del concepto de derecho, la dialéctica sólo puede ser superada mostrando que realidad y validez —debidamente interpretadas— no son categorías irreductibles que se excluyen mutuamente... El principio de disolución, por tanto, a través de toda la teoría jurídica, consiste en introducir en lugar de la validez en el sentido de una categoría radicalmente discrepante de la realidad las vivencias de validez (en el sentido de ciertas actitudes de conducta reales)...» (39).

realismo escandinavo», *Revista de legislación y jurisprudencia*, semestre enero-junio 1982, pág. 512.

(36) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., Prefacio, pág. 12.

(37) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., cap. VII, págs. 61-85.

(38) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., págs. 145-151 y págs. 188-191.

(39) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., págs. 88-89.

El camino elegido por Ross no es negar la fundamental significación de las distintas nociones de validez, sino reinterpretarlas como racionalizaciones de ciertas experiencias emocionales e incluirlas así en el mundo de los hechos. De este modo se reconduce la noción de validez a donde únicamente puede ser defendida y verificada, en la realidad, en los hechos.

El interés de Ross por replantear, desde un punto de vista realista, los presupuestos teóricos de los llamados conceptos fundamentales del derecho es mostrar que tales conceptos pueden ser utilizados por el pensamiento jurídico y por los juristas prácticos, si se elimina de ellos los residuos metafísicos. No le interesa desvelar tan sólo el trasfondo mágico, metafísico que en ellos existe, esto ya había sido hecho por Hägerström y Lundstedt; era preciso ahora recuperarlos para la teoría y la práctica jurídica. Esta recuperación es importante porque, «aunque las nociones racionalizadas del derecho, de acuerdo con su sentido literal, son falsas o de naturaleza supersticiosa, significan o simbolizan alguna realidad jurídica. O en última instancia, que ellas corresponden a ciertas realidades jurídicas que, una vez sometidas a la crítica, se asegura que son lo que era *realmente* significado por las ideas en cuestión. Y este aserto no puede de ninguna manera ser desechado como un mera frase» (40).

Descubrir el verdadero significado del derecho subjetivo es el fin que Ross se propone en su artículo «Tû-Tû». A través del término «Tû-Tû» Ross nos muestra el carácter simbólico del lenguaje, así como su doble función descriptiva (aserciones) y prescriptiva (directivas).

A partir de unas imaginarias investigaciones etnográficas realizadas por el doctor Nadie, en las islas Ilusión, sobre el pueblo Ficción, Ross nos presenta el término «Tû-Tû», término que, en un primer momento, carece de sentido para el doctor Nadie, pero que a medida que descubre las costumbres y los ritos del pueblo Ilusión comprueba que con él se hace referencia a la situación que surge como resultado de haber sido violado un tabú. Tû-Tû describe no sólo la situación, de la que se derivarán una serie de consecuencias desgraciadas fruto de la violación del tabú, sino también transmite una prescripción: ha de realizarse una ceremonia de exorcismo para evitar las consecuencias desgraciadas que genera la violación del tabú (41).

Este término que carece de sentido fuera del contexto de las islas Ilusión, produce importantes efectos entre aquellos que conocen su significado.

Esta situación imaginaria tiene el propósito de ejemplificar las funciones que desempeña el lenguaje jurídico (42). Ross afirma que la mayoría de los enunciados jurídicos son semejantes al término «Tû-Tû». Para probar esta afirmación toma como ejemplo la siguiente frase del lenguaje jurídico:

(40) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., págs. 20-21.

(41) Ross, «Tû-Tû», en *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Uberto Scarpelli, Milano, 1976.

(42) Ross, «Tû-Tû», cit., págs. 171-172.

1. Si se concede un préstamo, nace una pretensión.
2. Si existe una pretensión, el pago ha de ser hecho en el plazo acordado.
3. Si se concede un préstamo el pago ha de hacerse en el plazo debido (43).

El término «pretensión» que aparece en los apartados uno y dos, tiene el mismo sentido que el término «Tû-Tû». Con él no se describe ninguna situación real, ningún hecho. El término «pretensión» aparece como un fenómeno intermedio que se sitúa entre el hecho y la consecuencia jurídica, pero es un fenómeno que no existe, sólo cumple la función de reforzar, invocando una especie de poder sobrenatural, que el pago ha de hacerse en el plazo acordado. Esto muestra la semejanza estructural que el lenguaje jurídico guarda con el pensamiento mágico primitivo (44).

Los motivos que justifican la conservación de estas formas de presentación los expone Ross a través del análisis de la propiedad. La regla jurídica referente a la propiedad conecta, como anillos de una cadena, una serie de hechos jurídicos individuales (aquellos que el ordenamiento jurídico establece como hechos que originan la propiedad: donación, compraventa, herencia, etc.) con las consecuencias jurídicas individuales que de ellos se derivan (45).

Afirmar, en estos supuestos enormemente diversificados, que existe un derecho de propiedad, elimina realizar una penosa y larga enumeración de hechos y consecuencias jurídicas, agilizando y simplificando extraordinariamente la práctica jurídica. El término propiedad, que se sitúa entre el hecho y la consecuencia jurídica, no representa ninguna realidad, pero es un útil instrumento de presentación de una situación compleja.

«Il concetto di diritti soggettivi è uno strumento della tecnica di presentazione che serve a fini esclusivamente sistematici, e che, in se stesso, no significa nienti di più e niente di meno di quanto significhi “Tû-Tû”» (46).

Esta función estrictamente sistemática que Ross asigna al derecho subjetivo en el artículo «Tû-Tû», será matizada y completada más tarde en *Sobre el derecho y la justicia*.

Una vez establecido el verdadero significado del derecho subjetivo y eliminados de él los residuos metafísicos heredados del pasado, Ross explicita los comportamientos sociales a que alude el término derecho subjetivo. Las situaciones en que puede emplearse correctamente esta herramienta o técnica de presentación son las siguientes:

1. Se usa para señalar la posición ventajosa que surge como re-

(43) Ross, «Tû-Tû», *cit.*, pág. 172.

(44) Ross, «Tû-Tû», *cit.*, pág. 173.

(45) Ross, «Tû-Tû», *cit.*, pág. 173.

(46) Ross, «Tû-Tû», *cit.*, pág. 181.

sultado de una situación jurídica. La situación es contemplada por la norma desde la perspectiva de la persona a la que favorece. No puede ser utilizado el término derecho subjetivo para afirmar «tengo derecho a...», si tal afirmación no está avalada por una norma jurídica. Por consiguiente, el derecho subjetivo hace referencia siempre a un cierto contenido jurídico.

2. El término derecho subjetivo hace referencia también al titular de un derecho que posee facultad respecto a la persona obligada. Esta facultad sólo significa que el titular del derecho puede poner en marcha la maquinaria jurídica de acuerdo con su voluntad.

Podemos afirmar resumiendo que: «el concepto de derecho subjetivo se usa típicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses» (47).

Desde esta perspectiva, la discusión tradicional entre la teoría del interés y la de la voluntad para determinar la naturaleza del derecho subjetivo ha de ser rechazada, por falta de realismo.

«Se ha considerado que lo más importante era determinar la esencia del derecho subjetivo. Por un lado está la teoría de Ihering, según la cual la esencia de un derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido. En oposición a ella se encuentra la teoría de Windscheid, que sostiene que la esencia del derecho subjetivo es un poder o supremacía de la voluntad. El debate entre estas dos teorías parece ser interminable... Esta discusión no lleva a ninguna parte. Si es correcto decir que al concepto de derecho subjetivo no corresponde, en modo alguno, a una realidad que aparezca entre los hechos condicionados y las consecuencias jurídicas, no tiene sentido discutir si el derecho subjetivo, en su esencia, es interés, voluntad o alguna tercera cosa. Tras las diversas ideas de una esencia sustancial se ocultan diferentes puntos en la situación típica de derecho subjetivo: la ventaja fáctica determinada por la restricción de la libertad ajena, la potestad de iniciar procedimientos y la competencia de disposición. Las dificultades con las que tiene que luchar cada una de las teorías nacen del hecho de que las funciones, que están integradas en las situaciones típicas se dan divididas entre sujetos diferentes en las situaciones atípicas» (48).

Una vez depurado el término derecho subjetivo de connotaciones metafísicas, establecida su función técnica como herramienta de presentación de situaciones jurídicas complejas, así como indicadas las situaciones en las que el término derecho subjetivo puede ser empleado

(47) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 171.

(48) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., págs. 182-183.

correctamente por el jurista teórico y práctico, Ross, por último, se centra en el análisis de los derechos *in rem* y derechos *in personam*.

Se detiene Ross en el análisis de esta clasificación, entre las muchas existentes, porque es en el ámbito patrimonial donde el derecho subjetivo actúa con más fuerza en las sociedades modernas, consecuencia de ser la propiedad privada un derecho subjetivo clave en las relaciones económico-sociales. Por consiguiente, es en este ámbito donde se hace más necesario introducir rigor y precisión terminológica.

Esta clasificación ha sido usual, desde la antigüedad, en el ámbito del derecho de contenido patrimonial. La doctrina, en torno a esta distinción, presupone que la división de los derechos patrimoniales, según su contenido, está acompañada de una correspondiente división de la protección. Los derechos que según su contenido son *in rem* están dotados de una protección *in rem* y los derechos que según su contenido son *in personam* están dotados de una protección *in personam*. Ross critica esta clasificación, en primer lugar, porque crea confusión, desde el punto de vista terminológico, al emplear el mismo término para aludir al contenido del derecho y a la protección que este contenido posee. Para eludirla Ross propone utilizar términos distintos para los derechos —derechos de disposición en vez de derechos *in rem* y derechos de pretensión o facultad para los derechos *in personam*—, manteniéndose la misma denominación para la protección: protección *in rem* y protección *in personam* (49).

En segundo lugar, analiza Ross el contenido de estos dos tipos de derechos y observa que las situaciones que los integran son semejantes. Esta semejanza es consecuencia de que la clasificación ha sido realizada utilizando dos criterios en vez de uno sólo. Cuando se habla de la existencia de un derecho de disposición se centra la atención en el efecto económico que la situación jurídica genera. Cuando se habla de derecho de pretensión, la situación jurídica es observada y descrita en relación a la posición jurídica en que se encuentran los sujetos que en ella intervienen (facultad del acreedor, deber del deudor) y deja a un lado la ventaja económica. Si se utilizara un solo criterio se comprobaría que no existen diferencias entre el contenido de un derecho de disposición y un derecho de pretensión, pues el primero puede consistir en la facultad jurídica que el titular del derecho hace valer mediante un procedimiento jurídico y el segundo encierra también el establecimiento de un uso y disfrute económicos.

«El derecho de pretensión o facultad representa una etapa preliminar del derecho de disposición. Tarde o temprano todo derecho de pretensión o facultad se transforma en un derecho de disposición» (50).

Todo derecho subjetivo «consiste en las facultades jurídicas que el

(49) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 185.

(50) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 189.

titular puede hacer valer mediante procedimientos» (51). De ahí que la única base admisible para mantener la distinción entre derecho de disposición y derecho de pretensión sea la de establecer una diferencia de facultades.

El derecho de disposición «es un derecho que consiste únicamente en facultades no exigibles; y el derecho de pretensión en un derecho con facultad o facultades exigibles» (52). Facultades exigibles son aquellas que designan situaciones jurídicas en las que el titular del derecho puede iniciar un procedimiento civil y obtener sentencia o puede, por lo menos, indicar en forma definida la conducta que daría lugar a ello; mientras que las facultades no exigibles designan situaciones jurídicas que hasta el momento de iniciar el procedimiento no pueden ser explicitadas.

Este análisis pormenorizado pretende demostrar que la distinción entre derecho de disposición y derecho de pretensión está conectada con una visión dinámica de la relación jurídica, puesto que el derecho de pretensión se transforma con el paso del tiempo en un derecho de disposición y el derecho de disposición puede transformarse, según las circunstancias, en un derecho de pretensión o facultad (53).

Finalmente, plantea Ross la posibilidad de seguir manteniendo la conexión entre el contenido de un derecho subjetivo y su protección. Y demuestra que esta conexión es insostenible desde el punto de vista de la protección dinámica y desde el punto de vista de la protección estática. Las diferencias existentes en la protección de los derechos subjetivos patrimoniales no están fundamentadas en el contenido del derecho, sino en el tipo de colisión de derechos que se produzcan en el tráfico jurídico (54).

REFLEXIONES CRITICAS

Es curioso que después de este largo análisis todo quede reducido a la siguiente expresión: «siempre que esto sea claramente advertido, no hay razón para abandonar la terminología existente» (55). Se trata, si se me permite la expresión, de un amagar y no dar. ¿De qué sirve esta larga tarea de depuración y precisión terminológicas si todo puede continuar igual?

Creemos que el proyecto realista prometía más que los logros reales conseguidos. La falta de referencia semántica que Ross afirma del derecho subjetivo había sido ya establecida no sólo por Hägerström y Lundstedt, también por Comte y Duguit desde una posición sociológica y con anterioridad por Bentham.

(51) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 190.

(52) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 190.

(53) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 191.

(54) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., págs. 195-196.

(55) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 196.

Bentham afirma la falta de realidad de los derechos, así como su carácter de ficción, defendiendo, al mismo tiempo, la necesidad de que sean suprimidos, por peligrosos, del lenguaje jurídico y político, dado que tienden a ser absolutizados por los ciudadanos, cuando el único principio absoluto existente es el principio de autoridad (56).

En 1890 Comte en *Système de politique positive* sostiene la necesidad de que la palabra «derecho» sea desterrada del lenguaje político, pues:

«Chacun a des devoirs, et envers tous; mais personne n'a aucun droit proprement dit» (57).

Cincuenta años más tarde, Duguit continúa defendiendo el carácter metafísico del derecho subjetivo y critica duramente la consideración tradicional, que entiende el derecho subjetivo como una relación de poder o de señorío, de propiedad en definitiva (58), cuando el derecho subjetivo es siempre una relación entre voluntades, «una frente a otra: una voluntad que puede imponerse a otra voluntad» (59).

Frente a este tipo de negaciones del derecho subjetivo, Ross pretende un cambio de perspectiva que «en relación al período anterior significaba la polémica Ekelöf y Strahl; y llamó «jurídico» al nuevo enfoque, contraponiéndolo así al sociológico, representado, según él, por Duguit y Lundstedt» (60).

Este cambio de método parece poner de relieve un cambio en el seno de la corriente realista escandinava respecto a los conceptos jurídicos fundamentales. Ross intenta desvelar que, a pesar de la falta de referencia semántica de estos conceptos, con ellos se describen ciertas situaciones, ciertas realidades, ciertas conductas que es donde debemos centrar nuestra atención. Exponer y precisar estas realidades le obliga a utilizar el método analítico. Sin embargo, Hernández Marín afirma que: «este cambio metodológico que Ross propone es insuficiente para justificar un giro en el seno de la corriente realista, porque tal método, el método analítico no existía» (61).

Esta falta de determinación del método no impide hablar de ciertos objetivos logrados por Ross, continúa diciendo Hernández Marín, entre los que cabe mencionar: «sintácticos (las expresiones de dere-

(56) Véase, H. L. A. HART, «Legal Rights», en *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982, cap. VII, págs. 162-193.

(57) A. COMTE, «Système de politique positive ou Traité de Sociologie», en *Oeuvres D'Auguste Comte*, Anthropos, París, 1969, t. VIII, pág. 361.

(58) Esta visión tradicional sobre el derecho subjetivo está defendida y argumentada con detenimiento por Jean Dabin... Véase, J. DABIN, *El derecho subjetivo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, págs. 100-111.

(59) L. DUGUIT, *Las transformaciones del derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1975, pág. 175.

(60) R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Derecho subjetivo: análisis lógico de un tema de doctrina general del derecho», en *Estudios de Filosofía del derecho y ciencia jurídica en Memoria y homenaje al catedrático Don Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, 1983, T. I., pág. 516.

(61) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, *cit.*, págs. 516-517.

chos subjetivos son términos de conexión entre proposiciones, nombres, variables, etc.) y, en algún caso, lógicos, y sólo indirectamente semánticos (las expresiones de derechos subjetivo carecen de sentido, carecen de referencia, designan supuestos de hecho, consecuencias de derecho, etc.)» (62). El pensamiento de los juristas escandinavos gira, al igual que el pensamiento tradicional, en torno a la «calificación sintáctica “de las expresiones del derecho subjetivo». Y, como también sucede en el pensamiento tradicional, el condicionamiento existente entre los temas “del” derecho subjetivo y de “los” derechos subjetivos, consiste en trasladar la calificación sintáctica dada a las expresiones de derecho subjetivo» (63). De este modo el problema del derecho subjetivo se sitúa en la calificación sintáctica de aquellas expresiones de derecho subjetivo.

Ross sostiene que la expresión derecho de propiedad es un término de conexión entre proposiciones. Hernández Marín, por el contrario, afirma que esta afirmación es falsa porque «las expresiones de derecho subjetivo son proposiciones (no nombres ni términos de conexión entre proposiciones) y, por tanto, expresiones con sentido» (64). De este modo, conocida la categoría sintáctica a que pertenecen las expresiones de derecho subjetivo no puede hablarse del concepto del derecho de propiedad, pues no existe tal concepto dado que el derecho de propiedad no es un nombre. Tampoco cabe, pues, hablar «del concepto de derecho subjetivo». El «problema del concepto de derecho subjetivo, más que un problema sintáctico, es un problema que surge como consecuencia de errores sintácticos» (65).

Aunque nos parecen muy interesantes las precisiones que Hernández Marín realiza al planteamiento de Ross, respecto al derecho subjetivo, creemos que el derecho subjetivo no agota su comprensión y conocimiento en un análisis formal de este tipo. Es más, el análisis que del derecho subjetivo hace Kelsen, a pesar de su positivismo y formalismo, nos parece más acertado, por cuanto es capaz de constatar que el derecho subjetivo cumple el papel de ser una ficción necesaria histórica y socialmente para el sistema capitalista, es decir una función ideológica.

«Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y sujeto de derecho. Se trata de manter la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante, si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar

(62) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, cit., pág. 517.

(63) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, cit., págs. 517-518.

(64) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, cit., pág. 519.

(65) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, cit., pág. 520.

constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene origen democrático. Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo, que no sería menos, sino más que este, un verdadero derecho, se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico» (66).

No sólo Kelsen supera la visión del derecho subjetivo de Ross, también lo hace Hart desde una posición analítica. Hart reconoce la existencia de términos que a pesar de no tener una referencia semántica, tienen sentido y significado pragmático. Y además defiende que estos términos cumplen una función imprescindible en el lenguaje jurídico dogmático.

No es posible eliminar del lenguaje jurídico términos tales como derechos, obligaciones, deberes, validez, simplemente porque no son hechos, pues los valores morales son actitudes que los seres humanos adoptan y su carácter cambiante y aleatorio no es suficiente para considerarlos un sin sentido, pues encontramos expresiones semejantes en el lenguaje ordinario tales como grueso, corto, largo, etc., que son cambiantes y aleatorias y no por eso son consideradas un sinsentido lógico (67).

El derecho exige ser interpretado como un conjunto de proposiciones de deber ser y no como hechos, pues de otro modo no es posible distinguir las conductas regularizadas de los individuos en el orden social, de las conductas gobernadas por reglas. Así como tampoco se podría apreciar el carácter normalizador del derecho y su función conformadora de la realidad social.

Hart reconoce el mérito a la teoría jurídica de Ross de haber distinguido entre un aspecto externo e interno en el derecho. Sin embargo, le critica el lugar donde establece la diferenciación. Ross representa, equivocadamente, el aspecto interno del derecho como un sentimiento. La distinción entre el aspecto externo e interno en el derecho no es una distinción basada en la diferencia existente entre conducta y sentimiento, aunque ambos elementos puedan distinguirse. La distinción interno-externo alude a dos perspectivas, a dos formas distintas de conocer el derecho. Un observador externo que no suscriba las reglas jurídicas compartidas por un determinado grupo social, puede dar cuenta del hecho informando que el grupo se comporta de cierta manera y reacciona ante las violaciones realizadas a sus reglas, tanto venga de personas públicas como privadas. Además la constatación de este hecho le permite predecir los comportamientos futuros del grupo y sus futuras reacciones. Ahora bien, si el que habla es un miembro perteneciente al grupo, afirmará la existencia de tales criterios y tra-

(66) H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1971, págs. 116-117.

(67) H. L. A. HART, «Scandinavian jurisprudence», en *Essays in jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pág. 163.

tará las desviaciones como razones que motivan las reacciones, exigiendo la conformidad con las reglas como algo justificado. Esta visión interna del derecho no hace referencia a *sentimientos*, aunque pueden acompañar al que habla, alude a que el que habla se considera obligado por las normas, es decir, tiene la convicción del carácter obligatorio de las normas jurídicas.

Ross se equivoca cuando no reconoce los usos internos del lenguaje. La afirmación, «esta regla es válida», como diferente de «esta regla se sigue en Inglaterra», es apropiada cuando un sistema jurídico contiene reglas primarias (normas de comportamiento) y una regla de reconocimiento. Así cuando un juez reconoce una regla, la identifica como regla primaria en virtud de una regla tácita de reconocimiento o un criterio de identificación, que podría formularse del siguiente modo: lo que proclama la reina en el Parlamento es criterio legal de conducta (68).

Frente al empirismo que invade la teoría jurídica de Ross, Hart propone un método hermenéutico que permita una exposición de la conducta regulada por reglas tal y como aparece para sus participantes, que la ven conformando o dejando de conformar ciertos criterios compartidos por el grupo social. Este punto de vista interno es vital para apreciar la función normalizadora y conformadora que el derecho ejerce sobre la realidad social, pero es vital también para el análisis de cualquier normativa social.

Una teoría como la de Ross, que se presenta a sí misma como realista, debía haber profundizado en la función ideológica del término derecho subjetivo, estableciendo los distintos niveles de conexión entre la realidad socio-política y las formas jurídicas. Sin embargo, esta conexión no aparece en ningún momento en la obra de Ross. Cuando Ross dice observar lo que es el derecho, observa únicamente conductas y sentimientos que son interpretados linealmente, es decir, observa comportamientos individuales que aparecen desconectados de toda realidad social.

Frente a este planteamiento de Ross, defendemos que la verdadera significación del derecho hay que buscarla en su interrelación con la estructura social y en su pretensión de reflejar determinados valores, pues la gran paradoja del derecho es la tensión constante a la que está sometido entre esos dos ámbitos: social y moral.

El positivismo legalista creía posible y necesario aislar la realidad del mundo jurídico para construir un conocimiento del derecho neutro que proporcionara al jurista práctico el bagaje conceptual imprescindible para la aplicación del derecho, protegiéndole de las actuaciones políticas. Con lo cual el derecho era presentado como un instrumento universal y objetivo. En este mismo error cae el planteamiento de Ross.

La comprensión real del derecho no se agota en la descripción de un conjunto de conceptos e instituciones que constituyen el sistema ju-

(68) H. L. A. HART, «Scandinavian jurisprudence», *cit.*, págs. 166-167.

rídico, pero tampoco es el análisis de una serie de conductas y sentimientos. Presentar la realidad del derecho, exige explicar también el por qué de estos conceptos, instituciones y conductas. El jurista que pretende conocer el derecho, ha de conocer las razones que han determinado y condicionado la configuración de estos elementos jurídicos concretos. El conocimiento del derecho no puede prescindir del elemento histórico.

«El derecho es norma, volición social reguladora, al tiempo que también es institución social, articulación de la sociedad. Por tanto, ésta debe ser considerada tanto como compartición asociada de voluntades, agregado voluntario de sujetos deliberantes, cuanto como recambio orgánico objetivo de entes productivos, cuyo funcionamiento es independiente de la voluntad de los individuos y responde a determinados mecanismos históricos y leyes sociales» (69).

Por consiguiente, propugnamos para el análisis y comprensión del derecho subjetivo la necesidad de restablecer las relaciones entre derecho y sociedad, reconociendo que su separación es resultado característico del proceso de formación y funcionamiento de la moderna sociedad burguesa. En segundo lugar, es necesario también disponer de una interpretación articulada del conjunto del nexo economía-derecho y sociedad-estado. Tal enfoque comporta la imposibilidad de un conocimiento y valoración del derecho como realidad autónoma (es decir, el derecho entendido como norma o conducta), y permite una comprensión del derecho, que lo integre y lo sitúe en una ciencia global.

Una vez señaladas estas cautelas metodológicas, es posible decir que el objetivo más esencial y problemático en la comprensión y valoración del derecho es investigar acerca del «nexo abstracto-concreto» (70). No se trata de evidenciar sólo que las formas abstractas de la gestión jurídica son expresiones de la dinámica socio-económica concreta del capitalismo. Tal reducción significaría explicar y comprender el derecho como un sistema de categorías históricas. La pregunta que es preciso realizarse es: por qué el capitalismo ha escogido esta forma jurídica y no otra, y qué función social cumple cada forma jurídica concreta. El planteamiento de Ross en modo alguno da respuesta a este tipo de cuestiones, cuando como «realista» debería darlas. Lo que ocurre, es que el término realista es demasiado ambiguo. También Kelsen lo pretendía para su teoría pura del Derecho.

Somos conscientes de que el derecho subjetivo es una categoría difícil de teorizar científicamente, pues en ella confluyen más agudamente que en otras categorías jurídicas, los elementos ideológicos que determinan la opción por un determinado concepto de derecho. Nos parece significativa al respecto la siguiente cita:

(69) CERRONI, *Introducción a la ciencia de la sociedad*, Grijalbo, Barcelona, 1977, pág. 155.

(70) CERRONI, *Introducción a la ciencia de la sociedad*, cit., pág. 156.

«Es explicable que la idea de derecho subjetivo ... tenga que ser mantenida por todos aquellos que admitan la sustancial dignidad del hombre, mientras que quieran proscribirla las teorías de carácter colectivista y totalitario, como sucedió en la Alemania de Hitler y sucede hoy con el comunismo soviético» (71).

Esta confluencia de elementos ideológicos explica que no exista en la actualidad, contrariamente a lo que se piensa, una idea generalizada acerca de qué debe entenderse por derecho subjetivo, a pesar del consenso existente respecto a la existencia de una serie de derechos subjetivos. Pero la dificultad de precisar qué es derecho subjetivo no deriva sólo de la carga ideológica que encierra el término.

Creemos que su dificultad más importante obedece, desde el punto de vista teórico, a que se encuentra recorrido por todas las contradicciones que surgen del mantenimiento de la igualdad formal en el plano jurídico y la existencia de una realidad profundamente desigual. Esta realidad integrada por individuos desiguales queda enmascarada y transformada en una realidad de individuos iguales jurídicamente, lo que sólo es posible realizar a través de una noción como la del sujeto de derecho y ésta se concreta en la práctica en el reconocimiento y ejercicio de una serie de derechos subjetivos. Los continuos desajustes que esta formalización produce son resueltos por la dogmática jurídica. De ahí que el derecho subjetivo sea punto obligado de referencia para el científico dogmático, en su intento de eliminar o enmascarar las contradicciones que surgen de la defensa de una igualdad exclusivamente formal. Esta exigencia de armonización explica por qué defensores y detractores del derecho subjetivo dedican esfuerzo y atención a su estudio; y por qué Ross, a pesar de reconocer la falta de realidad del término, mantiene su funcionalidad práctica, una vez precisado su verdadero sentido.

El derecho subjetivo, como toda categoría jurídica, es útil para explicar ciertas conductas sociales, que de otro modo tendrían que ser objeto de una larga y penosa enumeración de hechos y consecuencias. Cómo explicar las transferencias económicas, que a diario se efectúan en las sociedades modernas, sin derechos:

«El poder ilimitado sobre las cosas no es ni más ni menos, que el reflejo de la circulación ilimitada de mercancías» (72).

Si se eliminara el derecho subjetivo del lenguaje jurídico, intento llevado a cabo por Kelsen, una parte importante de las relaciones económico-sociales no podrían ser explicadas, ni comprendidas. Por esto Larenz afirmaba: «La teoría pura del derecho es en alta medida seductora como teoría, pero su rendimiento en orden a la praxis es es-

(71) L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, T. I., Tecnos, Madrid, 1975, 1.ª edición, pág. 406.

(72) E. PASUKANIS, *Teoría general del derecho y marxismo*, Labor, Barcelona, 1976, pág. 105.

caso» (73). La falta de eficacia práctica con que Larenz critica la teoría jurídica de Kelsen es consecuencia de la imposibilidad para la teoría pura de explicar relaciones y actuaciones sociales, para las que la dogmática ha de ofrecer instrumentos conceptuales de comprensión.

Finalmente, es preciso señalar que a pesar de afirmar Kelsen que «el derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma jurídica en relación con el individuo designado por la misma norma» (74), se ve obligado a reconocer que en determinadas situaciones el término derecho subjetivo puede ser empleado correctamente. Nos estamos refiriendo a los siguientes supuestos: como equivalente a no prohibido, como equivalente a autorización, como correlato de una obligación activa, como correlativo de una obligación pasiva y como acción procesal. Este último significado, al que Kelsen denomina técnico o estricto, no es reducible al concepto de deber jurídico, constituyendo una noción autónoma (75). Todos estos significados tienen en común, que describen hechos donde la voluntad de los particulares es condición en determinadas normas para producir ciertos efectos jurídicos. Esto demuestra que el derecho moderno no puede ser comprendido y explicado sólo con la categoría de deber.

Creo que el conocimiento científico del derecho, para ser tal, ha de ser capaz no sólo de describir qué es el derecho, sino también de explicarlo. El valor descriptivo y explicativo de la teoría jurídica de Ross es muy reducido, crítica que hay que hacer extensiva a su comprensión y análisis del derecho subjetivo. Presenta Ross el derecho desde una visión estrictamente individualista, cuando el derecho es un fenómeno social condicionado y determinado por complejos factores sociales, éticos, políticos y económicos, a los que Ross en ningún momento hace referencia para comprender el sentido y el alcance del derecho.

Su consideración del derecho como un simple lenguaje y del derecho vigente como un conjunto de reglas que explican y dan sentido a una serie de conductas generalizadas y sentidas como socialmente obligatorias, elimina del derecho esas anteriores dimensiones.

Podemos concluir que los límites más importantes de la teoría jurídica de Ross proceden de su punto de partida, su empirismo, un empirismo corto de miras, hoy suficientemente superado, para quien la sociedad son individuos y relaciones individuales, la historia mera sucesión del tiempo y las luchas por el poder no adoptan ninguna forma determinada. Este empirismo es el que vacía el concepto de realidad que hay en la base de su «realismo», y lo hace insuficiente para el conocimiento del derecho.

(73) K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, pág. 91.

(74) H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1969, pág. 90.

(75) C. S. NINO, *Introducción al estudio del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, págs. 198-205.

Derecho y lógica: un balance provisorio

Por ROBERTO J. VERNENGO

Universidad de Buenos Aires

1

Las relaciones entre el derecho y la lógica se han convertido en un motivo, para el pensamiento iusfilosófico actual, en un permanente motivo de agrias divergencias y de exageradas expectativas. Hay quienes, por un lado, repudian todo intento de utilizar las lógicas modernas en el terreno práctico de las decisiones jurídicas o en el teórico de la ciencia del derecho, así como, por el otro, quienes aspiran a que conocimiento teórico y decisiones prácticas puedan encarrilarse en alguna forma deductiva. Autores que, hace medio siglo, eran considerados modelos de rigor lógico y favorecedores de un reduccionismo lógico, como el primer Kelsen, son vistos hoy como «irracionalistas normativos» (Weinberger 1982, 1984-B). Los filósofos que iniciaron, en la década de los 50, los primeros desarrollos interesantes de las actuales lógicas normativas —Georg von Wright y Jerzy Kalinowski—, han considerado oportuno, en estos últimos años, rever los resultados de varias décadas de trabajo, para establecer algunos puntos firmes (von Wright, 1982 y Kalinowski, 1985). Desde 1970, se ha visto también la necesidad de recoger algunos resultados de esa enorme tarea especulativa y hemos presenciado la aparición de uno y otro volumen dedicado a mantener al día la bibliografía sobre la cuestión —desde las reunidas por Conte y von Wright (Conte, 1965; von Wright, 1968), en la década del 60, hasta los recientes de Lenk (1974) y de di Bernardo (1977) y a recopilar trabajos importantes en la materia, como los editados por R. Hilpinen (Hilpinen, 1971 y 1981). «Current legal theory», el periódico que informa sobre las publicaciones de filosofía jurídica, editado por la Universidad de Lovaina, contiene en todos sus números un capítulo especial dedicado a la teoría de las normas y a la lógica normativa (clasificación general 4.1; 4.10.1: «logic of norms»). Las actas del IX Congreso de la Sociedad Internacional de filosofía del derecho (IVR), celebrado en Helsinki en 1983, incluyen un volumen dedicado a la lógica jurídica y a la racionalidad e irracionalidad en el derecho que me cupo prologar (Vernengo, 1985). Es tiempo, pues, de

efectuar un balance de situación con respecto al problema de las relaciones entre el derecho y la lógica. Con estos propósitos: 1) poner alguna claridad en los términos mismos de la disputa: ¿qué ha de entenderse por «lógica» cuando se dice que el derecho tiene una lógica propia, o cuando se sostiene que las normas jurídicas son «alógicas»?; 2) establecer cuáles son los resultados alcanzados después de tres décadas de investigaciones en lógicas normativas; 3) ¿qué perspectivas ofrecen esos resultados para la teoría jurídica y la práctica del derecho? Estas páginas pretenden ser solamente un ensayo provisorio, y por tanto, esencialmente incompleto, perversamente fragmentario e involuntariamente distorsionado, sobre el estado actual de la cuestión: derecho y lógica.

2

Si volviéramos sobre la literatura filosófica sobre el derecho anterior a 1950 —o, más precisamente, anterior a la publicación en 1951 del ensayo inaugural de G. von Wright, «Deontic logic» (von Wright, 1951)—, nos encontraríamos con abundantes referencias a la lógica y el derecho. Sin embargo, tanto han cambiado las ideas y las palabras que apenas veríamos algo de común entre lo que Kelsen entendía entonces por lógica, o lo que, en nuestros países, C. Cossio, E. García Máynez, L. Legaz y Lacambra o L. Recaséns Siches escribían bajo esa denominación, con los asuntos que preocupan hoy a las lógicas normativas. Aun en 1968, M. Reale sostenía que «se diría que, en el marco de una comprensión del derecho como experiencia, no hay lugar para una lógica jurídica formal». Y apuntaba que no corresponde confundir «la lógica jurídica con una lógica jurídica formal, inclusive porque una norma de derecho, como expresión de un proceso histórico-cultural, no puede ser reducida a una simple proposición lógica, eliminando su contenido fáctico-axiológico» (Reale, 1968, págs. 65 y sigs.). Consideraba ese autor entonces que no era posible trazar «una nítida línea divisoria entre una epistemología jurídica y una lógica jurídica, dado que, en rigor, el conocimiento del derecho sólo podría ser correctamente analizado por una lógica jurídica trascendental, equivalente, no a una disciplina formal, sino simplemente a la epistemología del derecho» (Reale, 1968). Las lógicas normativas formales que para ese entonces habían sido elaboradas o investigadas, eran vistas como empresas casi imposibles, o, por lo menos, altamente limitadas: la elaboración de «meros cálculos proposicionales», podría causar satisfacción a los lógicos puros, pero tendría «un alcance relativo para el jurista llamado a interpretar y aplicar las normas jurídicas en una experiencia concreta». Por ser la norma jurídica —continúa Reale— un objeto cultural con una base ideal, sería «inadmisibles juzgar exclusivamente que la lógica jurídica se agote en la investigación de los elementos lógico-lingüísticos» de la misma (Reale, 1968, págs. 66-67). Reale, como otros autores que publicaron en esa década, propone, para la lógica jurídica, como disciplina formal, una tarea menos exaltada: con

Ch. Perelman, piensa que la lógica permitiría al jurista «una penetración racional más profunda en la experiencia jurídica» (Perelman, 1968) y, «sobre todo, en su expresión deóntica, puede traer contribuciones preciosas en la determinación de los conceptos jurídicos, en la de la estructura de la norma jurídica, en la del silogismo práctico y en la de los nexos de inferencia entre las proposiciones normativas, en general, así como en la elucidación de las figuras de clasificación jurídicas y de las condiciones indispensables para la configuración del derecho como un sistema u ordenamiento» (Reale, 1968, pág. 68).

En mi país, el pensamiento de C. Cossio había sido, hasta 1950, el más influyente en lo que respecta a la interpretación de la denominada «lógica jurídica». ¡Nada menos que la Teoría Pura del Derecho, en su primera versión entonces conocida, era lógica jurídica! Y más aún: era, ni más ni menos, la lógica formal del derecho (Cossio, 1964, págs. 356 y sigs.). Para llevar a cabo tamaña interpretación (rechazado desde un principio por el propio Kelsen), Cossio se vio obligado a distinguir una Teoría Pura *stricto sensu*, de una Teoría Pura *lato sensu*. La primera habría descubierto una nueva «cópula» lógica, el famoso deber-ser kelseniano; habría investigado la estructura de la norma jurídica como juicio; habría estudiado conjuntos normativos en la teoría del ordenamiento jurídico, y, por fin, habría disuelto, a partir «de la normatividad extendida como un puro deber ser lógico», los tradicionales dualismos —derecho público/derecho privado, estado/derecho, derecho estatal/derecho internacional, etc.— en que incurría confusamente la ciencia tradicional del derecho (Cossio, 1964, págs. 360 y sigs.). Fuera de esta insólita interpretación del pensamiento kelseniano, Cossio, en la etapa de la primera edición de la Teoría Ecológica, hacia 1945, pensaba la lógica del derecho como una lógica trascendental, esto es: la investigación de las formas *a priori* del conocimiento jurídico, como condiciones de su posibilidad misma, conforme a una interpretación corriente de la lógica trascendental desarrollada por Kant en la *Kritik der reinen Vernunft* (A 50/B 74 sigs.). Se trata de establecer cómo son posibles ciertas representaciones (intuiciones o conceptos), y cómo son aplicables *a priori*. Ello hace a la posibilidad del conocimiento mismo, y, en el caso, del conocimiento jurídico (Kant, 1781-7: A 56/B 80). En Cossio, se agrega la interpretación de esta lógica jurídica trascendental desde el punto de vista de su aplicación: «La lógica jurídica es —bajo la idea ecológica... de que la Teoría Pura del Derecho es lógica jurídica formal... en (su) concepción de la pirámide jurídica— una lógica de la individuación, precisamente porque aplicar el derecho, como significación, significa crear el derecho y viceversa; “aplicar” no significa aquí tomar un objeto independiente...; “aplicar” significa concretar; y en cuanto que la concreción total está en lo individual, esta lógica se presenta como una lógica de la individuación porque en lo individual concluye la serie de las concreciones posibles.» Y concluye: «La lógica jurídica es así una lógica de la individuación, no una lógica de la integración, como podría ser la de la historia, ni de la tautología, como la de la matemática, ni de la generalización, como la de la naturaleza» (Cossio, 1964, págs. 108-109).

Baste advertir que, en ese texto de Cossio, la denominada «lógica jurídica formal» es distinguida de la llamada «lógica de la tautología» (que interesaría a las matemáticas). Esto nos señala que estamos en terreno muy distante del que interesa a los lógicos formales, para los cuales las tautologías son de fundamental importancia, como se acepta desde Frege y el *Tractatus*. Las lógicas, interpretadas neo-kantianamente, como marco categorial *a priori* en el análisis de la constitución del conocimiento científico, parecen hoy tema ajeno a una lógica formal *strictu sensu*. Y nadie incurriría en el apresuramiento de confundir los desarrollos, típicamente no formales, de la Teoría Pura kelseniana, en cualquiera de sus versiones, con una lógica formal, cuyos desarrollos tienen otro cariz.

Cossio intentó posteriormente pensar una lógica jurídica ateniéndose al modelo husserliano de una eidética formal constitutiva de la estructura racional de los datos ontológicos, subordinados éstos a una eidética material regional del derecho (Cossio, 1951, 1960). Pero esta interpretación husserliana, por de pronto, no correspondía a los propios textos husserlianos (por cierto publicados posteriormente al ensayo de Cossio; cf. Vernengo, 1967; Kalinowski, 1965). En Husserl, según conocemos por la publicación parcial de los manuscritos, la lógica de las normas, vista desde las *Logische Untersuchungen*, como una lógica modal, no tiene un desarrollo correcto, quizá por pretender partir de bases intuitivas, lo que en lógica parece hoy arriesgado. En parte, los errores de Husserl reaparecen en la *Deontik* de E. Mally, de 1926, cuyo sistema formal axiomático es, ciertamente, contraintuitivo (Mally, 1971; cf. Vernengo, 1983).

Cossio vuelve, posteriormente, en ensayos polémicos sobre el tema de la lógica (Cossio, 1983), pero sin que pueda extraerse de esos escritos, a mi entender, ninguna contribución interesante para la problemática que interesa hoy a lógicos y juristas. En ese texto, Cossio incurre en graves desinterpretaciones del pensamiento de von Wright, así como en la reiteración de una concepción de la lógica que ya no tiene vigencia en el pensamiento actual (cf., Vernengo, 1976). Con otras orientaciones, cosa parecida pasaba con las especulaciones, abusivamente llamadas «lógicas», de un Recaséns o un Legaz.

Interesa, en cambio, mucho la evolución del pensamiento kelseniano con respecto del problema de las relaciones entre derecho y lógica. Cabe apuntar que, antes de 1950, la concepción de la lógica, en Kelsen, seguía los carriles de los lógicos alemanes de fines del siglo, sin que en su obra hubiera mención de los pensadores que efectivamente habían revolucionado la lógica después de su sueño milenario. Ni Frege, ni Russell, ni Wittgenstein, ni ninguno de los miembros de la Escuela de Viena, parecen haber sido conocidos por Kelsen. Este, sin embargo, rechaza decididamente las pretendidas interpretaciones logicistas de la Teoría Pura que, antes de 1950, propusieran H. Heller o C. Cossio. Ello conduce a Kelsen, a veces, a un vocabulario hoy inaceptable: en el prólogo a la segunda edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (publicado en 1923), por ejemplo, Kelsen subraya

que la distinción entre el acto psicológico de voluntad y el *sollen* de la norma, ya presentado en 1911, en la primera edición de esa obra, «aparece como una contraposición entre la teoría pura jurídica y la especulación psicológico-sociológica, en forma paralela a la oposición general entre logicismo y psicologismo, tal como Husserl lo expuso en su forma clásica en las *Logische Untersuchungen*» (Kelsen, 1911, pág. IX). Aún en la versión definitiva de la *Reine Rechtslehre* (Kelsen, 1960), la lógica, vista siempre a través de las gafas de Lotze y Sigwart, es disciplina que sólo indirectamente pueden decirse aplicables a las normas jurídicas; sólo las *Rechtssätze* de la ciencia jurídica se atienen a esas leyes lógicas, que Kelsen, al parecer reduce a las formas inferenciales clásicas. Así como las normas jurídicas —que expresan el sentido de actos de voluntad— carecen de verdad o falsedad y, por ende, no son susceptibles de operaciones lógicas extensionales, el discurso de la ciencia jurídica, al parecer, se atiene a los cánones lógicos tradicionales, sin que se admita una lógica normativa específica. Este tema es puesto claramente sobre el tapete en el ensayo *Recht und Logik* así como en la *Allgemeine Theorie der Normen*, que aparece póstumamente en 1981, textos a los que luego se hará referencia.

[Mencionaré que, muchos años antes, Kelsen había prestado su conformidad a una interpretación de las normas propuesta, bajo la influencia de Husserl, por A. Gioja (Gioja, 1973: «El tema de la teoría pura del derecho», ensayo de 1949, t. I, sección IV). En ese trabajo, Gioja, que anteriormente había seguido la interpretación cossiana ya comentada, intenta elaborar una versión más rigurosa del «logicismo» kelseniano. Con vocabulario husserliano, Gioja apunta que las ciencias normativas carecen, a diferencia de las ciencias naturales, de una investigación suficiente de las formas analíticas, de las figuras lógicas propias, que utiliza la dogmática jurídica. Ello sería condición previa a toda investigación fenomenológica de la constitución del objeto. El recurso metódico para alcanzarlas, sería «la formalización como intuición típica que nos da originariamente las formas lógicas...». Esta tarea, creía entonces Gioja, habría sido cumplida por Kelsen: «Es el mérito indiscutible de Hans Kelsen el haber podido llevar a cabo esta labor frente al conocimiento jurídico positivo; con intuición genial de lógico, consigue formalizar los juicios característicos de la jurisprudencia dogmática...» Kelsen, sostiene Gioja, «deslumbrado con su hallazgo», no continúa el camino hacia una lógica trascendental, sino que como «el lógico de nuestro tiempo, su trabajo (i.e.: la Teoría Pura del Derecho) abarca el completo campo de la lógica formal (*sic.*), etc.» (Gioja, 1973, págs. 88-89). Esta interpretación, cabe señalar, fue prontamente abandonada por Gioja, uno de los iniciadores de los estudios de lógica normativa en la Argentina. Lo curioso es que aquel ensayo de 1947 recibe el aval del propio Kelsen, quien en nota publicada destaca su «*complete agreement with the views you (Gioja) exposed regarding the... relationship of the Pure*

Theory of Law and logic» (cf. Gioja, 1973, pág. 85). Esta interpretación, por cierto, no corresponde a las ideas sobre las relaciones entre derecho y lógica, y teoría del derecho y lógica que llevan a la *Allgemeine Theorie der Normen*. La reciente publicación de la correspondencia entre H. Kelsen y U. Klug indica, según creo, que Kelsen nunca alcanzó, pese a sus atisbos, sin duda geniales, una clara concepción de la lógica, en el sentido contemporáneo, comprobación que no puede entenderse siquiera como un reproche, pues es dudoso que haya lógico de fuste que admita una comprensión cabal de qué sea la lógica (Kelsen/Klug, 1984).]

3

Quizá corresponda referirse, en este momento, a otra versión de la lógica, o a una interpretación histórica de la lógica clásica, a saber, la del neo-tomismo, que también se ha manifestado sumamente crítica de los desarrollos de las lógicas normativas contemporáneas. Parece notorio que Aquino no elaboró lógica modal normativa alguna (al parecer no hay desarrollos del tema hasta la Alta Escolástica). Más: se ha destacado que, ni en Aristóteles ni en Aquino aparece la idea de norma —como enunciado prescriptivo de una acción deónticamente caracterizada—, tal como es analizada por los lógicos actuales: *In Thomas Aquinas the moral «oughts» are principally understood as constituents of the perfect human life; as far as ethics is a science, «oughts» are described as virtual dispositions, not as norms*, de suerte que para el hombre virtuoso, que no tiene alternativas por las que optar, dado que la «razón práctica» no deja alternativa abierta a lo que la razón dispone, *the «oughts» of the practical reasons cannot be norms to him* (Knuutila, 1981). Los filósofos actuales de orientación neo-tomista han sido, en general, impermeables a las contribuciones de las lógicas normativas modernas, dado que consideran el derecho como una *res iusta*, y no como normas. Las operaciones con esas cosas justas dependen de hábitos como la *syndéresis* o de la *prudencia*, entidades metafísicas o éticas de naturaleza práctica no sujetas a cánones lógico-formales. Cabe señalar, al respecto, y como ejemplo, las opiniones de filósofos del derecho de inspiración neo-escolástica, como M. Villey o J. Kalinowski (cf. del primero, Villey, 1978, y del segundo, Kalinowski, 1969, 1982).

Otra línea que ha mantenido una actitud sumamente reticente, cuando no abiertamente crítica en lo que hace a una relación útil entre el derecho y la lógica, es la inspirada en la tópica y en la retórica. Fuera de Viehweg, Ch. Perelman es el más conocido sostenedor de que el pensamiento jurídico se desarrolla por los cauces de una argumentación retórica, y no de acuerdo a principios lógico-deductivos. Estos desarrollos, por cierto, han permitido investigar, con mucha mayor finura, los modos retóricos de argumentar, su clasificación y sus condicionamientos sociales y lingüísticos, temas que la filosofía del len-

guaje y del derecho habían desdeñado quizá infructuosamente. No interesa aquí entrar en las polémicas que el grupo de Bruselas mantuvo vivas en las dos décadas pasadas. Me interesa destacar solamente que, como es frecuente, las tesis propugnadas por los partidarios de la *nouvelle rhétorique* van más allá de lo probado. Sea cuales fueren las modalidades de la argumentación jurídica efectiva —tema, cabe señalar ajeno a los intereses puramente lógicos—, parece claro que aún una argumentación convincente tiene que ser lógicamente coherente, sin que esa coherencia lógica quede garantizada por las formas retóricas admitidas y efectivamente empleadas. Las discusiones de 1969, del coloquio de Bruselas sobre *le raisonnement juridique et la logique déontique* (Logique et Analyse, 49-50, 1970) son ilustrativas al respecto, así como las del coloquio de Roma de 1983. El pensamiento de Ch. Perelman, caba apuntar, ha tenido alguna influencia entre iusfilósofos más recientes que, de alguna manera, aspiran a una síntesis entre el rigor lógico de un von Wright y el irracionalismo hermenéutico a la moda. Cito entre ellos, muy especialmente, a R. Alexy, a A. Aarnio y, con algunas reservas, a N. MacCormick (Cf. Alexy, 1978, Aarnio, 1977 y 1983; MacCormick, 1978, entre otros).

Tendría que decir aún algunas palabras sobre la cuestión de las relaciones entre derecho y lógica entre los iusfilósofos marxistas y entre los partidarios de la *théorie critique du droit*. Pero lo cierto es que, entre esos autores, no contamos con desarrollos originales interesantes. Opalek, en Polonia, Cerroni, en Italia —para mencionar a iusfilósofos bien conocidos— han propuesto reinterpretaciones marxistas parciales de la teoría general del derecho, recurriendo en algunos casos al instrumental de la lógica formal; pero así como no existe, en rigor, una teoría general del derecho marxista, tampoco se han desarrollado efectivamente lógicas jurídicas de inspiración dialéctica. Entre los cultores de la *théorie critique*, como Mialle, tampoco aparecen contribuciones lógicas novedosas, pese a la tirria que los de la *théorie critique* abrigan contra toda sospecha de una teoría formal o de una desviación formalizante. Algo semejante sucede, cabe sostener, por ahora, con las teorías que aspiran a un análisis en profundidad del discurso jurídico, echando mano de recursos psicoanalíticos lacanianos u otros, o inspirándose en Foucault o Legendre; todos ellos guardan una actitud recelosa con respecto de las lógicas formales normativas que se han desarrollado en las últimas décadas, pero, que yo sepa, no han conseguido desvirtuar su importancia teórica y —como veremos— su aplicación efectiva en los procesos jurídicos decisorios (cf. inter alia, Ost-Lenoble, 1980; en especial, págs. 169 y sigs.: *Approche a la mythologie juridique* y los capítulos dedicados a la racionalidad jurídica como racionalidad lógica). Estas tendencias se mueven en un nivel teórico poco estricto cuyo cotejo con teorías lógicas formalizadas es, en rigor, imposible.

Si, por consiguiente, intentamos ponernos frente a la situación actual, en lo que hace a la polémica relación entre el derecho y la lógica, entiendo que interesa ahora presentar sucintamente los puntos alrededor de los cuales efectivamente gira la discusión.

El primero es el referente al valor de verdad de las normas y de los enunciados normativos. La lógica (i.e.: las lógicas) tienen mucho que ver con la verdad y su carácter hereditario. Si de cierto objeto (por ejemplo: enunciados) predicamos su verdad, toda lógica válida garantiza que también disfrutarán de esa propiedad característica los objetos (enunciados) que obtengamos mediante las operaciones admitidas. De ahí que, por lo común, se defina la lógica, por ejemplo, como la formalización sistemática y la catalogación de los métodos válidos de razonar, esto es, de producir conclusiones verdaderas a partir de enunciados de base también verdaderos (Mendelson, 1979). La lógica tiene la importante función de establecer qué se sigue de qué y, entre otras cosas, se utilizan sus reglas «para organizar el conocimiento científico y como instrumento de razonamiento y de argumentación en la vida cotidiana» (Kleene, 1967). Los procedimientos mediante los cuales se transmite la propiedad característica «verdad» (u otra) a las consecuencias, son inferencias lógicamente válidas. La lógica (las lógicas), así, suministran cálculos inferenciales que resguardan la verdad de las premisas en las conclusiones (relación que no se mantiene con respecto de la falsedad).

Por cierto que las lógicas contemporáneas han sistematizado y catalogado múltiples modalidades de inferencias, válidas bajo ciertos presupuestos y para ciertos dominios. La propiedad característica «verdad» ha sido definida de variadas maneras. En rigor, la lógica es ajena al problema de esa definición. Le basta asumir, por ejemplo, en la lógica clásica bivalente, que ningún enunciado es verdadero y falso, y que ningún enunciado no es ni verdadero ni falso (estos presupuestos se alteran si pasamos a lógicas polivalentes). La propiedad característica se predica, en las interpretaciones tradicionales, de expresiones lingüísticas o de las proposiciones que ellas expresan. No interesa, para un cálculo lógico formal, los criterios de verdad material de los enunciados o proposiciones ni, por consiguiente, los rasgos referenciales de esos objetos.

Ahora bien: si postulamos una lógica normativa, ¿satisfacen las normas esas exigencias? ¿Cabe predicar «verdad» o «falsedad» de las normas? ¿O el jurista, cuando razona lógicamente, recurre a otra propiedad característica, diferente de la verdad, pero con valor hereditario con respecto de las inferencias válidas? Es bien sabido que, desde Aristóteles, se admite que no toda expresión lingüística, gramaticalmente bien formada en un lenguaje natural, tolera ser calificado de verdadera o falsa: así las expresiones interrogativas o las imperativas. Una forma gramatical canónica de expresar las normas en los lenguajes indoeuropeos aparece en las oraciones imperativas [y su familia ilocucionarias (amenazas, ruegos, plegarias, órdenes, etc.)]. La ciencia del derecho, desde siempre y por razones que ahora no corresponda ahondar, ha pensado las normas como expresiones imperativas. Por ende,

las normas sólo podrían intervenir en un cálculo lógico de admitir ser vistas como verdaderas o falsas. Tradicionalmente se entiende que los imperativos no los son; por ende, no tendría sentido hablar de una lógica de normas, toda vez que éstas no satisfacen los presupuestos de un cálculo veritativo. Por el otro lado, una vieja tradición de la ética, seguramente de origen religioso, predica usualmente de normas, tales como los preceptos de un código moral dictado por alguna divinidad, el ser verdaderas, por ser tales mandamientos (i.e.: normas), la expresión de una voluntad absolutamente buena. Para tales orientaciones metafísicas suena casi a blasfemia que no se reconozcan como verdaderos los preceptos absolutamente buenos promulgados por la divinidad. Así, en la tradición iusnaturalista y en las éticas objetivistas intuicionistas, las normas son enunciados o proposiciones verdaderas. Semejante concepción corresponde, dicen, a formas de pensar corrientes. Kalinowski, por ejemplo, adhiere a esta tesis, reiterando conocidos argumentos escolásticos (Kalinowski, 1967): Hay normas positivas que son deducidas del derecho natural y éste, a su vez, no podría dejar de ser verdadero en cuanto corresponde a la *lex aeterna* en que Dios habría establecido su plan cósmico. Si bien el hombre sólo tiene acceso limitado al conocimiento de la *lex aeterna*, que requeriría de un entendimiento infinito, de la verdad de los enunciados del derecho natural tendríamos evidencia analítica (i.e.: intuitiva *a priori*). Las normas positivas, a su vez, serían verdaderas en cuanto deducibles del derecho natural o por ser especificaciones del mismo. En todo caso, los procedimientos lógicos serían admisibles, pues se trata de mantener la propiedad característica en cuestión a través de una inferencia. Esta tesis se sustenta en la creencia en valores con existencia real objetiva y se trataría de una verdad por correspondencia: las normas del derecho natural son verdaderas por corresponder al valor moral objetivo. Cuando las normas son verdaderas así, por corresponder al hecho axiológico, son también —sostiene Kalinowski, «válidas». Es claro que parejas tesis se fundan en presupuestos metafísicos y en creencias religiosas que no interesan al lógico y que difícilmente obliguen al jurista. Pueden ser, por tanto, cuestionadas o desdeñadas (Vernengo, 1965b).

Semejante tesis —la verdad de las normas jurídicas por correspondencia con un objeto valioso— es rechazado enérgicamente por otros importantes autores. Kelsen y Ross, por ejemplo, consideran que las normas (como imperativos, como sentidos de actos de voluntad, como momentos de la motivación psicológica del juez, etc.) carecen de valor veritativo. Esta tesis, que generalmente va acompañada por diversas formas de escepticismo o relativismo axiológico o ético, es la actualmente sustentada por G. von Wright: las normas, en su interpretación prescriptiva, «no expresan proposiciones verdaderas o falsas. Carece de sentido hablar de relaciones de contradicción o de implicación entre fórmulas así interpretadas; los escépticos positivistas que, como Alf Ross, dudaban de la posibilidad de una lógica deóntica, estaban en lo cierto en un sentido importante, cuando mantenían que las normas no tienen lógica y que el discurso normativo es alógico» (von Wright, 1982, pág. 132).

5

Pero, ante el hecho notorio de que juristas y moralistas —y aún el hombre común— manejan argumentos racionales en su discurso político y moral, la filosofía ha desarrollado de tesis destinadas a salvar, de alguna manera, esa postulada racionalidad del pensamiento normativo y, por ende, alguna lógica propia del derecho. Una manera consiste en redefinir la propiedad característica hereditaria que se manejaría a través del cálculo lógico. La propiedad favorita invocada en este respecto, es la de validez (*Geltung*) atribuída a las normas jurídicas. Por cierto que esta propiedad dista de ser teóricamente transparente: juristas y filósofos no se ponen de acuerdo sobre cuáles sean sus criterios de aplicación (¿la eficacia social de una norma es suficiente para considerarla válida? ¿De que objeto predicamos validez?). Hay filósofos del derecho, como Wróblewski, que hablan de tres o más formas de la validez: validez normativa, validez fáctica, validez axiológica, cuyos criterios de aplicación y verificación ciertamente difieren. En Kelsen, la validez de una norma alude a la circunstancia verificable de la pertenencia de la norma a un conjunto normativo; otras veces, la validez representa una fuerza obligatoria no empírica. Ross, por su parte, ha tachado de acientífico el recurso a este oscuro y ambiguo concepto de validez. Sin embargo, algunos lógicos, como O. Weinberger pretenden rescatar una lógica normativa interpretando, como característica hereditaria con respecto de la deducción, justamente la validez de las normas jurídicas (Weinberger, 1981). Tesis semejantes son frecuentes en otros autores (Kalinowski, *loc. cit.*). Kelsen por su parte, y con razón, dedicó páginas polémicas de su *Allgemeine Theorie* (Kelsen, 1979, §§ 44-55) a señalar que la verdad de un enunciado y la validez de una norma no son equiparables. La validez de una norma (en sentido descriptivo) es su existencia como miembro de un sistema; carece de sentido, pues, hablar de una norma inválida, i.e.: inexistente. La verdad, en cambio, es una propiedad contingente de un enunciado, pues éste puede carecer de tal propiedad, es decir, ser no verdadero, sin por ello dejar de existir como enunciado lingüístico o como proposición ideal.

Pareciera que la validez, en sentido descriptivo, sí fuera hereditaria con respecto de la deducción, pues si una norma N es válida, también integran el sistema el conjunto $(Cn N)$ de sus consecuencias. No pareciera serlo si la validez depende de la existencia efectiva de un acto (volitivo) de promulgación, pues es empíricamente falso que el acto de estatuir concretamente una norma permita sostener la existencia de actos reales de promulgación de cualquiera de sus consecuencias deductibles, que son infinitas. Además, como ha señalado Bulygin (Bulygin, 1985): «Aunque Weinberger no da una definición explícita de “sistema normativo”, probablemente tiene presente un concepto tarskiano de sistema, como un conjunto de enunciados que incluye a todas sus consecuencias. Esto significa que la noción de sistema ya presupone un conjunto de reglas de inferencia (que definen la noción

de consecuencia). Afirmar entonces que las reglas de inferencia preservan la propiedad de ser válida (una norma) (i.e.: la propiedad de ser miembro del sistema) es vacuo, dado que ello es analítico con respecto de las nociones de sistema y de validez. Nada similar sucede en relación con la verdad: decir que las reglas de inferencia preservan la verdad está lejos de ser analítico, puesto que la verdad es definida independientemente de la noción de sistema.» Por consiguiente, concluye Bulygin, «aquí también se rompe la analogía entre proposiciones y normas».

6

Otro es el argumento de von Wright y otros lógicos para salvar, de alguna manera, la racionalidad del discurso prescriptivo y algo así como una lógica normativa. Ya Kelsen había destacado que correspondía distinguir, aunque su forma externa lingüística fuera idéntica, entre las *Rechtsnormen* que producen los órganos creadores de derecho, destinadas a regular conductas conforme a la voluntad del emisor, y las *Rechtssätze* con las que el jurista teórico pretende describir las normas positivas. *Rechtsnormen* y *Rechtssätze* son, para Kelsen, *Sollsätze*, proposiciones deónticamente caracterizadas (Kelsen, 1960, § 16). Se trata de una tesis kelseniana que ha sido variadamente interpretada y calificada de oscura.

Von Wright, luego de recurrir a diversas variantes que aquí no corresponde reseñar (cf. Alchourrón, 1981), adopta la tesis de que los enunciados prescriptivos admiten una doble interpretación: «Las formulaciones de normas tienen una ambigüedad característica: una y la misma forma lingüística puede ser utilizada sea prescriptivamente, para enunciar una norma o una regla de conducta, sea descriptivamente para declarar que hay (existe) tal o cual norma o regla.» «En consecuencia, distingo entre una interpretación prescriptiva y una interpretación descriptiva también de los modelos formalizados de formulaciones normativas construidas mediante los operadores deónticos *O* y *P*, más las constantes y variables pertenecientes a una lógica de la acción, a una lógica del cambio y a una lógica proposicional. Mi opinión era entonces que la lógica deóntica era una lógica de formulaciones normativas formalizadas interpretadas descriptivamente.» Ello hacía trivial la aplicación de conectivos veritativo-funcionales y de nociones meta-lógicas como las de implicación, consistencia y contradicción.» «Pero en toda esta empresa algo permanecía problemático.» «Pues como decía en *Norm and Action* (1963), la lógica deóntica es, sí, una lógica de expresiones interpretadas descriptivamente. Pero las leyes (principios, reglas) propias de esta lógica, conciernen a las propiedades lógicas de las normas mismas, propiedades que luego se ven reflejadas en las propiedades lógicas de las proposiciones normativas... Para alcanzar mayor propiedad en estos asuntos es necesario hacer una separación más tajante entre la interpretación descriptiva y la prescrip-

tiva de fórmulas deónticas, que la efectuada en *Norm and Action*. En una interpretación descriptiva, expresan proposiciones que dicen que tales o cuales normas existen. Estas proposiciones son verdaderas o falsas y obedecen las leyes de la lógica "ordinaria". Si, además, obedecen a principios especiales de carácter lógicamente necesario, ello tiene que deberse a peculiaridades conceptuales conectadas con la noción de "existencia" de una norma. No necesitamos poner en duda la existencia de esas peculiaridades... En una interpretación prescriptiva, las fórmulas deónticas, tienen un "sentido prescriptivo" y no expresan proposiciones verdaderas o falsas» (von Wright, 1982, págs. 131-132).

Empero, aunque acepte la tesis de Ross sobre el carácter alógico del discurso normativo, von Wright —en este ensayo de 1982 en que afirma «haber terminado mi travesía por el desierto de la lógica deóntica» (*ibidem*, pág. IX)—, aspirando a rescatar una cierta racionalidad en el discurso prescriptivo, postula la existencia de ciertos «principios de legislación (*norm-giving*) racional». Si se parte de la «útil ficción» de una voluntad racional creadora de normas, «sobre la base de ese criterio uno puede determinar el significado analógico de contradicción e implicación también para las normas, aunque las normas no tengan valor de verdad» (*ibidem*, pág. 149). Esta conclusión de von Wright, que puede verse como un «ideal lógicamente posible», recuerda enormemente la conclusión a que arribara Kelsen en 1960, al escribir en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* que «los principios lógicos pueden ser aplicados a normas jurídicas, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, en cuanto son aplicables a las proposiciones jurídicas que describen a esas normas» (Kelsen, 1960, § 16). Seguramente en Kelsen, *Rechtsnormen* y *Rechtssätze* difieren ontológicamente, por ser objetos ideales (sentidos) dependientes de diversos actos; las primeras expresan el sentido de actos volitivos, las segundas, de actos cognoscitivos. Se trata, pues, de dos entes (ideales) diferentes, aunque análogos en lo que hace a la aplicación de los principios lógicos. En von Wright, la misma expresión lingüística, la misma *norm-formulation*, admite dos interpretaciones divergentes, la descriptiva y la prescriptiva. La diferencia es, pues, pragmática, no ontológica: se trata del uso diferente de un mismo objeto verbal en dos contextos ilocucionarios diferentes.

7

Estas dos tesis llevan a nuevos problemas. Si las normas tienen valor de verdad, inclusive para una concepción de la verdad como correspondencia, y son aptas para su manejo lógico; y, si por otra parte, los enunciados teóricos descriptivos de la ciencia jurídica también son verdaderos o falsos y lógicamente controlables por la «lógica ordinaria», uno se pregunta ¿cuáles podrían ser los criterios de contrastación de estas segundas proposiciones? Si, como cree Kalinowski, sólo las normas «verdaderas» son válidas, y si incumbe a la ciencia jurídica, en su

discurso, describir (clasificar, explicar, sistematizar, etc.) a aquellas normas válidas, ¿cuándo encontraríamos una proposición jurídica falsa? La ciencia jurídica resultante sería, por decir así, una ciencia conformista e infalible, incapaz de incurrir en error, pues carece de sentido pretender formular proposiciones descriptivas de objetos (normas) no verdaderas, i.e.: inválidas o inexistentes. Tendríamos un conocimiento jurídico de las normas jurídicas válidas y verdaderas, y quizá, como una actividad literaria semejante a la ficción, un discurso jurídico que habla de cosas que no existen y no son jurídicas, como las normas falsas o inválidas.

La ciencia jurídica que articula lógicamente enunciados normativos con pretensión descriptiva de las prescripciones que el mismo enunciado formula, tendría que cuidar de poner en claro quién (qué sujeto) formula el enunciado descriptivo y en qué contexto de uso, pues depende de esas circunstancias el que pueda ser interpretado de ese modo.

Por lo que sé, los problemas epistemológicos de una ciencia jurídica que se atuviera a la tesis veritativo-funcional de un Kalinowski no han sido mayormente investigados. Los neo-escolásticos, por lo común, se interesan poco o nada por el status epistemológico de la ciencia (teórica) dogmática del derecho que, claro, no fue prevista por los autores del siglo XIII, y no coincide con la idea de un conocimiento práctico (i.e.: decisiones) que para esos autores sería excluyente de un conocimiento teórico (científico) del derecho. Jurista como Kelsen y filósofos como von Wright, aunque reconozcan los elementos decisivos prácticos en la constitución efectiva de un orden jurídico, admiten o reconocen la existencia o posibilidad de un conocimiento teórico del derecho. De ahí que neo-escolásticos como Kalinowski se muestren muy críticos de la distinción entre una interpretación descriptiva y otra, prescriptiva, del lenguaje deóntico, o de la distinción entre *Rechtsnormen* y *Rechtssätze* que propugnó Kelsen (cf. Kalinowski, 1982, inter alia).

Si admitimos, en cambio, un discurso teórico frente al derecho, se hace importante investigar cuál sea la estructura lógica del discurso de la ciencia del derecho, discurso que contiene ingredientes normativos. Y también establecer cuál sea la relación entre las estructuras lógicas de la ciencia del derecho y las estructuras lógicas análogas del derecho mismo. El punto ha sido tratado por diversos autores (Kalinowski, Gardies, Reisinger, Alchourrón), que, en general, parten de las tesis del último de los mencionados (Cf. Kalinowski, 1978, 1982; Gardies, 1985; Reisinger, 1979; Alchourrón, 1969). Resulta, por cierto, que los operadores lógicos deónticos tienen que ser definidos diferentemente cuando sus argumentos son normas y cuando sus argumentos son proposiciones normativas. Así Pp (que usualmente se lee «permitido p »), a nivel normativo significa que no es debido omitir p o que p no está prohibido ($Pp = NONp = NVp$); a nivel de proposiciones normativas descriptivas, Pp podría entenderse como la afirmación de que no existe norma que obligue o prohíba p . Pero si Pp es entendida como la afirmación de la existencia de una norma que au-

toriza a p , es claro que ella no equivale a NVp , pues bien puede darse que existan, en un sistema jurídico positivo, una norma que autorice a realizar p y otra norma que lo prohíba.

Alchourrón señala que teormas válidos en la lógica de normas, como $APpPNp$, no son válidos en la lógica de las proposiciones normativas (loc. cit. pág. 256). Ahora bien, bajo el «supuesto de completitud y consistencia» del sistema normativo —algo así como el ideal racional en von Wright—, las diferencias entre las dos lógicas propuestas se desvanecen: «ambos cálculos son isomórficos bajo los dos presupuestos que... frecuentemente son tácitamente aceptados. (A saber), que nos referimos a un conjunto completo y consistente de normas» *ibidem*, págs. 264 y sigs.). Esta interesantísima conclusión quizá sirva para aclarar las oscuras referencias a una aplicación indirecta de la lógica a las normas, que propone Kelsen, o su aplicación analógica en von Wright.

8

Sea como fuere —lógica de normas o lógica de proposiciones normativas— lo que interese investigar al tratar de las relaciones entre derecho y lógica es que el aceptar que el derecho tenga una lógica (sea a nivel 0 o en el lenguaje descriptivo de nivel 1), no garantiza aún una satisfactoria racionalidad del discurso jurídico. Pues así como la lógica «ordinaria» se enfrenta con el problema de las paradojas clásicas, también las lógicas deónticas suscitan diversas paradojas. La que ha recibido seguramente mayor atención es la paradoja de Ross, según la cual la obligación de un acto cualquiera implica la obligación de hacerlo o la obligación de cumplir cualquier otro ($COpAOpOq$). Obviamente se trata de la versión deóntica de la trivial tautología proposicional $CpApq$, pero su lectura en términos prescriptivos como la sugerida por el propio Ross: la obligación de poner una carta en el correo, ¿implica que uno esté obligado a hacerlo o a quemarla?, parece altamente contraintuitiva. Igual incomodidad provoca la paradoja del buen samaritano, que ocupara a Prior, o las relativas a las obligaciones condicionales. Alguna de esas paradojas, como la relativa a la norma auto-referente constitucional, que también Ross formulara (Ross, 1967) y la que recientemente Castañeda bautizara de paradoja más profunda de la lógica deóntica (Castañeda, 1986), inventada por J. Forrester en 1982, ponen en cuestión aspectos muy profundos de la racionalidad de un posible conocimiento jurídico o moral.

Por lo general, esas paradojas de la lógica deóntica han sido analizadas en el plano de diversas interpretaciones semánticas posibles. Como señala von Wright (1982), la aparición de paradoja, en el caso de Ross, proviene de la «confusión entre decir algo que es trivialmente verdadero y no muy paradójico, y decir algo que, de hecho, no es verdadero».

Las tradicionales paradojas de la implicación material —una de las

cuales ejemplifica la paradoja de Ross—, a saber, las que permiten la ampliación conjuntiva del antecedente (i.e.: $CCpqCKprq$) y la aplicación disyuntiva del consecuente ($CCpqCpAqr$) que, por *modus ponens*, permiten inferir consecuencias contraintruitivas en el discurso normativo, han llevado recientemente a un análisis más fino de la noción de sistema normativo, y de las consecuencias lógicas de los cambios introducidos en su coposición, de gran poder explicativo (cf. Alchourrón-Makinson, 1981).

[Para el tema de las paradojas deónticas, que aquí solamente pueden ser mencionadas, remito al análisis de los textos indicados, y además a Føllesdal & Hilpinen (1971), cap. VIII, J. Hintikka (1970) y Stenius (1982), así como a las bibliografías de di Bernardo, Conte, von Wright, Lenk, etc.]

9

El problema de las paradojas nos lleva a los dos últimos temas que quisiera tocar en estas páginas: el de las interpretaciones semánticas de enunciados normativos y sus consecuencias lógicas y el de las posibilidades de aplicación de las lógicas normativas en el campo teórico y práctico del derecho.

Las lógicas deónticas disponibles interesan básicamente al jurista práctico o teórico en cuanto admiten alguna interpretación semántica intuitivamente correspondiente a los modos de pensar corrientes en la doctrina jurídica actual. Ciertamente es posible construir sistemas lógicos deónticos en nivel puramente sintáctico, como sistemas formales: así los sistemas plurivalentes propuestos por J. Kalinowski en 1953 (Kalinowski, 1953), que son simples extensiones al terreno de los enunciados deónticos de cálculos trivalentes desarrollados anteriormente por Zukasiewicz (Sánchez García, 1983). Pero, por lo común, las lógicas deónticas que se han construido y que interesan al jurista, presuponen, expresa o implícitamente alguna interpretación semántica y ciertos presupuestos ontológicos. El sistema clásico de von Wright (von Wright, 1951) supone que las características deónticas se predicen de acciones; posteriormente, modalizan proposiciones o cambios temporales.

La cuestión fundamental es cómo entender la referencia semántica, de existir, de los enunciados normativos. Puesto que sólo si las normas tienen referencia cabe preguntarse en su respecto si son verdaderas o falsas en sentido material, si pueden corresponder a ciertos datos extralingüísticos y si son susceptibles de contrastación empírica. Una primera cuestión que se plantea gira alrededor de cómo se entienda el funcionamiento de los operadores deónticos. Pues es tesis propuesta por un filósofo como Quine —y generalmente aceptada— que los operadores modales aléticos afectan las posibilidades referenciales de los enunciados. El enunciado modalizado se torna, para decirlo con Qui-

ne, referencialmente opaco, en tanto impide a la sustitución de idénticos, la cuantificación interna del enunciado e inferencias por generalización existencial (Rodríguez Marín, 1976; Vernengo, 1971, § VII). Sea ello como fuere y poniendo de lado las consecuencias lógicas dispares que derivan de las diversas soluciones aceptadas, creo que puede sostenerse que el jurista ingenuamente entiende por la referencia o significado de una norma el estado de cosas designado por la proposición alética imbricada. Es decir, la referencia de Op es el significado de p : esta tesis, que se remonta a Husserl, ha sido propuesta por Kelsen, al referirse al sustrato modalmente neutro de las normas (Kelsen, 1979), tema que ha suscitado ya una literatura exegética (Vernengo, 1985; Opalek, 1980). Pero, a su vez, el contenido del enunciado declarativo contenido en la norma ha servido para otorgar una cierta interpretación a los operadores deónticos: se trata de las tentativas de reducir los enunciados deónticos a proposiciones aléticas. La norma Op puede ser interpretada como $LCNps$: que p sea obligatorio significa que si se da $\text{no-}p$ (la negación del hecho p), necesariamente se sigue otro hecho como una sanción (s) (Anderson, 1959; Schmill, 1976).

Pero el problema se hace más agudo tan pronto se atiende a la circunstancia de que las normas que habitualmente interesan al jurista son normas condicionales. Los problemas derivados de la interpretación semántica de los enunciados condicionales —las formas paradójicas del condicional material—, donde se considera verdadero al enunciado condicional vacuo, hace que la interpretación de las normas condicionales no reciba en la literatura ni siquiera una interpretación uniforme. La norma jurídica que, para el Kelsen clásico, se daba como una proposición hipotética, de forma Cpq , admite diversas modalizaciones, v.gr.: $OCpq$, $CpOq$, entre otras. Pero uno u otra llevan a consecuencias diferentes y obligan a postular soluciones aún más complejas, como las que se presentan en la interpretación de los condicionales contrafácticos (Nüniluoto, 1936).

Creo correcto señalar que la lógica deóntica se encuentra hoy en la encrucijada de optar entre diversas fundamentaciones semánticas y fundamentaciones de tipo pragmático, una vez exploradas múltiples variantes formales. Desde los trabajos de S. Kripke y de J. Hintikka, en la década del 60, las interpretaciones de los cálculos deónticos se han centrado en la construcción de modelos adecuados para dar validez intuitiva a nociones tales como la de tautologías normativas, consistencia (sistemática) entre normas y, aún, la de conceptos que forman parte de la teoría del derecho, como el de obligación. Las denominadas semánticas de mundos posibles —donde se distinguen mundos posibles en alguna relación de accesibilidad y un mundo posible ideal frente a un mundo actual— han permitido construir semánticas para la interpretación de la lógica deóntica. Se trata de elaborar modelos conceptuales que permitan establecer una relación intuitivamente satisfactoria entre los conjuntos de fórmulas de una lógica deóntica (formal) y conjuntos de estructuras que las representen adecuadamente. Esto es, para convalidar semánticamente los sistemas formales deónticos construidos, se requiere, no sólo de una interpretación bajo la cual al-

guna fórmula aparezca como verdadera —como resulta, sintácticamente, del axioma de extensionalidad en los sistemas clásicos M de von Wright y F de Feys, o con las proclamas sobre la verdad normativa de los intuicionistas éticos y los neo-escolásticos—, sino que permita establecer cuáles formulaciones deónticas son verdaderas (i.e.: válidas lógicamente) bajo toda interpretación (i.e.: en todo mundo posible).

Hintikka propone un conjunto modelo en que se expresa una función binaria entre un enunciado deóntico y los elementos de un conjunto de mundos posibles. La función asigna a cada conjunto modelo un valor de verdad: una fórmula así interpretada es válida cuando es verdadera en todos los mundos posibles que son alternativas deónticas. Estas representan mundos ideales en que toda obligación es satisfecha —«mundos deónticamente perfectos»—; los estados de cosas dados en esos mundos perfectos valen también, como deónticamente posibles (permitidos) en el mundo real (Hintikka, 1969; Føllesdal/Hilpinen, 1971). Los modelos semánticos inspirados en Kripke (1963), como el desarrollado por Hanson (1965), propone una estructura más compleja; el modelo exige construir una estructura triple ordenada en que, junto al conjunto de mundos posibles y el mundo actual, figure una relación binaria de accesibilidad (relación que no puede ser reflexiva sin desvirtuar supuestos intuitivos básicos de todo pensamiento normativo).

[Las semánticas elaboradas para las lógicas deónticas pueden examinarse en Rodríguez Jurado, 1976, así como en las antologías especializadas (Conte, 1962; von Wright, 1968; Hilpinen, 1971; Di Bernardo, 1977). Cf. también, Schotch/Jennings, 1981, «Non-kripkean deontic logic» en Hilpinen, 1981.]

10

Tanto el problema de las paradojas deónticas, como las dificultades en lograr un cálculo deóntico intuitivamente transparente llevó a varios filósofos a buscar modelos inspirados en la teoría de juegos o en la teoría de la decisión, que no constituyen construcciones puramente formales. Por otra parte, la pretensión de los juristas de mantener el análisis teórico a nivel de un lenguaje natural, llevó a investigar otras alternativas relacionadas con la filosofía del lenguaje. Estos desarrollos son recientes y están en el centro de la discusiones actuales (Kalinowski, 1979).

Mencionaré la propuesta de C. Alchourrón y E. Bulygin (Alchourrón/Bulygin, 1979, 1981), en un nuevo enfoque de los problemas relativos a la posibilidad misma de una lógica normativa y al de la relación de las normas con la verdad, de distinguir dos concepciones divergentes sobre la naturaleza de las normas. Creen estos autores que muchas de las dificultades en la interpretación semántica y en el cálculo lógico de normas proviene de concepciones generalmente tácitas sobre qué entender por norma. Para una concepción hylética, las nor-

mas son, desde un punto de vista ontológico, sentidos ideales, entidades del tipo de las proposiciones que invocan los lógicos. Estas entidades pueden recibir expresión lingüística, pero su existencia no depende de ese aspecto fenoménico. La norma, como objeto ideal, es el resultado de una operación lógica de modalización efectuada sobre entidades conceptuales, como ser proposiciones declarativas.

Para la concepción expresiva, en cambio, las normas aparecen en un nivel pragmático, en un cierto uso (prescriptivo) del lenguaje. Esta concepción se refleja en las teorías clásicas que ven en las normas, órdenes o imperativos. En este respecto, las normas no son significados ideales, sino actos que se integran, generalmente, con un ingrediente lingüístico, la orden verbal o el precepto escrito. Es el uso de esas expresiones, en forma prescriptiva, lo que constituye una norma. Kelsen o Ross serían pensadores que comparten una concepción expresiva de las normas, junto a clásicos como Bentham y Austin. La concepción hylética, que aparece en los autores influidos por Husserl, se daría, por ejemplo, entre los contemporáneos Kalinowski y Weinberger. Para quien ve en las normas entes ideales conceptuales, es admisible una lógica deóntica cuyos argumentos sean normas, junto a la lógica que utilice el discurso científico sobre esas normas. Por consiguiente, las normas tienen algún valor de verdad (o cosa análogas) y admiten operaciones lógicas sobre normas. Las normas, para esta concepción, son susceptibles de un cálculo deductivo. La concepción expresiva, en cambio, rechaza que las normas, en cuanto resultantes de actos lingüísticos específicos, tengan valor veritativo; por consiguiente, no tiene sentido negar una norma o sujetarla a una operación lógica. No hay lógica de normas, aunque sí la habría del discurso descriptivo (de normas) de la ciencia jurídica. Sin lógica, entre las normas no cabrían procedimientos deductivos. Esta concepción, sin embargo, lleva a dificultades para entender las permisiones, puesto que es difícil pensar un permiso como una orden o un imperativo. Por el otro lado, temas oscuros en la teoría del derecho, como el de la derogación de normas (que hyléticamente sería equiparable a una negación lógica), pueden ser explicados mucho más satisfactoriamente.

En polémica con O. Weinberger (Weinberger, 1983), Alchourrón y Bulygin han puesto a punto la situación actual, en un trabajo cuyo título es revelador: *Pragmatic foundations for a logic of norms* (Alchourrón/Bulygin, 1984). Corresponde distinguir entre *a*) enunciados deónticos, que son oraciones descriptivas; declaran que cierta acción es obligatoria, prohibida o permitida en un sistema normativo. Constituyen enunciados metalingüísticos con respecto de *b*) los enunciados de normas (*Normsätze*) que expresan normas carentes de valor veritativo. Son oraciones prescriptivas. En el análisis de los enunciados *b*) —i.e.: normas— cabe distinguir el componente descriptivo de una acción o estado de cosas, más el componente prescriptivo, el operador normativo utilizado. Es con respecto a este último elemento que aparecen las discrepancias teóricas: ciertos filósofos atribuirían a los operadores normativos capacidad semántica, en cuanto contribuyen al significado semántico de las normas. Una norma sería el significado se-

mántico de una oración normativa, «en forma muy similar a cómo una proposición puede decirse que sea el significado de una oración descriptiva» (*ibidem*, pág. 454). En la concepción expresiva, los operadores deónticos, cuya interpretación semántica es problemática, son meros indicadores de funciones pragmáticas cumplidas por quien utilice el enunciado para prescribir. Las normas, desde este punto de vista, no admiten negación lógica ni combinación mediante operadores extensionales: «En sentido estricto, las relaciones entre normas no son lógicas» (*ibidem*, pág. 463). Por consiguiente, no existe inconsistencia, como pura incompatibilidad lógica entre las normas. Sólo diríamos que la autoridad que ordenara normas incompatibles (como ordenar P y no- P), sería «una autoridad irracional». La conclusión —donde reaparecen ideas del último Kelsen y del último von Wright— es: «Por tanto, las reglas referentes a normas no pueden ser llamadas lógicas, sino en un sentido extensivo: Esas reglas definen el concepto de legislador racional. La lógica de las normas demuestra ser la lógica de una legislación racional» (*ibidem*, pág. 463).

11

¿Qué es una legislación racional? ¿Quién es un legislador racional? ¿Con qué lógica juzgaríamos la incompatibilidad de las órdenes de esa temible autoridad?

La ciencia del derecho actual, erigida conforme al paradigma positivista, no tiene inconveniente en describir (clasificar, explicar, sistematizar) los productos de la actividad de cualquier legislador, racional o irracional. Sin embargo, a esa ciencia del derecho le es difícil construir su objeto teórico como una mera rapsodia de las órdenes incoherentes de algún legislador demente. La ciencia del derecho, como toda ciencia, se atiende a cánones de coherencia y compatibilidad lógica. Las conclusiones aparentemente escépticas de la concepción expresiva de las normas —la negación de una lógica de normas— quizá no sean tan graves: toda ciencia jurídica, aunque tenga que hacer frente a un conjunto aparentemente incoherente de órdenes absurdas, tratará de eliminar las incoherencias y construir, en lo posible, un sistema (quizá parcial) de normas consistentes. Para ello tendrá que aplicar operaciones de contracción, del conjunto normativo y tendrá que analizar sus efectos lógicos (Alchourrón/Makinson, 1981; Alchourrón/Makinson, 1982-1985). En otros términos, la información que la ciencia del derecho actual elabore —la ciencia normal conforme al paradigma positivista vigente— tenderá a evitar la incoherencia y a compatibilizar las normas que comprende. Sea cual fuere la función social que de ese modo cumpla la ciencia del derecho (Bobbio, 1975; Aarnio, 1983; Ferraz, 1980), lo cierto es que es esa información elaborada lógicamente la que utilizan los operadores jurídicos. ¿Qué función juega, pues, la lógica en el derecho?

Para una línea de pensamiento —que comprende escritores de tendencias muy dispares—, parecería que la lógica no tuviera nada que

hacer en la práctica del derecho o que su invocación oculta una intrusión ideológica (Perelman, 1975; Ferraz, 1979); otros admiten una aplicación «indirecta» o «analógica» al derecho mismo de la lógica que se aplique al pensamiento científico sobre el derecho (Kelsen, 1975; von Wright, 1982). Las actuales discusiones entre concepciones entre sí excluyentes de la naturaleza de las normas también cuestionan la aplicación inmediata de reglas lógicas a las normas mismas. Sin embargo, han sido las teorías elaboradas a partir del pensamiento kelseniano y las lógicas deónticas de von Wright, las que, en la práctica han resultado ser efectivamente utilizadas como «lógica(s) del derecho» (Lachmayer, 1977; Gardies, 1984; Vernengo, 1985).

La cuestión misma de la aplicación de la lógica al derecho ha sido tema frecuente de especulación en escritos recientes. Desde el ensayo de Kelsen sobre derecho y lógica (Kelsen, 1975; Schmill, 1978; Weinberger, 1982), donde el autor de la *Reine Rechtslehre* niega la posibilidad de una aplicación de procedimientos deductivos en la producción de normas jurídicas, aunque con fundamentos distintos a los mantenidos por Perelman y la *nouvelle rhétorique*, la cuestión se mantiene viva, entre otras razones porque la introducción de procedimientos automáticos de manejo de la información jurídica y programación de técnicas de decisión automática en el campo del derecho, requiere de que el derecho cuente con alguna lógica.

Hay que estar en claro: la lógica, o lógicas disponibles, no son ni descripciones ni explicaciones de los procesos psicológicos que se produzcan durante la labor decisoria de un juez, ni aportan nada a la explicación sociológica de esos fenómenos. Tampoco esas lógicas pueden ser vistas como reglas que efectivamente motiven el comportamiento del órgano decisorio. La función de la lógica no es, ni fue nunca, ésa: una lógica da criterios para probar la validez teórica de un discurso, y no reglas para construirlo. Pero, además, ese instrumental lógico ha demostrado ser un instrumento analítico poderoso. Ya Bulygin, en un ensayo publicado en 1963, señalaba esa importante función de las lógicas modernas: proveer al jurista y al filósofo de un instrumento de análisis de potencia insospechada. Su uso sistemático en el análisis de la noción de sistema, por ejemplo, permitió llegar a resultados originales que en la especulación anterior, aún la de un Kelsen o un Hart, apenas si habían sobrepasado el nivel intuitivo.

Pero la aplicación de la lógica al derecho suscita numerosos problemas. ¿Cuál es la formalización adecuada de los enunciados jurídicos, sin lo cual no cabe hablar de aplicación de lógica? Y ¿cuáles son los niveles de formalización requeridos para una programación automática de decisiones jurídicas (que suponen procedimientos deductivos decidibles)? Kalinowski se ha ocupado reiteradas veces de la cuestión, proponiendo diversas formalizaciones y examinando los antecedentes históricos. Otros autores han avanzado más en el terreno práctico, como Tammelo (1978). Otros han investigado los presupuestos teóricos de la formalización del discurso jurídico, práctico o teórico (Yoshino 82, Weinberger 82, *inter alia*). Pareciera que, a los fines de una programación cibernética, pudiera lograrse formalizaciones satis-

factoria de los enunciados jurídicos. Las lógicas a que recurra el discurso jurídico (lógicas clásicas proposicional y de primer orden, deóntica y aléticas, relevantes, etc.) también han sido eficazmente programadas de suerte que la estructura lógica del discurso jurídico es manejable por medios automáticos. Inclusive la argumentación lógica que funciona en los procesos de decisión jurídicos admite modelos matemáticos que autorizan algoritmos finitos (Sánchez Mazas, 1973-1986; Reisinger, 1986).

12

Los procesos automáticos para decisiones jurídicas requieren no sólo de lógicas decidibles, sino de procedimientos que permitan el análisis automático de los sistemas normativos. Castañeda ya analizó en 1980 las posibilidades de la lógica deóntica como instrumento para el análisis de instituciones; las perspectivas hoy sobre las posibilidades de la lógica en el análisis de sistemas jurídicos y en la toma de decisiones, puede verse en el informe de Martino (Martino, 1985). Una aplicación práctica de esa propuesta puede verse en el informe publicado en 1983 por el Instituto per la documentazione giurídica (Martino, 1983) y en su actualización (1983). Este último documento —*Base della conoscenza nell'analisi automatica della legislazione*—, así como trabajos similares producidos en Francia, Noruega, Holanda, Inglaterra, USA, España y Argentina (según la información de que dispongo), prueban prácticamente cuáles son las aplicaciones de la lógica en el derecho.

Allen y Saxon (1986), a quienes debemos procedimientos automáticos para la formalización normalizada de textos jurídicos, han propuesto programas para el análisis de normas jurídicas conforme a las categorías hohfeldianas. La lógica se aplica al derecho, pues, inclusive en forma automática a través de una computadora.

El tema de las relaciones entre el derecho y la lógica (las lógicas) es así un campo de investigación, teórica y práctica, felizmente abierto. Al filósofo, que no puede sino maravillarse de los resultados que la moderna cibernética ha logrado en el terreno de la aplicación de la lógica al derecho, cabe ahora comenzar a pensar de una buena vez, qué ha de entenderse por racionalidad en los asuntos humanos. Y si la razón es lo distintivo del ser humano, uno no puede dejar de sospechar que detrás de la pregunta por las relaciones entre el derecho y la lógica, no se oculten las preguntas de siempre sobre el hombre y el sentido de lo que hace.

BIBLIOGRAFIA

A. AARNIO

1977: *On legal reasoning*, Turku.

1983: *Philosophical perspectives in jurisprudence*, Helsinki.

L. E. ALLEN

1979: «Una guida per redattori giuridico di testi normalizzati», in *Informática e diritto*, V, 1979, tomo 2.

1985: & C. S. Saxon, «Analysis of the logical structure of legal rules by a modernized and formalized version of Hohfeld's fundamental legal conceptions» (in *Atti preliminari II Convegno Int. Lóg. Inform. e diritto*, Firenze, 1985).

A. R. ANDERSON

1956: «The formal analysis of normative systems», in *The logic of decision and action*, ed. N. Rescher, Pittsburgh, 1967.

C. E. ALCHOURRÓN

1969: «Logic of norms and logic of normative propositions», *Logique & Analyse XII*, págs. 242-268.

1981: «Von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica», *Anuario de Filosofía Jurídica I*, págs. 121-146, Buenos Aires, 1981.

C. E. ALCHOURRÓN/E. BULYGIN

1979: «Sobre la existencia de las normas jurídicas» (Universidad de Carabobo, Venezuela, 1979).

1981: «The expressive conception of norms», en *New Studies in deontic logic*, ed. R. Hilpinen, Reidel, 1981.

1984: «Pragmatic foundations for a logic of norms», *RECHTSTHEORIE 15* (1984), Duncker & Humblot, Berlín.

C. E. ALCHOURRÓN/D. MAKINSON

1981: «Hierarchies of regulations and their logic», in *Hilpinen*, 1981.

1982: «On the logic of theory change: contraction functions and their associated revision functions», in *Theoria XLVIII*, part. I, págs. 14-37, Stockholm, 1982.

1985: «On the logic of theory change: safe contraction», in *Studia logica XLIV*, 4, Varsovia; Reidel, 1985.

R. ALEXY

1978: *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Franckfurt a.M., 1978.

E. BULYGIN

1963: «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la lógica al derecho», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1963-I-IV.

1985: «Norms and logic», en *Law and Philosophy 4*, págs. 145-163, Reidel, 1985.

H. N. CASTANEDA

1980: «Deontic logic as a tool for the analysis of institutions (MS)».

- 1981: «The paradoxes of deontic logic», in *Hilpinen*, 1981.
- 1986: «Aspectual actions and the deepest paradox of deontic logic», in *Atti II Convegno int. di studi su Logica, informtica e diritto*, Firenze, Reidel, 1986.
- A. CONTE
- 1962: «Bibliografía di logica giuridica», in *Riv. int. di filosofia del diritto*, XXXVIII, 1962; red. in N. Bobbio, «Derecho y lógica», Unam, México, 1965.
- A. COMTE, R. HILPINEN y G. H. VON WRIGHT
- 1977: *Deontische Logik und Semantik* (ed.), Wiesbaden.
- C. COSSIO
- 1951: «Las posibilidades de la lógica jurídica según la lógica de Husserl», en *Revista de la Facultad de Derecho*, XXIII, Buenos Aires, 1951.
- 1960: «La norma y el imperativo en Husserl», en *Revista Brasileira de Filosofia*, 10, 1960.
- 1964: *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1964.
- 1983: *La lógica jurídica y su denominación*, Universidad Complutense, Madrid, 1983.
- G. DI BERNARDO (ed.)
- 1977: *Logica deontica e semantica*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- T. SAMPAIO FERRAZ JR.
- 1980: *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo, 1980.
- D. FØLLESDAL y R. HILPINEN
- 1981: «Deontic logic: an introduction», in *Hilpinen*, 1981.
- P. GÄRDENFORS
- 1978: «On the interpretation of deontic logic», in *Logique & Analyse*, 1978, 21, págs. 371 y sigs.
- J. L. GARDIES
- 1979: *La logique deontique et ses semantiques possibles*, L & A.
- 1984: «The logic of legal discourse», en *Atti Convegno; La ragione nel diritto*, Bologna, 1984.
- 1985: «Logique formelle et raisonnement juridique», in *Vernengo*, 1985.
- A. L. GIOJA
- 1973: «El tema de la Teoría Pura del Derecho, en *Ideas para una filosofía del derecho*, I, Buenos Aires, 1973; «La lógica y la Teoría Pura del Derecho», *id.*, pág. 149; «Lógica formal y lógica jurídica», *id.*, pág. 157, 1950.
- W. HANSON
- 1965: «Semantics for deontic logic», en *Logique & Analyse IX*, 1966, págs. 177-190.
- R. HILPINEN
- 1971: *Deontic logic: introductory and systematic readings* (ed.), Reidel, 1971.
- 1981: *New studies in deontic logic* (ed.), Reidel, 1981.
- 1977: «La logica deontica e la semantica dei mondi possibili», in *Di Bernardo*, 1977.
- J. HINTIKKA
- 1969: «Deontic logic and its philosophical morals», in *Models for modalities*, Reidel, 1970.
- 1971: «Some main problems of deontic logic», in *Hilpinen*, 1971.
- J. KALINOWSKI
- 1953: «Théorie des propositions normatives», in *Studia Logica I*, y en *Études de logique déontique I*, París, 1972.
- 1965: «La logique des normes d'Edmund Husserl, en *Archiv de philosophie du droit X*, págs. 107-116, París, 1965.

- 1967: *Le problème de la vérité en morale et en droit*, E. Vitte, Lyon, 1967.
- 1969: *Querelle de la science normative*, París, 1969.
- 1978: *Lógica de las normas y lógica deóntica*, Universidad de Carabobo, Venezuela, 1978.
- 1979: «Zur Semantik der Rechtssprache», in RECHTSTHEORIE, Beiheft 1, Berlín, 1979.
- 1981: *Sur la sémantique¹ des mondes possibles pour les système de logique déontique*, L & A, 1981.
- 1982: «La genèse d'un système de logique des normes», en *Informatica e diritto*, IX, 2.
- 1985: «Logique juridique et logique déontique», en *Revue de Synthèse*, CVI, núms. 118-119, París, 1985.
- H. KELSEN
- 1911: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1.^a ed. 1911; 2.^a ed., 1923; red. Scientia, Aalen, 1960.
- 1969: *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., F. Deuticke, Viena.
- 1965: «Recht und Logik», en *Neues Forum XII*, Viena, 1965; red. Die Wiener rechtstheoretische Schule, Springer, Viena, 1968.
- H. KELSEN y U. KLUG
- 1986: *Rechtsnormen und logische Analyse - Ein Briefwechsel*.
- S. C. KLEENE
- 1967: *Mathematical logic*, New York, 1967.
- S. KNUUTILA
- 1981: «The emergence of deontic logic in the XIV century, in *Hilpinen*, 1981.
- W. KRAWIETZ y H. SCHELSKY (ed.)
- 1984: *Theorie der Normen*, Festgabe für O. Weinberger, Duncker & Humblot, Berlín, 1984.
- S. KRIPKE
- 1963: «Semantical analysis of modal logic I: Normal modal propositional calculi, in *Zeitschrift für mathematische Logik*, IX, págs. 67-96, 1963.
- F. LACHMAYER
- 1977: *Grundzüge einer Normentheorie: zur Struktur des Normen, dargestellt am Beispiel des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1977.
- E. J. LEMMON
- 1965: «Deontic logic and the logic of imperatives», en *Logiques & Analyse*, VIII, 1965, págs. 39-71.
- H. LENK (ed.)
- 1974: «Normenlogik; Grundprobleme der deontischen Logik», Stuttgart, 1974.
- D. K. LEWIS
- 1974: «Semantic analysis for dyadic deontic», en *Stenlund*, 1974.
- S. F. LINDEMANS
- 1983: «The reduction of deontic logic to the first order predicate», *L. & Analyse NS*, 1982.
- M. G. LOSANO
- 1966: «Diritto e logica» de H. Kelsen red. con el título «La dotrina pura del diritto e la logica», en *Forma e realtà in Kelsen*, Milán, 1981.
- N. MACCORMICK
- 1978: *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, 1978.
- E. MALLY
- 1962: «Grundgesetze des Sollens: Elemente der Logik des Willens», en *Logische Schriften*, Reidel, 1972.
- A. MARTINO
- 1985: *Trends in the application of logic to the automated analysis of legislation*, Vernengo, 1985.

E. MENDELSON

1979: *Introduction to mathematical logic*, 2.^a ed., New York.

F. MONTORO

1981: *Estudos de filosofia do direito*. 6. Proposta de una definição de logica juridica; 7. Estrutura logica das normas jurídicas) São Paulo, 1981).

I. NIINILOUTO

1986: «Hypothetical imperatives and conditional obligations» *Synthese*, vol. 66, núm. 1, 1986.

F. OST y J. LENOBLE

1980: *Droit, mythe et raison: essay sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980.

K. OPALEK

1971: «On the logical semantic structure of directives», en *Logique et Analyse*, págs. 49-50, 1971.

1970: «Le raisonnement juridique et la logique déontique», en *Logique & Analyse*, XIII, Actes Colloque de Bruselles, 1970.

1980: *Oberlegungen zu H. Kelsens 'Allgemeine Theorie der Normen'*, Manz, Viena.

Ch. PERELMAN

1960: «Logique formelle, logique juridique», en *Logique & Analyse*, núms. 11-12, págs. 226 y sigs., 1960.

1968: «Qu'est-ce que la logique juridique?», en *Etudes de logique juridique*, vol. III, Bruselles, 1969.

1976: *Logique juridique*, Dalloz, París, 1976.

M. REALE

1968: *O direito como experiencia* (Introdução à epistemologia jurídica), São Paulo, Saraiva, 1968.

L. REISINGER

1984: «Der Algorithmusbegriff im Lichte juristischen Problemlösungsverhaltens», en *Krawietz, et. al.*, 1984.

1986: «Approach to a theory of soft algorithms», en *Atti preliminari II Convegno internazionale di studi di Logica informativa e diritto*, Firenze, 1985; Reidel, 1986.

R. RODRÍGUEZ MARÍN

1984: *El derecho como dogma*, Tecnos, Madrid, 1984.

A. RODRÍGUEZ TIRADO

1976: *Lógica deóntica y modelos semánticos*, UNAM, Instituto de investigaciones filosóficas, México, 1976.

A. ROSS

1967: «On self-reference and a difficult puzzle of constitutional law», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, 1969.

D. SÁNCHEZ GARCÍA

1983: «Evaluación automática de fórmulas del sistema K1», en *Informática e diritto*, IX, 2, 1983.

M. SÁNCHEZ MAZAS

1973: *Cálculo de las normas*, Ariel, Barcelona, 1973.

1983: «Lógica, sistemas normativos y modelos aritméticos», en *Informática e diritto*, IX, 2, 1983.

1986: «Le programme "Ars judicandi"», en *Atti II Convegno*, Firenze, 1985; Reidel, 1986.

U. SCHMILL ORDÓÑEZ

1976: «Consideraciones semánticas sobre lógica deóntica, con especial referencia a la jurisprudencia», *Crítica*, México, UNAM, núm. 22, 1976.

1978: «Consideraciones sobre "Derecho y lógica"», de H. Kelsen, en *Crítica*, núm. 30, México, 1978.

- J. R. SEARE y D. VANDERVEKEN
1985: *Foundations of illocutionary logic*, Cambridge U. Press, 1985.
- M. SOLET
1978: *Vers la constitution automatique de modèles de décision logique par analyse du langage juridique*, Montpellier, 1978.
- S. STENLUND (ed.)
1974: *Logical theory and semantic analysis*, Reidel, 1974.
- E. STENJUS
1982: «Ross' paradox and well-formed advices», *Theoria*, XLVIII, 1982, Lund.
- I. TAMMELO
1978: *Modern Logic in the service of law*, Springer, Wien — New York, 1978.
- R. J. VERNENGO
1967: «La ética de Husserl», en *Lecciones y Ensayos*, F. de Derecho, U. Buenos Aires, 1967.
1971: *La interpretación literal de la ley*, Abeledo & Perrot, Buenos Aires, 1971.
1976: «Lógicas e ideologías», en *Rev. del Notariado*, Buenos Aires, 1976; reeditado M. Otero (ed.), *Ideologías y ciencias sociales*, UNAM, México, 1979.
1983: Nota a E. MALLY, «Logische Schriften», en *Crítica*, núm. 44, UNAM, México, 1983.
1985: «Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht (ed.)», *RECHTSTHEORIE Beiheft 8*, Berlín, 1985.
1985b: «Sobre algunos criterios de verdad normativa», *Boletín*, núm. 24, Sociedad Arg. de Filosofía del Derecho, La Plata, 1985.
1985c: «Das modal indifferente Substrat der Normen in der Allgemeinen Theorie der Normen», en *RECHTSTHEORIE Beiheft, 5*, Berlín, 1985.
1986: «Formalization of legal languages», *Atti II Convegno Logica-informatica-diritto*, Firenze, 1985; Reidel, 1986.
- L. VILANOVA
1977: *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo, 1977.
1976: *Lógica jurídica*, São Paulo, 1976.
1985: *Causalidade e relação no direito*, Recife, 1985.
- M. VILLEY
1978: «Préface historique à 'Formes de rationalité du droit'», *Archive de philosophie du droit*, 23, París, 1978.
- O. WEINBERGER
1970: *Rechtslogik; Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, Springer, Wien — New York, 1970.
1981: «Kelsens These von der Unanwendbarkeit Logischer Regel auf Normen», en *Die reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Wien, 1981.
1981: *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit H. Kelsens Theorie der Normen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1981.
1983: «Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation», en *RECHTSTHEORIE*, ed. W. Krawietz, R. Alexy, *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín, 1983.
1983: «Die Bedeutung der Logik für die moderne Rechtstheorie», en *Les fondements logiques de la pensée normative, Actes du colloque de logique déontique, Analecta gregoriana*, Roma, 1983.
1984: «A On the meaning of norm sentences, normative inconsistency and normative entailment», en *RECHTSTHEORIE IV, 4*, Berlín, 1984.
1984: B. LOGIK, «Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre», en *RECHTSTHEORIE*, Beiheft 5, Berlín, 1984.

- 1985: «The expressive conception of norms — an impasse for norm logic», en *Proceedings of Symposion*, Turku, 1983, en *Law and Philosophy*, 1985.
- G. H. von WRIGHT
- 1951: «Deontic logic», en *Mind*, LX, 1951; red. en *Logical Studies*, London, 1957.
- 1968: *An essay in deontic logic and the general theory of action*, Amsterdam, 1968.
- 1981: «On the logic of norms and actions», en *Hilpinen*, 1981, red. en von Wright, 1982.
- 1982: «Norms, truth and logic», en *Deontic logic, Computational linguistics and legal information systems*, ed. A. Martino, Amsterdam, 1982; versión definitiva en G. von Wright, *Practical reason. Philosophical Papers*, vol. I, Blackwell, 1982.
- H. YOSHINO
- 1982: «Zur Anwendbarkeit der Regeln der Logik auf Rechtsnormen», en *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*.

Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA
San Sebastián

INTRODUCCION

Constituye un lugar común en la literatura jurídica referirse o poner en cuestión el carácter sistemático de los ordenamientos jurídicos (entendidos en sentido formal) aludiendo con ello a los defectos de inconsistencia e incompletitud de aquellos; defectos que, suele recordarse a renglón seguido, son resueltos por el mismo ordenamiento a través de las reglas de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, o por el intérprete, por recurso a razonamientos de tipo diverso (argumento a contrario, por analogía, etc.).

Así, en la preocupación por (re)establecer el «equilibrio» del ordenamiento jurídico, se ha ido en menoscabo de una tarea previa, cual es, la delimitación o establecimiento de los términos de la discusión.

En las páginas que siguen intentaremos hacer esto último respecto de una de las cuestiones antes aludidas: el de la antinomia o inconsistencia normativa. Para ello, y una vez establecido su concepto, pretendemos poner de relieve (y he aquí el objeto de estas páginas) que la identificación misma de una antinomia normativa presenta mayores problemas de los que a primera vista pudiera parecer.

I. ANTINOMIA NORMATIVA: CONCEPTO

El término «antinomia» es multívoco ya que: 1) Tiene significados diferentes según se emplee en lógica, filosofía o teoría del lenguaje normativo y, 2) incluso dentro de este último (que es el que nos interesa) se utiliza para aludir a fenómenos diversos.

Ciñéndonos al lenguaje normativo, las diferentes definiciones de antinomia (incompatibilidad, contradicción o inconsistencia) normativa podemos agruparlas en torno a las dos siguientes. De un lado, están aquellas que giran alrededor del concepto de incompatibilidad de operadores deónticos, y de otro, las que ponen el acento en la imposibilidad de cumplimiento (1).

Una definición del primer tipo es, por ejemplo, la de García Máynez quien, acogiendo la teoría kelseniana de los ámbitos de validez, afirma que «dos normas se oponen contradictoriamente cuando, teniendo iguales ámbitos de validez material, espacial y temporal una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta» (2). No obstante, para que haya contradicción no es necesario que lo que un precepto prohíbe a un sujeto lo permita expresamente, en iguales condiciones, el otro precepto. Puede ocurrir que uno de ellos prohíba y el otro ordene la misma conducta. En este caso —dice— hay también oposición contradictoria porque cuando se impone una obligación implícitamente se otorga el derecho de hacer lo prescrito (3).

En la misma línea tenemos la definición de Gavazzi, aunque además de la incompatibilidad deóntica establezca como condiciones de una relación de incompatibilidad la juridicidad de las normas, su respectiva vigencia y la pertenencia al mismo ordenamiento jurídico (4). En un sentido similar se pronuncian juristas como Bobbio, Conte y Perelman (5).

De otro lado (y aunque no incompatible con las definiciones anteriores) tenemos la opinión de Bulygin, para quien la definición de contradicción normativa en base al criterio de incompatibilidad formal presenta dificultades, por lo que le parece más adecuado una definición con el auxilio del concepto de cumplimiento: «dos normas se dicen contradictorias cuando el cumplimiento de una excluye lógicamente el cumplimiento de la otra» (6). En el mismo sentido, pero no desde el

(1) Aunque la terminología difiere de unos autores a otros, todos los que vamos a tomar en consideración se refieren al fenómeno que nosotros examinamos bajo la denominación de antinomia normativa.

(2) E. GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1951, pág. 32.

(3) *Ibidem*, pág. 33.

(4) G. GAVAZZI, *Delle Antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959, págs. 52-55.

(5) N. BOBBIO define la antinomia como «aquella situación que se verifica entre dos normas incompatibles, pertenecientes al mismo ordenamiento y que tienen los mismos ámbitos de validez», *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, págs. 90. Para A. CONTE, «Hay antinomia si, de al menos un comportamiento, la realización y la omisión están permitidas y no permitidas», y afirma que para que exista antinomia las normas deben satisfacer dos requisitos: i) pertenecer al mismo ordenamiento y ii) tener los mismo ámbitos de validez temporal, espacial, personal y material, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1952, págs. 54-55. CH. PERELMAN afirma que nos encontramos en presencia de una antinomia cuando, con referencia a un caso concreto, existen en el referido sistema dos directivas incompatibles, a las cuales no es posible ajustarse simultáneamente, bien sea porque imponen dos obligaciones en sentido opuesto o porque una prohíbe lo que otra permite y no hay, por tanto, medio de comportarse según una sin violar la otra, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Cívitas, Madrid, 1979, págs. 57-58.

(6) E. BULYGIN, «Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordina-

punto de vista del destinatario (como Bulygin) sino del del órgano aplicador del derecho, definen la antinomia Boland y Morgental (7).

Pues bien, la virtud de una definición como la del autor argentino reside en que permite incluir en ella tanto las antinomias deónticas como las no deónticas. Es por ello que consideramos adecuado hacer gravitar el concepto de antinomia sobre ambos pilares de forma alternativa: el de incompatibilidad deóntica o el de imposibilidad de cumplimiento. Así definiremos «antinomia normativa» (en adelante antinomia) como sigue: Dos normas son antinómicas cuando existiendo identidad en sus antecedentes deónticos (a) tienen caracteres deónticos incompatibles (antinomia deóntica) o (b) existe una imposibilidad (no empírica ni valorativa) de aplicar y/o cumplir ambas simultáneamente (antinomia no deóntica) (incompatibilidad de consecuencias jurídicas) (8).

Con esta definición pretendemos incluir en el concepto de antinomia aquellos supuestos que, a causa del lenguaje en que están formuladas las normas jurídicas (lenguaje no formalizado), pudieran parecer excluidas de ese concepto.

II. IDENTIFICACION DE UNA ANTINOMIA

1. *Introducción. Elementos de una proposición normativa*

Con carácter previo a la determinación de las condiciones que hay que tomar en consideración en aras a identificar un antinomia, resulta necesario abordar una cuestión previa, cual es, la determinación de los elementos (expresos o implícitos) que forman parte de una norma jurídica (entendida ésta en sentido estricto como enunciado que correlaciona casos con soluciones).

menti normativi», en *Logica deontica e semantica*, (a cura di G. di Bernardo), il Mulino, Bologna, 1977, pág. 297.

(7) Para G. BOLAND la antinomia en derecho es la imposibilidad de aplicar, tal y como son enunciadas, dos normas de derecho positivo que no son suficientemente precisas para ser aplicadas, y que no están subordinadas a otra por una disposición jurídica imperativa, «Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif», en *Les Antinomies en Droit* (études publiées par Ch. Perelman), Bruxelles, Bruylant, 1965, pág. 201. L. MORGENTAL define la antinomia como «contradicción entre dos leyes o principios en su aplicación práctica, sea a un solo caso, sea a la categoría de casos particulares», «Les antinomies en droit social», en *Les Antinomies en Droit, cit.*, pág. 39.

(8) Existe incompatibilidad empírica entre dos normas cuando, aun no siendo lógicamente incompatibles, no pueden cumplirse o aplicarse simultáneamente. Este tipo de incompatibilidad se produciría, por ejemplo, si una norma obliga a trabajar a una persona de cuatro de la tarde a tres de la mañana, y otra le obliga a hacerlo de cuatro de la mañana a tres de la tarde. Cfr. J. WROBLEWSKI, «Systems of norms and legal systems», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1972, 2, pág. 236.

Dos normas son incompatibles valorativamente cuando el o los efectos de sus respectivas aplicaciones son ética o moralmente objetables. La doctrina jurídica denomina a estas antinomias impropias y distingue tres clases: de principio, de valoración y teleológicas. Cfr. A. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962, pág. 59. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico, cit.*, págs. 92-94.

Brevemente, las concepciones sobre la norma jurídica pueden reducirse a dos. Por una parte tenemos la teoría de la norma jurídica como juicio hipotético. Esta teoría, cuya primera y más radical formulación se debe a Zitelmann, será acogida más tarde por Kelsen, quien le dará una formulación más completa. Kelsen atribuye a la norma jurídica el carácter de un juicio hipotético que establece un nexo entre una condición (el ilícito) y una consecuencia (la sanción), unidas ambas por la cópula «debe ser». El esquema de la norma jurídica es: «Si es A, debe ser B», donde A representa el ilícito y B la sanción.

Con esto, pretende Kelsen distinguir la categoría de norma jurídica de otro tipo de normas (morales, religiosas, etc.) en base a que la consecuencia que imputa una norma jurídica es siempre una sanción (9).

Esta concepción de la estructura de la norma jurídica ha sido ampliamente criticada, ya en base a la insuficiencia del elemento sanción como diferenciador de las normas jurídicas y el resto de normas (10) ya, y fundamentalmente, en base a la teoría de Hart, que pone de relieve el reduccionismo que supone limitar las normas jurídicas a normas penales o sancionadoras (11).

De otro lado, tenemos la teoría (que emplearemos nosotros) compartida por autores como Bobbio, García Máynez, Ross, Ray, von Wright, Tammelo, etc., que considera elementos indispensables de toda norma jurídica: a) la indicación de un comportamiento y b) la adscripción a este de una modalidad deóntica (obligatorio, prohibido, etc.).

Ahora bien, puesto que las normas que integran un ordenamiento no son absolutas, no se aplican en cualquier circunstancia, hay que añadir a esos dos elementos un tercero: c) la condición de aplicación, es decir, el conjunto de condiciones (formuladas expresa o tácitamente) que tienen que darse para que una norma sea aplicable.

Los tres elementos señalados se corresponden con lo que Sánchez Mazas denomina consecuente deóntico, relación deóntica y antecedente deóntico respectivamente, y que él define como sigue. Un antecedente deóntico está constituido por una condición elemental o com-

(9) Cfr. H. KELSEN, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Editora Nacional, México, 1981, págs. 46-53. Hay que decir, no obstante, que en la concepción kelseniana no es la sanción efectiva (de hecho) lo que caracteriza a las normas jurídicas, sino la simple previsión normativa de la sanción. Una norma es jurídica si contempla una sanción.

(10) Cfr. J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970, págs. 77-85 y 185-186.

(11) Como es sabido, Hart considera el ordenamiento jurídico como la unión de dos tipos de normas o reglas: Primarias y secundarias. Las primeras son aquellas que prescriben a los individuos la realización de determinadas acciones es decir, imponen obligaciones; las segundas, tienen como objeto identificar qué normas forman parte de un ordenamiento (reglas de reconocimiento), dinamizar el ordenamiento (reglas de cambio), y conferir competencia a ciertos individuos —los jueces— para que determinen en cada caso si se ha infringido o no lo dispuesto por un regla primaria (reglas de adjudicación). Cfr. H. L. A. HART, *El Concepto de Derecho*, Editora Nacional, México, 1980, págs. 33-61 y 99-123.

puesta, o más precisamente, por una conjunción booleana de condiciones elementales. Un consecuente deóntico es un hecho o acción, elemental o compuesto, determinado deónticamente o condicionado por el antecedente deóntico. Este consecuente es una función booleana de hechos y/o acciones elementales, y pueden escribirse en forma lógica como condiciones de éstos. La relación deóntica entre el antecedente y el consecuente deónticos puede tomar las formas de obligación, prohibición, permisión, etc. (12).

Pues bien, esta estructura de la norma jurídica va a servirnos para individualizar los elementos que tienen que tener lugar para que se produzca una antinomia.

Tenemos que decir, en este momento, que nos vamos a limitar al examen de enunciados normativos simples, es decir, a los (empleando los términos de Alchourrón y Bulygin) constituyentes deónticos. Constituyente deóntico es toda expresión formada por *una descripción de estado precedida del operador P o -P*, de manera que toda permisión o prohibición de una descripción de estado es un constituyente deóntico (puesto que para los citados autores P (permitido) es el operador deóntico primitivo, de forma que todos los demás operadores pueden ser definidos en términos de P). Nosotros asumimos aquí esta definición de constituyentes deónticos sin pronunciarnos sobre el operador primitivo, ampliando, por tanto, el lugar de P y -P al resto de operadores deónticos (13).

2. Primera condición. Identidad de los antecedentes deónticos

El antecedente deóntico de una norma constituye lo que von Wright denomina condición de aplicación. Es aquella condición que tiene que darse para que exista oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma. Desde este punto de vista las normas se pueden clasificar en categóricas e hipotéticas. Las primeras son aquellas en las que la condición de aplicación viene dada por su contenido. Conociendo su contenido sabemos ya cual es su condición de aplicación, de manera que no es necesaria la mención de ésta en la formulación de la norma. Así, por ejemplo, —dice von Wright— en una orden de cerrar la ventana se sobreentiende que se aplica a una ventana abierta.

Ross denomina a este tipo de normas reglas universales. Para él, cuando una norma se aplica en todas las circunstancias, es decir, en cualquier situación, se dice que su determinación de la situación es universal.

(12) M. SÁNCHEZ-MAZAS, «Modelli aritmetici per l'informatica giuridica», en *Informatica e Diritto*, 1978, 2, págs. 170-171. Sin embargo, evitaremos representar la norma jurídica como una estructura de la forma «Si... entonces» por cuanto que puede evocar la estructura kelseniana de aquélla.

(13) Esta limitación podrá superarse si tenemos en cuenta que todo enunciado deóntico complejo es deónticamente equivalente a una función de verdad de los constituyentes deónticos. Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 171. C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 75.

Una norma es hipotética si su condición de aplicación no puede deducirse únicamente de su contenido, de manera que en su formulación hay que mencionar la condición. Ross denomina a estas normas genéricas, y pone como ejemplo la siguiente formulación condicional: «Si se ha celebrado un contrato entre dos personas mayores de edad, entonces...» (14).

Pues bien, tenemos que decir que las normas categóricas de von Wright corresponden, en la estructura de la norma jurídica adoptada por nosotros, al consecuente deóntico. Y ello porque, como también hemos señalado, las normas jurídicas no son incondicionales o absolutas. Por tanto, nuestro estudio se limita a las que von Wright denomina normas hipotéticas.

Ahora bien, el antecedente deóntico de una norma incluye, además de la condición de aplicación (en sentido estricto) a la que nos hemos referido, otra serie de condiciones o circunstancias que la mayoría de las veces no están expresamente mencionadas en la formulación lingüística de cada una de las normas, pero sí genéricamente en enunciados normativos adyacentes a las mismas. Nos estamos refiriendo a: A) él o los sujetos, B) el tiempo, y C) el espacio físico o territorio en que aquéllas son aplicables.

A) Los sujetos de una proposición son las personas a quienes se da la prescripción; aquellos a los que se les manda, permite o prohíbe por la autoridad hacer y/o abstenerse de realizar ciertos actos.

Von Wright, atendiendo al sujeto, clasifica las prescripciones en: *particulares*, cuando se dirigen a un individuo específico, y *generales*, cuando se dirigen a todos los hombres sin restricción o a todos los hombres que respondan a una determinada descripción (15). No obstante, en este punto nos parece acertada la observación de Ross cuando (a la vez que critica la definición de von Wright) establece una clasificación en los siguientes términos: a) normas individuales: son aquellas que fiquen suficientemente de cualquier otra manera»; b) normas genéricas: si las personas incluidas en ellas son miembros de una clase abierta (o general) definida por ciertas propiedades, y c) normas universales (lo que quiere decir con nombres y apellidos) los miembros de una clase cerrada, y porque «una norma que determine sus sujetos usando esta descripción es lógicamente equivalente a un conjunto de normas cada una de las cuales tenga como sujeto a una persona única a la que se refiera por medio de un nombre propio genuino, o a la que identifique suficientemente de cualquier otra manera»; b) normas genéricas: si las personas incluidas en ellas son miembros de una clase abierta (o general) definida por ciertas propiedades, y c) normas universales: cuando el sujeto —dice Ross— «es todo el mundo» (16). (Lo que podíamos precisar diciendo: todo el mundo susceptible de ser incluido

(14) A. ROSS, *Directives and norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968, pág. 111, y G. H. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, cit., págs. 90-91.

(15) G. H. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, cit., págs. 95-97.

(16) A. ROSS, *Directives and norms*, cit., págs. 106-110.

bajo el campo de aplicación del ordenamiento jurídico de un determinado estado.)

Como ejemplo de normas individuales podemos citar la norma por medio de la que se produce el nombramiento de una persona para un cargo; pertenecen a la categoría de normas genéricas todas las que la doctrina jurídica denomina normas especiales: las contenidas en el Código de Comercio, en la Ley de Funcionarios, etc; y forman parte de la tercera categoría, por ejemplo, las normas de los Códigos Civil y Penal.

B) La ocasión se refiere al lapso de tiempo de la norma, es decir, a su duración temporal, que va desde la entrada en vigor hasta su derogación.

Según la ocasión, las normas pueden ser: a) particulares, si se dan únicamente para una ocasión específica (como por ejemplo una norma que ordene que el día X a la hora Y todos los habitantes de Madrid deben apagar las luces), o b) generales, si se dan para un número ilimitado de ocasiones (17). La mayor parte de las normas jurídicas son normas generales.

Respecto de este elemento podemos decir como regla general que las normas son irretroactivas, es decir, se aplican únicamente a hechos y situaciones que han tenido lugar después de su entrada en vigor (con la importante excepción de las normas penales favorables), y tienen una proyección ilimitada en el futuro.

Por último, tenemos el elemento territorial o material, que se refiere al espacio físico (territorio) al que está circunscrita la validez del conjunto de normas de un estado.

En relación al derecho interno, el elemento territorial sirve como criterio de determinación de la competencia normativa de los diferentes órganos legislativos en los estados con formas federal, regional o autonómica y, en consecuencia, como criterio de solución de conflictos normativos.

A tenor del elemento territorial podemos distinguir, al menos, dos tipos de normas: a) normas generales: aquellas que tienen validez formal (en adelante, validez) en todo el territorio, y b) normas particulares (regionales y locales): cuya validez está limitada a una parte de aquél.

Una vez indicado en qué consiste cada uno de estos ámbitos tenemos que subrayar que va a ser precisamente en la delimitación de cada uno de ellos donde residen la mayor parte de problemas que tienen que ver con las antinomias, tanto con su determinación como con su resolución. Por ejemplo, hemos dicho que el criterio temporal determina la entrada en vigor y el cese de las normas, pues bien, en muchas ocasiones el problema residirá precisamente en discernir sí, a través de un acto derogatorio genérico, ha concluido o no la validez de una norma.

Según la mayor o menor extensión de las normas suelen distinguir-

(17) G. H. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, cit., págs. 95-97.

se tres clases de antinomias: antinomia total-total, antinomia total-parcial y antinomia parcial-parcial.

Dos normas, N1 y N2 se encuentran en una situación de antinomia total cuando ninguna de ellas puede ser aplicada sin entrar en conflicto con la otra. Esta situación puede simbolizarse como sigue:

N1: Si F (a, b, c), entonces P1.

N2: Si F (a, b, c), entonces P2.

Aunque son infrecuentes los casos de antinomias de este tipo dentro de una ley, Ross nos ofrece el ejemplo de la Constitución danesa de 1920 que, en la primera parte del párrafo 36 establece que el número de los miembros de la Primera Cámara no puede exceder de 78, mientras que en la segunda se ofrecen normas detalladas para la elección y distribución de éstos, de las que se sigue que el número de miembros a ser elegidos es de 79 (18).

Una antinomia total-parcial tiene lugar cuando una de las normas, N1, no puede ser aplicable sin entrar en conflicto con la otra, N2, pero N2 tiene un campo adicional de aplicación en el que no entra en conflicto con N1. Es el tipo de antinomia que se produce entre una norma general y una especial, y puede representarse así:

N1: Si F (a, b), entonces P1.

N2: Si F (a, b, c, d), entonces P2.

Una antinomia es parcial-parcial cuando cada una de las dos normas tienen un ámbito de aplicación en el que entra en conflicto con la otra, pero otro en el que no se producen conflictos (19). Es el caso de dos normas del tipo siguiente:

N1: Si F (a, b, c + d, e, f), entonces P1.

N2: Si F (a, b, c + g, h, i), entonces P2.

Por tanto, y recapitulando, para que pueda hablarse de antinomia entre dos normas tiene que haber identidad en los antecedentes deónticos de ambas; lo que supone que tengan las mismas condiciones de aplicación, que vayan dirigidas a los mismos sujetos y, que estén vigentes en un mismo ámbito territorial.

(18) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963, pág. 125.

(19) Sobre estos tres tipos de antinomia cfr., además de la citada obra de Ross, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., págs. 91-92. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 143. J. C. CUETO-RUA, *Judicials Methods of Interpretation of the Law*, Paul M. Herbert Law Center Institute, USA, 1981, págs. 125-126.

3. Segunda condición. Incompatibilidad de relaciones deónticas

3.1. Traducción del lenguaje legislativo (lenguaje común) a un lenguaje deóntico: de la estructura superficial a la estructura profunda

3.1.1. Términos deónticos

Puesto que los textos legales están redactados sobre la base del lenguaje común y las antinomias se definen en función de los operadores deónticos, la primera tarea en aras a identificar una antinomia normativa consistirá en poner las normas en una (adecuada) forma lógica.

Ahora bien, si en el aspecto semántico del lenguaje legislativo existen, al lado de los términos comunes, otros que forman parte casi exclusiva del vocabulario jurídico, la vertiente deóntica del lenguaje legislativo está expresada en su mayor parte por medio de formas gramaticales pertenecientes al lenguaje común, y no en términos lógicos o deónticos. Es por esto que se hace necesaria una labor de «traducción» de uno a otro lenguaje. Se trata, en palabras de Sánchez-Mazas, de efectuar una distinción entre la *estructura superficial* de una proposición normativa (que corresponde a la sintaxis gramatical de su enunciado verbal en un lenguaje natural) y la estructura profunda de la misma (que corresponde a la pura relación deóntica establecida por la norma entre sus componentes lógicos) (20) y, podríamos añadir, establecer las correspondencias entre una y otra.

Pues bien, la dificultad de llevar a cabo esta tarea proviene fundamentalmente de los diferentes modos verbales (presente, futuro, etc.) adoptados por el legislador para expresar las relaciones deónticas y las construcciones sintácticas para unir aquéllos (activa, pasiva, etc.) (21).

De otro lado, Ray, en su minucioso estudio del Código de Napoleón, llega a la conclusión de que el lenguaje del derecho positivo vigente (al menos en lo que al Código Civil francés se refiere), se distinguen cuatro tipos fundamentales sobre los que se expresa la voluntad del legislador: obligación, prohibición, permisión y dispensa (este último en el sentido unilateral de no obligación). A este respecto afirma: «Como la obligación tiene una forma negativa (la prohibición), el

(20) M. SÁNCHEZ-MAZAS, «Modelli aritmetici per l'informatica giuridica», *cit.*, pág. 168. Como nos recuerda el mismo autor, la búsqueda de las estructuras profundas se inicia a nivel lingüístico general con Ferdinand de Saussure y se precisa a través de Lucien Tesnière y Noam Chomsky y sus seguidores; se prolonga en la esfera del derecho primero con movimientos como el MULL (Modern Uses of Logic in Law), y luego a través de juristas como L. E. Allen y su escuela en EE. UU., y los analíticos Alchourrón y Bulugin en Argentina, con el importante precedente en Francia que representa el libro de RAY de 1926, *Essai sur la structure logique du Code Civil français*; cfr. «Algebra del derecho y procesamiento de la legislación», en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, 1984, mayo-junio, pág. 62.

(21) Cfr. L. E. ALLEN, «Towards a Normalized Language to Clarify the Structure of Legal Discourse», en *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, (A. A. Martino Ed.), North-Holland Publishing Company, Amsterdam-New York-London, 1982, pág. 352.

permiso tiene una forma negativa: la permisión de no hacer, lo que nosotros llamamos facultativo. Ello se expresa en formas tales como *n'est pas tenir de...*, *n'est pas necessaire...*, *être dispensé de...* Esto lleva a distinguir cuatro tipos fundamentales de normas en la que se expresa la voluntad legisladora: el permitido, el facultativo, el obligatorio, el prohibido» (22).

No obstante, al lado de estas relaciones deónticas que conforman el cuadrado clásico de oposición, deben tenerse en consideración otras dos relaciones cuya importancia en el terreno jurídico es indiscutible: el permiso bilateral, es decir, permiso de realizar o de no realizar una acción, y la prescripción (sea afirmativa: obligación, o negativa: prohibición) (23).

Ahora bien, como habíamos apuntado, las normas jurídicas rara vez vienen expresadas en términos tales como «es obligatorio que...», «está prohibido que...», etc. Por el contrario, la técnica legislativa (o mejor, su falta) da lugar, de un lado, a que una misma relación deóntica corresponda más de una forma gramatical y, de otro, a que términos que a primera vista parecen indicar una determinada relación deóntica, no tengan un significado unívoco, es decir, sean ambiguos. A continuación, analizaremos separadamente ambos supuestos.

3.1.1.1. A una misma relación deóntica corresponde más de una forma gramatical

Los textos legislativos recurren, para expresar relaciones deónticas, al presente de indicativo (como si constataran una situación de hecho), al futuro (a modo de algo que necesariamente tiene que suceder), al imperativo, a la forma pasiva, etc. «En los códigos legales —escribe von Wright— las formulaciones de normas en modo indicativo, en el tiempo presente o futuro, parecen ser particularmente comunes. Cuando, por ejemplo, en la Constitución finlandesa leemos: “El Presidente de la República *asume* el cargo el uno de marzo siguiente a la elección”; esto no se interpreta como una disposición de lo que el Presidente habitualmente *hace*, sino como una prescripción de lo que *debe hacer*. He notado que en la legislación penal sueca la forma indicativa, que responde a “es castigado” o “será castigado”, y la forma subjuntiva, que responde a “sea castigado” se usan indistintamente para expresar normas que establecen que tal y tal cosa deben ocurrir» (24).

Por lo que a nuestra legislación respecta, basta efectuar un somero repaso por la misma para hacernos eco del mismo fenómeno. Comenzando por el texto constitucional, comprobamos que es prolijo en el

(22) J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code Civil français*, Alcan, París, 1926, pág. 53.

(23) M. SÁNCHEZ-MAZAS, «Modelli aritmetici per l'informatica giuridica», *cit.*, pág. 176.

(24) G. H. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, *cit.*, pág. 117. Cfr. también, G. KALINOWSKI, *Introduction a la logique juridique*, LGDJ, París, 1965, págs. 54-55, y *Lógica del discurso normativo*, Tecnos, Madrid, 1975, pág. 21.

empleo del presente y futuro. Así, establece que «Las cámaras *establecen* sus propios reglamentos, *aprueban* autónomamente sus presupuestos y, ..., *regulan* el Estatuto Personal de las Cortes Generales», «El Gobierno *cesa* tras la celebración de elecciones generales, en los casos de...», «Los tribunales *controlan* la potestad reglamentaria y la legalidad...» (arts. 72,1, 101,1 y 106,1); «Las elecciones *tendrán lugar* entre los treinta días y los sesenta días desde la terminación del mandato», «Las cámaras *se reunirán* anualmente en dos períodos ordinarios de sesiones...» (arts. 68,6 y 73,1). Utiliza también la forma pasiva: «El estado de alarma *será declarado* por el Gobierno mediante decreto...», «El Fiscal General del Estado *será nombrado* por el Rey» (arts. 116,2 y 124,4).

Lo mismo tiene lugar en textos de rango jerárquico inferior. Así, y tomando como ejemplos los Códigos Civil y Penal, vemos que el primero utiliza indistintamente expresiones deónticas: «tiene el derecho de», «está obligado», «no podrán» (arts. 428, 500 y 681), verbos en futuro: «quedará extinguida», «devolverá» (arts. 1.182 y 1.547) y en presente: «pertenece», «transfiere», «vencen» (arts. 351, 1213 y 1915). El Código Penal emplea fundamentalmente la misma variedad terminológica, reiterando sobre todo el uso del futuro por medio de expresiones del tipo «será castigado», «se impondrá la pena», etc. (arts. 405, 406, 407 y 436.)

La constatación de este fenómeno le lleva a Ross a afirmar, que las normas hablan con frecuencia como si detrás del mundo del tiempo y del espacio existiera otra realidad, un mundo de «relaciones jurídicas» determinadas por fuerzas puestas en libertad por hechos «creadores» («modificadores», «extinguidores»). El derecho legislado —dice— parece estar constituido por enunciados teóricos referentes a un mundo invisible de cualidades peculiares —relaciones jurídicas— que son creadas y se desarrollan como efectos de una «fuerza creadora jurídica» particular que ciertos hechos poseen (25). Otros autores van más allá, y dan una explicación ideológica a la preferencia del legislador de unas fórmulas sobre otras. En este sentido se pronuncia Capella cuando dice, que al legislador favorece que sus normas aparezcan a la consciencia de los súbditos dotadas de racionalidad y necesidad objetiva. Por ello, formulando sus normas en tiempo futuro, por ejemplo, tiende a dar la impresión de absoluto conocimiento de los fenómenos sociales en su porvenir o, empleando «puede ser», «es necesario», etc., da una imagen de sí mismo que le presenta como absoluto dominador de la organización jurídica. Si se trata de normas que prescriben sanciones, el uso del presente de indicativo asemeja su actuación al acontecer de fenómenos naturales calamitosos (26).

(25) A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., págs. 152-153.

(26) J. R. CAPELLA, *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, págs. 198-199.

En esta línea, R. Gobernado lleva a cabo un análisis empírico acerca de la formulación lingüística de las normas en los cuatro textos siguientes: Ley de Prensa Francesa de 1881, Proyecto de Ley de Prensa de 1935, Ley de Prensa de 1938 y Ley de Prensa e Imprenta de 1966 (estos tres del Derecho Español). El autor llega a la conclusión de

De esta forma, dado que las normas pueden ser significadas, y de hecho lo son, por oraciones diversas (en pasiva, por medio de imperativos, etc.) podemos concluir que, la forma gramatical por sí misma no permite distinguir un enunciado proposicional normativo (deóntico) de un enunciado proposicional no normativo (no deóntico) (27). De manera, que sólo el contexto permitirá vislumbrar la categoría semántica a la que pertenece una oración.

Por ejemplo, el artículo 62 de nuestra Constitución establece: «*Corresponde al Rey*: a) Sancionar y promulgar las leyes, ... d) Proponer el candidato a Presidente del Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución. ... f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, ...» ¿Cuál es el significado, en términos deónticos, de *corresponde al Rey*? ¿quiere decir que el Rey está *obligado* a, por ejemplo, proponer el candidato a la Presidencia del Gobierno o que puede o no proponerlo (permisión bilateral)? Si tenemos en cuenta únicamente el artículo 62 ambas interpretaciones son igualmente válidas. No obstante, la doctrina constitucional española es prácticamente unánime en afirmar la obligatoriedad del Rey de realizar los actos constitucionalmente previstos tanto en el citado artículo como el otro (p. ej., 63 y 65), y ello en virtud del mecanismo del refrendo de los actos del Rey establecido en el artículo 64 (28).

Lo mismo podemos decir respecto de los actos de promulgación de las leyes a que se refiere el artículo 91 de la Constitución según el cual: «El Rey *sancionará* en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las *promulgará* y *ordenará* su inmediata publicación.» La doctrina sostiene que los actos a los que se refiere este artículo son obligatorios para el Monarca. Por ejemplo, se afirma que la promulgación no es un instrumento de control de la constitucionalidad de las leyes por parte del Rey, «este debe promulgarlas obligatoriamente»,..., «el Rey no podría negar su firma, por ejemplo, a una

que las formas verbales cuantitativamente más importantes son las siguientes: el presente de indicativo, el futuro, la forma verbal «es» y el impersonal (por ejemplo, «se entenderá», y explica la relación entre la ideología subyacente a cada uno de los textos legales y el empleo de una u otra forma verbal. *Ideología, lenguaje y derecho*, Cupsa Ed., Madrid, 1978, págs. 184-192.

(27) Cfr. G. KALINOWSKI, *Lógica del discurso normativo*, cit., pág. 21. G. H. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, cit., pág. 117. En este sentido es en el que el lógico finés advierte frente a la idea el estudio conceptual de las normas en un estudio lógico de determinadas formas lingüísticas del discurso.

(28) Artículo 64: «1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso. 2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden».

Sobre la obligatoriedad del Rey de realizar los actos que constitucionalmente le corresponden, véanse los comentarios de R. ENTRENA CUESTA a los artículos 56, 57, 62 y 64 de la Constitución en, *Comentarios a la Constitución* (dirigidos por E. Garrido Falla), Cívitas, Madrid, 1985.

ley orgánica aunque le constase que en su votación no se había logrado el quórum prescrito por el artículo 81» (29).

Tomemos ahora un ejemplo de la legislación civilista. El artículo 316 del Código Civil, dice: «El matrimonio *produce* de derecho la emancipación.» Pues bien, este enunciado, con visos de performatividad, ¿debe entenderse como que el matrimonio *da derecho* a la emancipación o como que *obliga* al contrayente a emanciparse (que implicaría, por ejemplo, la obligación de alegarlo en juicio)? Siguiendo el esquema normativo de Sánchez-Mazas que tomábamos como referente en páginas anteriores, podemos traducir este enunciado en términos de implicación entre un antecedente: una persona contrae matrimonio y un consecuente: adquiere los derechos y obligaciones civiles que corresponden a una persona emancipada (30). En este caso tenemos que a un término legislativo corresponden dos funciones deónticas: obligación y permisión.

En términos similares tenemos el artículo 49,1 de la Constitución Francesa de 1958 que reza así: «Le Premier Ministre après la délibération du Conseil des Ministres, *engage* devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration politique générale.» ¿Se trata de una obligación del Primer Ministro de comprometer la responsabilidad del Gobierno, o es únicamente una facultad de aquél? (31).

3.1.1.2. Ambigüedad de términos (a primera vista) deónticos

Hohfeld, en 1913, constataba la ambigüedad del término «derecho» tal como es utilizado en los textos jurídicos. Según él, los juristas designan con «derecho» cuatro conceptos diferentes: derecho en sentido estricto, privilegio, poder e inmunidad. El «derecho en sentido estricto» —dice— es aquel que tiene una persona cuando otra tiene un deber hacia ella (es el correlativo de deber); un «privilegio» es el opuesto de un deber y el correlativo de un derecho, «cuando se dice que un privilegio dado es la simple negación de un deber, lo que se quiere decir, naturalmente, es que el deber tiene un contenido o un tenor precisamente opuesto al del privilegio en cuestión»; «poder» significa lo que una persona tiene cuando puede modificar, por un acto que depende de su voluntad una relación jurídica; e «inmunidad» (como opuesto a responsabilidad es el (hecho de) no estar sujeto a que alguien modifique una relación jurídica que nos concierne (32).

(29) J. A. SANTAMARÍA, «Artículo 91», en *Comentarios a la Constitución*, cit., pág. 1307.

(30) M. SÁNCHEZ-MAZAS, «Modelli aritmetici per l'informatica giuridica», cit., pág. 178.

(31) Cfr. M. TROPPER, «La Constitution et ses représentations sous la V République», en *Pouvoirs*, 1981, 4, págs. 61-72.

(32) W. N. HOHFELD, «Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning», en *Yale Law Journal*, 1913, vol. 23, págs. 32-33.

Pues bien, a pesar de que el sistema hohfeldiano resulta hoy en día bastante impreciso, y ha sido objeto de correcciones, nos sigue resultando útil siquiera para mostrar la ambigüedad del término derecho. Así (y dejando a un lado por imprecisa la segunda de las acepciones) nos encontramos con que la misma ambigüedad terminológica está presente en el derecho español. Veamos, por ejemplo, los diferentes sentidos con que en nuestro ordenamiento se emplea el término derecho.

Cuando el artículo 1.447 del Código Civil habla de *derecho* (del comprador) de saneamiento de la cosa en el contrato de compraventa, se está refiriendo a un derecho en sentido estricto correlativo a un deber del vendedor; pero cuando el mismo texto legal afirma, en su artículo 44 que el hombre y la mujer tienen *derecho* a contraer matrimonio, se refiere a, lo que en términos de Hohfeld, un poder; y, por ejemplo, cuando la Constitución se refiere al *derecho* de inmunidad e inviolabilidad de diputados y senadores significa que esas personas no están sujetas, en igual medida que el resto de ciudadanos, a la legislación penal.

Examinemos ahora la ambigüedad del verbo «poder». Tomemos el artículo 11 de la Convención de París para la protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883 (revisado en Líbano el 31 de octubre de 1958) que dice así: «1. El tribunal deberá... confirmar la pérdida de nacionalidad francesa... 2. Cada país *podrá* exigir... los documentos justificativos que juzgue necesarios. 3. De las disposiciones del presente artículo *no podrá* beneficiarse persona alguna si la marca cuya protección reivindica no se halla registrado en el país de origen». Como observa Kalinowski, el «podrá» del párrafo segundo tiene el sentido de una permisión bilateral (permisión de hacer y de no hacer): cada estado signatario de la Convención puede exigir y puede no exigir los documentos justificativos que considere necesarios. Por el contrario, el «podrá» del tercer párrafo precedido de la negación tiene el sentido de una permisión unilateral (permisión de hacer en este caso): de las disposiciones del artículo 11 «no tiene derecho a beneficiarse» ninguna persona si la marca no está registrada en el país de origen (33).

Estos dos entidos de la permisión, unilateral en el primer caso y bilateral en el segundo, están también presentes en nuestro derecho. Es el caso, por ejemplo, del artículo 11, de la Constitución, dice: «2. Ningún español *podrá* ser privado de su nacionalidad. 3. El Estado *podrá* concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o...»

(33) G. KALINOWSKI, *Lógica del discurso normativo*, cit., pág. 17. Las propiedades de la permisión bilateral parecen ser atribuidas también a las acciones jurídicamente indiferentes por no estar regladas. Cfr. P. H. STEINAUER, *La logique au service du droit*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1979, pág. 147, que incluye dentro del término «poder» la permisión y la indiferencia. Véase también I. Tammelo, «Law logic and human communication», en *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, 1965, 50, págs. 351 y sigs., y *Outlines of modern legal logic*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1969, págs. 90 y sigs.

3.1.2. Determinación de significado de las acciones

Hasta ahora nos hemos referido a los problemas planteados por los términos que expresan, en su estructura profunda, una relación deóntica. Ahora bien, para que podamos hablar de antinomia es necesario que los caracteres deónticos incompatibles de ambas normas se refieran a un mismo consecuente deóntico, es decir, a una misma acción (en sentido amplio de acción o abstención). Pues bien, a las dificultades que señalábamos antes (puntos 3.1.1 y 3.1.2) se añade otra, cual es, la determinación (para comprobar si hay o no coincidencia) del significado de los consecuentes deónticos; a cuyo respecto hay que destacar el carácter no excluyente de los «casos» objeto de las normas jurídicas.

Alchourrón y Bulygin (acogiendo la distinción de von Wright entre actos genéricos e individuales) (34) distinguen entre casos individuales y casos genéricos. Los casos individuales son situaciones o acontecimientos que se producen en una determinada ocasión espacio temporal (y que tienen la propiedad definitoria de un determinado universo del discurso). El caso genérico, por el contrario, se expresa a través de la descripción de determinadas propiedades que determinados acontecimientos pueden tener. Así, por ejemplo, «el caso del asesinato de Gandhi» y «el caso de homicidio intencional» se refieren, respectivamente, a un caso individual y a un caso genérico (35). Las normas que conforman los textos legislativos se refieren (en su gran mayoría) a casos genéricos; genericidad que se extiende a la descripción de la acción.

Pues bien, el elevado número de normas que conforman un ordenamiento jurídico conlleva que frecuentemente los casos sean no excluyentes, es decir, que una misma acción sea objeto o contenido de dos o más normas; de manera que el legislador puede adscribir a una misma acción caracteres deónticos incompatibles. Así, por ejemplo, dos normas del tipo «Prohibido aparcar» y «Permitido aparcar» constituyen un claro supuesto de antinomia.

Hay que señalar que para que una relación antinómica tenga lugar no es necesario que exista coincidencia nominal (es más, normalmente no existirá) en la descripción legal de la acción en las normas respecto de las que se cuestiona su compatibilidad. De forma que existe también antinomia en el supuesto de que la acción descrita por la norma por ser intencionalmente más amplia abarque o comprenda la acción descrita, con terminología diversa, por otra norma. Por ejemplo, tomemos el caso de dos normas del siguiente tenor: «Está prohibida toda discriminación por razones de raza, sexo o religión» y «Queda prohibido a las mujeres obtener el carné de conducir». Ambas normas se refieren a acciones distintas («discriminación» y «obtención del carné de conducir»), pero parece obvio que la prohibición de la segunda norma va en contra de lo prescrito por la primera.

(34) G. H. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, cit., págs. 53-54.

(35) C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., págs. 58-59.

Pues bien, la mayoría de los supuestos de antinomia se presentan como casos similares al descrito, en los que la identidad de acciones hay que referirla no a una identidad nominal, sino al contenido significativo de los términos que conforman la descripción de la acción; resolviéndose, en última instancia, en un problema de interpretación de los términos y expresiones legislativas.

3.2. *Determinación de una antinomia deóntica*

Puesto que no sólo el lenguaje legislativo, sino también el de los diferentes lógicos varía cuando significan las relaciones deónticas, vamos a comenzar dando cuenta de los términos en que algunos de ellos (en función de los operadores deónticos asumidos como fundamentales por cada uno de ellos) establecen la relación de antinomia.

Para ello vamos a estudiar las formulaciones de dos filósofos o teóricos del derecho: E. García Máynez y N. Bobbio, y de dos destacados exponentes de la lógica de las normas: G. H. von Wright y A. Ross.

García Máynez establece los dos casos de oposición contradictoria entre:

1. Prohibido a y Permitido a, y
2. Prohibido a y Ordenado a

No considera oportuno tener en cuenta la permisión como caso básico de oposición, puesto que, según él, cuando se impone una obligación implícitamente se otorga el derecho de hacer lo prescrito y, por tanto, «la norma que ordena permite lo que manda y en este sentido se opone contradictoriamente a la que prohíbe el mismo acto. La oposición entre lo *prohibido* y lo *ordenado* es un caso especial de la que existe entre lo *prohibido* y lo *permitido*» (36).

Ahora bien, como para García Máynez los preceptos jurídicos regulan las conductas mediante la imposición de deberes y el otorgamiento de facultades, las formas que asume la oposición contradictoria en el derecho pueden expresarse así:

1. Afirmación y negación de un mismo deber jurídico.
2. Afirmación y negación de un mismo derecho subjetivo de primer grado.
3. Afirmación y negación del derecho del obligado o facultad de cumplir el propio deber.
4. Afirmación y negación del derecho de libertad o derecho de segundo grado (37).

Utilizando una terminología deóntica, los cuatro casos de contradicción normativa individualizados por García Máynez se corresponde a:

(36) E. GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción a la Lógica Jurídica*, cit., pág. 33.

(37) *Ibidem*, págs. 34-37.

1. Obligatorio a y no Obligatorio a
2. Permitido a y no Permitido a
3. Obligatorio a y no Permitido a
4. a) Permitido a o no a y Obligatorio a
b) Permitido a o no a y Prohibido a

Bobbio, por su parte, tomando «obligatorio» como operador fundamental establece las siguientes correspondencias:

Obligatorio no hacer = Prohibición (O no)
no Obligatorio hacer = Permiso negativo (no O)
no Obligatorio no hacer = Permiso positivo (no O no)

Podemos partir también —dice— de cualquier otra proposición; y así, desde la permisión obtenemos:

Permitido no hacer = Permiso negativo (P no)
no Permitido hacer = Prohibición (no P)
no Permitido no hacer = Obligación (no P no)

Entre Permision y Obligación se dan, con ayuda de la negación, las siguientes equivalencias:

Se debe hacer = no se puede no hacer (O = no P no)
Se debe no hacer = no se puede hacer (O no = no P)
No es obligatorio hacer = permitido no hacer (no O = P no)
No es obligatorio no hacer = permitido hacer (no P no = P)

De esta forma, afirma que las relaciones de incompatibilidad normativa se reducen a estos tres casos (38):

1. O · O no
2. O · no O
3. O no · no O no

El primer caso es el de una relación de incompatibilidad entre Orden y Prohibición; el segundo entre Orden y Permiso negativo, y el tercero entre Prohibición y Permiso negativo (39).

Respecto de las tesis establecidas por estos autores creemos oportuno hacer algunas consideraciones.

Conviene recordar aquí que García Máynez elabora una lógica jurídica basada en su ontología formal del derecho. Asume para ello la distinción husserliana entre la ontología formal y la lógica. La primera establece las conexiones formales entre entes; la lógica, sobre la base de la primera, establece aserciones exclusivamente sobre proposiciones en orden a distinguir las proposiciones verdaderas de las falsas. Trasladando esta distinción al terreno jurídico García Máynez denomina principios o axiomas de la ontología formal del derecho aquellos que se refieren a las diversas formas de la conducta reglada, y principios de la lógica jurídica a los que se refieren a las proposiciones nor-

(38) N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., págs. 238-239.

(39) *Ibidem*, págs. 240 y 150-154, y *Teoria dell'ordenamento giuridico*, cit., pág. 87.

mativas respecto de las que se va a decidir la validez o invalidez. De esta manera, por ejemplo, el principio de contradicción de la ontología formal del derecho: «ninguna conducta puede estar al mismo tiempo jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida» se diferencia del principio de contradicción de la lógica jurídica: «dos normas jurídicas contradictorias no pueden ser ambas válidas» (40).

García Máynez hace caso omiso de la lógica modal, olvidando que la relación establecida por él entre ontología modal y lógica modal había sido realizada ya por los lógicos entre categorías modales y categorías normativas.

Bobbio, por su parte, aplica el cuadro de oposición lógico a las proposiciones prescriptivas partiendo de una prescripción cualquiera de la que se puede obtener, con el empleo de la negación, cualquier otra (él lo hace en primer lugar con la prescripción afirmativa universal: «Todos deben hacer X») (41).

Pasemos ahora al análisis que llevan a cabo los lógicos von Wright y Ross.

En *Norma y Acción* von Wright no establece claramente cada uno de los casos en los que se produce una antinomia normativa (o inconsistencia, utilizando su terminología). No obstante, un examen de su obra permite deducir los supuestos de inconsistencia que individualizaremos a continuación.

Ante todo hay que comenzar diciendo que para el lógico finés los operadores deónticos básicos son O (Deber) y P (Poder); las normas con el carácter de Deber pueden denominarse normas de obligación, y las normas con el carácter de poder normas permisivas. En tercer lugar están las normas prohibitivas.

Puesto que «deber» y «tener que no» (es decir, Obligación y Prohibición) son interdefinibles no introduce un símbolo especial para la Prohibición. Respecto de la Permisi3n, considera que tiene un “status” independiente (dada la distinción entre Permisi3n fuerte y Permisi3n débil).

Establece de esta forma los tres caracteres de las normas: «Si una

(40) Cfr. N. BOBBIO, «La logica giuridica di Eduardo García Máynez», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1954, págs. 647-648.

(41) Respecto de la terminología bobbiana hay que hacer notar lo siguiente. Distingue, en su *Teoria della norma giuridica*, tres criterios de valoración a que puede ser sometida la norma jurídica: justicia-injusticia, validez-invalidez y eficacia-ineficacia. En páginas sucesivas se refiere desde un punto de vista formal a la norma como proposición; por «proposición» entiende un conjunto de palabras con significado completo, y afirma que las normas jurídicas pertenecen a la categoría general de proposiciones prescriptivas, proposiciones que (dice en otro lugar) no son ni verdaderas ni falsas, sosteniendo, como es lugar común hoy día, la diferencia irreducible de las proposiciones prescriptivas y descriptivas (diferencia que él establece respecto de la función, del comportamiento del destinatario y del criterio de valoración). Pues bien, en la última de las obras citadas, así como en la *Teoria dell'ordinamento giuridico*, al tratar de las antinomias establece, sorprendentemente, tablas de *verdad* de las normas y se refiere a la incompatibilidad normativa en términos veritativos: «... si definimos normas incompatibles aquellas que no pueden ser ambas *verdaderas*, se verifican relaciones de incompatibilidad en estos tres casos...». N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., págs. 35 y sigs., 75-76, 83 y 86, y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pág. 86.

prescripción se da para que algo deba ser hecho, a menudo la llamamos *mandamiento u orden*. Si se da para que algo pueda ser hecho, la llamamos *permiso*. Si, finalmente se da para que algo tenga que no ser hecho, llamamos *prohibición*» (42). Es por esto que cuando trata de la inconsistencia normativa no alude a las expresiones de Prohibición sino que se limita a las de carácter O y de carácter P.

Pues bien, después de definir en tres fases la noción de consistencia (consistencia respecto de un conjunto de normas de obligación, de un conjunto de normas de permisión y de un conjunto de normas mixtas de obligación y permisión) establece con carácter general que son incompatibles una norma y su norma negación, y define esta relación como sigue: «Una norma es la norma-negación de otra norma si, y sólo si, las dos normas tienen carácter opuesto y sus contenidos son las negaciones internas una de la otra» (43).

Atendiendo a las negaciones de las expresiones —O y —P atómicas, las relaciones de una norma y su negación son:

$$\begin{aligned} &Od (\sim pTp) \text{ y } Pf (\sim pTp) \\ &Of (\sim pTp) \text{ y } Pd (\sim pTp) \end{aligned} \quad (44).$$

Así, la negación de un mandato positivo es un permiso negativo y, a la inversa, la negación de un mandato negativo es un permiso positivo.

La inconsistencia se da también en el caso de dos mandatos (Obligación y Prohibición) uno de cuyos contenidos es la negación interna del otro, que von Wright (puesto que no incluye el operador de la Prohibición) simboliza así:

$$Od (\sim pTp) \cdot Of (\sim pTp) \quad (45).$$

En el mismo caso, pero referido a los permisos no se produce inconsistencia (las normas permisivas nunca se contradicen entre sí).

Aunque posteriormente von Wright irá modificando partes de su sistema de lógica deóntica, por lo que a nuestro objeto respecta no realiza cambios sustanciales. Así, en «*On the logics of norms and actions*» sigue definiendo la relación de inconsistencia por medio de (la introducción de) la negación y, del mismo modo que en *Norma y Acción* establece como contradictorias (46):

(42) G. H. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, cit., pág. 88.

(43) *Ibidem*, pág. 152.

(44) *Ibidem*.

(45) *Ibidem*, pág. 157.

En *Deontic Logics*, sigue afirmando que el lenguaje de la lógica deóntica tiene dos operadores P (permitido) y O (obligatorio), que son interdefinibles: O = «es obligatorio que» = «está prohibido que no», en *American Philosophical Quarterly*, 1967, 42, pág. 136.

(46) G. H. VON WRIGHT, «On the logic of norms and actions», en *New Studies in Deontic Logic* (R. Hipiel ed.), Reidel, Holland-USA-England, 1981, págs. 9 y 13.

$Op \cdot P\sim p,$
 $P\sim p \cdot Op,$ y
 $Op \cdot O\sim p$

Mantiene, asimismo, la interdefinibilidad de la Prohibición y Permiso («No permitido» significa «prohibido» y «no prohibido» significa «permitido»). Pero añade a ello la interdefinibilidad entre P y O de forma que, $P = \sim O$ y $O = \sim P\sim$, pudiendo prescindir así de uno de ambos operadores (47).

Ross, en *Directives and Norms*, parte del hecho de que «Obligación» es la categoría directiva fundamental en la que puede ser expresada cualquier norma. La posición privilegiada de esta modalidad resulta del hecho de que, mientras que es concebible un sistema que contenga solamente normas afirmativas de obligación, no podemos decir otro tanto respecto de la modalidad del permiso (48). De esta forma, critica la concepción de von Wright según la cual «permiso es una modalidad normativa independiente no traducible en términos de mandatos y prohibiciones» (49). Para Ross, permiso es lo mismo que negación de la obligación. «Las normas de permiso tienen la función normativa de indicar, dentro de un sistema, cuales son las excepciones a las normas de obligación del sistema.» De lo cual —dice Ross— se sigue que en un lenguaje formalizado necesitamos solamente un símbolo irreducible para el elemento directivo de las normas: la obligación (50).

Teniendo esto en cuenta, y siguiendo el sistema elaborado por Hohfeld (51), Ross establece la siguiente tabla de modalidades jurídicas que simboliza como sigue:

- (1) Obligación (*obligation*) A-B (C) = Pretensión (*claim*) B-A
- (2) Permiso (*permission*) A-B (no-C) = No-pretensión B-A (C)
- (3) Pretensión A-B (C) = Obligación B-A (C)
- (4) No-pretensión A-B (C) = Permiso B-A (no-C) (52).

Comienza (1) adscribiendo obligación a A; (2) se introduce como la negación de (1); (3) y (4) se introducen para denotar la misma relación de obligación que (1) y (2) pero vista desde la pers-

(47) *Ibidem*, pág. 9.

(48) A. ROSS, *Directives and norms*, cit., págs. 117-118.

(49) Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norma y Acción*, cit., pág. 88.

(50) A. ROSS, *Directives and norms*, cit., pág. 120.

(51) W. N. HOFLED, «Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning», cit., vol. 23, pág. 16; vol. 26, pág. 710. No obstante, como indica el mismo Ross, su postura difiere de la del jurista americano en cuanto que este no intenta interpretar las modalidades según su función jurídica y parece no advertir que estas no son otra cosa que herramientas del lenguaje del derecho, A. ROSS, *Directives and norms*, cit., pág. 119; vid. del mismo autor *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 163.

(52) A. ROSS, *Directives and norms*, cit., pág. 119.

Se refiere también a las normas de competencia. Nosotros nos limitamos al examen de las normas de conducta, puesto que las de competencia son reducibles o transcribibles en términos de estas. *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 156.

pectiva de B; (2) y (4) son las negaciones de (1) y (3); y (3) y (4) son correlatos sinónimos de (1) y (2). El signo = indica que las expresiones que conecta son sinónimos y correlativos, y que las expresiones que conecta son contradictorias. La fórmula «Obligación A-B (C)» se lee «A» tiene en relación a B la obligación de desarrollar el comportamiento C, donde «C» describe la situación y tema de la obligación de A (53).

Establece entre las modalidades deónticas las siguientes relaciones:

Permiso C = no obligación no-C = no prohibición C

Libertad = no prohibición C & no mandato = no obligación no C & no obligación C (54).

Así tenemos que, para Ross, la relación de contradicción se da entre:

1) Obligación y Permiso, y 2) Pretensión y No Pretensión.

Analizado el diferente vocabulario empleado por los cuatro autores que hemos tomado como ejemplo, tenemos que decir que, más allá de esta diferente terminología hay que tener en cuenta el hecho de que la variedad de expresiones lingüísticas presentes en los textos legislativos no permite restringir sino, por el contrario, ampliar el cuadro de modalidades deónticas a tener en consideración. De esta forma, podemos comenzar adoptando los siguientes tipos de relación deóntica (55):

1. Implicación deóntica positiva, es decir Obligación.
2. Implicación deóntica negativa, es decir Prohibición.

Por medio de la negación de las respectivas implicaciones se llega a:

3. Negación de una obligación = Facultad o no Obligación.
4. Negación de una prohibición = Permiso unilateral o no Prohibición.

Estos cuatro tipos de relación deóntica suelen simbolizarse:

O (para expresar obligación)

I (« » prohibición)

F (« » facultad o no obligación)

P (« » permiso unilateral o no prohibición).

Ahora bien, al lado de estas cuatro relaciones deónticas fundamentales (que dan lugar al clásico cuadro de oposición deóntica), hay que tener en cuenta que los documentos legislativos emplean términos cuyo significado no es incluíble en ninguno de los anteriores

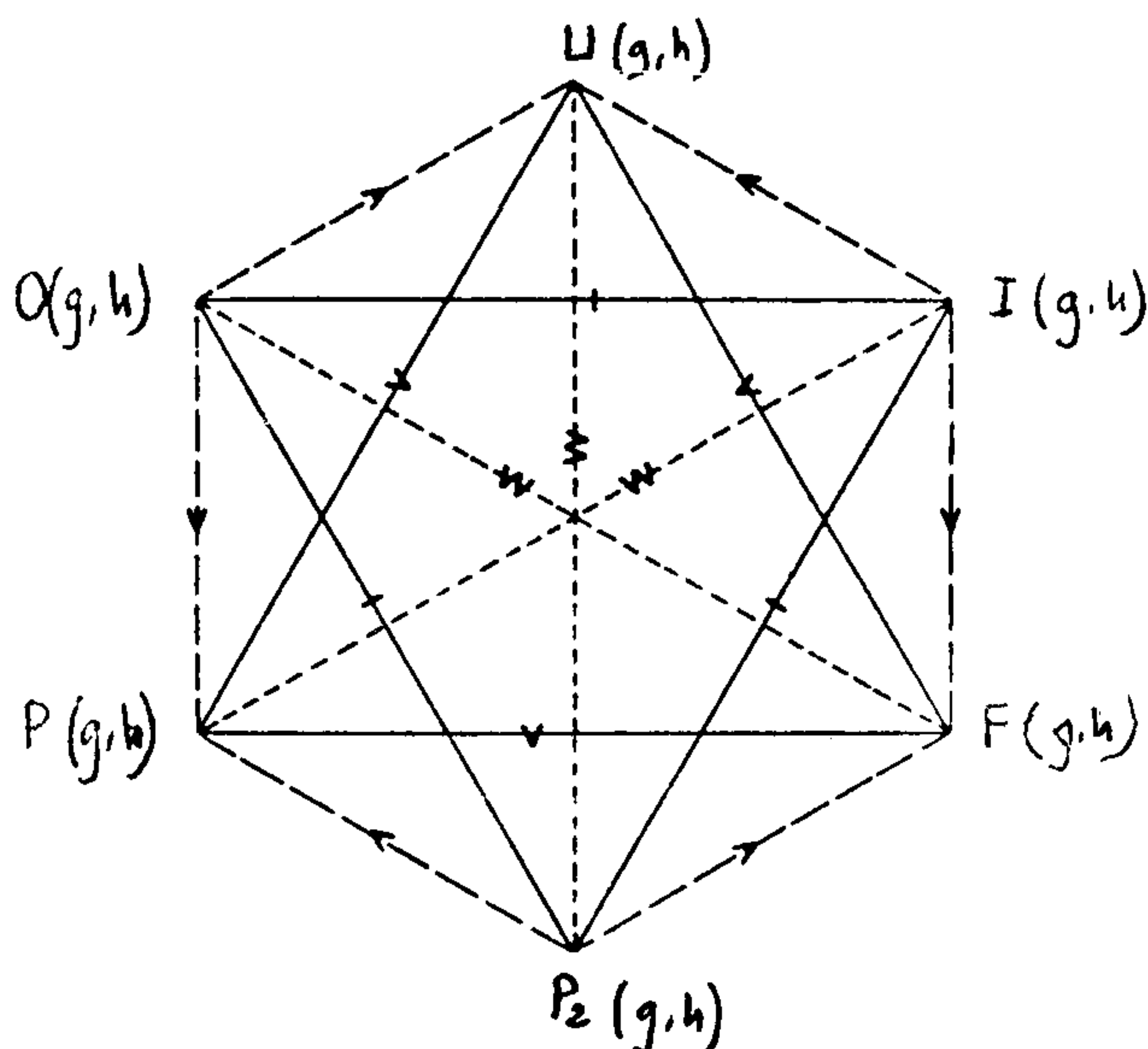
(53) *Ibidem*.

(54) *Ibidem*, pág. 128.

(55) M. SÁNCHEZ-MAZAS, «Modelli aritmetici per l'informatica giuridica», *cit.*, págs. 170 y sigs.

supuestos. Es por ello que, a fin de mostrar con mayor claridad los términos de la relación de oposición deben introducirse otras relaciones deónticas cuya importancia en el terreno jurídico es indiscutible: se trata del permiso bilateral (P o F) (es decir, permiso de realizar u omitir una acción, al mismo tiempo facultad bilateral), y la prescripción (U) (obligación, si es afirmativa, o prohibición, si es negativa).

Estos seis operadores deónticos se relacionan entre sí a través del exágono de las relaciones deónticas.



Con el signo \rightarrow se indica la relación de subalternación; con $|$ de contrariedad (o incompatibilidad), con w de contradicción, y con v de subcontrariedad. Nosotros (dado nuestro objeto de examen) nos limitaremos a la segunda y tercera; «g» representa el antecedente deóntico, y «h» el consecuente deóntico (acción y omisión).

La relación de contrariedad se da entre:

$O(g, h) \cdot I(g, h)$
 $O(g, h) \cdot P_2(g, h)$
 $I(g, h) \cdot P_2(g, h)$

Y la relación de contradicción entre:

$P(g, h) \cdot I(g, h)$
 $F(g, h) \cdot O(g, h)$
 $P_2(g, h) \cdot U(g, h)$

Las relaciones $O(g, h)$, $I(g, h)$ y $P_2(g, h)$ son *fuertes* y constituyen el triángulo deóntico fuerte. Las relaciones $P(g, h)$, $F(g, h)$ y $U(g, h)$ son *débiles* y constituyen el triángulo deóntico débil. Esto significa que cada una de las tres relaciones fuertes implican dos relaciones débiles, a condición de que el antecedente g no sea contradictorio (o se que $g \neq z$).

Así podemos concluir afirmando que existe una antinomia normativa en los casos de contradicción y de contrariedad (o incompatibilidad).

Teoría pura y teoría egológica del Derecho

Por LUIS MARTINEZ ROLDAN

Oviedo

Durante el verano de 1949 Kelsen fue invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a impartir un ciclo de conferencias, bajo el título general de «Problèmes Choises de la Théorie Pure du Droit» —las pronunció en francés— y en las que abordó tres temas de gran interés:

1. La Ciencia del Derecho como Ciencia Social normativa.
2. El Derecho como objeto de la Ciencia Normativa.
3. El Derecho como orden constructivo.

La presencia del profesor C. Cossio y el auge de su Teoría Egológica en la Universidad bonaerense van a propiciar que este hecho —que en circunstancias normales no hubiera tenido más historia— se convierta en una especie de espoleta que va a provocar un vehemente enfrentamiento entre la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Egológica, que yo me atrevería a decir que es más un enfrentamiento personal entre Kelsen y Cossio. Todo ello dio lugar a un intercambio de escritos en los que por una y otra parte se hacen auténticas descalificaciones doctrinales y sobre todo personales, al estar ambos autores más pendientes de revatir o de ver una aceptación de sus principios en la tesis del contrario, que de comprender el pensamiento de aquél (1).

(1) C. COSSIO publica un artículo titulado «Teoría Egológica y Teoría Pura. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina» que apareció en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XII, núm. 45, enero-marzo 1950. Este mismo artículo fue publicado posteriormente en la *Revista Austriaca de Derecho Público Oesterreichische Zeitschrift fuer Oeffentliches Recht*, vol. V, cuadernos 1-2, 1952. Más tarde el mismo COSSIO publica un libro titulado *Kelsen-Cossio: Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Egológica y Teoría Pura*, U. Kraft, Buenos Aires, 1952, en el que se recoge el artículo anteriormente mencionado del profesor Cossio más la traducción castellana —hecha por él— de las conferencias de Kelsen.

Kelsen se sintió molesto por la aparición de este libro con su nombre unido al del profesor Cossio y en el que aparecía sólo la traducción castellana de sus disertaciones y no el original francés, según él había convenido con la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Por ello pide a la editorial sea retirado dicho libro, y escribe un artículo bajo el título de «Teoría Pura del Derecho y Teoría Egológica. Respuesta al artículo de C. Cossio: Teoría Egológica y Teoría Pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la

Efectivamente Cossio no desaprovecha esta oportunidad para poner a prueba y medir su Teoría Ecológica frente a la Teoría Pura, adquiriendo un relevante protagonismo. En sus escritos Cossio manifiesta que Kelsen había ido a Buenos Aires a «dialogar con la Teoría Ecológica»; que «en sus conversaciones privadas le había concedido bastante más que en sus disertaciones académicas»; y que la visita de Kelsen le había defraudado al no producirse ninguno de los efectos por él esperados, es decir, la «absorción de la Teoría Pura por la Teoría Ecológica» o incluso «la conversión de Kelsen a la Ecológica», o en caso contrario, la «fulminante refutación de ésta» (2).

Por su parte Kelsen, en su único artículo de contestación (3), y ante la textura que Cossio le sitúa, se inclina abiertamente por esta última opción, desautorizando de forma clara el pensamiento ecológico y manifestando que si esto no lo hizo antes fue por «razones de cortesía que en mi carácter, dice Kelsen, de huésped de la Universidad bonaerense me creí obligado a tener en cuenta» (4). Kelsen termina su artículo diciendo: «De esta manera respondo, de una vez por todas, a la cuestión planteada por el profesor argentino sobre la relación de la Teoría Pura del Derecho con la Teoría Ecológica» (5).

Este enfrentamiento ha hecho que quienes se acercan al estudio de la Teoría Pura y de la Teoría Ecológica se sientan obligados de alguna forma a tomar partido, y a erigirse en jueces de esta controversia dando la razón a una de las dos partes en conflicto. Werner Goldschmidt, por ejemplo, en un trabajo en el que aborda este problema (6) llega a las siguientes conclusiones:

Argentina)» publicado en la *Revista Oesterrichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. V, H. 4, Viena, 1953. Artículo que Kelsen se encarga de divulgar enviándolo a E. García Máynez con el ruego de que lo traduzca y lo publique en México, lo que García Máynez hace en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, núm. 10, abril-junio 1953 páginas 169-205. En España también aparece traducido por L. Legaz Lacambra en la *Revista de Estudios políticos*, Madrid, septiembre-octubre 1953. También apareció en la *Revista La Ley*, Buenos Aires, 10 de noviembre de 1953. Finalmente C. COSSIO contesta en 1954 con un artículo titulado «La Polémica anti-ecológica» y dedicándole más de 100 páginas en su obra principal *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.^a ed., Abeledo-Perrot, La Argentina, 1964, en concreto las páginas 356 a 456.

(2) Vid. C. COSSIO, *Kelsen-Cossio. Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura*, U. Kraft, Buenos Aires, 1952, págs. 17, 18 y 31.

(3) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta al artículo de C. Cossio: Teoría Ecológica y Teoría Pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)*, Trad. de E. García Máynez, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, núm. 10, abril-junio 1953.

(4) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 171.

(5) H. KELSEN, *op. cit.*, págs. 171 y 205 respectivamente. C. Cossio por su parte continúa la polémica y critica a Kelsen su negativa a contestar. Al hablar de la distinción kelseniana entre norma y regla dice: «En el primer comentario que de ellas hice ese mismo año, en la respuesta que dio Kelsen al mismo, y en mi respuesta a su respuesta que ha quedado sin contestación»; C. COSSIO *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto jurídico de libertad*, *edi. cit.*, pág. 402.

(6) W. GOLDSCHMIDT, *Cossio contra Kelsen (apostillas a Kelsen-Cossio, problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura)*, en *Justicia y Verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1972, págs. 406-436.

1.^a Que «Cossio está en lo cierto con respecto a Kelsen en todos los puntos controvertidos».

2.^a Que «La Escuela Egológica es en la actualidad el cuerpo de doctrinas iusfilosóficas más importante en el sentido de que ninguna otra corriente comprende con tanta complitud y tanta profundidad los problemas iusfilosóficos y las enseñanzas jurídicas y filosóficas».

En base a todo ello entiende también Goldschmidt que el título correcto de un estudio sobre esta problemática sería «Teoría Egológica y Teoría Pura» —y no al revés como lo hemos hecho nosotros— ya que «en la controversia planteada, dice, Cossio actúa como actor y Kelsen como demandado» (7).

Dado que el enfrentamiento, a mi juicio y como he indicado, tiene más de personal que de doctrinal no creo positivo entrar en él y menos tomar partido de forma absoluta, ya que correríamos el riesgo de dar un veredicto totalmente parcial y subjetivo como, sin duda alguna, pienso que le ha ocurrido a W. Goldschmidt. Creo mucho más positivo abordar los problemas desde el estudio de la Teoría Pura y de la Teoría Egológica —al margen de enfrentamientos inútiles—, pues ello nos llevará a resultados más objetivos y, tal vez, a descubrir más coincidencias que discrepancias entre ambas doctrinas, por mucho que le pese a Kelsen y a Cossio.

Esto es precisamente lo que pretendemos en este trabajo, centrándonos casi exclusivamente en dos temas:

1. La Ciencia Jurídica como Ciencia Normativa.
2. La delimitación ontológica del Derecho.

Ante todo hay que reconocer que en la base de ambas concepciones del Derecho (Teoría Pura y Egológica) late una preocupación común y una intención también común de buscarle una solución. Se pretende hacer desaparecer esa duda que todo jurista alberga acerca de la cientificidad de la ciencia jurídica y, en consecuencia, también del carácter científico de los resultados de la misma. Se pretende «dar al jurista una nueva conciencia de sí mismo a fin de que esa Ciencia Dogmática que sale de sus manos —y sólo de las suyas— pueda ser tenida efectivamente por ciencia. Esa Ciencia Dogmática caída hoy, como ninguna otra, en crisis de fundamentos y en cuya cientificidad nadie cree ya que quien primero la acusa es su propio desenvolvimiento histórico al llegar al presente con tan magros resultados como saber acumulativo después de un siglo y medio de sostenido esfuerzo con esa intención» (8). El lector a simple vista y sin más datos no sabría ni podría atribuir este texto a una de las dos concepciones, pues ambas podrían perfectamente suscribirlo. Si Cossio —autor del párrafo que acabamos de transcribir— nos dice que esa es la pretensión de la Teoría Egológica; Kelsen, por su parte, no cesa de manifestar —desde 1910

(7) W. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pág. 407.

(8) C. COSSIO, *Teoría Egológica y el Concepto jurídico de Libertad*, *edi. cit.*, págs. 30-31.

en que escribe *Autprobleme der Staatsrechtslehre* hasta su obra póstuma *La Teoría General de las Normas*— su gran preocupación por liberar a la Ciencia del Derecho del aislamiento y de las críticas a que venía siendo sometida, e insertarla como un miembro digno en el sistema de las demás ciencias (9).

Por otra parte, ni la Teoría Pura ni la Teoría Ecológica han podido prescindir de la categoría de lo «normativo» para distinguir la ciencia jurídica de las demás ciencias sociales; ni para delimitar, como luego veremos, la realidad del Derecho. En cuanto al carácter «normativo» de la ciencia jurídica, es algo que se ve claro en Kelsen, y así lo ha puesto de manifiesto, entre otros, N. Bobbio (10). Pero también es cierto en el caso de Cossio quien nos llega a decir que «la afirmación de que la ciencia dogmática del Derecho es una ciencia normativa, es una de aquellas que gozan de firme predicamento no sólo entre los juristas, sino también entre los filósofos que se han dedicado con especialidad a caracterizar las distintas modalidades del saber humano» (11). Sin embargo, que «la jurisprudencia sea ciencia normativa quiere decir —siguiendo a N. Bobbio— dos cosas muy diferentes y no necesariamente conectadas: en un sentido débil quiere decir que la jurisprudencia tiene que ver con (o trata de) normas; en un sentido fuerte, que pone o propone o incluso impone normas. El equívoco nace, continua N. Bobbio, del hecho de que la jurisprudencia, a diferencia, por ejemplo, de las demás ciencias sociales, puede ser llamada normativa en ambos sentidos» (12).

Es claro que Kelsen entiende a la jurisprudencia como *ciencia normativa* solamente en *sentido débil*, es decir, *porque conoce normas*; pero nunca porque *Cree o imponga normas* —sentido fuerte—. Kelsen parte de un concepto de ciencia puramente descriptivo y avalorativo defendido, entre otros, por Max Weber cuyo propósito, en este sentido es «realizare la distinzione tra il conoscere e il valutare, cioè tra il compimento del dovere scientifico di vedere la verita dei fatti e il compimento del dovere pratico di difendere i propri ideali» (13). No hay nada más ajeno a la ciencia en Kelsen que el *prescribir, valorar o crear su propio objeto*. «La ciencia, dice, tiene que describir su objeto tal como realmente es, y no prescribir como debiera ser o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos» (14). En

(9) Vid. H. KELSEN, *Autprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der lehre von Rechtssatze*, Mohr, 2.^a edi., Tübingen 1911, pág. XXIII. También *La Teoría Pura del Derecho*, Trad. de R. J. Vernengo, 2.^a edi. UNAM. México, 1982, págs. 9 y sigs., y *La Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, sobre todo el prólogo. Y finalmente *la Teoría Generale de le Norme*, trad. Mirella Torre, Einaudi, Torino, 1985, págs. 3 y sigs.

(10) N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres editor, S. A., Valencia, 1980, pág. 202.

(11) C. COSSIO, *Teoría de la Vedad Jurídica*, Edi. Losada, S. A., Buenos Aires, 1954, pág. 19.

(12) N. BOBBIO, *op. cit.*, pág. 202.

(13) MAX WEBER, *Il Metodo delle scienze storico-sociali*, trad. di Pietro Rossi, Einaudi, Torino, pág. 65.

(14) H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, pág. VI.

consecuencia vemos que la ciencia jurídica en Kelsen será normativa *por el objeto* —porque conoce normas—; también *por el método* —imputación frente a explicación—; pero nunca lo será *por la función* que no puede ser nunca normativa (prescriptiva), sino meramente descriptiva.

Para Carlos Cossio en principio, y según él, la ciencia jurídica sería normativa en un sentido aún más débil que el señalado por Kelsen. Cossio comparte plenamente el carácter meramente descriptivo y avalorativo de la ciencia. Para él «la actitud científica es contemplativa y neutral respecto de los objetos que investiga y por tanto la ciencia suministrará conocimientos pero nunca el objeto que conoce» (15). De acuerdo con esto la ciencia jurídica no sería normativa ni por *suministrar normas*, ni siquiera por *conocer normas*; sino por *conocer mediante normas* la realidad del Derecho, que ya veremos en que consiste según Cossio.

Para el autor de la Teoría Egológica en un primer momento se entiende que la ciencia jurídica es normativa por *suministrar* normas —postura mantenida desde la antigüedad, recogida y desarrollada posteriormente por Savigny—. En un segundo momento se entiende que es normativa por *conocer* normas —postura de la Escuela francesa de la Exégesis, del positivismo racionalista y que culmina con Kelsen—. En un tercer momento —y ésta es, según él, la aportación de la Teoría Egológica— la ciencia jurídica será normativa *porque conoce mediante normas*. Para Cossio la jurisprudencia no sería normativa ni por el *objeto* —no son normas sino conductas—, ni por el *método* —comprensión frente a explicación—, ni por la *función* —meramente descriptiva—. Sería normativa solamente desde el punto de vista lógico-gnoseológico, es decir, por los medios lógico-gnoseológicos que utiliza para describir fielmente su objeto. En esto —además por supuesto de por el objeto— es en lo único que se diferencia de las demás ciencias, es decir, en las demás ciencias los medios lógico-gnoseológicos son juicios de ser (leyes de las ciencias), y en las ciencias jurídicas son juicios de deber ser (las normas). Pero ambas cumplen idéntica función enunciar y describir fielmente su objeto. La única razón por la que la ciencia jurídica tiene que utilizar para tal cometido juicios de deber ser y no de ser está en las peculiaridades del objeto a conocer que es *conducta en cuanto posibilidad, interferida intersubjetivamente y valiosa o disvaliosa*. Esta realidad tan compleja no puede ser enunciada en su integridad y reflejada fielmente mediante un juicio de ser, y habrá que acudir a un juicio disyuntivo de deber ser que en sus dos partes —que Cossio denomina *Endonorma* y *Perinorma*— miente todas las posibilidades en cuanto tales, en su interferencia alteral y valiosas o disvaliosas. Precisamente la auténtica dificultad de la ciencia jurídica, según C. Cossio, estriba en encontrar unos medios lógicos —conceptos o juicios—, distintos pero paralelos a aquellos con los que trabajan las

(15) C. COSSIO, *Teoría de la Verdad Jurídica*, *edi. cit.*, pág. 209. Véase también *La Teoría Egológica y el concepto jurídico de libertad*, *edi. cit.*

ciencias naturales, que sean capaces de captar y reproducir limpiamente y en toda su dimensión el objeto Derecho tal cual es.

En este punto parece que hay una clara diferencia entre la Teoría Pura y la Teoría Ecológica. La primera identifica Derecho con norma —con Ordenamiento normativo—, no puede delimitar el Derecho sin acudir a la categoría de la norma, de lo normativo. La segunda parece no necesitar de dicha categoría para especificar el Derecho en cuanto objeto; sin embargo, tendremos ocasión de analizar más adelante hasta que punto lo consigue.

Otro de los puntos que es común preocupación de ambas teorías, en orden a atribuir auténtica científicidad a la jurisprudencia, es el poder diferenciar en ella los medios lógico-gnoseológicos de los que se sirve para enunciar y conocer su objeto y el objeto de dicho conocimiento. Esto que está perfectamente claro en cualquier otra ciencia —nadie confunde, por ejemplo, las leyes de la Astronomía con los astros—, en la ciencia jurídica está sumamente confuso. No se sabe si las normas son los juicios mediante los cuales se expresa la realidad del Derecho, o si son el Derecho mismo, o si son ambas cosas a la vez. Si la norma es un juicio ¿cuál será el objeto mencionado?, y si la norma es el objeto ¿cuál es el juicio mediante el cual ésta se menciona?

A estos problemas se enfrentan tanto Kelsen como Cossio y aparentemente Cossio ofrece una solución más diáfana, más clara, lo que no quiere decir que sea más correcta.

Vayamos primeramente con Kelsen en cuyo pensamiento advertimos que han sido precisamente los interrogantes que acabamos de reseñar los que le han llevado a que en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado* (16) establezca una distinción, fundamental en su pensamiento, entre *Norma Jurídica* y *Regla de Derecho*. Distinción que se mantiene hasta el final de su obra con la *Teoría General de las Normas* en la que ya no habla tanto de regla como de *proposición jurídica* o de *aserción*. Distinción que antes de la *Teoría General del Derecho y del Estado* no estaba nada clara en el pensamiento de Kelsen; y él mismo lo reconoce en su artículo de contestación al profesor Cossio: «Confieso, sin embargo, como lo reconocí hace ya mucho tiempo, que en un principio no vi con suficiente claridad la distinción entre norma y proposición jurídica» (17).

Posteriormente la distinción parece clara; para Kelsen la norma es la expresión del sentido de un acto de voluntad dirigido al hacer de otro. El *sentido subjetivo* de ese acto de voluntad ha de coincidir con el *sentido objetivo* expresado por un acto de voluntad superior cuyo sentido es también una norma superior. En definitiva se necesita, para que ese *sentido subjetivo* de voluntad sea norma válida, que proceda de la autoridad competente, que es la que crea Derecho prescribiendo e imperando y nunca describiendo (18). Sentido el acto de voluntad

(16) H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, *edi. cit.*, págs. 46 y sigs.

(17) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría Ecológica y Teoría Pura...*, *edi. cit.*, págs. 169-205 en concreto la pág. 194.

(18) H. KELSEN en su *Teoria Generale delle Norme*, *edi. cit.*, pág. 52, dice: «L'as-

del legislador —u órgano que cree el Derecho— que en consecuencia es imperativo y al que no tiene sentido aplicarle la categoría verdad-falsedad sino que solamente será válido o inválido. Este imperativo es expresado por el legislador mediante la terminología más variada, utilizando en muchos casos expresiones de futuro —«será castigado», «se le impondrá la pena de...», etc.— para señalar la imputación de una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho. Esto es el Derecho en cuanto objeto: Imperativa regulación de conductas, en definitiva, normas.

Sin embargo, la regla, proposición o aserción jurídica es, para Kelsen, el sentido de un acto de pensamiento, mediante la cual el científico —el jurista— pretende describir y conocer —por eso es verdadera o falsa y nunca válida o inválida— la realidad del Derecho que son normas, utilizando siempre la cópula deber ser que es la válida para expresar la relación de imputación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y no la cópula ser que expresa relación de causalidad.

Lo que Kelsen pretende —distinguir objeto de conocimiento y medios lógico-gnoseológicos— es perfectamente razonable, lo que ya es más discutible es el modo como él pretende conseguirlo, es decir, mediante la distinción entre norma y proposición, sobre todo teniendo en cuenta que también la norma puede —y es lo más normal— utilizar la cópula «deber ser», en cuyo caso no se entiende porqué el deber ser de la norma tiene unas características completamente distintas al deber ser de la proposición. Lo que ha inclinado a Cossio a decir que es «una pueril e inútil reduplicación de la misma cosa» (19). Sin embargo, como veremos más adelante, Cossio va a establecer distinciones muy parecidas, en concreto va a distinguir entre *norma del jurista* y *norma del órgano que*, a pesar de que Cossio crea lo contrario, es bastante similar.

Para Kelsen, pues, el Derecho ónticamente determinado está constituido por normas que forman el Ordenamiento jurídico o, más precisamente, está constituido por el Ordenamiento jurídico que está formado por normas, ya que para él no es el Ordenamiento jurídico el conjunto de normas jurídicas, sino que solamente son normas jurídicas aquellas que integran o pertenecen a un Ordenamiento jurídico. La juridicidad del Ordenamiento no le deviene de las normas, sino al revés, es la juridicidad de las normas la que deviene del Ordenamiento jurídico. *Sólo partiendo del concepto de Ordenamiento jurídico se puede explicar la juridicidad, la coactividad y la validez de las normas jurídicas.*

La sensible y caótica experiencia jurídica —multiplicidad de normas generales e individuales— sólo se convierte en un todo unitario, coherente y sistemático mediante la conceptualización de la ciencia, es decir, mediante el concepto o categoría de Ordenamiento jurídico,

serzione é il senso di un atto di pensiero mentre la norma, come già osservato, è il senso di un atto di volontà rivolto intenzionalmente ad un certo comportamento umano.»

(19) C. COSSIO, *Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, *edi. cit.*, pág. 402.

cuya unidad reposa en esa ficción jurídica que es la Norma Fundamental, que sin tener nada de jurídica —al no ser sentido de acto de voluntad alguno— es el fundamento, la base y el criterio de unidad de todas las demás normas. Sólo teniendo en cuenta esta necesaria conceptualización de la ciencia se puede entender que Kelsen diga que la ciencia jurídica *produce* su propio objeto. «Esta producción, dice Kelsen, tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de objetos mediante el trabajo humano, o la producción del Derecho por la autoridad jurídica» (20). Esta conceptualización del Derecho en cuanto Ordenamiento jurídico permite explicar la juridicidad y, en consecuencia, la validez de las normas, incluso en aquellos casos en los que se trate de normas opuestas o contrarias —de igual o desigual rango—, aunque nunca contradictorias, pues en cuanto sentidos de actos de voluntad no están sometidas a los principios de la lógica, en concreto al principio de *no contradicción* y de *deducción* (21). Esto nos enfrentaría con el problema de los «conflictos normativos» en Kelsen. Conflictos que se dan al existir dos normas válidas y opuestas, especie de dos fuerzas que accionan en sentido contrario sobre un mismo punto, y que en consecuencia no entrañan ninguna contradicción lógica. Si hubiese contradicción, como en el caso de las proposiciones, una de ellas sería anulada por la otra que al no ser válida no sería norma y, en consecuencia, no podría haber auténtico conflicto. El conflicto normativo no se resuelve, pues, por un principio lógico, sino por una tercera norma que en Kelsen es la *Norma Derogatoria*. ¿Cómo se explica la validez de una norma inferior en conflicto con la norma superior? Kelsen la explica mediante lo que él llama la «Regla Alternativa», es decir, «la scienza giurídica deve formulare con la forma dell'alternativa la proposizione giurídica che describe la norma generale che il tribunale deve applicare, e precisamente in modo che l'organo sia non solo autorizzato a disporre l'esecuzione di un atto coercitivo, previsto da una norma giurídica generale, bensì anche di un altro atto coercitivo che gli sembra conforme; oppure essa deve stabilire in un certo caso l'esecuzione di un atto coercitivo anche se nessuna norma generale lo prevede» (22).

El material jurídico que, según Kelsen, no se puede imaginar al margen de la categoría de lo «normativo», es conceptualizado por la ciencia jurídica y enunciado o descrito por medio de las proposiciones normativas.

Cossio, por el contrario, cree poder delimitar la realidad del Derecho prescindiendo de lo «normativo» y llevándolo al campo de las conductas. De esta forma la distinción entre objeto de conocimiento

(20) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a edi., trad. de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, pág. 85.

(21) H. KELSEN, *Derecho y Lógica*, Cuadernos de Crítica núm. 6, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1978. Véase también *Teoria Generale delle Norme*, *edi. cit.*, págs. 306 y sigs. Y *Derogation*, en *Assays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Prepared by the American Society for Legal History. Editor Ralph A. Newman. The Bobb's Merrill Co., Indianapolis-New York, 1962, págs. 339-361.

(22) H. KELSEN, *Teoria Generale delle Norme*, *edi. cit.*, pág. 405.

—conductas— y medios lógico-gnoseológicos —normas— le evita tener que acudir a esa «pueril e inútil reduplicación» que, según vimos, supone para él la distinción entre norma y regla de derecho. Cossio, para delimitar ónticamente el Derecho, arranca de la clásica distinción entre *realidades naturales* y *realidades culturales*. Distinción que él fundamenta en el hombre en cuanto que valora de alguna manera la naturaleza; de tal forma que la realidad natural por medio de esa infiltración de valores hecha por el hombre se transforma en bienes de la cultura o en realidades valiosas. Los objetos culturales no son, pues, mera porción de la naturaleza —lo que Cossio llama substrato—, sino que tiene algo diferente de ésta —Cossio lo denomina sentido— y que, compenetrado con la misma, trasluce toda la configuración sensible que tiene ese pedazo de naturaleza.

Hasta aquí, el pensamiento cossiano no aporta ninguna novedad respecto a la doctrina clásica, a no ser la pura cuestión terminológica de sustituir el término «valor», de Rickert o el de «espíritu objetivado», de Dilthey, por el de «sentido».

Sin embargo, y aquí comienza la aportación de Cossio, el substrato de los objetos culturales no tiene porqué ser siempre algo físico-natural, sino que basta con que esté siempre al alcance de *alguna intuición sensible externa*, pues como señala este autor, «desde Savigny el jurista sabe que el único y solo Derecho es el Derecho positivo, que es una tangible realidad social y que está en la experiencia humana al alcance de nosotros» (23). Cuando el substrato no pertenece a un reino óntico distinto e independiente del sujeto que humaniza, sino que ese substrato forma parte del mismo ego, y no desde un punto de vista orgánico o biológico, sino desde un punto de vista metafísico —de su libertad de hacer—, estamos ante un objeto cultural egológico a cuya categoría pertenece el Derecho.

Efectivamente, la conducta puede ser captada mediante una *intuición sensible* en la pura actividad espacio-temporal, pero esta conducta sería una realidad natural y no egológica, que sería objeto de estudio, por ejemplo, de la Sociología y no de la Ciencia del Derecho. En este sentido se muestra también contrario a todo sincretismo metodológico con la misma fuerza como lo hacía Kelsen. Pero en la conducta se intuye también la libertad, el poder hacer —Max Scheler señalaba que «somos tanto más libres cuanto mayor sea la cantidad de posibilidades entre las cuales podemos elegir» (24)— con referencia irrenunciable a un ego, aunque para ello es necesario estar viendo allí, también y al mismo tiempo, lo que se omite. En esta interferencia intrasubjetiva se está fenomenalizando la conducta en cuanto libertad que en este caso —intrasubjetiva— sería una realidad moral y no jurídica (25).

(23) C. COSSIO, *Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, *edi. cit.*, pág. 61.

(24) M. SCHELER, *Metafísica de la Libertad*, Editorial Nova, Buenos Aires, 1960, pág. 7.

(25) Vid. C. COSSIO, *Teoría Egológica y el Concepto Jurídico de Libertad*, *edi. cit.*, pág. 306 y sigs.

Pero también intuimos la libertad en la conducta compartida. Si en el seno del yo la libertad consiste, como hemos visto, en poder HACER u OMITIR; en el seno del nosotros —existencia compartida— la libertad consiste en poder únicamente HACER e IMPEDIR o HACER y PERMITIR. Esta conducta así interferida es un dato óntico que se capta por *la intuición* sin recurrir a ninguna norma. «No es culpa mía, dice Cossio, de que él —refiriéndose a Kelsen— padezca una ceguera para las ideas y esté privado de ver lo que cualquiera puede ver» (26).

Pero esta libertad interferida intersubjetivamente solamente se fenomenaliza al ser pensada, es decir, no existe nada más que en cuanto pensada, y por otra parte no puede pensarse más que de forma preferencial que es la única forma de vivir la conducta como un deber ser existencial y no como un ser. Este pensamiento preferencial, valorativo —positiva o negativamente— es el que, en cuanto *sentido*, se integra con el substrato egológico —conducta en cuanto posibilidad interferida intersubjetivamente— para formar la realidad del Derecho en cuanto *vida humana viviente* en contraposición a la *vida humana objetivada*, cuyo substrato sería una porción de la naturaleza —objetos culturales mundanales—.

Para Cossio, pues, el Derecho es vivencia preferencial de la conducta compartida y en cuanto libertad, es decir, en cuanto deber ser y no en cuanto ser. En definitiva, el Derecho es actividad en cuanto que es «vivencia» y en cuanto que es «vivencia de actividad», sin tener en cuenta el producto de esa actividad, o por lo menos, diferenciando esa actividad —en cuanto realidad egológica— del producto de la misma en cuanto realidad cultural mundanal. Kelsen dice en este sentido que «la Teoría Egológica, que desde un principio se ha aferrado a la tesis de que el Derecho es conducta humana, tiene que cerrar los ojos ante el hecho innegable de que el Derecho positivo es producto de un hacer humano orientado hacia la realización de valores» (27). Para Kelsen el Derecho sería el producto de esa vivencia preferencial de la conducta compartida, es decir, las normas en cuanto sentidos de actos de voluntad dirigidos al hacer de otros, con lo que esa realidad jurídica —en cuanto realidad normativa— no sería una realidad cultural egológica, sino mundanal. Por eso, Kelsen afirma que «entre el substrato perceptible del objeto mundanal, esto es, de un producto del hacer humano, como por ejemplo, la estatua visible creada por el escultor, y el substrato perceptible del objeto egológico, es decir, la igualmente visible actividad del artista no hay en este aspecto ninguna diferencia. Y si el substrato perceptible del objeto mundanal es un “trozo de naturaleza”... el substrato perceptible del objeto egológico, la actividad visible del hombre, tendrá que ser un trozo de naturaleza» (28).

(26) C. COSSIO, *op. cit.*, pág. 411.

(27) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho y Teoría Egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría Egológica y Teoría Pura...*, *edi. cit.*, pág. 181.

(28) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 181.

Sin embargo, Cossio está totalmente convencido de la distinción entre la actividad, en cuanto realidad, y el producto de la misma, y en este sentido manifiesta que «la actividad del escultor, como objeto de conocimiento, es algo diverso e independiente de la estatua por él creada. La actividad del escultor tiene su substrato en el comportamiento ópticamente acaecido y tiene su sentido, que para el moralista será bondadoso o perverso y para el jurista será lícito o ilícito. Y la estatua tiene su substrato en el mármol de que está hecha y tiene su sentido en la belleza concreta que comprendemos en ella. Querer ligar —dice Cossio en clara alusión a Kelsen— ambos objetos y ambos conocimientos en un solo objeto y en un solo conocimiento es simplemente no hacerse cargo de lo que en la Teoría Egológica se dice» (29).

Insisto en que Cossio sitúa el Derecho en *la vivencia preferencial* de la conducta interferida, mientras que Kelsen lo sitúa en el sentido objetivado de esa vivencia preferencial (en Kelsen diríamos mejor «querencia preferencial») que son las normas en cuanto criterios reguladores de esa conducta interferida intersubjetivamente. Cossio lo entiende como *vida humana viviente* y Kelsen como *vida humana objetivada* en unas normas. Pero, ¿no son estos dos aspectos necesarios y compatibles en la configuración del Derecho en cuanto realidad cultural?, ¿no son dos momentos necesarios de la configuración del Derecho?, ¿la norma no es la objetivación y expresión de esa vivencia preferencial del legislador respecto a conductas interferidas alteralmente?

Por otro lado, desde mi punto de vista, Cossio no es capaz de prescindir de la categoría de *lo normativo* para delimitar ópticamente el Derecho, ni de forma general, ni de forma concreta. Efectivamente, esa libertad interferida intersubjetivamente solamente se fenomenaliza al ser pensada y no puede pensarse más que preferencialmente, es decir, normativamente, que es la única forma, y así lo reconoce Cossio, de vivir la conducta como deber ser existencial y no como un ser. Este pensamiento preferencial, valorativo —positiva o negativamente— es el que, en cuanto sentido, se integra con el substrato egológico para formar la realidad del Derecho, luego es un elemento constitutivo de la realidad óptica del Derecho. Así es como hay que interpretar a Cossio cuando dice «que la norma resulta integrante del objeto del que ella misma hace mención» (30). Pero para Cossio este pensamiento de sí misma en el plano intuitivo de la mismidad de la conducta, no es aún conocimiento, porque aparece como un componente de la propia conducta. Al pensar la conducta interferida intersubjetivamente no estamos más que dando lugar a una realidad cultural que más tarde podemos conocer y expresar mediante juicios o conceptos.

Por otra parte, esta delimitación óptica del Derecho es un Derecho en abstracto, pero no un Derecho en concreto, es decir, como facultad, entuerto o sanción, etc. Esta concreción, y así lo admite Cossio, tampoco se puede hacer al margen de la norma. Dice Cossio: «El

(29) C. COSSIO, *Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, *edi. cit.*, págs. 415-416.

(30) *Ibidem*, pág. 234.

ser del Derecho está en la conducta en interferencia intersubjetiva; y esto es un dato óptico que capta la intuición sin recurrir a ninguna norma. Pero el Derecho no existe así, a secas, siendo Derecho en bulto y nada más, de la misma manera que los vertebrados no existen a secas siendo vertebrados y nada más. El Derecho existe o como facultad o como prestación o como entuerto o como sanción que son sus modos de ser, de la misma manera que los vertebrados existen o como mamíferos o como aves o como reptiles o como batracios o como peces. *La norma juega un papel constitutivo del modo de ser pero no del ser del Derecho»* (31).

La categoría de *lo normativo* creemos sin duda que juega un papel —en el pensamiento de Cossio— constitutivo tanto del modo de ser del Derecho como del ser del mismo, según intentamos demostrar un poco más arriba. Lo que sucede es que al hablar del ser constitutivo del Derecho Cossio está tomando la categoría de normativo en cuanto vivencia preferencial que todavía no es conocimiento, es decir, en cuanto actividad; mientras que cuando se refiere a lo normativo como elemento constitutivo del modo de ser del Derecho se está refiriendo a la norma en cuanto concreción conceptual y descriptiva del Derecho.

Además, el Derecho así entendido —conducta en cuanto libertad interferida intersubjetivamente y valiosa o disvaliosa— solamente puede ser descrito y enunciado mediante un juicio disyuntivo de deber ser. «El deber ser existencial como dato sólo puede ser, dice Cossio, adecuadamente mentado por el deber ser lógico como concepto» (32). La norma aparece como medio lógico-gnoseológico que cumple un papel parecido a la proposición normativa en Kelsen —parecido porque Kelsen entiende que el objeto descrito son normas, mientras Cossio piensa que son conductas— y que, en consecuencia, puede ser verdadera o falsa, pero nunca válida o inválida, ni tampoco imperativa. Si utiliza la cópula deber ser es debido a las características del objeto que se pretende enunciar que no pueden reflejarse fielmente mediante la cópula ser. En este sentido Cossio sostiene que «el conocimiento jurídico no es un conocimiento histórico, ni físico, ni matemático, sino un conocimiento normativo» (33).

La norma jurídica en cuanto medio lógico de conocimiento, según Cossio, será verdadera si mienta en toda su dimensión la realidad del Derecho. Su veracidad puede contemplarse en tres niveles: En el nivel esencial, en el nivel existencial y también en el nivel axiológico. En el nivel esencial será verdadera si efectivamente lo que mienta es conducta compartida; en el nivel existencial la veracidad dependerá del hecho de que esa conducta compartida exista; y en el nivel exiológico será verdadera si la conducta compartida es justa.

Esto es importante pues para mí pone de manifiesto la auténtica diferencia entre la concepción del Derecho de Kelsen y la de C. Cossio. La diferencia entre la Teoría Pura y la Teoría Ecológica del De-

(31) *Ibidem*, págs. 411-412.

(32) *Ibidem*, pág. 257.

(33) *Ibidem*, pág. 560.

recho no está tanto en que el objeto Derecho sean normas o conductas, pues entre «norma» y «vivencia preferencial de conductas», aunque admitan distintos enfoques, sin embargo, es más lo que las une que lo que las separa. La verdadera diferencia está en el voluntarismo y en el irracionalismo axiológico que está detrás de esa vivencia preferencial en Kelsen, porque esa vivencia es «querer preferencial» totalmente desconexionado de toda instancia racional; frente al racionalismo y objetivismo axiológico que está detrás de la «vivencia preferencial» en Cossio. Esta diferencia que se dejará ver en todos los aspectos del Derecho, está claramente reflejada en la forma como cada uno de estos dos autores entiende el tema de la interpretación del Derecho.

La Teoría de la interpretación en C. Cossio se basa principalmente en la distinción entre «comprender» y «explicar». Comprender en cuanto acto gnoseológico propio del conocimiento de las realidades culturales y explicar en cuanto acto gnoseológico propio de las realidades naturales. Una realidad natural se explica analizando cuáles son sus causas o cuáles son los elementos que la integran, pero en todo caso el sujeto cognoscente nunca entra a formar parte de esa misma realidad. Sin embargo, para comprender una realidad cultural, cuyo ser es ser un sentido, hay que vivenciar ese sentido y al vivenciarlo se le está poniendo, ya que no puede existir el sentido sin una conciencia que lo vivencie. En este aspecto el sujeto que comprende algo está formando parte de esa realidad que pretende conocer; y aunque esa vivencia la hace el sujeto cognoscente desde su contexto ético, político, sociológico, etc., ello no quiere decir que pueda vivenciar cualquier tipo de sentido pues siempre estará limitado por la realidad material del substrato. Cossio dice «que cuando se toma el sentido desde el substrato, es la materialidad del substrato la que excluye múltiples posibilidades de sentido. El más eximio pianista, continúa Cossio, no puede hacernos oír la Marsellesa con la partitura de la Traumerai» (34).

En otro momento de su obra Cossio nos dice «que conocer, comprender, expresar e interpretar es una cadena de sinónimos que va especificando el mismo contenido: *Comprender es conocer algo en su ser cuando este ser es ser un sentido; expresar es comprender en el momento de la creación del objeto cultura; Interpretar es comprender el objeto cultural ya creado*» (35).

Según esto, parece claro que el autor de un libro, de una película, de una escultura o de una obra musical, primero conoce —comprende— algo cuyo ser es ser un sentido valioso o disvalioso, vivenciándolo en cuanto tal; luego lo expresa —comprende— al objetivarlo en el libro, en la película, en la estatua o en la partitura musical; y finalmente esta realidad se comprende interpretándola, es decir, vivenciando ese sentido objetivado en el substrato.

Si trasladamos esto al campo del Derecho, veremos que su teoría de la interpretación jurídica —en la línea de pensamiento de Dilthey

(34) *Ibidem*, pág. 84.

(35) *Ibidem*, pág. 72. El subrayado es nuestro.

y de la Teoría Hermenéutica de Betti y de Gadamer (36)— nos hace albergar dudas bastante razonables acerca de la distinción entre objetos culturales egológicos y objetos culturales mundanales; acerca de la norma como simple medio lógico-gnoseológico; y acerca de la distinción entre norma del jurista y norma del órgano, que ya Kelsen entendía como algo similar a su distinción entre norma jurídica y regla o proposición normativa.

Efectivamente en el ámbito jurídico: *Primero* se conoce —comprende— una realidad que es conducta (en cuanto libertad interferida intersubjetivamente y valiosa o divaliosa) cuyo ser es un sentido valioso, ya que como dice Cossio «una conducta sin valor ontológicamente no puede ser» (37). Pero este conocer, en cuanto primer momento lógico del comprender, ¿cuándo es verdadero o cuándo es falso? Porque es muy posible que esa conducta —tal como la entiende Cossio— sea vivenciada por unos con un sentido valioso y por otros con un sentido disvalioso. Para Cossio ese conocer sería verdadero en el plano *esencial y existencial*, según ya vimos, si *es* y *existe* esa conducta compartida; y en el plano axiológico si objetivamente tiene ese carácter valioso o disvalioso con que se vivencia. Pero ese objetivismo axiológico en definitiva viene a estar en función de quien sea el autor de esa vivencia. Es decir, en el plano jurídico llegaríamos a la conclusión de que el único conocer verdadero sería el de el órgano —legislador— porque es la norma enunciada por éste la que delimita o especifica el Derecho en cuanto entuerto, facultad, sanción, etc., que son los modos concretos de ser del derecho. Mientras que las vivencias de los demás —en concreto de los juristas— serían verdaderas sólo si concuerdan con la del órgano, siendo falsas en caso contrario. Parece, pues, que Kelsen tiene razón al afirmar que esta distinción —norma del jurista y norma del órgano— es similar a la distinción entre norma y proposición normativa.

En segundo lugar, esta vivencia preferencial del órgano se expresaría —comprendería— en una norma que en cuanto tal puede ser entendida como una realidad cultural —no sólo como simple medio lógico-gnoseológico—, al estilo de una partitura musical y en consecuencia con su materialidad (substrato) y su sentido. Y así parece que lo entiende Cossio en algún momento. En concreto cuando nos habla de que la materialidad del objeto cultural limita la posibilidad de vivenciar cualquier tipo de sentido nos dice: «Si se trata de un homicidio no se puede dictar sentencia aplicándole la legislación de cheques, con lo cual quedan excluidos todos los sentidos aludidos en esta legislación» (38). Pero también puede entenderse a la norma sólo como el sentido de la realidad cultural y el substrato situarlo en la conducta, a

(36) Vid. E. BETTI, *Teoría Generale della interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955. Y H-G. GADAMER, *Verdad y Método. Fundamento de una hermenéutica filosófica*, Edi. Sígueme, Salamanca, 1977.

(37) C. COSSIO, *Teoría Egológica del Derecho...*, *edi. cit.*, pág. 310. Véase también a M. ATIENZA, *La Filosofía del Derecho argentina actual*, Depalma, Buenos Aires, 1984, págs. 31-71.

(38) C. COSSIO, *op. cit.*, pág. 84.

lo cual también hace referencia Cossio al entender a la norma como vivencia preferencial de conductas interferidas, y cuando habla de delimitar, no el sentido desde el substrato como era el caso anterior, sino el substrato desde el sentido, como veremos más adelante.

En consecuencia y, *en tercer lugar*, en el comprender en cuanto interpretación de esa realidad cultural antes mencionada, el jurista o el órgano —juez— pretenden conocer el sentido de esa norma poniéndola en función de mutua coimplicación con su substrato que sería la materialidad de la legislación al respecto —por ejemplo la materialidad de la legislación sobre cheques—. Intentaríamos delimitar el sentido desde la materialidad del substrato; y, como dice Cossio, «cuando se toma el sentido desde el substrato, es la materialidad del substrato la que excluye múltiples posibilidades de sentido» (39). Y también intentaríamos delimitar la conducta —substrato— desde el sentido de la norma. Cossio dice: «Cuando se toma el substrato desde el sentido es la espiritualidad del sentido la que vivifica y anima la materialidad del substrato como si modificara su materia... si se trata de la belleza la interpretación más hermosa excluiría a las otras; si se trata de la justicia, la interpretación más justa excluiría a las otras, etc.» (40). De tal forma que cuantas más veces se relacione la norma con su contexto normativo y cuantas más veces se relacione la norma con la conducta, poniendo ambos elementos en función de mutua coimplicación, mejor comprensión —conocimiento— se tendrá de la realidad y ello redundará en una sentencia más justa. Como diría Cossio cuantas más veces se escuche una partitura musical, se lea un libro, se vea una película, etc., mejor se llegará a comprender esa realidad.

Pero por muchas limitaciones que haya por parte de la materialidad de la norma y de la conducta, no cabe duda que el resultado de la interpretación —en cuanto comprensión o vivencia preferencial de una realidad cuyo ser es sentido y que se pone al vivenciarlo— puede ser distinto dependiendo de quien sea la persona que la hace. De nuevo nos plantearíamos la misma pregunta ¿cuál de las distintas interpretaciones es la verdadera y correcta? La respuesta también volvería a ser idéntica: sería verdadera la que hace el órgano —el juez— ya que es la que se plasma en la sentencia, delimitando lo que es entuerto, facultad, sanción, etc., en definitiva especificando el ser del Derecho. La interpretación realizada por el jurista sería falsa si no coincide con la del órgano. «La norma individual que emite como expresión de lo que hace, dice Cossio refiriéndose al juez, por ser expresión conceptual de un sentido, resulta así un juicio no independiente del juez que la pronuncia. En consecuencia, la justicia que este juicio, con o sin razón, predica del caso sometido a decisión dejándolo *objetivamente definido en su sentido*, es la justicia que ha vivido el juez al decidirlo... la vivencia del sentido emocional de justicia no nace libremente,

(39) *Ibidem*, pág. 84.

(40) *Ibidem*, pág. 86.

sino que nace revestida con el pensamiento de la norma general que aplica» (41).

Parece, pues, evidente que la norma no es un mero medio lógico-gnoseológico y que reúne unas características muy distintas en función de quien la enuncie. Por otra parte todo esto no dista tanto, como pudiera pensarse a primera vista, de la teoría de la interpretación kelseniana, a no ser porque Kelsen la enmarca en un contexto voluntarista y político, mientras Cossio pretende atribuirle un fundamento racional. Para Cossio la vivencia del sentido hecha por el juez es la «correcta» y «verdadera», mientras que para Kelsen la vivencia del juez es la única válida jurídicamente al margen de consideraciones valorativas.

Kelsen parte del hecho inevitable de que en toda norma general existen una serie de indeterminaciones —a veces intencionadas por parte del legislador— respecto a la concreción del hecho condicionante y de la consecuencia jurídica; otras veces no intencionadas y debidas a la ambigüedad terminológica o a la posible discrepancia entre lo expresado lingüísticamente y la voluntad del legislador o, en ciertas ocasiones, por la simultánea pretensión de validez de dos o más normas. Esta indeterminación de la norma superior es precisamente la razón de ser de la norma inferior y, en consecuencia, de la interpretación (42).

Ello quiere decir que dentro del marco del substrato normativo hay siempre varios sentidos vivenciales. El problema está en saber cuál de esos distintos sentidos es el «correcto», el «verdadero», el «válido». Cossio entiende que el lograr esa vivencia correcta —verdadera— es un problema gnoseológico, y que cuanto mejor se comprenda (conozca) esa realidad —poniendo al substrato y al sentido en función de mutua coimplicación— más verdadera será la vivencia que de la misma se tenga y, en consecuencia, más justa será la sentencia. Sin embargo, a la hora de la verdad Cossio tiene que reconocer que la vivencia que se plasma en la sentencia es la realizada por el órgano —el juez—, y élla es la que verdaderamente constituye Derecho delimitando lo que es en tuerto, sanción, facultad, etc. Lo que quiere decir que esa vivencia sería la verdadera frente a la realizada por los juristas. Kelsen olvidará la categoría verdad-falsedad y entenderá que la vivencia plasmada en la sentencia será la única válida por ser sentido de un acto de voluntad del órgano competente.

Kelsen desde su concepción avalorativa del conocimiento y desde su concepción voluntarista del Derecho entiende que no se puede pretender delimitar mediante la interpretación un único sentido objetivo de la norma general como el más racional y del cual se deduzca la norma particular. Primero porque para Kelsen, según hemos visto, la nor-

(41) *Ibidem*, pág. 114.

(42) G. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica in H. Kelsen*, en RIFD año 1957, págs. 217-229. En concreto en la página 224 dice: «L'indeterminatezza è appunto lo scarso fra la norma superiore e quella inferiore e rappresenta in sostanza la ragione di esistenza della norma inferiore stessa.»

ma general no tiene un único sentido; segundo, porque no es función cognoscitiva calificar de más o menos correcto a cada uno de sus sentidos; y finalmente porque aunque hubiese un solo sentido la conclusión particular a la que racionalmente se llegue no sería auténtica norma mientras no haya un acto de voluntad que lo quiera como debido.

Kelsen distingue la interpretación hecha por el órgano de aplicación del Derecho en su intento de ajustar la sentencia al marco de la norma general; la interpretación hecha por el individuo o destinatario en orden a adecuar su conducta a la norma; y la interpretación de la ciencia dirigida al mejor conocimiento de la norma. En definitiva distingue entre la interpretación como acto de conocimiento del Derecho, y la interpretación como acto de voluntad —como acto creador del Derecho— cuyo sentido es una norma jurídica.

La interpretación científica (en cuanto conocimiento) consiste en exponer las distintas posibilidades dadas dentro de ese marco jurídico a interpretar, pero no es función de la ciencia determinar cuál de ellas es la correcta, porque ello implicaría estimaciones valorativas que la ciencia debe dejar al margen si quiere ser auténtico conocimiento neutral (43). El delimitar en ese marco normativo cuál es la posibilidad «correcta» no es para Kelsen un problema científico, sino un problema de voluntad política (44). El acto volitivo, cuyo sentido es la norma, es el que distingue la interpretación hecha por el órgano de aplicación de la interpretación realizada por la ciencia; y como para Kelsen la interpretación auténtica es aquella que crea Derecho, de ahí que sólo califique de tal a la efectuada por el órgano de aplicación y nunca a la interpretación científica ni a la realizada por el individuo en cuanto destinatario de la norma.

Mediante la interpretación auténtica una de esas posibilidades recogidas en el marco del precepto general se convierte en norma, e incluso en casos se crea nuevo Derecho elevando a norma —en base a la «Regla Alternativa»— alguna posibilidad no prevista en la norma general. Esto último sucede en casos con carácter provisional y en casos también con carácter definitivo por aplicación del principio de «cosa juzgada» o porque se realice por tribunales de última instancia. Esto se ve muy claro en Kelsen cuando nos dice —refiriéndose a los conflictos normativos que «l'interpretazione di norme giuridiche è conoscenza del diritto e la conoscenza del diritto non può né produrre norme giuridiche, cioè porle in vigore, nè abolire la validità di norme giuridiche, ... Ciò che l'organo applicante il diritto può fare nel caso di un conflitto tra due norme giuridiche generali è soltanto decidere con un atto di volontà l'applicazione dell'una o dell'altra delle due norme» (45).

En definitiva para Kelsen el pretender, mediante la interpretación

(43) H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, 2.^a edi., México, 1982, págs. 351 y 352.

(44) H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 356.

(45) H. KELSEN, *Teoría Generale delle Norme*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1985, pág. 367.

científica, extraer un único sentido correcto o cubrir de una única forma correcta una laguna es una pura ficción encaminada a seguir manteniendo el ideal de una seguridad jurídica, que de acuerdo con la concepción estrictamente volitiva del Derecho de Kelsen sería una pura ilusión.

Los valores superiores (*)

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Madrid

I

Hace algunas semanas un notorio jurista y filósofo del Derecho, el americano profesor de Oxford, Ronald Dworkin, durante una visita a España invitado por el Instituto de Derechos Humanos, conoció el artículo 1-1 de nuestra Constitución. En una larga conversación conmigo tuvo ocasión de expresar su sorpresa primero y su interés después por un texto fuera de lo común en el Derecho Constitucional Comparado. En otros momentos de su visita transmitió a alguno de mis colaboradores la misma impresión.

No me parece fuera de lugar el interés del profesor Dworkin, que destaca más por lo poco habitual que es en los juristas de cultura anglosajona y en el mismo, que se preocupen por lo sucedido, pensado o construido en el continente europeo. Y es lógico porque es conocida su tesis de que el Derecho no es solamente un sistema de normas (1), frente a la tesis de Hart a la que califica de positivista, sino que incluye también principios, es decir, standarts, o pauta de comportamiento «como exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad» (2). Y esos principios son además para nuestro autor distinguibles lógicamente de las normas, y son tan Derecho o más, incluso diría yo, que éstas.

El tema de los valores superiores que recoge el artículo 1-1 de nuestra Constitución debe ser, cuando menos sorprendente, porque si nos

(*) Ponencia presentada a las jornadas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado (25 de mayo de 1987).

(1) Publicado inicialmente con el título de «The model of rules» en la *University of Chicago Law Review*, 1967, núm. 35. Reproducido en el libro «Taking rights seriously» Duck worth. Londres, 1977. Edición castellana de Marta Guastavino. Ariel, Barcelona, 1984 (antes existe una reproducción parcial castellana en *La Filosofía del Derecho*, edición de Dworkin con el título de ¿Es el Derecho un sistema de normas? Fondo de Cultura Económica, México, 1980. Vid también sus dos últimas publicaciones «A matter of principle», Harvard University Press, Londres, 1985. *Laws Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.

(2) Vid. edición de Marta Guastavino, citada, pág. 72.

situamos en el punto de vista de Dworkin, resulta inconcebible integrar principios o valores en normas, lo que justifica su especial interés por nuestro tema.

Muchos defensores del Derecho natural habían anunciado quizá prematuramente el fin del normativismo, incapaz, decían, por su rigidez, de explicar la realidad jurídica, y pensaban que planteamientos como el de Dworkin eran de un apoyo inestimable para sus tesis, y para volver frente a las posiciones sistemáticas, a planteamientos tópicos o problemáticos de cariz judicialista (3).

En ese contexto parece procedente preguntarse qué significa el planteamiento del Constituyente español y su puesto en la cultura jurídica actual. ¿Qué relevancia tiene esa integración normativa de los valores? ¿Qué pasa en el funcionamiento del Derecho, especialmente en el proceso de creación, interpretación, aplicación? ¿Cuál es el puesto del Derecho Legal y del Derecho judicial en España después de esta normativización de los valores?

Por primera vez en la cultura jurídica unos principios que el constituyente ha llamado valores superiores, son el contenido de una norma y también por primera vez una norma íntegra, unos valores como decisión del constituyente, para ser la guía general de todos los operadores jurídicos en la dinámica creadora y aplicadora del Derecho.

II

De algunas dimensiones instrumentales necesarias para entender mejor el tema, me he ocupado en mi libro sobre «Los valores superiores» (4).

Así el panorama del Derecho histórico español y del Derecho comparado pone de relieve la inexistencia absoluta de precedentes del artículo 1-1. Es una aportación original del constitucionalismo español a la cultura jurídica y política contemporáneas. ¿Pero se trata de un nuevo adorno sin relevancia práctica para la identificación y para la función de nuestro Ordenamiento? ¿Es un prurito académico, en una constitución de profesores como ha afirmado Basile? (5).

Desde mi punto de vista el artículo 1-1 es una síntesis muy cuidada de las dimensiones históricas en que cristaliza la relación Poder y Derecho, racionalizada desde una perspectiva más próxima a la filosofía del Derecho que al Derecho Constitucional. En efecto encontramos:

1. La justificación pactista del poder como modelo de expresión de la legitimidad democrática: «...España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...». La sociedad civil: España, deci-

(3) Vid. ANDRÉS OLLERO, «Principio de igualdad y teoría del Derecho». Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. IV, Homenaje al Prof. Ruiz Giménez, Madrid, 1987, págs. 173 y sigs.

(4) Editorial Tecnos. Colección Temas Claves de la Constitución Española, Madrid, 1984.

(5) *La Constitución Española de 1978*. Cívitas, Madrid, 1980, págs. 253 y sigs.

de constituirse en una forma de poder que el constituyente califica como «Estado social y democrático de Derecho».

2. *El poder*: «Estado social y democrático de Derecho» no es un simple hecho de fuerza, sino que tiene junto a esas dimensiones, otras personales e institucionales y un sistema de valores. En un conjunto de instituciones, Parlamento, Gobierno, Poder Judicial, Comunidades Autónomas, municipios, etc., y de operadores jurídicos, que producen, interpretan y aplican el Derecho, y de ciudadanos que participan y usan a las instituciones, a los operadores y al Derecho creado por éstos, unidos por un sistema de valores y de principios de organización social, y de objetivos a realizar. En la historia moderna, con multitud de aportaciones y de vicisitudes este modelo de poder se denomina Estado Social de Derecho y es además la expresión de una racionalidad con fuerza que pretende realizar unos valores determinados. El complemento «democrático» es a mi juicio un elemento potenciador de ese modelo político que además supone un horizonte utópico de progreso.

3. Un sistema de valores: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que expresan los principios del sistema democrático, del Estado parlamentario representativo.

4. Un Ordenamiento jurídico como técnica, como forma de realización social de esos valores a través de sus normas. Nuestra Constitución entiende al Derecho como un sistema cuya referencia suprema desde el punto de vista material son los valores superiores.

La conexión que hace el artículo 1-1 entre la sociedad, el poder, los valores y el ordenamiento jurídico supone una estructura peculiar de relación con consecuencias para nuestra cultura política y jurídica. No está de más afirmar que no será igual el comportamiento de todos nuestros operadores jurídicos después de este artículo 1-1, que tiene una seria relevancia en la identificación del Derecho, en la formación de los criterios para la construcción de la validez.

Hasta la Constitución Española se consideraba imposible, o no se había intentado de manera solvente, la compatibilidad entre el punto de vista normativista sistemático y el de los criterios de moralidad o de justicia, en la tarea de acotar y de independizar al fenómeno jurídico. Kelsen distingue entre el modelo dinámico donde el sistema de normas se identifica por la forma, órganos y procedimientos para la producción de normas, que es, dice, el propio del Derecho, y el sistema estático que se identifica por los contenidos materiales de las normas, deducidos de una norma básica material, que es propio de los sistemas morales y del Derecho Natural (5 bis).

Con otro punto de vista, desde posiciones realistas tópicas y anti-normativas se descartaba también la posibilidad que cristaliza en el artículo 1-1. Así para los realistas de todo tipo, las normas generales, el sistema, o no era relevante o lo era insuficientemente para identificar

(5 bis) Vid. *Teoría Pura del Derecho*. Edición castellana de Roberto J. Vernengo. UNAM, México, 1979, págs. 203 y sigs.

al Derecho. En esta crítica al normativismo coinciden autores como Holmes (6), Jerome Franck (6 bis), Ross y Olivecrona. Estos dos últimos señalan al positivismo formalista como no contradictorio con el iusnaturalismo, e incluso Ross habla de Derecho Natural encubierto. Como dice Liborio Hierro «para Olivecrona el positivismo jurídico... comparte con el iusnaturalismo la aserción fundamental sobre la naturaleza del Derecho, esto es que el Derecho consiste en un conjunto de mandatos que son expresión de la voluntad de una autoridad suprema...» (7). Efectivamente frente al referente unitario del normativismo, y a la relación entre Poder y Derecho dice Olivecrona que «en realidad no hay una fuente homogénea de las normas que llamamos jurídicas... No hay una única fuerza directriz en el sistema: la aplicación regular de las normas y su eficacia a la hora de gobernar la vida social dependen de una red de factores psicológicos y materiales...» (8). Estas premisas doctrinales son incompatibles con el modelo de la positividad de los valores. Es más radical el enfrentamiento que con las tesis del ordenamiento dinámico de Kelsen.

Las llamadas concepciones tópicas son aquellas cuya técnica consiste en orientar el pensamiento hacia el problema como dice Viehweg (9) y en oponerle al pensamiento sistemático. Todos los autores, que con matices, se adscriben a estas posiciones, no podrían concebir una norma como la positivación, en el ámbito sistemático de un Ordenamiento jurídico, de los valores superiores, García de Enterría, en un prólogo entusiasta al trabajo de Viehweg, utiliza el concepto de valores superiores, aunque en un contexto iusnaturalista distinto del de nuestra Constitución, incluso contradictorio con ella.

«Si el Derecho Natural, como todo el orden ético, no es un sistema dado de una vez por todas, sino que ha de ser “buscado”, descu-

(6) Vid., por ejemplo, *The Path of the Law*. Edición castellana de Eduardo Angel Russo. Abeledo Perot, Buenos Aires, 1975, pág. 21 «...yo entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos...».

(6 bis) En su trabajo *Words and Music: «Some remarks on statutory interpretation»*, *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, págs. 1259 a 1278. Nueva York, 1947. «...El órgano legislativo es semejante a un compositor. No puede bastarse a sí mismo: tiene que dejar la interpretación a cargo de otros, principalmente los tribunales. En un reciente artículo Herbage dice que «la música no existe hasta que es ejecutada». Quizá sea este un juicio demasiado apresurado. Provoca en algunos músicos un sentimiento parecido al que en algunos juristas provoca la insistencia de Gray de que todo Derecho es Derecho judicial (judge-made) porque «...con el sentido establecido por los jueces y no con otro las leyes son impuestas como Derecho. Recordaréis la famosa exclamación del obispo Hoadly, que Gray gusta de citar de que «quien tuviera autoridad absoluta para interpretar cualquier ley, es él quien verdaderamente es el Legislador...». Como dije, este punto de vista puede ser excesivamente apresurado. Pero básicamente en él está gran parte de la verdad...» (versión castellana del artículo del profesor Vernengo en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Losada, Buenos Aires, 1951, págs. 181-182.

(7) Vid. el Realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del Derecho. Torres, Valencia, 1981, pág. 197.

(8) Vid. «El derecho como hecho». Edición castellana sobre la segunda edición inglesa con traducción de Luis López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, págs. 77-78.

(9) Vid. «Tópica y Jurisprudencia», edición castellana de Luis Díez Picazo, prólogo de Eduardo García de Enterría, Taurus, Madrid, 1964.

bierto, resulta simple comprender que los tipos en los que se concentra la experiencia jurídica han de ser normalmente los puntos de condensación del mundo de valores superiores que en el Derecho viven, los lugares donde únicamente pueden descubrirse su virtualidad y su exigencia operativa...» (10). En realidad los autores que distinguen los principios de las normas y que no conciben la integración de ambos conceptos vienen a conectar de una u otra forma, con este tipo de pensamiento problemático y a centrar el Derecho en la acción del juez. Así, me parece, ocurre con Esser, o con el propio Dworkin (11).

En nuestro país se preocupa de ese tema, con una aproximación inteligente el profesor Andrés Ollero, desde la perspectiva de la interpretación pero partiendo de la crisis del positivismo legalista, aunque en nuestras facultades de Derecho siga siendo, dice, «la preteoría dominante».

En su trabajo «Interpretación del Derecho y Positivismo Legalista» (12) dira: «...una solución jurídica y por tanto no legalista de las fuentes del Derecho Natural llevará a acentuar su dimensión judicial; nos animará a estudiar su papel hermenéutico dentro de una jurisprudencia de principios como la que nuestra Constitución parece refrendar...» (13). Y añadirá: «...tales principios no han de entenderse, pues, como los elementos rectores de un sistema conceptual, sino, como puntos de vista valorativos que emergen en el caso concreto...» (14). La obra es posterior a la Constitución y en algún caso su reflexión se hace con referencia a la Constitución, pero su planteamiento tópico de los principios y el rechazo de su consideración sistemática se hace sin tener en cuenta este artículo 1.1. Se referirá al artículo 20.3, 9, 103, con su referencia a la Ley y al Derecho y a los principios rectores de la política social y económica, pero no toma en consideración al artículo 1.1 (15).

Frente a todas las posiciones anteriores, la cultura en que se basa

(10) Obra citada en nota anterior pág. 15. También su obra *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Cívitas, Madrid, 1984.

(11) Vid. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, 1961 y la obra de Dworkin citada en nota 1.

(12) Edersa. Madrid, 1982. A este planteamiento inicial del profesor Ollero, cabrían algunas matizaciones. No hay que olvidar que en la Filosofía jurídica la mayoría de los profesores se adscriben a posiciones iusnaturalistas después de la guerra civil, y que el iusnaturalismo es la filosofía oficial de aquella cultura jurídica. Posiciones como la de González Vicén son sólo una excepción. Tampoco se puede olvidar que en muchos casos el iusnaturalismo era un elemento decisivo en la justificación del alzamiento militar. Si se analizan además las obras de la dogmática jurídica, especialmente del Derecho civil, se encontrarán, y quizá uno de los casos más clamorosos es el de Federico de Castro, todos los planteamientos encuadrados en una inicial opción iusnaturalista. Creo que el profesor Ollero es demasiado optimista en cuanto a la modernización de nuestro pensamiento jurídico, aunque en los últimos años las cosas han cambiado, de alguna manera, como expresa entre otros signos, este artículo 1.1 que comentamos.

(13) Obra citada, pág. 18.

(14) Obra citada, pág. 199.

(15) Vid. especialmente los apartados *Planteamiento constitucional de las fuentes del Derecho*, págs. 176 y sigs., y *Los principios rectores en la Constitución*, págs. 207 y sigs.

el artículo 1-1 de la Constitución, en relación con los valores superiores supone, a mi juicio:

1. Una teoría de la justicia no iusnaturalista, sino que propugna la positivación de una moralidad, con un fundamento histórico y racional suficiente en el mundo moderno y que se concentra en los valores superiores.

2. Una teoría de la justicia no positivista, puesto que no deja en libertad al órgano supremo de producción del Derecho para la construcción voluntarista de un sistema de valores del Ordenamiento jurídico.

3. Una teoría del Derecho basada en el sistema, pero que no reduce el sistema a su dimensión formal —modelo kelseniano— sino que incorpora elementos materiales como básicos para la construcción de ese sistema.

4. Una teoría del Derecho que incorpora principios, pero que no tiene que ser tópica y problemática, sino que puede ser sistemática.

En definitiva, frente a posiciones que subrayan la incompatibilidad y la imposible coexistencia del sistematismo normativista y de la llamada jurisprudencia de principios, el planteamiento que se desprende del artículo 1.1 hace compatible sistema normativo con valores, incorpora una propuesta de Derecho justo al Derecho positivo.

Es verdad que el viejo positivismo estatalista está en decadencia y que el Derecho no es sólo la ley, pero es un error deducir de eso que las concepciones normativistas y sistemáticas deben ser enterradas; es verdad que el iusnaturalismo entró en crisis a finales del siglo XVIII y que todos los caminos para resucitarlo se han frustrado sucesivamente, pero es un error deducir de eso que debemos dejar de preocuparnos de los problemas de la justicia y de la moralidad del Derecho. El Derecho legal, expresión del sistema, y el Derecho judicial, expresión del problema, pueden ser compatibles y la dinámica de interpretación aplicación del artículo 1.1 es creo buena prueba de ello (16).

III

Estas observaciones, a mi juicio, sitúan al artículo 1-1 de la Constitución en la cultura jurídica de nuestro tiempo, con la misma consideración jurídica que todas las demás del texto constitucional como ha estudiado García de Enterría (17). Vamos a profundizar en la identificación como norma, y situada en el conjunto del Ordenamiento ju-

(16) En su trabajo ya señalado sobre «Principio de igualdad y teoría del Derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución», el profesor Ollero se refiere a la suma de paternidades del texto y a su posible coherencia. Creo que mi reflexión puede explicar el entusiasmo de algunos comentaristas, entre los que me cuento, para justificar esta coherencia.

(17) Vid. «La Constitución como norma jurídica» en su trabajo *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1984.

rídico. No se puede ocultar la dificultad que tiene manejar un término como el de valores superiores con tantas connotaciones emotivas y con una textura tan abierta, aunque su encuadre en el artículo 1-1, puede permitir superarlas, o al menos paliarlas. No es un término en el aire, sino encajado en una estructura, en un sistema que contribuye a darle sentido.

A) Desde el punto de vista de la norma, la positivación de los valores superiores permite afirmar lo siguiente:

1. El lenguaje que se utiliza es, a mi juicio, descriptivo. El uso lingüístico normal en el Derecho es prescriptivo. Aquí no se usan palabras deónticas como obligatorio o prohibido, aunque el verbo propugnar tiene un sentido ambiguo y se podría seguir sosteniendo el carácter prescriptivo (18). Existe, sin embargo, la autoridad que emite la norma que es el poder en su totalidad, el Estado social y democrático de Derecho, y no uno de sus órganos, y existen los destinatarios que son todos los operadores jurídicos, todas las instituciones, autoridades y funcionarios que crean o aplican el Derecho y también todos los que lo usan. La función de todos esos destinatarios en sus diversas categorías será la de aplicar e interpretar este artículo 1-1, al crear o usar el Derecho, con todo lo que eso supone, y a lo que nos referiremos después.

2. Si comparamos esta norma con la clasificación de von Wright, podemos encontrar rasgos en varios de los tipos principales y secundarios que él define.

Así se podrá decir que el artículo 1-1 es una norma del tipo de las definitorias o determinativas, que definen o determinan los contenidos del Derecho en España. También encajaría entre las prescripciones que emanan de un emisor que llama autoridad normativa —El Poder: Estado— y que se destinan a los sujetos normativos, los operadores jurídicos. ¿Se puede afirmar que en este caso existe la sanción en caso de incumplimiento que von Wright señala también entre las características de las prescripciones? Creo que si incluimos a la nulidad o a la invalidez entre el genérico sanción se puede también afirmar que el incumplimiento por los operadores jurídicos, en la forma que veremos, al producir o aplicar el Derecho, del artículo 1-1, en cuanto propugna para todas las normas inferiores a la Constitución su producción acorde o no opuesta con los valores superiores, supone normas inválidas o nulas. Esta invalidez debe ser declarada en un proceso ante los Tribunales ordinarios, o ante el Tribunal Constitucional según el tipo de norma de que se trate.

(18) El diccionario de la Academia lo identifica con «defender, amparar». (vid.) vigésima edición. Madrid, 1984, tomo II, pág. 1112. Por esa razón en mi libro sobre «Los valores superiores» sostuve que se trataba de un lenguaje prescriptivo, aunque hoy creo que es dudoso. En una lectura previa de este trabajo, el catedrático de Santander profesor Eusebio Fernández, me sugería razones para seguir manteniendo que el lenguaje del artículo 1.1 es prescriptivo. No tengo un criterio definitivamente formado, y en todo caso lo que sí afirmo es que se trata de una norma, sea cual sea el tipo de lenguaje que se le atribuya.

No se me oculta, sin embargo, lo fundado de la posición de Hart, al oponerse a esta identificación entre sanción y nulidad (19). Como no se trata sino de referir rasgos coincidentes, el problema que aquí se plantea no es descalificador, porque no se impugna el carácter jurídico de una norma por carecer de sanción en sentido estricto.

3. Esta inclusión en una norma jurídica de los valores superiores, supone la positivación de los fundamentos éticos de un sistema político a través de su Ordenamiento jurídico. En este sentido son expresión de una racionalidad cristalizada históricamente, que el Estado social y democrático de Derecho asume como guía material del Derecho.

Al tener una procedencia desde la moralidad no se agotan en su contenido normativo, sino que esa moralidad mantiene dimensiones no positivizadas, con la dinámica propia de los conceptos morales, que realizan una función crítica y de presión sobre la parte de esos valores incluidos en el artículo 1-1 y desarrollados luego por diversas vías en las demás normas del Ordenamiento jurídico para ampliar y profundizar su sentido.

Así se puede hablar de valores superiores positivizados y de valores superiores críticos que se enriquecen en la cultura y en la historia, por el esfuerzo y por la reflexión del hombre y que pretenden convertirse en valores legalizados. El cauce para la positivación de las dimensiones de esa moralidad crítica no será ya la Constitución, sino la legislación y la jurisprudencia que la interpreta y la aplica. En ese sentido se puede decir que los valores superiores contienen todas las virtualidades de posibles desarrollos posteriores, o dicho de otra manera, que la moralidad legalizada incluye también a todas las posibilidades de la moralidad crítica que sean coherentes con el sistema sin perjuicio de la dimensión creadora que toda norma supone.

4. Esta norma tiene una dimensión de totalidad en relación con el sistema jurídico, con el Ordenamiento y, es guía y modelo ético para la interpretación y para el desarrollo del mismo y también límite.

Presupone la existencia de otras normas y se refieren a ellas, para crearlas, interpretarlas y aplicarlas y sus destinatarios son aquellos que tienen que hacer esas distintas tareas.

Como hemos dicho, proporcionan una guía acerca de cómo y cuando han de usarse las normas, qué alcance darlas, cómo combinarlas, cuando otorgar precedencia a alguna de ellas (20), qué contenido darles o qué contenido no se puede darles.

B) Con estas referencias básicas podemos entrar en su significado para el conjunto del Ordenamiento jurídico español, punto de vista sistemático y global que nos permitirá entender mejor el sentido y la función de los valores superiores, en el artículo 1.1.

Creo que podemos calificar a la filosofía jurídica que subyace como normativismo corregido. En efecto hasta ahora, los criterios normati-

(19) Vid. «El concepto de Derecho», edición castellana de Genaro Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, págs. 35 y especialmente 42-45.

(20) Vid. GENARO CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

vistas de identificación del Ordenamiento eran criterios formales, y se plasmaban de manera eminente en el modelo kelseniano del Ordenamiento dinámico. Así dirá el maestro austriaco que «el tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que propone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora, o lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina como deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica» (21). En esta tradición del positivismo estatalista que arranca de los orígenes del Estado, de la construcción del concepto de soberanía, por Bodino, y de la concepción hobbesiana del Derecho, la norma de identificación de normas, que permite conocer la pertenencia de una norma al Ordenamiento, es decir si una norma es válida, en este sentido descriptivo, se preocupaba de responder a dos preguntas: ¿quién manda? y ¿cómo se manda? Esa respuesta era la norma básica del Ordenamiento precisamente porque permitía conocer que normas formaban parte de éste. En la cultura jurídica del Estado liberal y del Estado social, la respuesta a la primera pregunta ¿quién manda? era «la soberanía del pueblo» que, en nuestra Constitución es el artículo 1-2: «La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado». Partiendo de esta prescripción se llega a los diversos órganos habilitados para producir normas, que son identificados en muchos casos en la propia Constitución. Así las Cortes Generales que «representan al pueblo español» tienen el poder de crear las Leyes (art. 66) que en cuanto a las Leyes Ordinarias comparten con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 152). Así el Gobierno es el titular de la potestad reglamentaria (art. 97), sin perjuicio de las competencias en esa materia de los ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Así la potestad jurisdiccional «...juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado...», corresponde al Poder Judicial (art. 117.3) que es habilitado para producir ese tipo de normas que son las sentencias. Y podríamos continuar, hasta llegar al último operador jurídico autorizado a crear otras normas aunque su habilitación no se encuentre ya en la Constitución.

La respuesta a la segunda pregunta ¿cómo se manda?, se concreta en la idea del sometimiento al Derecho, en el ejercicio del poder a través del Derecho, y nuestra Constitución recoge esa forma de mandar en la propia calificación del Estado como Estado de Derecho, en el principio del sometimiento de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1) y en el principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3). Este planteamiento general se descompondrá después con el establecimiento de los procedimientos —generales e iguales para todos— para producir los diversos tipos de normas-Leyes, disposiciones reglamentarias, sentencias y otras normas, además del propio procedimiento de reforma de la Constitución.

(21) Vid. *Teoría del Derecho*, edición citada, pág. 205.

Con el órgano habilitado para ello y con el procedimiento se identifica, en este punto de vista, a las normas como pertenecientes al Ordenamiento, sin ningún otro requisito. Así una norma será jurídica si la ha producido el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento previamente establecido, sin que el contenido de la norma sea relevante. Kelsen insistirá mucho en ese tema: «...Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundante básica y no por tener determinado contenido... Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas para ello, establecen las normas positivas de ese sistema...» (22).

¿Qué añade a este planteamiento clásico del normativismo formalista la incorporación de los valores superiores del artículo 1-1? A mi juicio supone incorporar una dimensión material a la norma básica del Ordenamiento. En efecto, la identificación de las normas necesitará la respuesta a una tercera pregunta: ¿qué se manda? ¿qué contenido debe tener el Derecho creado por los órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento preestablecido? Y esas respuestas serán precisamente los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

Este planteamiento que los constitucionalistas llaman la constitución material, arrancará en un contexto cultural no democrático, durante el fascismo en Italia de la obra de Mortati *La Costituzione in senso materiale* (23), que pretende ser precisamente una alternativa al kelsenianismo. El Mortati de 1940 dirá que «...Las leyes no podrán constituir un todo unitario y agruparse en sistema si no las animase un pensamiento común, y si éste no las precediese y las coordinase...»; y añade, contra Kelsen «...no bastaría... la derivación de un órgano común que confiriese la unidad». Su solución se apunta y se desarrolla inmediatamente: «...La naturaleza de las instituciones no puede imaginarse, por consiguiente, sino como el objetivo o el complejo de los objetivos que se incluyen en ella (la Constitución) por el partido en torno a los cuales viene ordenada toda aquella parte de la vida social que aparece relevante para la necesidad de la convivencia...» (24).

No es este el caso del artículo 1-1, porque no se trata de un planteamiento contra el formalismo kelseniano, sino que lo completa. Por eso hemos hablado de normativismo corregido. Y tampoco lo es porque recogemos valores que son la cristalización racional e histórica de la idea de la dignidad humana en la cultura jurídica y política moderna, o dicho de manera más llana, porque son los valores comúnmente aceptados como válidos en la sociedad democrática.

Quizá en este momento aparece más claro porque la respuesta a la pregunta ¿qué se manda? que incluye los principios fundamentales,

(22) KELSEN. *Obra citada*, pág. 204.

(23) Vid. Giuffré. Milán, 1940, aunque es un libro prácticamente desaparecido de la circulación.

(24) Las referencias a textos de Mortati, en *edición citada*, págs. 153-155.

llamados valores superiores por nuestro constituyente, sólo cabe desde concepciones sistemáticas, mientras que las concepciones tópicas o problemáticas no tienen respuesta sino a través de la resolución del caso concreto. No hay incoherencia pues en defender un normativismo de influencia kelseniana, como existente y presente en la Constitución, y defender, al mismo tiempo el sentido y la importancia de los valores superiores. Están más cerca de Kelsen que de la tópica.

En nuestra Constitución, en su sistema de identificación de normas coexisten criterios formales y materiales. Hemos visto que la norma básica formal establece los órganos y los procedimientos para producir el Derecho, y a eso hay que añadir la norma básica material que identifica los contenidos a los que debe ajustarse el resto de las normas del Ordenamiento o respecto de los cuales al menos no deben discrepar. Las normas válidas, las que pertenezcan a nuestro Ordenamiento, tienen que someterse a esos criterios formales y materiales de las normas básicas. No basta el criterio formal; lo que Kelsen representa, el normativismo, es insuficiente. Pero también lo es el criterio material, porque no basta la deducción de las restantes normas de la norma básica material, como una operación racional, sino que siempre será necesaria la voluntad del órgano y el procedimiento de producción para incorporar una norma y sus contenidos materiales al Ordenamiento. Al normativismo formalista le corrige la fórmula de la Constitución pero no lo destruye.

En esta dimensión del Ordenamiento jurídico se pueden añadir más rasgos para identificar a los valores superiores, completando lo que ya hemos señalado en su análisis como norma aisladamente considerada.

1. Estamos ante una norma secundaria (en el sentido de Hart), norma de segunda instancia que tiene como función regular, en este caso desde el punto de vista del contenido, como dice Bobbio «aque- llos particulares actos humanos que son los actos productores de nor- mas» (25). Son Derecho sobre Derecho. Se trata de una norma —como norma básica material del Ordenamiento que señala los fines a alcan- zar y que deja a los operadores jurídicos la elección de los cauces más adecuados para su efectividad, lo que potencia el tema de la interpre- tación. En la propia Constitución ya se encuentran desarrollos norma- tivos de los valores superiores a través de los derechos fundamentales, que son igualmente Constitución en sentido material, lo que en la tra- dición del Derecho Constitucional se llamaba parte dogmática.

Es una norma material sobre normas, la norma básica material so- bre normas y pertenece al grupo de normas iterate en la terminología bobbiana, literalmente normas repetidas o en castellano normas sobre normas.

2. Según la forma en la que influye, será una norma que mande mandar (la más habitual en la acción positiva para desarrollar los va- lores superiores), que prohíba mandar (para impedir su conculcación), que permita mandar (cuando este permiso facilite la realización de to-

(25) Vid. la voz «norma». Enciclopedia IX. Einandi, Turín, 1980, pág. 899.

dos o algunos de esos valores), que mande prohibir o que prohíba prohibir (para evitar la violación de los valores, o para hacer posible su desarrollo).

3. Es guía informadora de las decisiones constitucionales fundamentales (de la propia Constitución o de las normas que la desarrollan o la completan) y raíz de los derechos fundamentales. Es también criterio de interpretación para los operadores jurídicos y es finalmente límite a la acción del poder, con lo que refuerza el control y el sometimiento del poder al Derecho desde su perspectiva material.

Para terminar esta parte, debemos hacer una referencia a alguna de las consecuencias de la complejidad que ha adquirido la identificación de las normas como pertenecientes al ordenamiento al acumularse los criterios materiales a los criterios formales.

Me parece especialmente interesante la posibilidad, que no se puede descartar de una antinomia entre la norma básica formal —órgano de producción de normas— y la norma básica material.

No es un problema sencillo. Aparentemente se puede aplicar el criterio jerárquico, y puesto que la norma básica material está en la Constitución —el legislador extraordinario *ratione materiae*, al que se refiere Carl Schmitt— prima sobre la norma básica formal que no podrá establecer contenidos normativos contrarios. Sin embargo, no basta con una comparación racional, y con la aplicación de criterios lógicos para llegar a esa consecuencia porque toda aplicación de la norma básica material necesita, como toda norma, la mediación de la voluntad del órgano que la produce. En todo caso este problema está en la raíz de la justificación del Tribunal Constitucional para garantizar los contenidos materiales de la Constitución. Hasta el propio Kelsen reconocerá que en las Constituciones existen normas «que no entran en el sentido estricto de Constitución, es decir, de normas que regulan no ya la formación, sino el contenido de las leyes» (26).

Y el Tribunal Constitucional no resuelve esta posible antinomia sólo con la aplicación de razonamientos lógicos sino que también su sentencia es una manifestación de voluntad, que incluso se vota.

Me parece que las decisiones de los Tribunales, y en este caso del Tribunal Constitucional, son producto de la integración de una deliberación racional —que compara la norma básica mantenida con el contenido material de la Ley impugnada— y de una decisión.

La diferencia de este supuesto, en relación con la llamada jurisprudencia de principios, está en que aquí la decisión de los jueces está mediada y en ese sentido mediatizada por los valores superiores, que tienen un núcleo central de significado, aunque tenga zonas marginales o no tan marginales donde la acción del Tribunal puede ser más libre.

(26) Vid. La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La justice Constitutionnelle) *Annuaire Inst. Inter de Droit Public*. París, 1929, págs. 197-257.

IV

Con esto entramos en la última dimensión de mi reflexión que se refiere a la interpretación de los valores superiores. Estos son una norma básica pero no cerrada y completa, sino abierta y dinámica, sin olvidar que se encuentra además presionada desde fuera por la moralidad crítica que aún no se ha positivizado.

Así los diversos operadores jurídicos tendrían que interpretarla al aplicarla, en la producción de otras normas, legales y jurisprudenciales. Como ya se ha señalado, frente a los criterios de rígida distinción del positivismo estatalista, hoy podemos decir que todos interpretan, en la dinámica del Derecho, a esta norma básica material y que el legislador es aplicador y productor y que el juez es aplicador y productor al actuar, siempre en el marco del significado material de los valores superiores.

En el supuesto español del artículo 1-1 estamos en un sistema jurídico que explicita y normativiza en la Constitución su sistema de valores, que es así, dato previo del sistema, aunque abierto, que al desarrollarse y completarse con la interpretación que hacen los operadores jurídicos es también resultado, y resultado siempre sin completar. Supone así un progreso sobre otros puntos de vista sistemáticos, como el del iusnaturalismo racionalista donde el sistema de valores, la norma básica material es dato previo, del que se deducen lógicamente las consecuencias que forman el ordenamiento. En este caso no habrá resultado sino sólo dato previo. También sobre el alemán de la Ley fundamental de Bonn donde es la jurisprudencia la que deduce del análisis del conjunto del sistema, los valores que lo informan. En este supuesto no habrá dato previo sino únicamente resultado.

La interpretación de los valores superiores en nuestra Constitución por legisladores y por jueces, como por los demás operadores jurídicos, es importante, pero no puede olvidar que parte del dato previo, que no se inicia desde la nada. Y ese dato previo de los valores, no es una fórmula vacía, sino que tiene un núcleo central de sentido formado por la reflexión racional y por la tradición histórica de la cultura democrática.

Creo que lo esencial son los valores de libertad y de igualdad donde cristaliza principalmente ese núcleo esencial de sentido. El pluralismo político se puede reconducir al valor libertad, aunque el constituyente lo hizo aparecer con autonomía, como ocurre con la Constitución portuguesa, para contrastar con el sistema autoritario anterior. En cuanto al valor justicia, en una concepción sistemática, no quiere decir sino libertad e igualdad, que son los contenidos en que cristaliza en el mundo moderno.

La reflexión de la Filosofía jurídica y política, de la historia de las ideas, de la filosofía moral, de la historia del Derecho o del Derecho Constitucional, ha aportado suficientes elementos para identificar ese

núcleo central de sentido de los valores, que los operadores jurídicos deberán tener en cuenta en su interpretación (27).

Así, el valor libertad cristalizará en el mundo moderno como fruto de tres aportaciones sucesivas: la liberal, la democrática y la socialista. Sirva sólo una referencia casi telegráfica y una conciencia de que el problema es complejo y arranca de precedentes previos al tránsito a la modernidad.

La aportación liberal es la libertad de hacer lo que cada uno quiera, es la libertad como no interferencia, la libertad autonomía; la socialista es la libertad para poder hacer lo que se quiera, a través de la creación de condiciones humanas suficientes para poder usar las otras dimensiones de la libertad. Es la libertad prestación que identifica al Estado social. Por fin la aportación democrática, es la libertad para intervenir en la fijación de los criterios de la libertad como no interferencia, y de la libertad prestación. Es la libertad participación. Ahora aparece más clara la idea de que este valor superior está en la raíz de importantes series de derechos fundamentales. Los derechos individuales arrancan de la libertad como no interferencia, los derechos económicos sociales de la libertad prestación y los derechos políticos de la libertad participación.

En cuanto a la igualdad aparecerá como expresión de la aportación liberal, en sus dimensiones formales, y de la socialista en sus dimensiones materiales.

La igualdad formal se diversificará en cuatro dimensiones bien precisas, como generalidad, estableciendo un abstracto destinatario de las normas, el hombre y el ciudadano; como equiparación, lo que supone trato igual en circunstancias no idénticas, pero que no se consideran relevantes (principio de no discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, etc.); como diferenciación cuando si se consideran relevantes ciertas circunstancias para justificar un trato desigual (la riqueza, la edad, la ciudadanía); por fin la igualdad procesal que supone la existencia de unas reglas previas e imparciales, iguales para todos para resolver los conflictos y para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos.

La igualdad material, menos elaborada, lleva a señalar como criterio preponderante y más racional, la idea de la igual satisfacción de las necesidades básicas (vivienda, educación, sanidad, seguridad social) y que está, junto con la libertad prestación, en la raíz de los derechos económicos sociales y culturales y en el proceso de desfundamentación de algún derecho de imposible contenido igualitario como la propiedad.

La interpretación de los valores superiores en el proceso de creación, aplicación del Derecho, deberá contar con ese núcleo central de sentido, tanto en el Derecho legal como en el Derecho judicial.

Partiendo de este dato previo, se pueden a mi juicio señalar algu-

(27) Vid. mi libro sobre «Los valores superiores», ya citado, especialmente págs. 117 y sigs.

nas de las dimensiones más relevantes de la interpretación de los valores superiores del artículo 1-1 (28).

1. A partir de la Constitución, en todo el proceso de aplicación de los valores superiores, todos los operadores jurídicos realizan una tarea interpretativa, tanto los legisladores como los jueces y no se puede pretender que la interpretación sea exclusivamente un monopolio del Tribunal Constitucional (29).

2. El legislador, el Parlamento interpreta los valores superiores al utilizarlos como guía inspiradora en cualquier materia desarrollada por la Ley (por ejemplo, en la Ley Orgánica del Poder judicial). La voluntad del órgano legislativo en esa interpretación tiene que procurar situarse dentro del sistema, en este caso del núcleo central de sentido antes señalado. Es muy discutible la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la LOAPA, sobre los límites de la interpretación del legislativo, porque interpretar al hacer una Ley supone siempre escoger uno entre los varios sentidos posibles. Si el legislador tuviera que dejar abiertos todos los sentidos posibles, en realidad no avanzaríamos nada, especialmente en campos como éste, donde el núcleo central de sentido tiene una textura muy abierta.

3. La interpretación de los valores superiores que realiza el legislativo, se diferencia formal e institucionalmente de la interpretación judicial. La Ley es en manifestación de voluntad que se formula por medio del lenguaje y que exige una deliberación racional, que, sin embargo, no se justifica porque existe la presunción de legitimidad que deriva de que el Parlamento representa a la soberanía que reside en el pueblo.

4. La interpretación judicial se debe enmarcar en el interior del núcleo central de sentido sistema de los valores superiores. Es el momento de reproducción y de aplicación. En ese contexto existe una dimensión creativa, no por las razones que el pensamiento tópico, la retórica, o la jurisprudencia de principios señalan, sino porque en general, y más quizá en este caso, la norma tiene una textura abierta.

5. En el seno de este sistema cabe incluir todo el esfuerzo que desde lo que el profesor Prieto llama pensamiento dialéctico, se hace para incorporar elementos de racionalidad a la producción normativa judicial, aunque, y eso es especialmente patente en nuestro caso, sin que se puedan excluir las dimensiones políticas de valoración subjetiva, de intereses, de formación y de situación social que forman parte de la decisión judicial (30).

6. En algunos supuestos —intervención del Tribunal Constitucional en recursos de inconstitucionalidad—, no se produce la necesidad de examinar y calificar unos hechos, porque la interpretación se hace directamente sobre el texto constitucional sin mediación fáctica.

(28) Para esta tarea ha sido de gran utilidad el sugerente libro del profesor LUIS PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*. Tecnos. Madrid, 1987.

(29) Vid. sentencia 76/83, de 5 de agosto (Fundamentos jurídicos, 4).

(30) Vid. mi trabajo «La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento jurídico». *Poder Judicial*, núm. 6, marzo de 1983, págs. 17 y 30.

7. En todo caso, la interpretación de los valores superiores realizada por los jueces, a diferencia de la interpretación del legislativo, debe estar motivada, puesto que carece de la justificación democrática que reside en el Parlamento, y expresa la carencia de facultades creativas de propio imperio, lo que a veces es olvidado por los judicialismos. La importancia del sistema, del Ordenamiento, reaparece aquí a través de las normas que habilitan a los jueces para convertir en Derecho a sus decisiones.

En resumen, tanto la interpretación de los valores superiores que realiza el Parlamento a través de la Ley, como los jueces a través de sus sentencias, son expresión de una tensión dialéctica entre razón y voluntad. No se trata de la racionalidad de lo relativo, con expresión del profesor Ollero (31), sino de la racionalidad que deriva del núcleo central de sentido del artículo 1-1.

La voluntad razonable de la interpretación, supone la incorporación a la decisión de elementos éticos y políticos, de influencia de la personalidad, de la formación y de los intereses de los grupos (partidos políticos en el supuesto de la interpretación legislativa (32), y de los operadores jurídicos habilitados por la norma, en el caso de la interpretación judicial.

Estas reflexiones, que son incompletas, seguramente superficiales en muchos aspectos, en todo caso expresan una convicción sobre la importancia que para la cultura jurídica de nuestro tiempo tiene la aportación del artículo 1-1 y más precisamente la inclusión en el artículo 1-1 de los valores superiores. Estoy seguro que con las comunicaciones y con la discusión que se produzca podremos contribuir a profundizar su estudio y a ofrecer un material de trabajo para los operadores jurídicos y para los estudiosos interesados por estos temas.

(31) «Interpretación del Derecho y positivismo legalista», citada, pág. 113.

(32) Nos referimos al Estado parlamentario representativo actual. En el Estado Constitucional donde la prerrogativa es compartida entre el Monarca y el Parlamento, esta distinción entre razón y voluntad se plantea entre Parlamento y Rey. La razón se incorpora a la Ley que es preparada por el Parlamento en sus debates y la voluntad se identifica con la sanción regia que convierte en Ley a lo que no es sino una construcción más o menos racional. Vid. Constitución Prusiana de 1850 y Constitución Federal Alemana de 1871. Esa tesis está muy presente en Laband y Jellinek, como señala García Pelayo. *El Estado de Partidos*. Alianza Editorial. Madrid, 1986, pág. 20.

La Constitución: entre el normativismo y la axiología *

Por ANDRES OLLERO TASSARA

Granada

SUMARIO: 1. ¿Qué son los valores superiores?—2. ¿Son normas?—3. Entre la moral y el derecho.—4. Derecho: ¿substancia o juicio de valor?—5. Valores, principios y normas.—6. Crítica ética del positivismo jurídico.—7. La fundamentación de los valores: dos modelos.—8. El papel del consenso.—9. Iusnaturalismos despóticos y democráticos.—10. El contenido del artículo 1.1 de la Constitución.

1. Preguntarse qué *son* los valores resulta paradójico, ya que los fenomenólogos, que dieron carta de naturaleza a una ética axiológica, entendían que los valores no *son*, sino que tienen otra peculiar condición: *valen*. Sin embargo, ni el arraigo de dicha filosofía en nuestro ámbito cultural, ni las propias afirmaciones de los que propusieron la fórmula en el trámite constituyente (2) llevan a pensar que haya sido dicha filosofía, y sus coherentes implicaciones, la que haya quedado canonizada en tan relevante texto. Nos encontramos, pues, ante un término cuyo real significado habrá que buscar por vías distintas a las del rigor filosófico.

Dos pistas encontramos en el trabajo que hemos tomado como pretexto para estas reflexiones: «son los cuatro faros que guían, explican o interpretan la *voluntad* del legislador constituyente»; «la positivación de los *contenidos éticos* o de justicia que el Poder *pretende* realizar a

* Las presentes reflexiones, expuestas en las XI Jornadas organizadas por el Servicio Jurídico del Estado, plantean —fieles a su carácter de «comunicación»— un diálogo con los planteamientos del ponente. La existencia de un amplio estudio previo del mismo autor (1), que refleja sus posiciones básicas, facilitó nuestra tarea. No faltan en ella discrepancias, que implican un doble homenaje: a un texto, que no merece pasar inadvertido, y a su autor, cuyo talante le lleva más al aprecio de la serena crítica que al de la muda adulación.

Con posterioridad se han introducido sólo cuatro notas adicionales, relativas a alusiones del ponente en su exposición oral.

(1) G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, 1984 (en adelante citados como *VS*).

(2) No se suscribía la «ética material de valores» de SCHELER o HARTMANN, ni las versiones peculiares de ORTEGA o RECASÉNS (*VS*, págs. 106 y 51).

través del Derecho» (3). Aún nos sale al encuentro una tercera afirmación, que parece matizar las anteriores: «los valores superiores tienen carácter *normativo*. No son un consejo, un ideal, una orientación, sino que son obligatorios para todos los destinatarios de las normas» (4).

2. Si entendemos que nuestra conducta debe ser éticamente «valiosa», de lo que reconozcamos como «valores» éticos derivarán de inmediato consecuencias «normativas», al erigirse en deseable norma de nuestra conducta. La «norma» no sería sino el instrumento de formulación del «valor». Pero, de nuevo, la expresión utilizada parece llevar consigo una carga adicional, que evoca el profundo problema filosófico-jurídico de la relación entre derecho y moral. Decir que los valores tienen carácter «normativo» parece significar que son «derecho» vinculante y no mera exhortación moral; es más, que no serían simples criterios interpretativos sino derecho directamente aplicable.

Hemos abandonado, pues, el ámbito doctrinal de la «axiología» en sentido estricto, con eventual consuelo de más de un jurista, poco amigo de «peligrosas jerarquizaciones axiológicas» (5). Entramos, por el contrario, de lleno en el no menos apasionante campo del «normativismo» teórico-jurídico (5a).

Las teorías que consideran el derecho como norma han encontrado una doble versión dentro del campo marcado por las exigencias de la metodología positivista: el «realismo» (en sus vertientes escandinava y americana), que entiende la norma sociológicamente, como repetición de hechos, y las teorías del ordenamiento, que entienden la norma como esquema formal de contenido aleatorio (con la kelseniana teoría pura como arquetipo). Intentar insuflar en las segundas elementos éticos teóricamente relevantes no parece fácil, a no ser que se abandona el ámbito de la teoría del conocimiento positivista. En la medida en que a todo lo que no sea «positivista» se le considere «iusnaturalista», nos adentramos en otro complejo bosque filosófico-jurídico.

(3) VS, págs. 17 y 13. Nuestros subrayados marcan la inevitable tensión razón-voluntad, presente en toda fundamentación ética, como tendremos ocasión de reflejar más abajo.

(4) VS, pág. 42.

(5) Arquetípicos al respecto los votos particulares de F. TOMAS y VALIENTE y F. RUBIO LLORENTE, discrepando de la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, relativa al recurso previo contra el proyecto de ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos («Boletín Jurisprudencia Constitucional» de 1985 (49), págs. 538 y 541).

(5a) La crítica al «normativismo» cuestiona una teoría que pretende explicar acabadamente el derecho como si fuera un sistema de normas. Esto no lleva necesariamente a un planteamiento «judicialista». El «judicialismo» sería, en todo caso, la alternativa al «legalismo», pero es perfectamente compatible con el «normativismo», como se observa expresivamente en Kelsen. Tampoco la crítica al sistema conduce, como alternativa obligada, a asumir las perspectivas de la «tópica jurídica». Los planteamientos de la hermenéutica existencial —de más enjundia filosófica— llevaron, por otra parte, a profundizar en los atisbos más positivos del manifiesto de T. Viehweg. Al respecto el antiguo trabajo de F. WIEACKER, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, en «Festschrift J. Zepos», Atenas, 1973, t. I, págs. 391-415, que marca ya ese influjo.

La presencia de los «valores superiores» en nuestra Constitución aspira, al parecer, a abordar este intento. Tendrían el carácter de normas que «establecen criterios materiales», cerrando el paso a construcciones arbitrarias sobre la «norma material superior» del ordenamiento (6).

Intentar hacer compatible este planteamiento con la teoría kelseniana, ejemplo modélico de normativismo respetuoso con la metodología positivista, es imposible, como tendremos ocasión de señalar. No podemos considerar al artículo 1.1 de nuestra Constitución como una «norma básica», en sentido kelseniano. En primer lugar porque, para Kelsen, la norma básica no es una norma positiva y dicho artículo sí debe ser considerado como tal (7). En segundo lugar, porque entiende que una norma básica con contenido ético, capaz de condicionar en razón del mismo el de otras sucesivas, daría paso a un sistema «estático», propio de concepciones morales o iusnaturalistas; mientras que lo característico del ordenamiento jurídico sería su «dinamismo»: el hecho de que sus normas son válidas no en razón del contenido sino de la existencia de una *conexión formal*, que confiere a un arbitrario acto de voluntad alcance normativo, sea cual sea su contenido ético (8).

Entender a los «valores superiores» como norma material básica de nuestra Constitución supondría considerarlos portadores del germen del que derivarían los *contenidos* del resto de las normas del ordenamiento; su validez derivaría de dicha sintonía, hasta el punto de poder ser consideradas inválidas si se opusieran a ella: un sistema «estático», en suma. Ni qué decir tiene que, en estas circunstancias, el cambio de dicha norma básica llevaría consigo el cambio radical de la Constitución y, con ella, de todo el ordenamiento (9).

¿En qué se traduciría la dimensión «normativa» de los valores superiores? Fieles a la pirámide normativa, habría que entender que se «limita al arbitrio judicial en la búsqueda de los valores implícitos en la Constitución» (10). La libertad, a la hora de ir «construyendo» la teoría de la justicia que acompaña al ordenamiento se vería, pues, condicionada. Cabría, sin embargo, apuntar que dichos valores no ofrecen cobertura suficiente para fundamentar una decisión (11); se trata-

(6) VS, págs. 56 y 68.

(7) Ambas afirmaciones, aparentemente contradictorias, en VS, págs. 94 y 106.

(8) Si se convierte al artículo 1.1 en «norma básica» de una «Constitución material» no «se matiza el rígido formalismo kelseniano» (VS, pág. 55), sino que se lo niega tan radical como acertadamente. La distinción entre sistema «estático» y «dinámico» es, sin duda, insostenible; pero no es posible considerar que «los valores superiores como contenidos materiales de la Constitución son compatibles con el formalismo kelseniano» (pag. 70) sin negar al propio Kelsen la prerrogativa de decidir qué posturas merecen tal adjetivo.

(9) Precisamente esto explica la práctica imposibilidad de su reforma (VS, pág. 104).

(10) VS, pág. 68. Con poco éxito, al parecer, a juzgar por lo indicado en la nota 5. El propio Kelsen aporta clara respuesta sobre el particular, dada su concepción de la «cosa juzgada»: el Tribunal Constitucional, en su papel de Rey-Midas, habría modificado para este caso el artículo 1.1 de la Constitución. Cfr. también VS, pág. 72.

(11) Así lo apunta L. PRIETO SANCHÍS (VS, pág. 88). Es obvio que eso afecta al «carácter normativo de los valores», pero ello no hace sino poner a prueba el normati-

ría de una norma tan «abierta» que apenas excluiría posibilidad alguna, por lo que, más bien, haría constitucional tanto una decisión como la contraria (11a).

Resulta, pues, dudosa la «aplicabilidad» jurídica de los valores superiores. Esto tiene consecuencias trágicas si se suscribe un «normativismo» jurídico, que sólo considera como derecho las normas «aplicables». Si, por el contrario, se relativiza la «aplicabilidad» de toda norma, la situación de los valores superiores respecto a cualquier otra marca una simple diferencia de grado (mayor o menor apertura) y no de naturaleza (jurídica/no jurídica). Cabría, no obstante, acogerse a otra afirmación: «de su situación en la Constitución se desprende que estamos ante una auténtica norma jurídica» (12), trasladándonos a una nueva tesis: todo lo incluido en la Constitución es «normativo» y por ende (para los normativistas) jurídico.

3. Una primera fuente de fisura de la opción normativista será precisamente la relación entre contenidos éticos o «morales» y derecho. La teoría del conocimiento «positivista» obliga a delimitar objetos de estudio racional perfectamente identificables. La consecuencia será el «positivismo jurídico», que considera que sólo reuniría tal carácter el derecho positivo o puesto. La ética o la moral quedarían situadas en el campo vago e indefinible de lo emocional o, al menos, en un ámbito decididamente metajurídico. De ahí el continuo empeño por decantar el derecho que «positivamente» es respecto al que éticamente «debería» ser. La norma jurídica «pondría» en situación de ser directamente aplicados unos valores determinados, a los que cabría calificar de «moralidad legalizada». Este sería el ámbito del derecho. Al margen de él quedarían las consideraciones relativas al derecho deseable, que sería el propio de la «política jurídica» o incluso, si su tratamiento racional se considera posible, de una «ciencia de la legislación». La norma jurídica positiva marca, en todo caso, la neta frontera entre «ser» y «deber ser», indispensable para el positivismo jurídico.

Si se reconoce a los valores superiores como «normas» (para poder seguir considerándolos «jurídico-positivos») resulta inevitable privar a la norma de esa función de dique impermeabilizante respecto a contenidos no jurídicos que el positivismo le atribuía. Los valores superiores se sitúan «entre el derecho positivo» (y su «moral legalizada») y una «moralidad crítica». Su contenido «no se agota en su perspectiva normativa —(léase “jurídica”)— sino que excede de la misma y hunde sus raíces en el campo de la moralidad». Allí enlazan con esa «moralidad crítica» que les presiona, marcando «un *indirizzo* político del

vismo que se pretendía sostener, rechazar este u otros planteamientos (VS, págs. 76-84) con el argumento de que niegan a los valores carácter normativo llevaría a una fundamentación circular, en la que la tesis se inmuniza a toda crítica.

(11a) Esto confiere un peculiar alcance a las posturas que consideran que el legislador, a diferencia del juez, no está obligado a motivar sus opciones. Aparte de que la figura de la «Exposición de Motivos» hace —retóricamente al menos— discutible el planteamiento, esto acentuaría en tal medida la presunción de legitimidad del desarrollo legislativo de la Constitución, que convertiría a ésta en papel mojado.

(12) VS, pág. 89.

ordenamiento» hacia una «progresiva positivación» de los valores. La «moralidad crítica» iría pues siendo «legalizada», y no sólo por el legislador, sino también por el juez, ya que todo este proceso resalta «la dificultad de separar creación e interpretación del derecho» (13), que era otra de las benéficas consecuencias de la consideración de la norma positiva como dique impermeable.

Al final de todo este proceso puede quedar claro que los valores superiores son auténticas normas, aunque sólo a condición de que renunciemos a tener tan claro qué sea una norma. El nítido perfil que le atribuyó el positivismo jurídico se ha abandonado, con lo cual sin duda hemos ganado en «realismo»: nos hemos acercado más a lo que el derecho «realmente» es.

4. El positivismo jurídico se limitó a replantear, negando la metafísica, una determinada ontología que entendía el derecho como sustancia, o incluso como «cosa». La única diferencia radicaría en que dejaría de ser cosa metafísicamente supuesta para convertirse en cosa «físicamente» puesta. A ello se añadía un factor secularizador nada desdeñable: las suposiciones iusnaturalistas se habrían movido en el ámbito de las exigencias de una moralidad religiosa, mientras la positivación marcaba las opciones morales fruto de la soberanía política. En resumen, se sustituyen unas normas por otras, pero el derecho sigue teniendo idéntica contextura. El enredo de la polémica consolidó este círculo vicioso, alimentado por no pocos teólogos moralistas bastante alejados de la práctica jurídica.

La perspectiva cambia radicalmente si se pone en duda que el derecho sea una sustancia, siquiera positiva; algo que mana de una «fuente», que se «aplica» a la realidad, cuya ausencia produce una «laguna», etc. Puede que el derecho sea realmente una dimensión de la *actividad* humana: la que se esfuerza por lograr el *ajustamiento* de sus *relaciones de convivencia*. No sería, por tanto, una cosa, que pueda o no tenerse disponible, que se aplique o deje de aplicarse, sino una tarea que sólo a su final permitirá disponer de una «cosa justa», o al menos (dada la falibilidad humana) de la «cosa juzgada» (14).

El «normativismo» en el derecho toma la parte por el todo, como ocurriría en cualquier otra actividad humana. Es indudable que la creación artística tiene sus cánones, que permiten distinguirla de la arbitrariedad caprichosa; pero pretender concebirla como mera «aplicación» de normas previas es el mejor modo de condenarse a no llegar a disponer de «cosa estética» alguna.

El derecho es, ante todo, juicio de valor. Una actividad humana que, inevitablemente se refiere a *valores* (más o menos «superiores») a cuya luz ajustar relaciones. Problema subsiguiente, y no precisamen-

(13) VS, págs. 14, 36, 41, 89 y 102.

(14) Ilustrativos al respecto los más recientes trabajos de A. KAUFMANN. De especial interés, por referirse al problema afín de los «contenidos esenciales» de los derechos humanos: *Ueber den «Wesensgehalt» der Grund-und Menschenrechte*, «Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie», 1984 (LXX-3), págs. 384-398, especialmente los apartados III y V.

te secundario, es cómo lograr un ajustamiento de esas relaciones, con lo que lleva consigo de respeto a los puntos de referencia que la constituyen (si niego al otro, dejo de «relacionarme» con él) y de simetría en el trato. Es obvio que la dimensión subjetiva que todo juicio de valor lleva consigo supone un riesgo de desajustamiento. Para paliarlo (no cabe eliminarlo del todo sin eliminar al sujeto, condenándonos a perder el juicio) es necesaria una doble cautela. Por una parte, transparentar al máximo (abriéndola a la crítica) la fundamentación del juicio de valor: los *principios* en que se apoya. Por otra, contar con esquemas de referencia (textuales o, al menos, lingüísticos) que condicionen la formulación de los juicios, permitan prever su alcance y abran cauces a su revisión posterior; funciones todas ellas encomendadas a las *normas*, escritas o no (14a).

5. Desde este prisma la relación entre *principios* y *normas* se dramatiza. Sólo para el «normativismo» resulta incómoda la referencia a principios, por entenderlos como material pre-normativo, inmaduro o embrionario, más propio de declaraciones que de proposiciones vinculantes. Es lógico que el normativista se pregunte con zozobra si reconociendo a los valores superiores contenido normativo, estamos ascendiendo a los principios a una dimensión normativa o estamos rebajando los preceptos a la débil condición de principios (15).

Ahondando en la actividad jurídica es fácil detectar que no es mero resultado de la «aplicación» de normas, ya que éstas juegan animadas por criterios de valoración o principios (16) que las hacen o no entrar en juego, las jerarquizan, e interpretan su tenor lingüístico para adecuarlo a este juego. La distinción principio-norma deja, pues, de marcar la frontera entre lo no-jurídico o lo pre-jurídico y el derecho, y pasa a deslindar dos elementos animadores, mutuamente imprescindibles, de toda actividad jurídica. El principio sin norma lleva a un casuismo arbitrario, imprevisible e irrevisable (16a), que acabaría por convertirse en norma particular ajena a todo sistema. La norma sin principios no puede actuar; el normativista se condena a dejar, voluntariamente o no, sus principios en la penumbra, ahorrándose su fundamentación y sustrayéndolos a toda crítica.

Se ha puesto de relieve, a nuestro modo de ver con acierto, que las normas —como esquemas de referencia— no son susceptibles de juego simultáneo. Debe «aplicarse» una (si no, habrá «laguna») y no más de una (porque, de no complementarse jerarquizadamente, surgirá la «antinomía»). Los principios, por el contrario, están destinados

(14a) Nuestra relativización del «normativismo», que considera que el derecho es sólo un conjunto de normas, no nos lleva a suscribir un «anti-normativismo», que desconozca el papel relevante de las normas en la realidad jurídica.

(15) La preocupación de F. GARRIDO FALLA a estos efectos resulta rechazada (VS, pág. 84) mediante el proceso circular apuntado en la nota 11.

(16) Interesante al respecto el ya antiguo (1956) libro de J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961.

(16a) La conciencia de esta realidad lleva en la práctica al carácter vinculante del precedente judicial, y a los teóricos de la «tópica» a admitir la necesidad de una «tópica de segundo grado».

a confluir en un juego simultáneo que obliga a ponderar su respectivo alcance (17).

Los valores funcionan primordialmente como «principios», sin que su entrada en juego excluya la de otros con los que están llamados a complementarse. El problema jurídico no radicará tanto en un forzoso dilema entre libertad o igualdad como en el modo de lograr un ajustamiento de las exigencias de una y otra. Los valores, recogidos en un texto adecuado, funcionarán como «normas» en la medida en que su formulación permita fundamentar en ellos decisiones, hacerlas previsibles o dar paso a su posterior revisión. Si, por la apertura de su formulación, todo ello no es posible, funcionarán como «principios», sin ser menos jurídicos por ello. Nada impedirá, como consecuencia, que entren en juego simultáneamente, de modo complementario o mediante una reduplicación concretizadora (18). De ahí el acierto del Tribunal Constitucional al considerar que deberá dictaminarse derogación cuando «exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios (sic) plasmados en la Constitución» (19).

Esta función ambivalente de los valores —como principios o como normas (según el grado de concreción de los supuestos de hecho que acompañen su formulación)— explica la peculiar relación entre «moralidad legalizada» y «moralidad crítica». El intento de deslindar los valores «puestos» de los aún no positivados no resulta fácil. Se viene abajo la concepción estática de la «positividad» que suscribe el positivismo jurídico (20). No hay dique impermeable entre valores positivados y por positivizar, entre derecho y «política jurídica»; hay un proceso dinámico de «positivación», referido siempre a valores, que sólo termina convencionalmente —en aras de la seguridad jurídica— con la «cosa juzgada». La interpretación de una ley (imprescindible para mantenerla «positivamente» viva) supone discernir y criticar en qué medida encajan en su texto los juicios de valor que —en diálogo con la realidad a la que pretendemos «aplicarla»— proponen una solución ajustada. La frontera entre moralidad «legalizada» y «crítica» se hace meramente conceptual por la historicidad de la norma.

(17) Al respecto R. M. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, págs. 72 y sigs. La crítica de G. PECES-BARBA deriva de entender que los principios —por no ser normas— no son derecho. Desde esta perspectiva, caracterizar a los valores superiores como principios supondría negar, o rebajar, su condición jurídica (pág. 36).

(18) Así ocurre con los principios rectores de la política social y económica como concretizadores de la igualdad (VS, pág. 40), y —añadiríamos, en coherencia con lo que se afirmará al final del texto— de la libertad, la justicia y el pluralismo político.

(19) Valores y principios aparecen así identificados (VS, pág. 124) sin necesidad de considerarlos «normas».

(20) Al respecto, nuestra contribución al XII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica (Atenas, 1985); *Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht*, en *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart*, Berlín, 1987, págs. 135-140. Pensamos que G. PECES-BARBA capta acertadamente este proceso de positivación, aunque —por fidelidad a su normativismo— afirme que existen dimensiones de esa moralidad «que no tienen contenido normativo» (léase: cuya positivación jurídica —por vía legal o judicial— no se ha consumado) y «realizan una función crítica» (VS, pág. 42).

No es, pues, de fácil cumplimiento la actitud que suele prescribirse al Tribunal Constitucional, por más que su fundamento político sea intachable: debe preservar los valores constitucionales sin interferir la «soberanía parlamentaria»; sería fácil si nos encontráramos ante normas con un detallado supuesto de hecho, capaces de cribar los juicios de valor pertinentes. No ocurre así con los valores superiores, por lo que tal afirmación queda reducida a una llamada a la autolimitación. Tampoco su desarrollo legal y judicial se produce «sólo subsidiariamente», como podría insinuar la pirámide normativa. El juez no sólo ha de intervenir valorando cuando la ley no lo ha hecho («laguna»), sino siempre. La ley sólo puede considerarse «derecho positivo» en cuanto ofrece un horizonte de previsión capaz de conformar, positivamente, las expectativas de los ciudadanos. Pero tanto la concreción de ese horizonte como, más aún, la solución ajustada de un caso concreto, obligará al juez a formular juicios de valor, contrastándolos con el texto normativo. Sólo así podrá ajustar las relaciones implicadas, estableciendo a la vez autorizadamente el «sentido» auténtico del texto normativo al respecto. Por muy deseable que resulte poner freno a imaginativas construcciones judiciales, basadas en jerarquizaciones axiológicas, sería demasiado optimista afirmar que quien juzga «encuentra» ya los valores en la Constitución, por lo que ya sólo le restaría «defenderlos y preservarlos» (21).

6. La apelación a los valores superiores enlaza, como ya se ha advertido, con la tendencia generalizada a la crítica del positivismo jurídico, que madura desde perspectivas metodológicas a principios de siglo y se consolida por motivos éticos en la posguerra. El rechazo de la pretensión de justicia (y obligada obediencia) de una norma por el mero hecho de ser puesta encuentra eco en esta concepción del orden constitucional como entramado de valores condicionantes de la legitimidad, y aún la validez, de un precepto. A la vez, este abandono del positivismo obliga a buscar una fundamentación de estos valores y de su juego práctico. Como consecuencia, se hace inevitable establecer su relación con los planteamientos iusnaturalistas (22). ¿Cabe obviar este tozudo dilema?

Un primer intento consistiría en rectificar, desde dentro, el positivismo jurídico. Nos parece que si, como parece coherente, se respeta la teoría del conocimiento positivista, se trata de un empeño de cumplimiento imposible. Así ocurre cuando se intenta replantear la teoría kelseniana, prestándole contenido ético-material. Su fundamentación se convierte en un problema insoslayable.

La propuesta que se nos hace es entender que la «Constitución material», que se deriva de los valores superiores, es perfectamente compatible con la «Constitución formal» de cuño normativista. El artícu-

(21) Las referencias entrecomilladas pueden encontrarse en *VS*, págs. 44, 70 y 125.

(22) La «originalidad» de la Constitución Española radicaría en su capacidad para «superar la vía muerta y el reduccionismo de la polémica iusnaturalismo-positivismo» (*VS*, pág. 107); esto conferiría a su artículo 1.1 importancia «para todo el pensamiento jurídico contemporáneo» (pág. 101).

lo 1 (valores superiores y soberanía) sería su «norma básica», sin menoscabo de su carácter de «derecho positivo» (23). En todo caso, es preciso preguntarse por el fundamento de dichos valores y de su posible desarrollo. No es fácil entender cómo los operadores jurídicos podrían construir, a partir de ellos, los contenidos materiales del ordenamiento basándose en una mera conexión formal: una norma de producción de normas que les daría competencia para ello (24). No habría que exagerar nada para admitir que tales contenidos «tienen autoridad porque una norma del sistema habilita a unos órganos para esa construcción, y no por sus propios contenidos materiales» (25). Lo contrario nos llevaría, dentro del esquema kelseniano, a un sistema «estático» propio del más rígido iusnaturalismo.

Tampoco encontraríamos la solución apetecida recurriendo a la simple yuxtaposición de una «Constitución formal», que establecería *quién* manda y *cómo* se manda, y otra «material», que ofrecería «respuesta a la pregunta *¿qué* se manda?», remitiendo a los valores superiores (26). Así no se complementa el sistema kelseniano, de ejemplar coherencia positivista, sino que se lo niega radicalmente; porque su aportación específica consiste en identificar el «cómo» con el «qué», ante la imposibilidad de ocuparse racionalmente del segundo. Como se apuntó más arriba, una norma será válida por cómo ha sido creada, sean cuales sean los valores que asuma. Tanto éstos como los que haya marginado son expresión de actos arbitrarios de voluntad, que sólo por una conexión formal cobran el «sentido» de norma jurídica válida, sin mérito alguno de sus contenidos.

De ahí que, para Kelsen, tampoco tendría sentido admitir que los operadores jurídicos «naturalmente pueden equivocarse en la interpretación de los valores» (27). La equivocación remite a un dilema verdadero-falso que, para un kelseniano, nada tendría que ver con los valores ni con las normas que los recogen. Como éstos se mueven en el campo de la voluntad, y no en el de la razón científica (concebida en el marco metodológico del positivismo), pueden ser válidos o inválidos, pero nunca verdaderos o falsos, acertados o equivocados.

7. Lo que sí nos parece acertado es el rechazo de lo que sería la consecuencia coherente de un punto de partida positivista: entender los valores superiores como «expresión de una concurrencia de voluntades que los crea». Nos encontraríamos ante «un criterio puramente formal»: «lo que decide la mayoría», aunque —eso sí— «a condición de no preguntar las razones del acuerdo», porque entonces «ya no habrá coincidencia». «La consecuencia de esa posición es que la mayoría puede decidir lo que quiera» (28).

(23) VS, págs. 91 y 92. Ya hemos señalado cómo en Kelsen la norma básica de un sistema dinámico no puede ser una norma puesta. Por otra parte, lo ya indicado sobre la «positividad» jurídica nos llevaría a cuestionar el alcance de la segunda afirmación.

(24) VS, pág. 71.

(25) VS, pág. 72.

(26) VS, pág. 93.

(27) VS, pág. 72.

(28) Suscribimos plenamente estas afirmaciones de VS, págs. 109-110.

Esto nos sitúa de lleno frente al problema de la posible fundamentación de los valores. A nuestro modo de ver, y de modo forzosamente simplificado, sólo caben dos modelos básicos. El que llamaremos «modelo A» entiende que tienen un fundamento real: que existe una realidad valiosa en sí misma, de la que derivan unas exigencias para la actividad humana, capaz de dictaminar que es más o menos correcta (más o menos estética o, en nuestro caso, más o menos justa). En segundo lugar, considera que cabe un conocimiento racional (más o menos problemático, eso es otro asunto) de dicha realidad. En el que llamaremos «modelo B» se rechaza la existencia de realidad alguna valiosa. El valor no es una característica real, que quepa conocer racionalmente, sino que expresa simplemente una opción de la voluntad. Atribuir a algo determinado valor no es describir una de sus propiedades (bello o justo), sino, más bien, describir cuál es nuestra actitud al respecto (me gusta, lo quiero). Cabría incluso otra modalidad que anticipara el segundo factor; existan o no realidades valiosas, la razón no puede conocerlas, por lo que —teóricamente— hay que extender sobre ellas un pudoroso «ignoramus» y —prácticamente— no deben afectar a nuestra conducta social, sin perjuicio de que le demos desahogo en el ámbito de las aficiones o manías.

Los dos modelos son decisivos —e ineliminables— a la hora de entender el alcance de un recurso capaz de lograr refrendo unánime, aunque —eso sí— a condición, precisamente, de que no se profundice en su fundamento: la existencia de un consenso suficiente en un momento histórico determinado (29).

Dentro del «modelo A» cabe entender que es posible un conocimiento racional exhaustivo y cierto de los fundamentos de un sistema ético o jurídico y de cada uno de sus desarrollos particulares. Así lo pensaba el iusnaturalismo racionalista, confiando en la capacidad de nuestra razón especulativa para descubrir los principios metafísicos rectores de la realidad y para derivar con rigor lógico sus consecuencias; así lo pensaba también el utilitarismo, confiando en la capacidad de nuestra razón empírica para adueñarse de los resortes básicos de una realidad meramente física.

8. Ni uno ni otro atribuían al consenso papel positivo alguno; más que ayuda o complemento sería fuente de perturbaciones. Lo decisivo, en el primer caso, es que el derecho racional se positivara, convirtiéndose de Tratado en Código, y que se contara con un método racional y científico que haría superflua —y por ende ilegítima— toda interpretación. También el utilitarismo benthamiano apunta a un Código basado en constataciones empíricas, y no en consensos históricos, que más bien podrían empujar al culto supersticioso a unos «ídolos»

(29) Referencias abundantes en *VS*. Como símbolo de una «cultura jurídica democrática» (pág. 54); como intento de explicación de que los valores «no se justifican, sino que se asumen» (pág. 96), lo que parece situarse en nuestro «modelo B»; como expresivo de una fundamentación «contractualista» de los valores, basada en el «acuerdo mayoritario» (pág. 107); como «fundamento ético-racional relativo a un momento histórico concreto» (pág. 114).

justamente rechazados por el iconoclasta Bacon. Esas versiones del «modelo A», no llevan al consenso, sino al despotismo ilustrado.

Caben, sin embargo, planteamientos que, compartiendo los dos elementos básicos del «modelo A», den al segundo un alcance muy diverso. Reconociendo la existencia de una realidad de la que obtener directrices éticas, no se considera posible obtener de modo científico (racionalista o empirista) las conclusiones precisas para cada caso concreto. Se resalta, por el contrario, el carácter problemático y el dinamismo histórico de esas implicaciones prácticas. Se abandona, como consecuencia, el campo de las certezas teóricas «aplicables» a la práctica, para adentrarse en un ámbito más cercano a la experiencia cotidiana del derecho y a la teoría de la prudencia, elaborada ya por el pagano Aristóteles. Al no contarse con certezas es prudente recurrir al consejo, para que lo intersubjetivo palíe en lo posible un ineliminable subjetivismo. La existencia de consenso histórico (que a algo se le dé igual valor aquí que en Persia) es prudente considerarlo como un síntoma (nunca como un fundamento). Es más, será también prudente articular vías procedimentales que propicien la transparencia argumental, el consenso intersubjetivo, la igualdad de trato y la revisión crítica.

Dentro del «modelo B» el consenso no será nunca síntoma de verdad, ni vía procedimental por la que acercarse a ella, porque —como ya vimos— la verdad no tiene nada que ver con la práctica, por ser ésta el escenario de la voluntad y no de la razón. Hablar de consenso significa aprestarse a cubrir un inevitable vacío racional logrando un compromiso de voluntades. Se aspira a querer juntos, ya que no hay realidad alguna a la que acercarnos en mutua ayuda.

Como consecuencia, los mecanismos formales del consenso pierden sentido procedimental (no nos acercan a realidad alguna), para verse reducidos a una función ritual (31). La democracia deja de ser el sistema de realización práctica de una verdad, de la que la opinión de los ciudadanos es síntoma, para convertirse en una técnica de aprendizaje, que lleva al ciudadano a asumir acríticamente una actitud de consenso con los dictados del poder; se evita así el planteamiento de expectativas ciudadanas no solubles por el sistema, que llevarían a perturbar su funcionamiento.

La diversidad de modelos fundantes resulta decisiva cuando se afirma que los valores superiores «son expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural y en el momento histórico

(30) Al respecto, en diálogo con los planteamientos ético-consensuales de Ch. PERELMAN, nuestro trabajo *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?*, «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1983-1984 (23-24), págs. 163-182.

(31) Funcionalismo plasmado, con tanta frialdad como brillantez en los planteamientos sistémicos de N. LUHMANN, de los que nos hemos ocupado repetidamente: *Derecho y sociedad: dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, 1973; «Systemtheorie»: *¿filosofía del derecho o sociología jurídica?*, «ACFS», 1973 (13-1), págs. 147-177; *Die technokratische Funktion des Rechts in der Systemtheorie von Niklas Luhmann*, en *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik*, Munich, 1976, págs. 131-140. *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía*, «Revista de Estudios Políticos», 1983 (33), págs. 119 y sigs.

en el que se sitúa nuestra Constitución»; su ratificación por referéndum sería la expresión de «un gran acuerdo social» (32). Fundados en el «modelo A», el consenso constitucional sería síntoma de acierto en la captación de unas realidades «previas» a las que el texto constitucional se remite. De ahí que su posterior desarrollo no deba apoyarse en ese consenso coyuntural sintomático, sino en las realidades que pretendía expresar. No falta apoyo a este planteamiento en la jurisprudencia constitucional. Problema distinto es que ese carácter «previo» haya que entenderlo en el marco del desarrollo histórico y prudencial al que ya nos hemos referido (33).

9. Sólo manteniéndose dentro del «modelo A» conserva nuestra Constitución los aspectos favorables que se atribuyen a su apelación a los valores; fuera de él, serían un simple rasgo retórico, aunque su posible rentabilidad funcional no resultara despreciable. ¿Implica esto que nuestra Constitución tenga un trasfondo «iusnaturalista»?

Teóricamente parece indudable, aunque la respuesta se restrinja a las versiones «democráticas» del «modelo A». Nos parece verlo confirmado cuando se admite que los valores superiores recogen «exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna»; que «en última instancia la raíz es el hombre, como ser racional y libre» y que «esa condición humana, que no tiene ningún otro ser conocido, constituye su dignidad, lo que le hace valer»; que el acuerdo al que nos remitimos «no es, pues, arbitrario, sino que recoge una moralidad basada en la dignidad humana»; que ésta es «el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores», que son el camino para hacerla real y efectiva (34). Se reconoce, por tanto, que el hombre posee unas características permanentes valiosas, de las que se derivan exigencias capaces de condicionar el mero juego de las mayorías; por problemático que resulte su desarrollo concretizado, se debe aspirar siempre a preservar esas exigencias naturales, de cuyo alcance encontraremos síntomas orientativos en cada momento cultural.

Problema distinto a esta perspectiva de rigor teórico es cuál sea la carga histórica que en determinados países y coyunturas haya adquirido el término «iusnaturalismo». La simpatía o antipatía que ello produzca no debe nunca enturbiar el debate teórico. Paradójicamente, en el ambiente cultural de la oposición democrática al régimen pre-constitucional se funden, por comprensibles imperativos prácticos, dos elementos: defensa de los derechos humanos y rechazo del iusnaturalismo. La primera, para plantear el horizonte obligado de un nuevo or-

(32) VS, págs. 42 y 43.

(33) «La utilización del verbo “propugna” supone el esfuerzo por incorporar al ordenamiento jurídico esos valores superiores» (VS, pág. 53); lo que exige, a nuestro juicio, asumir su carácter «previo». Sólo refiriéndonos a versiones más despóticas que democráticas del «modelo A» resulta justo el rechazo del iusnaturalismo por apriorístico (pág. 27). Rechazar el empleo del término «principios» por considerarlo inseparable de esas versiones (págs. 51-52) nos parece históricamente discutible y teóricamente infundado.

(34) VS, págs. 110, 111, 112, 85 y 86.

den político; el segundo, como repulsa al secuestro de dicho término no sólo por el diseño político-cultural del régimen sino incluso por sectores integristas que llegaron a resultar estridentes en su seno. Es comprensible que todo ello haya alimentado «una firme creencia en la imposibilidad de un derecho natural», o incluso que su simple mención pueda «merecer a priori la desconfianza» (35). Pero, consumada la transición política y en plena marcha la jurídica, quizá haya llegado el momento de liberar al debate de emotividad terminológica para centrarse en la coherencia de los contenidos.

De ahí que —huyendo de palabras no santas, intentando no caer en la tentación y librándonos, en lo posible, del mal— hayamos recurrido a modelos identificados con la inocencia del abecedario. Nos será interesante referirnos, de nuevo, a ellos al enjuiciar la enumeración del tan comentado artículo 1.1 de nuestra Constitución.

10. Para el «modelo B» el punto de partida inexcusable es la falta de referencia real del ámbito de los valores. Esta falta de fundamento ontológico lleva a suscribir un irracionalismo, que sitúa la ética en el ámbito de la mera emotividad. Desde esta perspectiva, el pluralismo político no es un valor con fundamento real, sino la consecuencia obligada de la falta de fundamento real de todos los valores. Hablar de «libertad, justicia e igualdad» o es un simple desahogo retórico —como dar un puñetazo sobre la mesa, dirá uno de los más conocidos exponentes del modelo (36)— o levanta acta de la voluntad concorde de ceñir a tales límites (más o menos definidos) la propia arbitrariedad; podríamos habernos comprometido a suscribir los contrarios sin mayor quebranto.

Para el «modelo A» el punto de partida es una determinada ontología, diversificándose según las posibilidades que se reconozcan al conocimiento humano. Cuando el despliegue de vinculaciones verdaderas se vincula a un sistema rígido, el pluralismo será más bien síntoma de error: ni el razonamiento «more geométrico» ni la «aritmética moral» se prestan a soluciones duales. Si, por el contrario, se considera que el ajustamiento de relaciones de conducta social es susceptible de tratamiento racional, pero en el ámbito problemático de lo prudencial, el pluralismo se convierte en valor con fundamento real (37), ya que

(35) VS, págs. 109 y 91. Esta presencia de los demonios familiares puede explicar la tendencia a rechazar determinados planteamientos teóricos con el simple argumento de que ello nos haría «caer» en el iusnaturalismo. Por haber conseguido evitarlo se alaba a la Constitución, así como por su presunto esfuerzo por evitar el «lenguaje iusnaturalista» (VS, págs. 24 y 52). Los valores superiores permitirían reconstruir «la teoría material de la justicia, sin necesidad de sostener posiciones iusnaturalistas» (pág. 101). Suponen el abandono de «la fundamentación del iusnaturalismo clásico y racionalista» (pág. 106), entre los que no parece haber diferencias dignas de mención. Se desaconseja la expresión «derechos morales», no tanto por ser ajena a nuestro ámbito doctrinal como por introducirnos «en la ambigüedad iusnaturalista» (pág. 100), etc.

(36) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, pág. 267.

(37) El fundamento del pluralismo no estaría, por tanto, en un relativismo ontológico (VS, pág. 165) sino gnoseológico. No derivaría de la convicción de que nada es verdad ni mentira, sino de la experimentada dificultad de conocer acabadamente las exigencias reales que deben condicionar nuestra conducta.

todo intento de desarrollo de los anteriores deberá respetarlo, huyendo de todo despotismo, sea su fundamento eterno o histórico. En tal sentido consideramos feliz que se le haya acogido en dicho artículo, cualesquiera que fuesen las azarosas vías por las que se le incluyera en su texto (38).

Cabe, por el contrario, echar en falta una alusión a la dignidad (corregida en el artículo 10), ya que se la considera fundamento de todos ellos. Libertad e igualdad son, sin duda, ingredientes de la justicia, pero no por ello resulta superflua su invocación (39), ya que matiza la necesidad de «ajustar» una y otra, evitando la querencia a un «uso alternativo» del ordenamiento constitucional. El pluralismo, fundado en las exigencias reales de la dignidad humana, lleva consigo una dimensión de la tolerancia (40) más sólida que la derivada del modelo anterior.

Pensamos, por tanto, que la presencia del pluralismo en el artículo 1.1 de la Constitución excluye toda consideración dogmática del desarrollo práctico de sus contenidos. Sin embargo, su conexión con los artículos sucesivos, que tiene como conclusión la referencia del 53.1 al «contenido esencial» de los derechos y libertades, remite al esfuerzo plural por lograr el desarrollo práctico de unas exigencias éticas con fundamento real.

El planteamiento kelseniano, exponente arquetípico de nuestro «modelo B», tuvo que vaciar de todo contenido a la geometría del iusnaturalismo racionalista, para superar su dogmatismo ético y su legalismo teórico-jurídico. La teoría kelseniana «purifica» la consideración racional del derecho de toda referencia ética, como único modo de salvaguardar el pluralismo político. Por otra parte, su normativismo corrige el legalismo en que desembocaba la proyección codificadora de las versiones dogmáticas de nuestro «modelo A».

La presencia de los valores superiores en nuestro ordenamiento constitucional aporta fundamento ético-material al pluralismo político. A la vez, resalta las insuficiencias de la teoría jurídica normativista, que hereda del legalismo una visión sustancialista y cosificada del derecho, incapaz de captar su dinamismo ético y su dimensión histórica.

(38) Cabría, quizá, atribuir su presencia a la cercana experiencia de la dictadura (VS, pág. 108), aunque la directa intervención de M. FRAGA en la propuesta (pág. 27) aporte un sesgo paradójico a la hipótesis. Pensamos que, en todo caso, añade a la libertad y la igualdad el complemento de cómo deben lograrse sus concreciones particulares; su ausencia del artículo 9.2 se ve, por otra parte, compensada por la alusión a «la participación de todos los ciudadanos en la vida política...». Posturas discrepantes de las de la pág. 119.

(39) Al respecto VS, págs. 119 y 148.

(40) Sólo entendiendo al derecho natural como un «modelo absoluto, idealista», cabe considerarlo opuesto «a los principios de tolerancia y libertad» (VS, pág. 144).

Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos

Por JOAQUIN HERRERA FLORES

Sevilla

SUMARIO: I. Introducción.—II. Fundamentalismo «versus» Fundamentación.—III. Radicalidad y suficiencia en la fundamentación de los valores.—IV. Delimitación y clarificaciones de la estructura formal de la fundamentación.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

Desde hace algunos años y dentro de nuestro ámbito doctrinal, se viene asistiendo a una doble tendencia en el estudio de los valores jurídicos. Por un lado, se han publicado investigaciones dirigidas a concretar el fundamento, o los fundamentos posibles de nuestra tabla de valores jurídicos y, en un sentido más general, del conjunto de derechos humanos como valores más abstractos, y, por ello mismo, de mayor grado de universalización. Pero por otro lado, también han salido a la palestra opiniones y trabajos que parten de la base de que dichos esfuerzos fundadores o no conducen a nada positivo, o bien confunden más que aclaran el objeto de su estudio.

Pensamos que esta polémica puede encontrar una vía de solución afrontando una serie de cuestiones previas que incidan directamente sobre el significado que se le puede otorgar en el presente al concepto de fundamentación, y sobre la estructura formal que dicha fundamentación debe tomar como base procedimental de su desarrollo material. Las líneas que siguen van dirigidas a analizar tres de estas cuestiones básicas y previas a todo esfuerzo fundador. Si se consigue un acuerdo mínimo sobre las mismas, la crítica a las diferentes fundamentaciones aportadas por la teoría jurídica, podría centrarse con más solidez en los contenidos precisos que se ofrezcan. Que la fundamentación sea un tema de «nunca acabar», o una «obsesión colectiva», no proyecta sombra sobre los esfuerzos que se plantean tal tarea; más bien, denota la preocupación de nuestra filosofía jurídica por problematizar y reactualizar categorías teóricas y normativas con tendencia secular al enquistamiento.

Hemos elegido tres de estas cuestiones. Podrían añadirse otras o postularse alternativas a las dadas. El problema está abierto puesto que a lo más que puede llegarse es a una teorización incompleta, aproximada y revisable. Un principio de acuerdo en la comunidad de investigadores sólo puede construirse sobre los pilares de la «reciprocidad» o comprensión mutua y la «autocorregibilidad». En el espíritu de estas dos pautas es como deseamos sean leídas las argumentaciones que siguen.

II. FUNDAMENTALISMO «VERSUS» FUNDAMENTACION

En su intento de superar a Platón y a Kant, Hegel procuró, en todo momento de su producción, la unificación de la Verdad con la idea del Bien; en la *Ciencia de la lógica*, llegó a afirmar que éste último «es superior a la idea del conocer ya considerado, pues no sólo tiene la dignidad de lo universal, sino también la de lo *absolutamente* real» (1). Pasando por alto las diferentes lecturas que sugiere esta obra de Hegel, topamos aquí con un elemento que sobrevuela el pensamiento actual cuando se enfrenta con los valores jurídicos y sociales: el deslizamiento hacia posiciones absolutistas, en las que la multiplicidad de lo real se reduce, o se intenta reducir a un único factor que se introduce arbitraria o ideológicamente y se lo eleva a criterio último desde el que esa misma realidad es valorada *a posteriori*. Este deslizamiento absolutista no es algo que aparezca en la filosofía moderna, sino es un elemento que impregna toda la filosofía tradicional apegada a un sistema de categorías que propugna una fundamentación circular y cerrada sobre sí misma. Para Althusser ese sistema clásico puede describirse en función de los conceptos de «origen», «sujeto», «objeto», «verdad», «fin» y «fundamento», y su circularidad viene dada en cuanto que generalizando «... el Fundamento es que la ordenación del sujeto y del objeto sea el origen teleológico de toda verdad» (2). Argumentación circular o hipostatización de conceptos que han conducido por un lado a que se hable de «la manía fundamentadora del pensamiento» que intenta por todos los medios reducir lo real a un único factor determinante de los demás elementos que lo componen (3); y por otro ha provocado el surgimiento de posiciones *escépticas* que niegan toda posible

(1) G. W. F. HEGEL, *Ciencia de la lógica* (traducción de A. y R. Mondoejo), Librería Hachette, S. A., Buenos Aires, 1956, t. II, pág. 551.

(2) L. ALTHOUSSER, «Sobre la relación de Marx con Hegel» en VV.AA. *Hegel y el pensamiento moderno*, (seminario dirigido por Jean Hyppolite), ed. a cargo de Jacques D'Hont, (traducción de Ramón Salvat), Siglo XXI, edit., México, 1975, pág. 105.

(3) Esta «manía fundamentadora» ha sido puesta de relieve por Elías Canetti, en su obra *Masa y Poder*, (traducción del alemán por Horst Vogel), Muchnik editores, Barcelona, 1981, pág. 449, «...hay que remitirse a una manía de *causalidad* que se coloca como fin en sí y que en este grado no se da sino en los filósofos. Nada sucede sin causa, basta preguntarse por ella. Siempre se encuentra una causa. Todo lo desconocido se reduce a algo conocido. Lo extraño que se acerca es desenmascarado como una propiedad secreta. Tras la máscara de lo nuevo siempre hay algo viejo, sólo debe calársela sin ningún temor y arrancarla. El *fundamentar* se hace pasión que se ejercita en todo».

fundamentación al haberse perdido la posibilidad de bases últimas y ciertas: posiciones *pragmáticas* que repudian la necesidad de fundamentar los principios básicos del obrar humano en busca de fundamentos parciales que antepongan la efectiva realización de aquéllos a su basamento en algún principio inescrutable y/o inmutable.

Sin embargo, tanto una posición como la otra no se libran del deslizamiento de que hablamos; la una por su deseo de dogma, la otra al establecer una dicotomía entre lo empírico y lo teórico que la impulsa a absolutizar alguno de dichos factores. Lukács ha puesto de relieve esta idea al manifestar cómo la eficacia práctica no está reñida, de ninguna de las maneras, con la elaboración teórica de la fundamentación. Lukács retoma al joven Hegel y le hace decir, en un contexto distinto al original (*Fe y saber*), que la dicotomía entre el concepto y lo real conduce inevitablemente al absolutismo, ya que «la unidad y la multiplicidad se contraponen... como abstracciones, con lo que los contrapuestos tienen ambos, uno frente a otro, las dos caras de la positividad y la negatividad, de tal modo que lo empírico (lo eficaz para nuestra argumentación) es a la vez un algo absoluto para el concepto (la fundamentación), y al mismo tiempo la nada absoluta» (4).

Es precisamente desde la denuncia contra el absolutismo con la que comenzábamos este epígrafe y desde las inconsecuencias de estas posiciones escépticas y pragmáticas, como hay que reactualizar, a nuestro entender, la problemática de la fundamentación de los valores; parcela teórica que, en palabras del profesor Peces Barba, necesita cada vez más de «un esfuerzo de reflexión serio» (5), debido a la omnipresencia de sus postulados en todo acercamiento al estudio de los valores jurídicos fundamentales (6). Esta omnipresencia se debe, sobre todo, a que es una tarea sin un final predeterminado; más bien es su continuo hacerse el que, según V. Frosini, «... asume los caracteres estructurales necesarios tan pronto como éstos emergen de la experiencia en que aquélla —la búsqueda en este caso del concepto del derecho— se sustancia» (7). Del mismo modo la motivación que impulsa a penetrar en este campo abierto de posibilidades, reside en la superación de posiciones como las de un Schopenhauer cuando exclamaba que «predicar moralidad es difícil; darle una justificación intelectual es imposible» (8), o de un Gustav Mahler cuando afirmaba «¡cuán oscuro es el fundamento sobre el que descansa nuestra vida!.. ¿Revelará

(4) G. LUKÁCS, «Contra el individualismo abstracto en la ética» en su obra *El joven Hegel y los problemas de la sociedad capitalista*, (traducción de Manuel Sacristán), Grijalbo, Barcelona, 1976, pág. 287.

(5) G. PECES-BARBA, «Los derechos fundamentales en el pensamiento español», en *Anuario de derecho humanos*, 1, 1981, pág. 236.

(6) G. PECES-BARBA, *op. cit.*, págs. 251-252, donde se dice textualmente que este estudio se ha convertido en «un tema permanente... de nunca acabar».

(7) V. FROSINI, *La Struttura del diritto*, edición castellana a cargo de A. E. Pérez Luño, bajo el título de *La estructura del derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pág. 65.

(8) Frase citada por A. JANIK y S. E. TOULMIN, *La Viena de Wittgenstein*, (traducción de Ignacio Gómez de Liaño), Taurus, Madrid, 1974, pág. 245.

por fin la muerte su significado?.. (9) y, asimismo, las afirmaciones de un Kalinowski (10), de A. Fridolin Utz (11) o, incluso, de un Goethe (12) en cuanto que tienden a posiciones irracionalistas que ocultan el sentido del *problema de la fundamentación*, que en palabras de G. Lukács, refiriéndose al movimiento por la paz de los años cincuenta, no es más que un empeño, una *apuesta en favor de la razón* (13).

Es preciso afirmar, asimismo, que los planteamientos filosóficos que influyen directamente en los desarrollos del pensamiento actual, no han podido librarse de la recaída en absolutismos. Por ejemplo, en el ámbito fenomenológico la «intencionalidad» dejaba de entenderse como una imagen de la proyección de la mente y sus producciones hacia los objetos, para convertirse en algo válido y existente por sí mismo como ámbito en donde cabría la única realidad verificable. Por otro lado, en el pensamiento de un Lévi-Strauss se va produciendo un decantamiento, posterior a la publicación de *Las Estructuras*, en el que la fundamentación ontologicista y absolutista predomina sobre la operatividad de su concepción de estructura, y ello en favor de un entendimiento de la existencia de una gramática profunda universal que, en palabras de Rosiello, «regularía las relaciones (sociales, culturales, lingüísticas, etc.), entre los hombres y que sólo a través de la adecuación de los métodos a las *categorías universales y reales del espíritu humano* puede ser desvelada y racionalizada...» (14).

Si Adorno denunció hace décadas el absolutismo idealista de la identidad empeñado en encontrar principios primarios que redujesen a una unidad lo múltiple o desde los que se derivase la pluralidad de lo real (15), podemos ver como *el fundamentalismo* —rótulo bajo el cual englobamos todas las perspectivas absolutistas en estas materias— se adhiere a casi todas las direcciones filosóficas que imperan en nuestro ámbito cultural. En este sentido no hay que olvidar las posiciones «semánticas» de Carnap y del neopositivismo lógico para los que el

(9) *Ibidem*, op. cit., pág. 137.

(10) Autor que en su «Essay sur le caractère ontique du Droit» publicado en la *Revue de l'Université d'Ottawa*, 34, 1964, afirma que «un giudizio e vero o falso secondo la sua conformità alla realtà deontologica, cha ha il suo centro in Dio», citado por R. BOZZI, *La Fondazione metafisica del diritto in Georges Kalinowski*, edit. Jovene, Nápoles, 1981, pág. 59.

(11) El cual en su *Ética Social*, afirma algo que puede entenderse claramente ejemplificativo de lo que intentamos denunciar, al decir que «la norma fundamental es aquella en la que coincide la absoluta eficacia con la absoluta justicia, como orden proveniente de la creación», (Herder, Barcelona, 1965, vol. II, págs. 84 y sigs.).

(12) Afirmando que «Hasta personas inteligentes no se dan cuenta de que se empeñan en explicar las experiencias fundamentales, que deberían aceptarse sin más» recogido en *Aus Makarien Archiv*, citado por H. NOHL, *Introducción a la Ética. Las experiencias éticas fundamentales*, (traducción de Mariana Frenk), F.C.E., México, 1981, pág. 28.

(13) G. LUKÁCS, *El Asalto a la Razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, (traducción de W. Roces), Grijalbo, Barcelona, 1976, pág. 688.

(14) Citado por L. GEYMONAT, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Ariel, Barcelona, 1984, vol. I, Siglo XX, pág. 427.

(15) Ideas y reflexiones que se encuentran plasmadas en su obra *Terminología filosófica*, Taurus, Madrid, 1976, t. I, pág. 42 y t. II, pág. 63.

«marco lingüístico de referencia» se absolutiza como el único momento desde el que puede considerarse admisible la formulación de preguntas y desde donde únicamente cabe responderlas adecuadamente, por lo que de la identidad pensamiento objeto del idealismo denunciado por Adorno, pasamos a la identidad lenguaje y/o término lingüístico-realidad (16). Fundamentalismo que, de la mano de Kant, ha influido poderosamente en la teoría jurídica al considerarse el derecho positivo como condición de la moralidad, y como fundamento de la posibilidad de efectiva realización de un fin que se convierte para toda persona en un fin absoluto —goal-rationality— en cuanto que viene considerado como una consecuencia necesaria de nuestras características racionales y éticas. De este modo, como ha puesto de relieve González Vicen, «... el concepto de derecho positivo queda inserto en el ámbito del «reino de los fines» y dotado de una *justificación ética formal incondicionada*» (17); cuando en puridad puede observarse que no existen realidades jurídicas absolutas, y si existiesen dejarían de ser realidades e incluso postulados reguladores, ya que no tienen otro contenido que el ofrecido por la propia experiencia del derecho en sí mismo y en imbricación constante con la realidad que conforma lo que se ha denominado su «dintorno» (18).

Sin embargo, aún persisten los intentos fundamentalistas por afianzarse en el análisis de los valores y con especial incidencia en el campo de los derechos humanos. Ejemplo de ello lo encontramos en el ensayo de A. G. M. van Melsen «Science and the Foundation of Human Rights», en el que se pretende ofrecer una vía de fundamentación que entienda a los derechos humanos por encima de las diferencias ideológicas, políticas, filosóficas o religiosas del momento en cuestión. Fundamento absoluto que viene entendido no de un modo metafísico ni teológico, sino desde un fuerte componente metodológico al partir de la relación existente entre la evolución de la ciencia y la conciencia, cada vez más clara de la existencia de algo tan abstracto —si no se especifica con claridad— como es la idea de «humanidad». Para van Melsen «the fact that modern society requires the practising of fundamental rights of a more or less absolute character (i. e.: transgressing the respective nations, ideologies, religions, etc.) has been the result of scientific and technological achievements which have shown the reality of the unity of mankind» (19). Para este autor, el pensamiento filosófico no puede abandonar la idea de un fundamento absoluto de los derechos humanos, materializable en esa colaboración ciencia-filo-

(16) Cfr. RUDOLF CARNAP, «Empiricism, Semantics and Ontology», en *Revue internationale de Philosophie*, 4, 1950, págs. 20-40.

(17) F. GONZÁLEZ VICEN, «Introducción» a la obra de I. KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, traducción al castellano de González Vicen, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 28-29.

(18) A. E. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de filosofía del derecho*, Minerva, Sevilla, 1983, pág. 39.

(19) A. G. M. VAN MELSEN, «Science and the Foundation of Human Rights» en VV.AA. *Le fondement des droits de l'homme*, Actes des Entretiens de l'Acquila, (14-19 de septiembre de 1064), La Nuove Italia, Firenze, 1966, pág. 84.

sofía que confluye en una concepción, tan abierta como indeterminada, de la naturaleza humana la cual no consistiría *más* que en «the tension between what man in and what he should be» (20).

Sea como fuere, y provengan de donde provengan, los fundamentalismos pueden ser reconducidos a dos grandes perspectivas englobantes del problema que nos ocupa: o bien intentan contener en sí mismos todas las realidades, o bien vienen a considerarse como modos originarios de las mismas, sin que quepan condiciones ni límites y sean reconocidos como dados en sí mismos de un modo necesario e infalible. Todo lo cual conduce a la reificación de los conceptos, es decir, a que se les atribuya realidad a los términos abstractos y generales lo que, en términos de Mach y Avenarius, no producirá más que un conjunto indecible de «monstruos conceptuales» (21). Nuestra concepción de la racionalidad crítica del derecho natural como método nos impulsa a rechazar todo tipo de fundamentalismo, ya sea al estilo trascendentalista o relativista-psicológico. Si partimos de un método de acercamiento a los valores que los considera, de principio, conectados con los hechos de la experiencia que se dan como necesidades fundamentales, y consideramos la ley natural como la mera expresión del impulso de cambio y constante crítica de los presupuestos teóricos, tanto el psicologismo sensualista como la filosofía de la identidad se nos aparecen como intentos absolutistas de reducir a principios unívocos la multiplicidad de nuestro objeto de estudio.

Para Agnes Heller esos intentos reduccionistas y absolutistas muestran claramente cómo el «fundamentalismo vuelve a aparecer... (afectando) a todas las relaciones humanas. Los fundamentalistas quieren determinar, regular y controlar todas nuestras manifestaciones vitales: de la alcoba a la corte de justicia, de la educación a nuestras opciones sociales y políticas» (22). Si se pretende huir de lo que Hegel denominó «la tragedia en lo ético» (23) habrá que buscar el fundamento concreto de las objetivaciones culturales en ese conjunto de contradiccio-

(20) *Ibidem, op cit.*, pág. 85. Esta idea de la humanidad en abstracto es la que influye en la consideración peyorativa que se entresaca de la teorización marxista acerca de los derechos humanos. Como afirma Istvan Mészáros, «The Human rights of Liberty, Fraternity and Equality are therefore problematical, according to Marx, not in and by themselves, but in the context in which they originate as abstract and unrealisable ideal postulates, set against the disconcerting reality of the society of selfseeking individuals», en «Marxism and human rights» incluido en A. D. FALCONER (ed.), *Understanding Human Rights*, Irish School of Ecumenics, Dublín, 1980, pág. 50. Por lo que la postura crítica del marxismo proviene más de las abstracciones y racionalizaciones prefabricadas, que parten de y se dirigen a una humanidad etérea, que en definitiva lo que hace es favorecer, según Mészáros «...the prevailing structures of inequality and domination». En el mismo sentido consúltese la obra de M. CORNFORD, *The Open Philosophy and the Open Society*, Lawrence & Wishart, Londres, 1968, parte III.

(21) F. MAUTHNER, *Wörterbuch der Philosophie: Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache*, (1901), citado por JANIK y TOULMIN, *La Viena de Wittgenstein, op. cit.*, págs. 157-158.

(22) A. HELLER, «Ilustración contra fundamentalismo. El caso Lessing», en *Crítica de la Ilustración. Las antinomias morales de la razón* (traducción de G. Muñoz y J. I. López Soria), Península, Barcelona, 1984, pág. 6.

(23) G. W. F. HEGEL, *Sobre los modos de tratamiento científico del derecho natural*, Aguilar, Madrid, 1979.

nes reales. Observa Lukács como, por ejemplo, un Balzac o un Ricardo asumían las contradicciones de su época y construían sus elaboraciones sobre ellas, pero con el «handicap» de que «la contradictoriedad misma no les llega a conciencia en tanto que fundamento de la existencia objetiva» (24). Esto conduce irremediabilmente a la conciencia trágica de la imposibilidad de superación, que también aparece en Hegel, si no como asunción acrítica de esas contradicciones, sí como mistificación de las mismas en falsa conciencia al ser remitidas a una concepción absolutista de lo real (25). Falsa conciencia que puede inducir al pensador o al teórico de los valores a confundir la realidad con el deseo y auspiciar, al menos ideológica y encubridoramente, la existencia de una unidad, por lo demás incierta, del género humano, lindando con posiciones irracionistas. Ejemplo de esto lo encontramos en la crítica de Lukács al filósofo del derecho del nazismo Carl Schmitt, el cual mostrando claramente su antiparlamentarismo afirmaba que el único «... método (legítimo) de la formación de una voluntad por la simple comprobación de la mayoría tiene un sentido y una eficacia cuando se pueda partir —y aquí se muestra la mistificación ideológica irracionista— de la homogeneidad sustancial de todo el pueblo» (26), y que en términos éticos, aunque desde otras perspectivas políticas y filosóficas, Kurt Baier auspiciaba, huyendo de esa contradictoriedad y multiplicidad, mediante la argumentación desde «el punto de vista moral» (27) donde relativismo y agnosticismo lindan peligrosamente con posiciones absolutistas y dogmáticas.

Ahora bien, el hecho de la conciencia de esa pluralidad de determinaciones sociales y objetivaciones culturales de todo tipo, no implica de ningún modo el rechazo a posiciones humanistas que tienden a fundamentar de una manera o de otra dichas relaciones sociales y productos culturales. Lo importante no es rechazar la tarea fundadora sino, obviando todo absolutismo, acercarse al problema tal y como se hacía desde los presupuestos del pensamiento ilustrado, es decir, preconizando «una satisfacción no deformada, no fundamentalista, de las necesidades (humanas) que se manifiestan en el fundamentalismo» (28). Intentar fundamental la moral en principios generales es aceptar que sólo hay una moral que los posea; hacer referencia al

(24) G. LUKÁCS, «Fundamentación y defensa del idealismo objetivo», en *El joven Hegel y los problemas de la sociedad capitalista*, (traducción de M. Sacristán), Grijalbo, México, 1975, pág. 393.

(25) Lo cual no quita que en esa elaboración hegeliana se exprese «su proximidad a la realidad concreta de su época, su profundo conocimiento de la vida real de la sociedad humana, su esfuerzo por descubrir las contradicciones del progreso en los puntos en que su verdadero campo de batalla está en la vida económica de los hombres», en «La tragedia en lo ético», ensayo de G. LUKÁCS, contenido en *El joven Hegel, op. cit.*, pág. 393.

(26) G. LUKÁCS, «La sociología alemana del período imperialista: Spann, Freyer, Carl Schmit», en *El Asalto a la Razón, op. cit.*, pág. 591.

(27) K. BAIER, *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Cornell University Press, Nueva York, 1958.

(28) A. HELLER, «Ilustración contra fundamentalismo. El caso Lessing», en *Crítica de la Ilustración, op. cit.*, pág. 6.

conjunto de necesidades y valores que se encuentran en la base de la fundamentación, conlleva el reconocimiento de la pluralidad y diversidad de los mismos en función de los diferentes contextos en que aparecen y en los que encuentran su posibilidad de satisfacción, es decir, en el contexto de los diferentes campos institucionales desde los que surgen reglas con poder normativo dentro del marco donde se desarrolla la vida y actividad de las personas. Como afirma Agnes Heller, si «una persona (cualquier persona) realiza acciones en diferentes marcos institucionales, la persona se enfrenta a normas de acción divergentes y con frecuencia contradictorias» (29), con lo que se ve claramente la imposibilidad de fundamentar de un modo absoluto ninguna regla normativa del tipo que sea sin caer en la mistificación o hipostatización de los términos empleados.

Basar, pues, la tarea de la fundamentación en las necesidades humanas y los valores sociales, es reconocer la pluralidad de concepciones de la verdad y, por ende, de la moral, que se contraponen en la sociedad contemporánea. Cada uno de los paradigmas morales tienen principios o ideas generales que se sostienen en sus respectivas concepciones del mundo y del hombre y que se oponen a los principios e ideas de los otros conjuntos normativos en busca de la universalización de sus presupuestos. Hablar, pues, de principios universalmente válidos de la moral es hacerlo partiendo de dos elementos que inducen a confusiones tanto teóricas como prácticas: no puede haber principios universalmente válidos en cuanto que no hay una moral, sino diferentes morales en conflicto, influyendo, con ello, tanto en el progreso como en el cambio social. Tras las experiencias dramáticas del siglo XX, ya no es posible enfrascarse en disquisiciones acerca de lo que sea verdad de una vez por todas. Uno de los más fecundos representantes de la sofística, Protágoras de Abdera, discerniendo sobre el análisis de lo ético, afirmaba que no se trata de ver en él si una opinión ética es verdadera o es falsa, sino de si una opinión es más sensata, es decir, más útil o ventajosa que otra (30). Aparte de las consideracio-

(29) A. HELLER, «Marx y la modernidad», *op. cit.*, pág. 14.

(30) Vid. F. COPLESTON, *Historia de la filosofía*, Ariel, Barcelona, 1978, t. I, pág. 102. Como afirma Ferrater Mora «...tal relativismo no significa para él (Protágoras) la negación de toda verdad, sino más bien de toda falsedad, lo que es afirmado en el momento tomando como medida al hombre que lo juzga, es siempre verdadero. Así la crítica relativista y a la vez absolutista de Protágoras se dirigía, desde un punto de vista sensualista, *contra todos los que pretendían verdades invariables y universales*» (subrayado nuestro), voz «Protágoras», *Diccionario de Filosofía*, t. III; con lo que, aparte las derivaciones conservadoras del sofista y sus oposiciones-relaciones con Platón, Protágoras se muestra como uno de los primeros filósofos, dentro del ámbito occidental, en captar la contradictoriedad de lo real y establecer desde ella los fundamentos precisos de una teoría de la verdad; tal y como afirma Gustavo Bueno en su novedosa «Introducción» al *Protágoras* de Platón (ed. bilingüe, traducción del griego por J. Velarde Lombraña, El Basilisco, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1980), «supuestos ya constituidos los campos de estas ideas (Hombre y Cultura) —supuesto ya constituido el hombre en sus múltiples culturas (contradictorias entre sí: griegos, bárbaros)—, se abre, sin duda, una inmensa red de relaciones problemáticas en su mayor parte entre los momentos más diversos de esos campos», pág. 31. Planteamiento que muestra la operatividad de la con-

nes a que nos llevaría un análisis más profundo de lo que en realidad quería decir el sofista, la idea es adecuada para mostrar que todo análisis filosófico que se ocupe de los valores éticos (entendidos en este momento como principios plasmadores o conformadores de la praxis) no es más o menos verdadero que otro, sino que, con Althusser podremos decir, que es más o menos correcto en la praxis histórica (31).

«No sabemos, ciertamente, qué es la verdad, pero podemos, no obstante, por servirnos de la formulación hegeliana, *estar en la verdad*» (32). Paso éste con el que nos acercamos al objetivo, a la necesidad de la fundamentación. No podemos empeñarnos en saber o afirmar la verdad universal, pero sí podemos empeñarnos en encontrar el *procedimiento* adecuado que posibilite a todos el estar en la verdad: *posibilidad, por un lado, de aplicar racionalmente los propios principios, y, por otro, apertura hacia los demás, hacia el conjunto de necesidades y aspiraciones de los otros, con lo que ello conlleva de reconocimiento de sus derechos de satisfacción de las mismas.*

Por todo ello la crítica al fundamentalismo no puede desviarnos del camino de la fundamentación. Un abandono radical de esta tarea puede conducirnos a las vías muertas de, por ejemplo, un elitismo ilustrado en el que prime la imputación de las necesidades, o lo que es lo mismo, atribución desde posiciones absolutas de interés, conciencia, deseos, ideas, etc., y, en segundo lugar, a una relativización excesiva de las verdades, lo cual sólo puede ofrecer una solución allí donde el discurso afecta a quienes ya se han liberado.

En nuestro grado de desarrollo no hay panaceas absolutas que puedan provenir de alguna teoría trascendente; por ello, para Kostas Axelos «en una era en la que cada vez más se produce lo que no se quiere y lo que no se desea, aunque esta producción sea el resultado de una voluntad y de numerosos deseos, en una era en la que todo lo que resiste no se atreve ni a avanzar ni a volverse atrás, *¿qué puede significar todavía una ley moral universal?*» (33). Únicamente el discurso fundamentador puede servir cuando se retome la herencia ilustrada y se potencie «*el partidismo en favor de la razón, unido a otro, el partidismo en favor de quienes más sufren, y actuar en el espíritu de estas dos obligaciones*» (34).

cepción del sofista de Abdera para nuestros propósitos fundamentales en la actualidad; operatividad que se halla implícita en la *homo mensura*, que tantas y tan dispares interpretaciones ha tenido a lo largo de la evolución del pensamiento occidental.

(31) L. ALTHUSSER, *Curso de filosofía para científicos*, Laia, Barcelona, 1978.

(32) A. HELLER, «Ilustración contra fundamentalismo...», *op. cit.*, pág. 8.

(33) K. AXELOS, *Hacia una ética problemática*, (versión española de Miguel Angel Abad), Taurus, Madrid, 1972, pág. 54.

(34) A. HELLER, «Ilustración contra fundamentalismo...», *op. cit.*, pág. 19. Partidismo en favor de la razón que coloca el pensamiento de Heller en el contexto lukáciano de reivindicación de una razón que propicie el progreso y la emancipación humana; Cfr. G. LUKÁCS, «Epílogo» a *El Asalto a la Razón*, *op. cit.*, *passim*.

III. RADICALIDAD Y SUFICIENCIA DE LA FUNDAMENTACION DE LOS VALORES

Partiendo de una aceptación acrítica del derecho natural ontologista y contenedor de todas las realidades jurídicas, Friedrich Meinecke se oponía tajantemente al proceso de individualización de todo fenómeno, e incluso de la razón, que el historicismo había adoptado en su proceso de relativización de todos los valores. La oposición de Meinecke es ejemplificativa, en cuanto que pretende distanciarse de tales relativismos apoyándose, por un lado, en la voluntad de Dios como proceso unificador de la multiplicidad, y, por otro, en el condicionamiento histórico, que él entiende como «la oscura fuente de fuerza que deriva de la fe en valores absolutos últimos y en una última fuente absoluta de toda vida» (35). Esta posición, que como decimos puede considerarse paradigmática de toda una corriente muy influyente de pensamiento sobre lo jurídico, extrae sus inconsecuencias y anacronismos de una incomprensión total de los basamentos sociales e históricos de la normatividad y de las producciones culturales y teóricas, es decir, de la interrelación entre las relaciones sociales y económicas de producción y las objetivaciones que de ella surgen y en ella repercuten (36). Un olvido de estas interrelaciones, tal y como ocurre en Meinecke, conduciría, según Max Weber, a un irracionalismo en los fundamentos y a que una gran parte de «...la conducta humana encontrase su sentido específico en el hecho de ser *inexplicable* y, por tanto, *incomprensible*» (37).

Por todo ello un análisis de dichas producciones culturales y teóricas, en las que hay un gran componente de acción y praxis humana, requiere sobrevolar lo inmediato y contemplar la normatividad como punto de conexión de todas esas determinaciones apuntadas y de una acción humana consciente de dichas contradicciones y oposiciones sociales. Para Adorno «cuanto menos sufra la inmediatez humana los omnipresentes mecanismos de mediación del intercambio, tanto más se apresurará una complaciente filosofía a aseverar que posee en lo inmediato el fundamento de las cosas» (38); con lo que lo más inmediato de la historia del pensamiento moral, como es la autonomía del hombre, del individuo, deja de una vez por todas de considerarse como fundamento de lo general. En última instancia, es la *validez objetiva de los contenidos éticos de la acción*, que vienen dados por esa imbricación de determinaciones más arriba señaladas, *la que se entiende como*

(35) F. MEINECKE, *Die Entstehung des Historismus* (1936), pág. 625, citado por N. Abbagnano, *op. cit.*

(36) «Se afirma y con razón... que la moral es un producto social. Sin ver, sin embargo, que lo social también es un producto de lo moral», en Kostas Axelos, *Hacia una ética problemática*, *op. cit.*, págs. 26.

(37) M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, pág. 46, citado por G. LUKÁCS, «La sociología alemana del período imperialista: Spamm, Freyer, C. Schmitt», en *El Asalto a la Razón*, *op. cit.*, pág. 497.

(38) TH. W. ADORNO, *Tres estudios sobre Hegel* (bers. cast. de V. Sánchez de Zabalá), Taurus, Madrid, 1981, pág. 80.

premisa de la posibilidad de autonomía, y no como algo que pueda extraerse de ésta, si no queremos caer en esa «incomprensibilidad» de la acción del hombre en sociedad. La fundamentación, pues, debe partir de esa comprensión de las relaciones sociales y de la inserción del hombre dentro de sus características esenciales: económicas, societa-rias, y morales.

Una de las significaciones operativas del pragmatismo fue su impulso para la realización de la revolución copernicana de la filosofía del siglo XX: Abandono de todo intento de absolutismo, para investigar las condiciones efectivas que dieran estabilidad y seguridad relativas (39) a los valores humanos en cuanto que fundamentos de la vida social. Investigación que no debe quedarse, como se advirtió más arriba, en lo inmediato para considerar al hombre como portador de esos valores en un sentido estático como hace, por ejemplo John Rawls, sino que estas posiciones adquieren un sentido progresista cuando se conectan con las premisas de un radicalismo marxista en el que «...el hombre contemporáneo no puede ser sustituido por el hombre, las necesidades humanas contemporáneas, por las necesidades humanas, las aspiraciones contemporáneas, por las aspiraciones humanas» (40), y en donde el fundamento de las normas y las reglas de justicia en sus diferentes sentidos deben de ir conectados con las diferentes formas y modos de vida que contienen los múltiples y multiformes marcos institucionales donde ese hombre social desarrolla su actividad productiva y valorativa. Karl Löwith afirma que la causa de casi todos los absolutismos en el campo de los derechos humanos, viene dada por la inserción de la «y» en el rótulo de las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano. Esta conjunción más que unir desune construyendo un muro entre el Estado y el individuo, el cual vendría a ser considerado como un ser independiente con derechos inalienables, y el Estado como el mero poder político coercitivo (41). Dicotomía hom-

(39) «Estabilidad y seguridad» que Lukács analiza críticamente como una posición extremadamente pro-capitalismo que impediría a su vez el desarrollo de la noción de progreso como elemento inescindible de la razón; cfr. *El Asalto a la Razón, op. cit.*, págs. 630 y sigs. Aunque el pragmatismo pueda servirnos para reforzar el argumento que apoya la reversibilidad hechos-normas de reconocer la «necesidad nómica» del derecho, no podemos compartir sus presupuestos instrumentales que miran más a las consecuencias que a las causas, orígenes y/o fundamentos de las normas, por lo que quedaríamos inermes hasta ver el resultado de nuestras elecciones. Justificación —en el sentido que más adelante le daremos a este término— instrumental que se encuentra estrechamente unido al factor formal y estático de algún código normativo, considerado como superior, que nos remitiría a un darwinismo moral «sui generis», es decir, no individual-físico, sino de los modos de vida que lograrían sobrevivir. Como ejemplo de ello podemos designar la obra de Nicholas Rescher, *La primacía de la Práctica*, Tecnos, Madrid, 1980, concretamente las págs. 133 y sigs., y la 147.

(40) A. HELLER, «Max, justicia, libertad: el profeta livbertario», en *Crítica de la Ilustración, op. cit.*, pág. 242. Crítica al concepto abstracto de libertad humana que ya fue puesto en evidencia por W. A. MOZART en los momentos finales del acto primero de su *Don Gionanni*, en el que todos cantan a la libertad dándoles cada uno de los presentes un significado preciso y distinto.

(41) K. LÖWITH, «Human Rights in Rousseau, Hegel and Marx», en VV. AA. *Le fondement des droits de l'homme, op. cit.*, pág. 58.

bre-ciudadano que Lukács ve como, a partir de Hegel, se deshistorifica y se la contempla como un mal eterno sufrido por el espíritu y que no encuentra más solución que en la superación ficticia de la tragedia (42), la cual viene dada por la contradictoria tendencia presente en el capitalismo entre el desarrollo de las fuerzas productivas y el constante rebajamiento de la dignidad del hombre; contradictoriedad ésta que generalmente se mistifica como oposición irresoluble (43).

Por todo ello, pensamos que la tarea de una fundamentación radical es el punto de partida de una teoría de los derechos humanos que quiera insertarse plenamente en la contemporaneidad social e histórica. Fundamentación no absolutista ni necesaria de una vez por todas, sino una fundamentación *suficiente que, por un lado, parta de la evidencia material de la relación entre la experiencia y los valores jurídicos o tendentes al reconocimiento constitucional, en función de las exigencias expresadas a través del conjunto de necesidades humanas con relevancia moral* (44); y, por otro, de una propuesta teórica y metodológica que reivindique la racionalidad crítica e intersubjetiva y la posibilidad de aplicar esa racionalidad discursiva y práctica al estudio de los valores básicos que, por sus propias características y procedencia, influyen en la interpretación de todas las demás instancias normativas y en el desarrollo posterior del ordenamiento jurídico que se considere adecuado por la soberanía popular en el momento histórico de que se trate (45). Desde nuestra posición, esta fundamentación suficiente no se quedaría, pues, en el mero plano discursivo racional —por muy importante que sea su análisis— ya que la racionalidad vendría concretada en primer lugar por esa conexión entre los hechos y los valores y, en segundo lugar, por la inserción de las objetivaciones, que en esas relaciones se producen, en la historia conceptual; historia entendida como proceso de constante discusión, crítica y revisión fáctica de los significados de los términos y de las producciones culturales. Y, por otro lado, la influencia englobante del método de análisis escogido, nos conduciría a coimpliar dichas elaboraciones teóricas con la tendencia que auspicia la solidificación y desarrollo práctico de la demo-

(42) G. LUKÁCS, «La tragedia en lo ético», en *El joven Hegel*, op. cit., pág. 397.

(43) G. LUKÁCS, op. cit., pág. 404. El mismo autor sigue afirmando al analizar este trabajo de Hegel —incluido como sabemos en *Sobre los modos de tratamiento científico del derecho natural*, op. cit.— al decir que «la tragedia en lo ético es... la gran tragedia de la contradictoriedad del progreso humano en la historia de las sociedades clasistas, una tragedia real y grande, pues los dos extremos de los momentos en contradicción tiene a la vez, cada uno de ellos, justificación y sin razón», pág. 411. Y es en este esfuerzo de superación, al final lógicamente frustrado en Hegel, desde donde nosotros partimos para considerar críticamente las posiciones que defienden la tesis según la cual en el idealismo objetivo hay una superación definitiva de los presupuestos metodológicos del derecho natural.

(44) «...necesidades (que) trascienden el plano de los datos inmediatos sensoriales para devenir modos conscientes de preferencias, o sea, valores», A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 184.

(45) Soberanía popular que viene dada como conexión entre la fundamentación axiológica, sociológica y formal del ordenamiento jurídico a través del concepto de participación. Cfr. A. F. PÉREZ LUÑO, op. cit., págs. 207-210.

cracia como proceso vital y no solamente como forma de acceso al poder (46).

En su constante lucha contra toda clase de «absolutos» metafísicos, éticos y políticos, Moritz Schlick, en su *Allgemeine Erkenntnislehre* (1918), puso especial hincapié en que una completa comprensión de la teoría y de la ciencia solamente podría librarse de esos peligros «a través de una reflexión sobre (los) fundamentos» (47) de sus principios básicos y conceptos carinales. Principios y conceptos que en el ámbito de los derechos humanos se mezclan con componentes antropológicos que requieren la aplicación contemporánea de «la navaja de Occam» (B. Russell, Hans Hahn et al.) para deshacer el mito romántico de una esencia humana incontaminada y posibilite el desarrollo de los mismos desde unos presupuestos fundadores que abandonen las interpretaciones liberales de dichos valores en favor de una interpretación democrática que, a través de un proceso continuo de revisión, crítica y aplicación práctica (48), haga realidad ese ideal de libertad que en palabras de Lefebvre «es lo más sutil y lo más fuerte que ha elaborado la racionalidad occidental» (49). La raíz del problema no radica, pues, en encontrar, en descubrir *un* fundamento, refiriendo a tal todas las formas históricas de los derechos humanos —ya sea la libertad o la igualdad, motivo éste por el que podemos generalizar el terreno más general de los valores jurídicos las afirmaciones de Heller y Lefebvre apegadas al concepto de libertad—. En primer lugar, *no se trata de descubrir, sino de constatar, o al menos de ofrecer la posibilidad teórica de la constatación*; y, en segundo lugar, tampoco será el núcleo del tema el referir todas y cada una de las formas his-

(46) Necesidad de problematizar constantemente la fundamentación moral de la democracia en función del mantenimiento vivo de la tensión entre ética y política, ya que si ello no se plantea, podemos caer en la confusión de la realidad con el deseo, tal y como se ejemplifica en John H. Hallowell, que en su *The Moral foundation of Democracy*, The University of Chicago Press, pág. 23, afirma «that man is a rational being living in a rational universe will be the premise of my argument», citado por José L. L. Aranguren, *Ética y Política, op. cit.*, pág. 153 (para esa profundización en la contradictoriedad y operatividad de la democracia véase todo el capítulo segundo de esta obra recientemente editada de nuevo, conservando toda su virtualidad y fuerza). En el mismo sentido puede verse el diálogo de la «Fiorenze» de Thomas Mann, en el que Lorenzo de Médicis dice a Savonarola: En el lugar a donde el deseo nos empuja... ni se está ni se es. Y sin embargo, el hombre confunde gustosamente a los hombres con su deseo». Actitud propia de la *reificación* de la tensión.

(47) Cfr. H. FEIGL, «Origen y espíritu del positivismo lógico», en H. Feigl y Stephen E. Toumin, *El legado del positivismo lógico* (trad. de A. V. Cabo Martí y Javier García Raffi), Teorema, Valencia, 1981, pág. 17.

(48) A. HELLER, «Marx y la liberación de la humanidad», en *Crítica de la Ilustración, op. cit.*, págs. 331-332. Para la autora húngara «no puede haber más libertad que el derecho y la posibilidad de igual participación en los procesos de toma de decisiones en el marco de una concepción democrática de la libertad. Pero puede haber considerablemente *menos*... La Libertad puede conseguirse con el lento proceso por el que todos acceden al derecho y a la posibilidad igual, siempre en aumento, de participar. Y esto es, en definitiva, la libertad democrática...», pág. 330, *op. cit.*

(49) H. LLEFEVRE, *Hegel, Marx, Nietzsche (o el reino de las sombras)*, (trad. de Mauro Armiño, Siglo XXI, Madrid, 1976. Idea que se aplica a Hegel en pág. 163, y a Marx en pág. 166 como los dos pilares de esa racionalidad para Lefebvre.

tóricas de los derechos humanos al mismo fundamento, sino el de *dar cuenta cómo ese mismo fundamento tiene un carácter histórico y va variando según las circunstancias económicas, políticas y sociales del momento en que pretenden ser estudiados.*

Esta línea parte de la conciencia de que el entramado jurídico-político estatal no es otra cosa que un ente artificial creado por la praxis humana para *satisfacer* una serie de necesidades, y por ello la teoría busca fundamentos «suficientes», racionales y válidos según los momentos históricos. La búsqueda del fundamento se inserta en el análisis de algo que es contingente (50). Cuando un concepto o un valor o un hecho verificable empíricamente cumplen las condiciones de necesidad no hay razones suficientes para buscarle un fundamento, porque el concepto, el valor o el hecho son sus mismos fundamentos. Sin embargo, ¿qué cosa en el campo de lo social y cultural cumple esas condiciones de necesidad?; desde nuestra posición no hay ninguna y por eso nos «situamos» en el ámbito de la contingencia, lo cual no implica de ningún modo el olvido de la tendencia universalizadora de cualquier propuesta con matices éticos (51) en el sentido de generalización posible de presupuestos.

El punto nodal de toda tarea fundamentadora se concreta, no en el abandono, sino en el control de esa tendencia a la universalización de las premisas desde una posición relativista (no amoralista) que desvíe todo peligro de absolutidez. Para K. Kuypers «universalism is an idea which provides human society with an aim, and which wants to make it viable by means of certain fundamental principles» (52). Tendencia que une los elementos racionales y emotivos al ser reconocidos jurídicamente esos valores que adquieren prestigio a medida que se generalizan a diferentes tipos de formas de vida y/o formaciones sociales, y que encuentra su base en que dichos valores surgen de una lu-

(50) Contingencia que se mueve entre sus dos significados límites. Contingencia entendida como libertad frente a la necesidad, como composición de la acción humana con el cambio y el progreso (vid. Jean Paul Sartre, *El Ser y la nada*, Losada, Buenos Aires, 1979, pág. 599) y asimismo como oposición a lo absoluto metafísico e irracional (cfr. Rudolf Carnap *Meaning and Necessity*, University of Chicago Press, Chicago, 1956, parágrafo 39). Y, por tanto, contingencia que se desgaja de los desarrollos espiritualistas que la emplean como «justificación» de algún principio teológico o, simplemente, abstracto que implica el reconocimiento de un «ser» que goza de libertad dentro de las determinaciones de la naturaleza; concepción ésta que puede extraerse con matices de la obra de Henri Bergson y Boutroux.

(51) Universalización que no hay que confundir con universalismos absolutos, que tienden, generalmente, a normalizar y omniabarcar todas las particularidades ahogándolas. En este sentido se centra la reciente visión crítica del pensamiento ético marxista, realizada por Agnes Heller, la cual afirma que en Marx se da este universalismo, al pretender eliminar toda particularidad para su proyecto de libertad absoluta que aparece como «concreción» del concepto de humanidad total. Este universalismo se concreta en Marx, según Heller, en su teoría de la verdad, la cual, aunque reconozca la existencia de diferentes verdades: burguesa, proletaria, esta última es la que reflejaría *el* punto de vista de toda la humanidad hacia la liberación. Vid. el ensayo ya citado de Agnes Heller, «Marx y la modernidad», *passim*. Y la obra de la Escuela de Budapest, *Die Seele und das leben. Studien zum Frühen Lukács*, Sunrkamp, Frankfurt, 1980.

(52) K. KUYPERS, «On the traditional foundation of human rights», en VV.AA. *Le fondement des droits de l'homme*, *op. cit.*, pág. 79.

cha constante por su consecución a lo largo de la historia, por lo que nunca se debería olvidar que esa universalización viene inmediatamente conectada con el hecho de que nos topamos con «...rights gained in the course of history, not without fight and struggle in the face of prejudices and traditional obstacles. Their rise and the development of thought on these rights are closely connected with historical reality, while their formulation as well as their motivation bear the stamp of the time and the situation» (53).

Al margen de esto, otro de los elementos que impulsan a la tarea contemporánea de fundamentación, radica en ese tópico dominante de la uniformización, del consensus fijado entre los intelectuales en relación a los problemas políticos. Este planteamiento, retomado desde una posición tan ideologizada como la que preconiza el «fin de las ideologías», pretende una universalización de presupuestos decimonónicos de libertades, la cual viene posibilitada por unas condiciones sociales en las que escasean las figuras políticas e ideológicas, proliferando con ello teorías como las del «observador» o «preferidor» racionales a falta de una constatación más profunda y realista del mantenimiento de las desigualdades y conflictividades que se sustraen a la visión demasiado clásica y restringida del teórico. «Las notables disputas contemporáneas acerca de derechos y libertades tienden cada vez más a levantar problemas de gran generalidad en las opciones» (54), todo lo cual vuelve cualquier filosofía social alternativa impotente o baladí. Desde aquellas posiciones neoliberales se afirma que «no existe una declaración de ideas tan completa que satisfaga a todos los hombres» (55), por lo que todo intento de fundamentar teorías radicales con vistas al desarrollo de una política social y general es susceptible de crítica. La única función del teórico radica en volver la mirada atrás y hacer que «...las viejas verdades (sic) mantengan su impronta en la mente humana (y) reintroducirse en el lenguaje y conceptos de las nuevas generaciones». «Si aquellos valores han de recuperar todo su vigor, es urgente e ineludible reinstaurarlos y reivindicarlos sin reservas» (56). Y ello a pesar de los cambios producidos no sólo en las condiciones materiales de producción y consumo sino, incluso, en la conciencia de una sociedad castigada por dos guerras mundiales de claros matices imperialistas y que ha visto cómo las reivindicaciones sociales del movimiento obrero se han extendido a la gran mayoría de las capas sociales no pudiendo escindirse las conquistas propiciadas por este movimiento de las tradicionales libertades o «viejas verdades» en el sentido de Hayek.

El único modo de obviar esta excesiva ideologización radicaré en remitir el fundamento a una teoría referencialista que se refiera de algún modo a un mundo que está fuera del estrecho margen de concep-

(53) K. KUYPERS, *op. cit.*, pág. 75.

(54) M. I. FINLEY, *Vieja y nueva democracia*, *op. cit.*, pág. 74.

(55) F. A. HAYEK, *Los fundamentos de la libertad* (trad. de J. V. Torrente) Unión Editorial, S. A., Madrid, 1978, pág. 19.

(56) *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 21.

tos e intereses que impera dentro de una determinada clase social (57) y se abra a las contradicciones y conflictos sociales como campos donde se supera la privacidad (58), la petrificación e hipostatización de la crisis (59) y cualquier intento de absolutizar el hecho de la elección valorativa en alguna conceptualización metafísica de la naturaleza humana (60).

IV. DELIMITACION Y CLARIFICACIONES DE LA ESTRUCTURA FORMAL DE LA FUNDAMENTACION

Partimos pues de la necesidad clara de la tarea fundadora centrada en ese reconocimiento de la contradictoriedad y multiplicidad de lo real para huir, como decía Schumpeter, de convertir la teoría en un mero lugar común al desgajarla de la estructura social del momento concreto (61), y superar la idea, un tanto desfasada, según

(57) Terminología y sentido que tomo de la obra de Leonard Meyer, *Emotion and Meaning in Music*, University of Chicago Press, Chicago, 1956, págs. 8 y sigs.

(58) Esa privacidad, según Lukács, proviene de la homogeneización de lo real en jerarquías absolutas, al confundir la realidad con lo representado dentro del paradigma teórico idealista. Todo lo cual conduce a estetizar la vida ética y con ello a absolutizar la vida cotidiana, ya que dicha privacidad es el contexto más adecuado para la estética: vivir contemplativamente y poéticamente en función de un pasado mejor. Vid. G. LUKÁCS, «Entre la ética y la estética», en *Estética I*, (4), *op. cit.*, pág. 283. Para un entendimiento preciso de la privacidad en el mundo contemporáneo, cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, «La intimidad en la sociedad informatizada», «Intimidad e informática en la constitución» y la «Intimidad como derecho fundamental», en *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, págs. 284-357, esp. págs. 327-331.

(59) Las contradicciones que suceden en el régimen capitalista no constituyen un problema estrictamente mental, como pensaba Hegel, ni siquiera, como ocurre en la ética contemporánea de matiz analítico o fenomenológico, pueden resolverse obviándolas. Lukács piensa que la resolución de las mismas no está tampoco en el desarrollo del sistema mercantilista. Marx afirmaba que más bien ese desarrollo de la mercancía lo que hace es dar «forma» para su desdolvimiento no traumático, y en esto reside el método de resolución de las contradicciones existentes en la realidad. Pues bien, para Lukács este método resolutorio (formal) tiene su reflejo en la literatura, y asimismo podemos añadir que también lo tiene en la filosofía como pensamiento acerca de lo real. Así podemos ver cómo en la «intelligentsia» de la burguesía pre-1848 esa resolución era meramente apologética, es decir, se engrandecían las contradicciones, para reificarlas como necesarias, pero a partir de esa fecha, las circunstancias van cambiando y dichas contradicciones se agudizan, por lo que hay que darles una nueva forma «en la que las contradicciones quedan petrificadas como tales contradicciones, del mismo modo que en la forma antigua quedaban petrificadas como armonía», Vid. G. LUKÁCS, «Heinrich Heine como poeta nacional», en *Realistas alemanes del siglo XIX* (trad. de Jacobo Muñoz), Grijulso, Barcelona-México, 1970, pág. 140.

(60) En ALASDAIR MACINTRE, *Historia de la Etica*, cap. 11 *Passim*, puede verse un desarrollo de las posiciones filosóficas descolantes en el sentido que planteamos (véase sobre todo el análisis tan actual que el autor realiza sobre la evolución en Hegel). La traducción de esta obra ha sido realizada por R. J. Wualton, publicada en Paidós, Barcelona, 1982.

(61) J. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis*, ed. E. B. Schumpeter, Nueva York, 1954, págs. 1, 21. (Hay trad. cast. de Manuel Sacristán bajo el título de *Historia del análisis económico*, Ariel, Barcelona, 1971).

la cual el derecho no vendría a ser considerado más que como la materialización de la inercia de la realidad histórica obviándose con ello el papel dialéctico y conformador de la normatividad y del conjunto de producciones y objetivaciones culturales. Abandonar, por tanto, la tarea teórica para entregarse a la consecución de la efectividad y garantía de lo dado, aun cuando sea una actividad de enorme importancia que conlleva ella misma una intención fundamentadora crítica y radical, implica cuando se separa de la tarea teórica, un escapismo científico y un recocimiento de la impotencia por conseguir más parcelas de *reconocimiento* de las necesidades expresadas socialmente que el establecido en un momento concreto por la correlación de fuerzas que constituyese el espectro del «legislador».

En este punto nos topamos ineludiblemente con el influyente —y no por breve menos importante— trabajo de Norberto Bobbio *L'illusion du fondement absolu* (62) suficientemente estudiado y convertido ya casi en tópico en el ámbito de la doctrina española preocupada por la teoría de los derechos humanos, como para que aquí hagamos un análisis exhaustivo del mismo. Sin embargo, pensamos que una síntesis crítica de dicho ensayo puede clarificar nuestra posición en la materia.

En primer lugar, observamos como en Bobbio se parte de una hipótesis y de una convicción que sólo compartimos a medias y ello con reservas. La hipótesis radica en que para el autor y profesor italiano no hay ya posibilidad de fundamentos absolutos, sino diferentes fundamentos relativos dirigidos más a la consecución de la eficacia y posterior garantía de los valores jurídicos que a la discusión teórica acerca de cuáles son sus orígenes, límites, etc. Y la tesis convicción, expresada en un trabajo posterior con más detalle y que se sitúa en una continuación y desarrollo de las tesis expuestas en *L'illusion* (63), que consiste en afirmar que dichos valores ya están suficientemente fundados en el texto de la «Declaración Universal» de 1948. Pensamos que nuestras posiciones críticas acerca de estos trabajos de Bobbio ya están lo suficientemente expresadas en páginas anteriores pero no por ello podemos dejar pasar la ocasión para apuntalar aún más nuestra postura en relación a tal garantismo.

Desde posiciones críticas a la infructuosa polémica entre iusnaturalismo y positivismo se ha afirmado que el fundamento de la «validez» de la norma fundamental del ordenamiento hay que encontrarlo supuesto en la «idea» de un «poder democrático y de una sociedad democrática» (64), con lo que en nuestro ámbito doctrinal se tienden

(62) N. BOBBIO, «L'illusion du fondement absolu», en VV.AA., *Lefondement des droits de l'homme, op. cit.*, págs. 3-9.

(63) N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, págs. 9 y sigs.

(64) Consúltense las obras de G. PECES-BARBA, «Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 2, 1979, sobre «Los derechos humanos y la Constitución de 1978», págs. 39 y sigs., y asimismo «Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho», en *Revista de la Facultad*

puentes entre la actividad teórica y la praxis concreta a la hora de entender el conjunto de principios y valores que orientan, critican y dinamizan el desarrollo normativo en su conjunto.

No vale pues ese mero pragmatismo, sino que hay que ir más allá de la mera garantía de ciertos valores que en estos momentos son considerados como incontrovertidos, para dedicarnos a esa profundización en la democracia en la que, en términos de Herbert Hart, «lo que se necesita llevar a cabo en primer lugar, es alguna consideración más radical y detallada de los modos en que tales derechos se relacionan con el resto de valores perseguidos por la sociedad» (65), es decir, aquéllos que quedarían al margen de esa actividad garantizadora de los que ya están reconocidos. Esto último constituye una de las debilidades más sobresalientes de los ensayos de Bobbio, como veremos más adelante, y nos conecta con esa superación del garantismo en función de una fundamentación integradora y evolutiva de los derechos humanos en general y de los derechos fundamentales en particular.

En este sentido, tres puntos de las tesis de Bobbio pensamos que son necesarios discutir para poder seguir adelante con nuestra tarea. En primer lugar convendría destacar la afirmación contenida al principio de *L'illusion* (66), según la cual hay que distinguir, en el terreno de la fundamentación, entre un derecho que se tiene, de un derecho que se quiere tener; el fundamento de aquél no se encontraría más que en el ordenamiento jurídico y la dirección a tomar será la de ir hacia dicho ordenamiento y ver cuál norma jurídica válida lo reconoce; mientras que el fundamento del segundo vendría dado por la búsqueda de razones para sostener su legitimidad y convencer de la necesidad de su reconocimiento. Es fácil observar cómo aquí la posición estática acerca de los valores sobrepasa, incluso, el garantismo para permanecer en una concepción positivista y, de alguna manera, iusprivatista, de un fenómeno que viene, o debería venir entendido por la teoría, como algo conectado con las necesidades cambiantes de la población que, en un momento dado pueden ejercer acciones tanto para el desarrollo como para un nuevo entendimiento de los derechos reconocidos constitucionalmente como fundamentales. La idea de un poder democrático y de una sociedad democrática se contradice con esa fundamentación rígida y obsoleta de los derechos reconocidos jurídicamente, pues es bien sabido a la altura de nuestra época que las normas que los reconocen pueden muy bien «mutar» su sentido, y a la vez integrarse en otros marcos institucionales que le otorguen significados bien diferentes a los admitidos en un principio. Desde una posición un

de Derecho de la Universidad Complutense, 61, 1981, págs. 95 y sigs. Del mismo modo, y desde un intento de superación del mero garantismo, partiendo de una fundamentación de los derechos humanos como derechos morales, puede verse E. FERNÁNDEZ «el problema de la fundamentación de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, págs. 75 y sigs., y en una obra posterior «Filosofía del derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en *RFUC*, 64, 1982), en el mismo sentido, *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.

(65) H. L. A. HART, «Utilitarismo y derechos naturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, pág. 167.

(66) N. BOBBIO, «L'illusion du fondement absolu», *op. cit.*, pág. 3.

tanto ideal de la democracia, creemos que el fundamento de los derechos humanos no reconocidos no debe presentarse como una actividad de convencimiento al legislador para que los integre en el ordenamiento, pues parece que estamos hundiendo, desde la teoría, la fractura real entre los individuos y grupos y las instituciones; más bien, el fundamento partiría de la efectiva participación de esos grupos e individuos socializados en el proceso de reconocimiento e integración de los valores y necesidades humanas que en el momento determinado de que se trate se consideren como fundamentales. No se trataría pues de *convencer*, sino de *participar*, y del mismo modo no se trataría tampoco de problemas de *validez formal* sino de *integración institucional y evolutiva* de las normas entre sí y con sus orígenes y desarrollos en el ámbito de la *soberanía popular*.

En segundo lugar, habría que destacar una frase, menos aforística que postulante de la línea de Bobbio, en la que se afirma que los valores últimos no pueden fundamentarse, ni justificarse, *se los asume* (67), por lo que parece que se extiende un velo de irracionalidad sobre los mismos, no pudiendo, de ningún modo, razonar sobre su naturaleza y características, al ser relegados al fondo pasivo del sentimiento y la emoción. Por otro lado, y sin querer profundizar mucho en este tema que ya hemos estudiado con atención, esa asunción sin justificación parece remitirse a una concepción restringida de la fuerza en relación con la normatividad: asumir acríticamente, es aceptar alguna voluntad «alienada» de las necesidades y valores básicos de la sociedad, es trazar una línea entre los que mandan y los que obedecen que los nuevos análisis microfísicos del poder vienen negando desde hace tiempo.

Y en tercer y último lugar, debemos traer a colación un postulado que no es más que la plasmación concreta de todo lo dicho con anterioridad. Para Bobbio las libertades y los derechos sociales son antinómicos, su desarrollo no puede avanzar paralelamente ya que la realización integral de unos impide la realización integral de los otros (68). Ahora bien, desde nuestra posición nos preguntamos, ¿cómo es posible relacionar esta idea dicotómica con otra según la cual «le problème de fond relatif aux droits de l'homme, est aujourd'hui non pas de les justifier, mais de les protéger, ce n'est pas un problème théorique mais pratique»? (69). Si partimos de esa fractura entre libertades y derechos sociales, ¿qué protegeremos: la realización integral de los unos abandonando la realización de los otros o viceversa? Pensamos, por consiguiente, que para esa actividad práctica de protección y de eficacia se necesita una previa fundamentación que posibilite una interpretación adecuada de los valores para, en un momento posterior —e incluso paralelamente— ofrecer los sentidos precisos de aquéllos en las circunstancias concretas sin perder de vista los objetivos más generales que conforman nuestra racionalidad crítica y democrática.

(67) *Ibidem*, op. cit., pág. 5.

(68) *Ibidem*, op. cit., pág. 7.

(69) *Ibidem*, op. cit., pág. 8.

En *Presente y porvenir de los derechos humanos*. Bobbio vuelve a la distinción ficticia entre ambas categorías, destacando este ensayo por ser de una fecha muy posterior en la producción de este pensador tan atento a las nuevas circunstancias y nuevos desarrollos, tanto sociales como teóricos. Sin embargo, afirma que «para entendernos, llamo libertades a los derechos que quedan garantizados cuando el Estado no interviene y «poderes» a aquellos derechos que requieren una intervención del Estado para su ejercicio» (70). Desde luego, que desde esta posición no hay manera posible de fundamentar radicalmente los valores jurídicos en ninguna de las instancias que aquí hemos considerado como factibles; pero aún hay más, para el autor de los formidables *Studi hegeliani* (71), podemos considerar sin más como absolutos a algunos derechos humanos, como pueden ser la prohibición de la tortura y de la esclavitud, derechos que se superponen como valederos para todas las situaciones y para todos los hombres sin distinción, mientras que todo el resto de valores encuentran restricciones o límites en otros derechos y en función de determinadas situaciones históricas y sociales, con lo que el problema si es que no queremos confundir la realidad con el deseo, radicaría en encontrar los suficientes argumentos y pruebas antropológicas y biológicas que nos demuestren esa absolutización y generalización a todo el género humano de unos derechos y no de otros, al no especificar el fundamento filosófico-jurídico de la elección. En definitiva, Bobbio concluye su argumentación retomando la idea de que «... los valores últimos son antinómicos: este es el problema» (72), insertándose con ello en la más pura corriente no-cognoscitivista y colindante con posiciones irracionalistas que relegan esos valores a los instintos, las emociones, a los sentimientos, o a la voluntad de poder (73).

Para continuar con nuestra argumentación hemos de decir que uno de los presupuestos desde los que partimos reside en la creencia de que

(70) *Ibidem*, «Presente y porvenir de los derechos humanos», *op. cit.*, pág. 26.

(71) N. BOBBIO, *Studi hegeliani, Diritto, società civile, stato*, Einaudi Paperback 121, Torino, 1981.

(72) N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», *op. cit.*, pág. 24 y sigs.; y «L'illusion du fondement absolu», *op. cit.*, pág. 6.

(73) Concretamente nos referimos a la afirmación de Bobbio, según la cual, el derecho a no ser torturado y a no ser esclavizado son valores del género humano, ya que el resto de derechos y valores se limitan los unos a los otros. Pues bien, lo que criticamos no es esa universalización de la idea de humanidad como valor básico, al que puedan remitirse los valores más abstractos y por ello susceptibles de un alto grado de generalización. Es posible mantener que dicha humanidad es el único valor que puede «regular» la acción y la crítica a un nivel universal. Lo que cuestionamos es la falta de asunción de este valor dentro de la teoría, lo cual conduce a una nula concretización del mismo, en principios bastante más generales y abstractos que los citados por el autor italiano; entre estos principios pensamos que habría que incluir la libertad, la justicia formal, la igualdad racional y la equidad. La idea de libertad contradice realmente a la de esclavitud. La idea de justicia, de igualdad racional, de vida digna, etc., se oponen tajantemente a la tortura. Pero cuando colocamos las prohibiciones de esclavitud y de tortura como valores universales, no hacemos sino colocar algo negativo en lo más abstracto y universalizable, por lo que podemos aceptar otras restricciones a la libertad, a la igualdad y a la justicia que no afecten a tales esferas.

aún no se ha materializado la razón, como impulso emancipador, en las relaciones sociales dadas, por lo que ese garantismo viene sometido a constantes revisiones y críticas en ese proceso sin sujeto preciso que es la historia. Siguiendo al Hegel de los primeros escritos previos a la *Fenomenología del Espíritu*, ese proceso racional de constante destrucción y mediaciones no ha conseguido todavía «reconciliar» la idea y la realidad. Esto nos induce a seguir investigando los fundamentos de las relaciones entre las mismas, sobre todo, como pone en evidencia Mihály Vajda, teniendo en cuenta que la superación de las relaciones sociales fetichizadas conlleva el acto práctico de transformación de las mismas por la «praxis» humana y no reside nunca en una aceptación acrítica del mundo tal y como existe realmente (74).

Por otro lado, esta tensión constantemente mantenida entre la idea y la realidad, el ser y el deber ser, no nos conduce como a Hegel (75) a una separación tajante entre ambas esferas, sino que se encuentran imbricadas dentro del continuo social-cultural como pautas sobresalientes del impulso de progreso. Asimismo, ese mantenimiento de la tensión no implica petrificar la contradicción como algo insoluble y/o natural, sino que conduce a un nuevo entendimiento de la misma como teoría crítica de lo social en todos sus niveles, lo que implica un estudio del ser y del deber ser: sus conexiones y sus mutuas relaciones dialécticas, tanto positivas como negativas; y ello es aún más necesario, en un campo, como el derecho, en el que su influencia se extiende sobre la sociedad civil en todo momento de su desarrollo (76).

Según esto anterior, el garantismo procede claramente de una confusión terminológica muy extendida entre los significados actuales de «fundamentación» y «justificación», según la cual ambos términos vienen identificados siendo los mismos muy diferentes y susceptibles en distinto grado de la influencia negativa de la ideologización. En el sentido más general posible, *justificar* no reside más que en encontrar causas, motivos o explicaciones que posibilitan que a lo que se dirige no sea considerado o parezca extraño, inadecuado, inoportuno, censurable, etc. (77). Tradicionalmente el término «justificación» ha tenido dos sentidos ofrecidos por los dos pilares básicos del pensamiento occidental: para Kant en sus *Prolegómenos* (78) y en la *Crítica de la Razón pura* (79), el término viene entendido como sinónimo de «autori-

(74) MIHÁLY VAJDA, «Fenomenología e Marxismo: un diálogo» en *Aut-Aut*, 127, 1972, pág. 15.

(75) H. MARCUSE, *Razón y Revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social*, (trad. cast. de Julieta Fombona de Sucre, con la colaboración de Francisco Rubio Llorente), Alianza, Madrid, 1979, pág. 33.

(76) N. LÓPEZ CALERA, «La dialéctica de la sociedad civil y el derecho en Hegel», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1967-68, págs. 275-284.

(77) Sentido entresacado de la definición dada al término por M. MOLINER, en su *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 1984, t. II, pág. 203.

(78) I. KANT, *Prolegómenos* (trad. del alemán por Julián Besteiro), Prólogo de A. Rodríguez Huescar, Aguilar, Buenos Aires, 1980, págs. 71 y sigs.; esp. pág. 72.

(79) I. KANT, *Crítica de la razón pura*, op. cit., cap. II. «Deducción de los conceptos puros del entendimiento», Sección 1.ª, párrafo 13, págs. 120-125 de la edición citada por nosotros. Asimismo consúltese el párrafo 26 de la Sección 2.ª del mismo ca-

zación» para usar un concepto y como «posibilitación» de referencia del mismo a un objeto empírico, por lo que su derivación contemporánea se encontraría en el campo de la filosofía analítica que se empeña en determinar las posibilidades de usos de los conceptos en función de las diferentes formas de vida; pero en Hegel el término adquiere un sentido bien diferente y mucho más susceptible de ideologización, al ser puesto en conexión con las condiciones de necesidad del concepto: éste no puede ser otra cosa que lo que es... Justificar no implica exclusivamente ocultamiento sino también afirmación de la *necesidad* de un concepto, de un hecho y, en última instancia (en el joven Hegel, sin embargo, el concepto es mucho más real que lo realmente existente), de unas relaciones sociales y/o jurídicas dadas.

Justificar éticamente consistiría, pues, en demostrar la aceptabilidad o plausibilidad de una norma o algún imperativo sin mayores implicaciones. Para Lukács, en su comprensión de lo estructural de la normatividad social, «... la lucha de esa singularidad —pariticularización del hombre en la sociedad contemporánea— con las normas viejas y nuevas de la ética, de la moralidad, de las costumbres, etc. (implican), la aparición de su contradictoriedad interna como momento a la vez *justificado* y *necesitado de superación* en la vida humana (80). Necesidad de superación de esas racionalizaciones y justificaciones que encuentra su desarrollo en una fundamentación precisa de esas normas y valores. La fundamentación comienza a subvertir el pensamiento sobre lo social cuando se opone tajantemente a la consideración de los valores tradicionales del capitalismo (derecho de propiedad, libertad de contrato) «a manera de principios eternos que deben ser respetados en todo tiempo y lugar (invocándoseles) como la *justificación* de las relaciones sociales *en vez* de ser reconocidos simplemente como la consecuencia de tales relaciones gracias a la mediación de las cosas» (81).

Para el profesor González Vicen lo ideológico —en su peor sentido— de la justificación, reside en esa búsqueda de la definitividad del hecho que se presenta como indubitado y a la vez inserto en una cadena causal histórica, obviando que, tanto los acontecimientos como las leyes que de ellos se derivan no son más que «formas de comprensión de cada uno de aquellos momentos desde la perspectiva del proceso al que pertenecen» (82). Formas de comprensión que no buscan

pítulo «Deducción trascendental del uso empírico universalmente posible de los conceptos puros del entendimiento», págs. 171 y sigs.

(80) G. LUKÁCS, «Jardinería», en *Estética*, I (4), *op. cit.*, pág. 170.

(81) W. ASH, *Marxismo y moral*, *op. cit.*, pág. 52.

(82) F. GONZÁLEZ VICEN, «El darwinismo social: Espectro de una ideología», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, NE, 1, 1984, pág. 175. El profesor González Vicen inserta estos planteamientos en lo que él denomina «círculo vicioso ideológico» en el que «se parte de la intuición o relación social que se trate de justificar y el procedimiento consiste en proyectar esta institución o relación en el ámbito de la reflexión abstracta como un valor absoluto, “ley eterna” “ley natural”, verdad en sí»; para después retrotraer y utilizar como fundamentación lo postulado como valor absoluto. Con lo que será la estructura de la sociedad burguesa de la que se parte y se convierte en ley natural (compuesta de la teoría hobbesiana del «bellum omnium contra omnes», de la teoría económica de la competencia y del malthusianismo), y luego se utiliza como fundamentación —*justificación*— de la misma, con lo que el círculo se cierra sin salir de sus premisas.

el acuerdo total, sino las razones suficientes que conecten lo dado con su génesis y a la vez con sus fines y objetivos más lejanos proyectantes de una racionalidad crítica y social como base de una fundamentación radical de esos acontecimientos y pautas normativas.

En cuanto «génesis», la fundamentación debe distinguir, por un lado, entre «origen» y «principio» tal y como auspiciaba Kant en las primeras frases de su *Crítica de la Razón Pura* (83), para distinguir el análisis psicológico y lógico. Si el *origen* lo encontramos al comienzo del proceso que pretendemos estudiar coincidiendo con su surgimiento en el tiempo como hecho observable o cuando menos susceptible de ser pensado, el *principio* bien puede situarse al final del proceso de determinación precisa del hecho o del objeto en cuestión. En el terreno de los derechos humanos podremos rastrear sus orígenes en uno u otro momento del devenir histórico, y, sin embargo, su principio puede que se encuentre plasmado en el momento actual o se remita a una futura especificación en la que prima más el camino a recorrer que la meta a llegar; con ello, el fundamento o principio de dichos valores no lo encontramos al inicio, sino al final, por lo demás indeterminado e indeterminable, del trayecto. Para Ernst Bloch «lo real es proceso, y esta es la mediación muy ramificada entre presente, pasado no acabado y, sobre todo, futuro posible» (84). La fundamentación no viene dada explícitamente por el «de dónde», por el origen, «...sino que, al contrario, este origen se explicita él mismo por el *novum* del final» (85), *novum* que no tiene por qué encontrarse dado de una vez por todas y a cuya realización haya que dirigir el esfuerzo teórico, sino que ese «principio», ese «fundamento», se coloca «... en el frente del proceso histórico y tiene ante sí predominantemente sólo la posibilidad real en mediación. Esta posibilidad —continúa Bloch— constituye lo que como correlato real-objetivo corresponde a la anticipación exacta, a la utopía concreta» (86). De este modo, la fundamentación no encuentra su razón de ser, su verdadera génesis, en el origen del problema al que se enfrenta, sino como afirma Bloch «...al final, y empezará a comenzar cuando la sociedad y la existencia se hagan radicales, es decir, cuando pongan manos en su raíz» (87). Raíz que Bloch encuentra en el hombre socializado que trabaja modificando constantemente lo que le rodea e instalado en el marco institucional de una democracia real, único marco, pues, en el que caben relacionarse los aspectos más concretos y más generales de la esencia humana.

Por otro lado, esa labor de génesis debe de mantenerse alerta para no confundir otros dos términos de ineludible importancia para la tarea fundamentadora. Nos referimos concretamente a los *límites* y a los *confines* de la actividad racional; y para ello debemos una vez más remitirnos al pensamiento kantiano, pero con un sentido crítico y actua-

(83) I. Kant., *Crítica de la razón pura*, op. cit., págs. 41-43.

(84) E. BLOCH, *El principio esperanza*, (vers. del alemán por Felipe González Vicen), Aguilar, Madrid, 1977, t. I, pág. 188; vid. también pág. 189.

(85) E. BLOCH, op. cit., t. I, pág. 196.

(86) *Ibidem*, op. cit., pág. 197.

(87) *Ibidem*, op. cit., t. III, pág. 501.

lizador de sus desarrollos. En los *Prolegómenos* de 1783, intentando aclarar los postulados de la primera edición de la *Crítica*, Kant mantenía la distinción entre «confines» (*Grenzen*) que «presuponen siempre un espacio que se encuentran fuera de un lugar determinado y lo encierra» (88), y «límites» (*Schranken*) «...que son meras negaciones que se afectan a una cantidad, en tanto que carece de totalidad absoluta» (89).

La tarea justificadora permanecería en esa consideración de los límites que niegan la posibilidad de ir más allá de lo dado, racionalizando, en el más bajo sentido de la palabra, el conjunto de circunstancias que predominan en un momento preciso. Fundamental es estar atento a los confines sin necesidad de ocuparse en construir «ficciones necesarias» que postulen la conexión de la actividad humana con algún reino de fines necesarios y trascendentes. Ocuparse de confines es partir de lo dado para, racionalmente, construir un *plan de vida* que vendría explicitado por el conjunto de valores, objetivos y metafinas (90) «que ordenan, orientan y dirigen nuestros fines concretos, nuestras intenciones y nuestra acción» (91). Este «plan» se estipula en función del conjunto de necesidades humanas fundamentales —reconocidas o no jurídicamente— que convertidas en sistemas objetivos de preferencias, exigen para su plena satisfacción una superación de las barreras levantadas por las relaciones sociales dominantes. Como el mismo Kant afirma, hablar de confines es hacerlo partiendo de algo positivo (92), es decir, como posibilidad de encontrar un punto de intersección entre lo dado y el proyecto; mientras que hablar de límites es hacerlo desde el punto de vista de la negatividad más inmediata. Fundamento como génesis, pero también fundamento como proyecto, es decir como «finalidad». «El ser que condiciona la conciencia, como la conciencia que elabora el ser, se entienden, sólo en aquéllo desde lo que proceden y

(88) I. KANT, *Prolegómenos*, *op. cit.*, pág. 184. Hay que advertir que en la traducción de Besteiro, no se habla de «confines», sino de «límites» y cuando se hace referencia a éstos se les denomina «limitaciones». Sin embargo, pensamos que es mucho más acertado entender los términos como aquí se emplean (vid. en este mismo sentido Janik y Toulmin, *La Viena de Wittgenstein*, *op. cit.*, pág. 188) ya que por límites podemos entender generalmente como el conjunto de líneas, puntos, momentos o circunstancias señalan el final de algo; mientras que por «confines» podemos extendernos a esas mismas circunstancias, pero consideradas en función de los puntos más lejanos a donde pueda alcanzar la mirada. Los dos conceptos delimitan; pero uno lo hace absolutamente, sin posibilidad de transgresión y el otro ofrece la posibilidad de remitirse más allá de la misma delimitación, pero siempre —y esto es lo más importante— hasta donde alcance la mirada o la vista.

(89) I. KANT, *Prolegómenos*, *op. cit.*, pág. 184; y sigue, «Pero nuestra razón ve, por decirlo así, en torno suyo un espacio para el conocimiento de las cosas en sí mismas, aunque nunca puede tener conceptos determinados por ellas y está limitada solamente a los fenómenos».

(90) «...es decir, fines generales que de algún modo regulan, ordenan, estructuran y restringen fines concretos que en cada momento podemos perseguir», en J. MOSTERÍN, *Racionalidad y acción humana*, Alianza, Madrid, 1978, pág. 82. «Plan de vida» que coincide con la idea de *Budapest* acerca de la acción «value-rationality».

(91) *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 83.

(92) I. KANT, *Prolegómenos*, *op. cit.*, pág. 187.

hacia lo que tienden. La esencia no es la pereteridad; por el contrario, la esencia del mundo está en el frente» (93). El fin, por consiguiente, está presente bajo la forma de constante cambio, revisión, transformación y sentido histórico de las categorías normativas y teóricas.

V. CONCLUSIONES

Según lo anterior podemos plantear una estructura formal de fundamentación que comparta los siguientes caracteres: racionalidad, teleología e intersubjetividad. Caracteres que únicamente pueden postular una construcción teórica «incompleta» y «revisable»; incompleta en tanto no realizable de una vez por todas, y revisable en función de los nuevos desarrollos doctrinales y de las modificaciones sociales y políticas que sufra el objeto de estudio.

Fundamentación teleológica, es decir, tendente a postular como fines y objetivos los valores que conforman el inacabado proyecto ilustrado de modernidad; proyecto que se opone a toda fundamentación fisicoteleológica o arbitraria (94). Partimos, más bien, de una teleología que conecte los deseos —necesidades con los fines— objetivos de las diferentes formas, o modos de vida, que se «oponen» en el debate democrático de reconocimiento y satisfacción de aspiraciones sociales. Fines y objetivos de los que puede decirse que «non esistono nel mondo se non sotto forma di fini umani» (95), y que conforman un orden de valores que, en términos de J. Esser, puedan establecer una «regla positivable de preferencias», coincidente con el conjunto de «convicciones jurídicas vivas». Desde esta concepción de la teleología, o sea como cambio y mutación de los contenidos interpretables como principios fundamentales, los derechos humanos como categorías axiológicas que apuntan al futuro, no pueden ser fundamentados desde un plano puramente estático. Dichas categorías no serían sino el «framework» mediador entre la singularidad de la vida cotidiana de los ciudadanos y la genericidad de los principios y valores más universalizables de toda sociedad democrática. Los derechos humanos, como mediación entre esos polos de lo real, cumplen la función teleológica de conectar las tres formas básicas de objetivación del mundo actual: el trabajo, las necesidades y los valores. Y es aquí donde entramos en la segunda característica de la estructura formal de fundamentación que venimos exponiendo: la racionalidad.

Ser racional en una sociedad o en una forma de vida determinada, consiste en conocer y saber poner en práctica las normas y reglas que regulan la convivencia en tal formación social. Sin embargo, ya Max Weber partía de la base de que la racionalidad no puede ser entendida

(93) E. BLOCH, *El principio esperanza*, op. cit., «Prólogo», pág. XXVIII y t. I, págs. 61 y sigs.

(94) Cfr. J. D'HONT, «Teleología y praxis», en VV.AA., *Hegel y el pensamiento moderno* (seminario dirigido por Jean Hyppolite) trad. de R. Salvat, Siglo XXI, México, 1975, pág. 22.

(95) M. VAJDA, «Fenomenología e marxismo. Un diálogo», op. cit., pág. 37.

unívocamente. Para el sociólogo y filósofo alemán en este punto hay que distinguir dos «usos» de la palabra: el *formal*, reducido a la «acción económica» del cálculo, y el *sustantivo*, que conlleva una orientación a valores absolutos o a fines particulares (96) de claros matices éticos (97). A pesar de compartir en sus aspectos generales la distinción weberiana, nos separamos de ella en tanto que, por un lado, plantea una concepción dicotómica de la racionalidad, y, por otro, su remisión de la razón sustantiva a valores absolutos, no nos lleva sino a quedarnos con los aspectos procedimentales e instrumentales de la misma. Nuestra concepción de la racionalidad —y en esto seguimos los últimos desarrollos de la Escuela de Budapest—, no distingue entre dos usos de la palabra, más bien se centra en la distinción entre dos «actitudes» de la razón. La primera vendría definida como *rationality of reason*: desde ella se observarían las normas y reglas de una comunidad o forma de vida «taken for granted». Desde la segunda actitud, o *rationality of intellect*, dichas normas y reglas entran en un proceso de crítica y cuestionamiento, pero siempre desde otros planos u órdenes alternativos (98).

La racionalidad de la estructura significativa de la fundamentación vendría dada, por un lado, a través del consenso social acerca de las instituciones normativas existentes; y, por otro, a través de la constatación de la pluralidad de órdenes normativos que postulan metas alternativas al estado de cosas dominante. Desde esa concepción de la racionalidad es como será posible conectar e interrelacionar —nunca jerarquizar en el plano formal— los diferentes valores y principios fundamentales, en función de las expectativas normativas que, a través del diálogo acerca de necesidades, plantea la sociedad civil.

Pero con esto entramos ya en la tercera característica que veíamos más arriba: la intersubjetividad. Hablamos de «consenso», de «diálogo racional» entre expectativas normativas de la sociedad civil, en fin, de una «racionalidad teórico-discursiva» como base formal de la fundamentación de los valores jurídicos. Dicha racionalidad intersubjetiva o, mejor aún, esa intersubjetividad racional, debe concretarse en el *reconocimiento* formal de las necesidades y expectativas individuales o grupales. Si no existe tal reconocimiento, difícilmente podremos llegar democráticamente al consenso y al diálogo. Es esa misma exigencia de reconocimiento formal la que distingue entre la argumentación jurídica y la argumentación social. Como afirma Esser, en toda fundamentación o interpretación es necesaria una «consideración atenta del objeto de trabajo (junto a la) necesidad de comprensión... del *horizonte de expectativas...*» (99) en el que se debate el conflicto entre

(96) M. WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization* (translated by A. A. Henderson y T. Parsons), Hodge, Londres, 1947, págs. 170 y 309.

(97) M. WEBER, *Rechtssoziologie* (ed. by J. Winckelmann) Luchterhand, Neuwied, 1960, pág. 247.

(98) Cfr. A. HELLER, «Everyday Life, Rationality of Reason, Rationality of Intellect», en *The Power of Shame. A Rational Perspective*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1985, págs. 71-250.

(99) J. ESSER, «La interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, NE, 4, 1986, págs. 48 y 71.

los grupos sociales en su relación con el derecho. Fundamentar los derechos humanos implica una concepción de la intersubjetividad como consenso racional acerca de valores ya reconocidos o bien tendentes a su juridificación. No puede realizarse un estudio crítico sobre problemas jurídicos sin hacer referencia al derecho (100), por más que el objeto que estudiemos se coloque en el nivel más abstracto y genérico. Llegar a un consenso acerca del contenido esencial de, por ejemplo, la dignidad humana, no puede realizarse sin tener en cuenta su naturaleza de valor jurídico universal, o sin tomar en consideración su función integradora del resto de valores y principios concretados o concretables en sede constitucional. Por consiguiente, intersubjetividad como consenso y diálogo racionales, sin olvidar que tal consenso y tal diálogo no pueden obviar la base fáctica y normativa a la que necesariamente se hace referencia en el debate democrático acerca de valores.

La racionalidad, la teleología y la intersubjetividad son elementos de toda fundamentación no metafísica ni trascendental. Es por ello que los tres no pueden ser comprendidos sino en interrelación constante; una acción se hace racional única y exclusivamente cuando se relaciona con fines sociales, y deviene radical cuando el consenso intersubjetivo se relaciona con valores, o sea, con preferencias sociales generalizables. La conexión de estos tres elementos viene dada asimismo por nuestra capacidad de establecer metas, elegir medios y, desde estos, hacerlas efectivas. Fundamentar una categoría normativa, como la de los derechos humanos, no es una tarea estática; la coimplicación de dichos caracteres conduce a que en todo acercamiento a las normas estemos manejando valores y procurando el consenso intersubjetivo acerca de los mismos, es decir, tendiendo a su universalización. En nuestra contemporaneidad no existen valores sustantivos o últimos; más bien debe hablarse de valores más o menos universalizables que acercan, en la medida de lo posible, las comunidades real e ideal de comunicación. Al definir, al interpretar, al aplicar o al estudiar las normas a todos sus niveles, estamos siempre fundamentando, es decir, implementando esos tres elementos que constituyen la base formal de todo acercamiento a la realidad normativa.

Se ha dicho que «comprender no es un simple conocer que algo *es así*, sino conocer el fundamento y el sentido de este *ser así* (101). En esta labor hay, sin embargo, que procurar distinguir entre el aspecto formal de fundamentación y el material o socio-político, desde el que rellenos de contenido la racionalidad, la teleología y la intersubjetividad. Por supuesto que esta distinción no implica recaer en el formalismo. Como afirma certeramente Eugenio Trías, todo formalismo lo que hace es utilizar, instrumentalizar «...ese logro del pensamiento ilustrado y moderno para sancionar como positivo lo existente: el formalismo termina siempre siendo positivismo moral y jurídico» (102).

(100) Vid. GERD-WALTER KÜSTERS, «Rechtskritik ohne Recht. Zu Habermas Theorie des Kommunikativen Handelns», en *Rechtstheorie*, 14, 1983, págs. 95-114.

(101) J. ESSER, «La interpretación», *op. cit.*, pág. 50.

(102) E. TRÍAS, *Los límites del mundo*, Ariel, Barcelona, 1985 pág. 55.

Lo que otorga validez a un esfuerzo de fundamentación es, precisamente, la tendencia a superar tal «impasse». Fundamentar una categoría normativa es una tarea «primordialmente» formal, pero, claro está, no formalista. El formalismo no sería, en última instancia, sino otra forma de fundamentalismo. Fundamentar los derechos humanos como el entrecruzamiento de esas tres formas básicas de objetivación: las necesidades, el trabajo y los valores, desde la estructura formal de la racionalidad crítica, la teleología radical y la intersubjetividad discursiva, no nos dice mucho acerca de los contenidos que dichos derechos humanos ostenten en cada momento histórico de una formación social. Fundamentar no reside en dotar de contenidos materiales —por mínimos que sean— a los derechos humanos, aun cuando no podamos teorizar en absoluto bajo el velo de ignorancia rawlsiano. Fundamentar reside, por el contrario, en dotar de una estructura formal abierta, aproximativa, incompleta y revisable desde la que se posibilite la mediación entre los aspectos singulares y cotidianos de lo real, y los elementos axiológicos más universales de nuestra contemporaneidad. Cuáles sean las necesidades, el tipo de trabajo y el contenido mínimo de los valores dominantes o alternativos, constituye la tarea de una posible y deseable sociología de las libertades públicas y derechos fundamentales, o de una teoría del derecho constitucional atenta a los cambios y mutaciones de la realidad socio-política.

Tal y como ha planteado Perelman, no hay criterios de justicia que puedan obviar el aspecto formal y procedimental de la misma. Pero para que tal exigencia de justicia recupere su función liberadora y emancipadora necesita integrar en su seno la «reciprocidad» y la «autocorregibilidad» de las premisas normativas. Desde tales elementos es como puede plantearse «una mayor comprensión de las metas propuestas» (Esser), abundando en la racionalidad del sistema y del análisis, y, al mismo tiempo, en su aceptación-cuestionamiento consensual.

La fundamentación, por consiguiente, debe adoptar, sin prejuicios, temores o dogmas, una estructura formal que nosotros concretamos «aquí y ahora» en esos tres caracteres señalados; procurando en todo momento no olvidar la función de los derechos humanos —como objeto de nuestra propuesta fundamentadora— «...dentro de la praxis de los sujetos colectivos» (103). Como afirma Agnes Heller, «lo formal es racional porque el contenido lo hace racional, o, en última instancia, *codetermina* su racionalidad» (104). En esta interrelación entre contenidos y aspectos formales se sitúa la praxis discursiva que —como afirma Viehweg—, en su proceso de consolidación de *deberes comunicativos* sienta la validez de todo esfuerzo teórico por comprender la dinámica de los conceptos y de las normas (105). Contra todo tipo de

(103) L. GOLDMANN, *Lukács y Heidegger. Hacia una filosofía nueva*, (trad. J. L. Etcheverry), Amorrortu, Buenos Aires, pág. 114.

(104) A. HELLER, «Everyday Life, Rationality of Reason, Rationality of Intellect», en *The Power of Shame, op. cit.*, pág. 219; concretamente Heller afirma «the formal is rational because the content makes it rational, or at least codetermines its rationality» (el subrayado y la traducción del texto son nuestros).

(105) Th. VIEHWEG, «Zur Zeitgenössischen Fortentwicklung der juristischen To-

irracionalismo jurídico (106), hay que decir que sólo a través de un discurso y una teoría basados en algunas premisas previas razonadas y abiertas a la discusión —como son p. e. las tres características que aquí señalamos—, es posible trazar una línea de fundamentación que no sea «...el resultado de (una) discusión arbitraria, de una comprobación empírica (altamente improbable en pautas normativas de tanta dimensión moral como con los derechos humanos), o de una evidencia objetiva (107).

Sirvan, pues, estas páginas, si no para cerrar un debate que es preciso siga abierto, sí para concretar la discusión en una materia que halla su virtualidad más en el camino recorrido, o por recorrer, que en el punto, por lo demás imprevisible e hipotético, de llegada.

pik», en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 13, fasc. 2, 1973, págs. 9-17, esp. pág. 16.

(106) Cfr. R. DRIEIER, «Irrationalismus in der Rechtswissenschaft», citado por WERNER KRAWIETZ, «Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho» en Ernesto Garzón Valdés (ed.) *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, pág. 160; en el mismo sentido puede verse la «Introducción» a este volumen, realizada por el mismo editor, pág. 23.

(107) E. GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, pág. 17.

Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución

Por LUCIANO BARCIA MARTIN

Santiago de Compostela

SUMARIO: Derecho de Libertad Religiosa en España después de la Constitución.—Ordenación legal vigente.—Manifestaciones injuriosas contra la doctrina y símbolos católicos.—Libertad Religiosa, derecho humano. ¿Patrimonio religioso?—Distinción entre los aspectos religioso y jurídico en materia religiosa.—Conclusiones.—Notas

DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA DESPUES DE LA CONSTITUCION

Como tema a tratar por los profesores de Filosofía Jurídica y Moral en las VIII Jornadas a celebrar en Sigüenza se ha propuesto «Los derechos fundamentales en España tras siete años de vigencia de la Constitución».

Tal circunstancia me ha impulsado a reflexionar sobre problemas relacionados con la libertad religiosa, como derecho fundamental de las personas.

A la libertad religiosa hace referencia de manera directa y expresa el artículo 16 de nuestra ley fundamental, incluido en la Sección 1.^a, capítulo 2.^o, título I. La libertad ideológica y religiosa es defendida y proclamada como uno de los derechos fundamentales y una de las libertades públicas, con estas palabras: «1. *Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.* 2. *Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.* 3. *Ninguna religión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*»

Es ideal de una sociedad democrática la búsqueda de una convivencia pacífica, ordenada y respetuosa para todos, por parte de los componentes de la misma. Así debería ser, en efecto, en toda clase de

sociedades, en toda relación de seres humanos, aun cuando no se hablara de democraticismos.

La redacción del artículo 16 y el espíritu que debe informarlo, así como las consecuencias y aceptación sinceras de su contenido abren un camino de convivencia pacífica entre los españoles, contemplando la dimensión religiosa del hombre. Ello no obstante, no han faltado conflictos ni tensiones, afectando algunas de ellas al orden público. Pienso en estos momentos en las tensiones, protestas, alteraciones de orden público ocurridas con ocasión de las escenificaciones de *Els Yoglers*, la exhibición de la película *Ye vous salue, Marie...*

Las reflexiones que siguen contemplan de manera más directa a las actuaciones públicas contrarias a las creencias religiosas católicas. Esta fijación de hechos y circunstancias no implica que las reflexiones no tengan análoga aplicación a creencias religiosas sinceras de cuantos quieran relacionarse con la divinidad por otros medios y caminos. Como quiera que la raíz y grandeza de la libertad se basa y fundamenta en la dignidad de la persona humana, ésta merece los respetos que van unidos inseparablemente a su naturaleza dondequiera se encuentre.

La aplicación en España de la Constitución y de las normas que la desarrollan tiene lugar en una sociedad que no es confesionalmente católica, al menos no se proclama como tal en su Ley Fundamental. La Confesionalidad de un Estado no implica necesariamente la negación de una legítima libertad religiosa para todos los ciudadanos que no sigan la religión oficialmente proclamada. El hecho de que el detentador del poder político en el grado supremo sea a la vez el jefe supremo de una confesión religiosa (caso de Inglaterra) no lleva consigo una prohibición de cultos distintos del aceptado y proclamado por el poder político. La proclamación de aconfesionalidad o de ateísmo oficial por parte de los dirigentes de un estado, una posición agnóstica de los mismos tampoco incluyen, en teoría al menos, una actitud contraria a la libertad religiosa.

ORDENACION LEGAL VIGENTE

Con el calificativo de ordenación legal entiendo no solamente el contenido o articulado de nuestros códigos, sino también textos propios de Declaraciones universales (Pactos incluidos) y artículos de nuestra Constitución. Recojo aquellos que ofrecen una relación más cercana al tema que preocupa.

Ya he recogido el artículo 16 de la Constitución. Digno de tenerse en cuenta es también el artículo 10 de la misma, según el cual: «1. *La dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que lo son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social.* 2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y*

Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

De carácter internacional tengo presentes:

1.º La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10-12-1948, ratificada por España en abril de 1977, que en su Preámbulo dice que *«la libertad... en el mundo tiene por base el reconocimiento de la igualdad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (y que) los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado... un concepto más amplio de libertad»*. El artículo 3 establece directamente que *«todo individuo tiene derecho a la... libertad»*.

2.º El artículo 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (16 del 12 de 1966) establece, en consonancia con el artículo 18 de la Declaración Universal: *«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión y sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia elección o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.»*

3.º La Declaración de derechos de Versalles (26 del 8 de 1789) en su artículo 4, donde se recoge: *«La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos últimos sólo pueden ser determinados por la ley.»* La presente Declaración ofrece una definición y unos límites de la libertad en el ámbito del derecho, que Kant definía como *«el conjunto de condiciones bajo las cuales la libertad de cada uno puede coexistir o armonizarse con la libertad de los demás, conforme a una ley general de libertad»*. Se indica aquí de alguna manera, y quiero resaltarlo, que la libertad y el derecho dicen una relación natural y necesaria con el respeto a la actuación, sin duda, también a las creencias, de los otros. En tal contexto, aunque con un sentido muy restringido en relación con la amplitud que encierra el mandato en sí, cabe interpretar jurídicamente el mandato evangélico de *«amar al prójimo como a uno mismo»* y el de no hacer a los otros lo que no queramos para nosotros mismos.

En el ordenamiento jurídico interno español cabe tener presentes, ante el fin que me propongo, el contenido de algunos de los artículos

del *Código Penal*, como son: el artículo 208 atento a castigar «*actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados*»; el artículo 209 que castiga al «*que de palabra o por escrito hiciera escarnio de una confesión religiosa o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias*»; el artículo 239 que señala una pena para quien «*blasfemare por escrito y con publicidad, o con actos que produzcan grave escándalo público*»; el artículo 247 según el cual incurren en la pena de arresto mayor «*los que turbaren gravemente el orden público para causar injuria u otro mal a alguna persona*»; el artículo 248 también señala pena de arresto mayor a los que públicamente «*ostentaren lemas o banderas que provocaren directamente a la alteración del orden público*»; el artículo 432, según el cual, incurrirá en pena de multa «*el que expusiere o proclamare por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública...*»; el artículo 567, conforme al cual cometen falta «*los que con la exhibición de estampas o grabados o con otra clase de actos ofendieren levemente la moral o a las buenas costumbres o a la decencia pública*».

Dentro del ordenamiento español conviene prestar atención a leyes especiales que llevan consigo el desarrollo de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución. Y en primer lugar la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, a los que presta garantías, comprendiendo «*en el ámbito de aplicación de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y el secreto de la correspondencia, la libertad religiosa... la protección jurídica frente... a las sanciones impuestas en materia de orden público*» (art. 1.º, 2). Como ampliación del ámbito de protección de la ley 62/1978, el Real Decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero, incorpora en dicho ámbito «*los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*». La lectura del artículo 3.º de la citada Ley 62/1978 establece que la comisión de los delitos señalados puede hacerse «*a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares...* (en relación con los cuales) *los jueces... podrán acordar... el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva*».

Especial importancia, dentro del ordenamiento español, adquiere la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, la Libertad religiosa. En el ámbito propio de la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución se incluye «*el derecho de toda persona a a) Profesar las creencias religiosas... b) practicar los actos de culto... c) recibir e impartir enseñanza e información religiosa... elegir para si, y para los menores no emancipados e incapacitados... la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con su propias convicciones... d) reunirse o manifestarse públicamente...*» (art. 2). «El ejercicio de los derechos dimanantes de libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y de-

rechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público, protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática» (art. 3).

En la historia más reciente de la Sección Tercera, título II, libro II del Código Penal encontramos algunas variaciones, también en la denominación general de los delitos comprendidos en la misma. Hasta la Ley de 15 de noviembre de 1971 la *rúbrica* recogía los «delitos contra la religión católica». En aplicación de la ley de 1971 la *rúbrica* fue sustituida por la de *Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones*. La reforma de esa *rúbrica* dejaba sentir la influencia de la Ley de Libertad Religiosa de 1967, en la que el Estado español, aunque sigue siendo confesional «reconoce el Derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho». Pueden distinguirse en la reforma de 1971 dos aspectos. El primero se refiere a la amplitud de personas o religiones afectadas: ya no es protegida solamente la religión católica sino también las demás confesiones. El segundo aspecto contempla el derecho de libertad, que también es protegido como *derecho humano*. La nueva redacción, la actualmente en vigor, corresponde a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, a la cual se debe la *rúbrica* «delitos contra la libertad de conciencia» la cual está más en consonancia con lo que debe ser objeto de protección penal, que es el derecho derivado de la libertad propia del hombre, cuyos sentimientos y conductas deben ser respetados y protegidos. A este respecto me permito recoger unas palabras del Profesor Muñoz Conde: «Aunque sistemáticamente los delitos contra la religión estén incluidos dentro del capítulo dedicado a los delitos contra los derechos de las personas reconocidos por las leyes (los llamados derechos constitucionales), creo que lo fundamental sigue siendo la lesión del sentimiento religioso comunitario y que deben estudiarse como delitos contra la sociedad, en general, y no contra la Constitución estatal. Esta idea queda plenamente confirmada en el artículo 16 de la Constitución y con la Ley de 5 de julio de 1980, de Libertad Religiosa. (Cfr., Rodríguez Devesa, pág. 862; véase Landrove, *La libertad religiosa y la reforma de 1971*, pág. 714 y sigs. Rodríguez Ramos, *Libertades cívicas*, pág. 315 y sigs.» (1). Del profesor Rodríguez Devesa son la siguientes palabras «por más que sistemáticamente los delitos que vamos a referir mantengan en el Código el antiguo lugar de los que se dirigían contra la religión católica, y se sitúen, por tanto, al lado de los delitos contra los derechos de la persona, entre los delitos contra la Constitución del Estado español, lo cierto es que no hay motivo para dejar de considerarlos como delitos contra los sentimientos religiosos, porque este es, en definitiva, el bien jurídico protegido, aunque coetáneamente

(1) FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6.^a Ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1985, pág. 393.

pueda apreciarse la lesión de otros intereses jurídicos» (2). Contempla Rodríguez Devesa «tres grupos dentro de las infracciones que contiene ahora el Código, a saber: impedir la práctica de una confesión religiosa, el proselitismo ilegal y otros ataques a los sentimientos religiosos...» Ledesma Bartret, Ministro de Justicia, intervino en el Congreso (D. Sesiones, núm. 30, del 26 de abril de 1983, 1359 y sigs.) para destacar las líneas básicas de la reforma. El Estado, dijo, «no obstante su laicidad, no es indiferente hacia lo religioso, sino que lo considera un fenómeno social valorativamente positivo o, dicho de otra manera, un bien jurídico merecedor de protección penal» (3).

MANIFESTACIONES INJURIOSAS CONTRA LA DOCTRINA Y SIMBOLOS CATOLICOS

Comprendo bajo la denominación de *manifestaciones* aquellas actitudes públicas que contemplan el credo, la vida, las personas, la divinidad, las creencias, el culto, los ritos, los lugares que de alguna manera son objeto de respeto, de veneración, por parte de un grupo de españoles, que aceptan la doctrina católica. Dada la limitación que me he propuesto, sólo de manera indirecta contemplo a los miembros de otras confesiones, dentro o fuera de España. Las conclusiones a que aspiro serían jurídica y civilmente análogas a favor de toda clase de creyentes (también protestantes, judíos, mahometanos, hindúes...). Por tratarse de manifestaciones, éstas tienen carácter público y obviamente serán conocidas por los católicos, que viven en España... en gran número por cierto, si nos atenemos a los datos que nos ofrece la experiencia diaria.

Entiendo por *injuria* la agresión al honor, consistente en palabras proferidas o acciones ejecutadas en deshonor, descrédito o menosprecio de un ser humano. Una interpretación demasiado limitada de la palabra «injuria» pudiera llevar a pensar que la persona humana sólo puede ser injuriada, cuando las acciones ejecutadas o palabras proferidas se dirigen a la entidad sustancial, al ser físico al que se atribuye la personalidad. Olvidaría esta interpretación los valores morales, las convicciones personales, los afectos, las relaciones derivadas del parentesco, del agradecimiento, de la convivencia, de la fraternidad, del amor... que rodean a una persona. No podemos desconocer que en nuestra personalidad existen, es más, nuestra personalidad concreta está constituida también por todo el conjunto de situaciones de relación y de afecto, que existen en cada individuo del orden racional. Nadie ignora que en la personalidad del hombre concreto entran de alguna manera sus padres, sus hijos, su esposa, sus amigos, su dios... sus creencias, sus sentimientos. El *patrimonio espiritual* del hombre constituye una categoría de ser que se une a su patrimonio fisiológico. Tal

(2) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 9.ª Ed., Artes Gráficas Carasa, Madrid, 1983, pág. 862.

(3) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, pág. 863.

patrimonio espiritual, constitutivo o afectando a la dignidad de la persona, es sumamente apreciado por los hombres. Séame permitido a este respecto recoger las palabras de Calderón de la Barca en el famoso diálogo entre Pedro Crespo y Don Lope en *El alcalde de Zalamea*:

—«...A quien tocara
ni un átomo de mi honor
viven los cielos también,
que también lo ahorcara yo
—¿Sabéis que estáis obligado
a sufrir por ser quien sois,
estas cargas?
—Con mi hacienda,
pero con mi fama no.
Al rey la hacienda y la vida
se han de dar, pero el honor
es patrimonio del alma
y el alma sólo es de Dios.»

Este pasaje de la obra de Calderón ha recogido el común pensar de los españoles. Aplaudieron tales versos los contemporáneos del poeta. Siguen siendo aplaudidos, al menos aceptados internamente, por quienes tienen ocasión de asistir a la representación teatral clásica, y son transmitidos en la enseñanza general impartida a los niños. Su aceptación es prueba palmaria de que los sentimientos forman parte de la propia personalidad, de que el honor de una hija ultrajada es parte del honor de un padre ofendido, de que el respeto o la injuria con que se trata a los seres queridos, a las cosas amadas, son conductas que se relacionan con un ser humano concreto. No dejará de ser ajeno a este manera de pensar el contenido del artículo 10 de la Constitución, cuando habla del «libre desarrollo de la personalidad... fundamento del orden político y de la paz social».

Debe distinguirse la manifestación injuriosa de la manifestación de disentimiento o no aceptación de las creencias religiosas ajenas. El disentimiento es algo meramente personal y no afecta a la personalidad de aquel con quien no se sintoniza. El disentimiento debe ser algo tan civilmente libre, con el mismo derecho y en las mismas dimensiones, que la profesión de fe. No injuria a los católicos, a su personalidad, quien de una manera ordenada sostiene tesis contrarias o principios opuestos a los que constituyen el bagaje ideológico de aquéllos. No puede considerarse injuriosa la difusión de las propias ideas religiosas, incluso en un ambiente en el que la aceptación de otro credo es patrimonio común de una comunidad o grupo social (4). La mera aceptación de un principio religioso no ha de considerarse automáticamente portadora de una actitud de menosprecio o de injuria de la persona

(4) Cfr. Constitución española, artículos 16 y 20.

que acepta, defiende, aquel principio, aun entendida la persona como portadora o encarnando un patrimonio espiritual que le es propio.

Existe en la práctica (¿también en teoría?) dificultad para distinguir la manifestación injuriosa de la manifestación de disentimiento. Tal dificultad deriva, en primer lugar, del contenido mismo de los conceptos: negación de principios... desprecio de la persona que porta un bagaje espiritual. Pueden existir suspicacias en la persona que posee un bagaje espiritual y que de manera injustificada o indebida considera que su patrimonio ha sido menospreciado, injuriado. Ello incluye una verdadera dificultad a la hora de calibrar las tensiones o conflictos reales. Junto a quienes actúan influenciados por sentimientos de odio hacia la Iglesia Católica y hacia los creyentes, pueden también existir creyentes católicos que se sienten personalmente injuriados por quienes hacen uso de su libertad de no profesar el catolicismo.

Me he referido con anterioridad a la presencia de *sentimientos*, protegibles penalmente, relacionados con el ejercicio de libertad religiosa. Cabría también pensar que los objetos propios (personas, credo, lugares, ritos...) de una confesión religiosa, pertenecen al *patrimonio* de los creyentes, a los afiliados a esa religión, con las consecuencias a que hubiere lugar en el campo de lo jurídico y que más adelante voy a señalar.

LIBERTAD RELIGIOSA, DERECHO HUMANO. ¿PATRIMONIO RELIGIOSO?

La historia da cuenta de guerras religiosas, cuyos protagonistas pensaban unas veces en defender la religión propia, otras veces en defender su propia vida, sus legítimos intereses, ante los ataques que recibían como consecuencia de su fe.

La ruptura de la unidad religiosa en los tiempos modernos estuvo acompañada o seguida de luchas por motivos religiosos. «Gradualmente el cansancio resultante de las guerras de religión motivó el desarrollo de la creencia en la tolerancia religiosa, que fue una de las fuentes del movimiento que desembocó en el liberalismo de los siglos XVIII y XIX. En torno al debate y a la reflexión profunda para justificar esta nueva realidad, impensable en la Edad Media, de diversos caminos para adorar a Dios, irá alumbrando, con la base de una igualdad para todos los hombres, la atribución a todos ellos como género, sin consideración, al menos, en teoría, a sus consideraciones históricas y sociales, de un derecho natural a adorar a Dios como su conciencia le dictase... En el camino que va de la tolerancia a la libertad religiosa se formará el moderno concepto histórico de derechos fundamentales...» (5).

En el cambio histórico operado «guerra-tolerancia-derecho funda-

(5) GREGORIO PECES BARBA, «Notas para la historia de la tolerancia en Francia», en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1985, 3, pág. 222.

mental de libertad religiosa» se produjo también un cambio en la contemplación del sujeto o titular del derecho a la profesión o aceptación de una religión. Anteriormente se planteaba el derecho como propio de las religiones como tales; en la actualidad, con la modernidad, se plantea el derecho como propio de las personas individual o socialmente consideradas, de todas ellas, con independencia del credo religioso que profesan. El cambio operado en la rúbrica de la Sección Tercera, título II, libro II del Código Penal ha sido debido a los anteriores planteamientos históricos del problema.

Recogido en la legislación española, cabe seguir investigando sobre la extensión del derecho de libertad religiosa y sobre las actitudes que pudieran ser atentatorias del mismo.

Al tratarse de una de las libertades fundamentales, la religiosa es un valor superior del ordenamiento jurídico, un fin general de todo el sistema jurídico-político, en el cual ha de tener derivaciones y aplicaciones concretas. Ha de ser fomentado, proseguido e inculcado a través de todo el sistema educativo; ha de ser protegido por los cuerpos de seguridad del estado. Corresponde a las leyes ofrecer una regulación minuciosa del ejercicio de tal derecho, cuya tutela sea eficaz a través de la jurisdicción, incluso la constitucional.

Es fácil proclamar principios de libertad y hasta admitir que la libertad consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro, según el texto de la Declaración de Versalles ya citado. Más difícil es determinar lo que verdaderamente perjudica a los demás, teniendo en cuenta que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos, límites que el legislador ha de buscar para concretarlos en normas positivas.

¿Dónde comienza la injuria y violación de los derechos de los católicos, cuando se habla de sus sentimientos o de sus creencias, cuando se presentan las figuras o personas veneradas por los creyentes? Ante la dificultad de señalar los límites objeto del anterior interrogante, en este momento no pretendo dictaminar sobre el posible contenido injurioso de la película a que anteriormente hice referencia ni de las representaciones de *Els Yoglars*. Manifestaciones injuriosas pueden ser hechas por escrito y con publicidad, por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones, por discursos o gritos en reuniones públicas, por radiodifusión o en circunstancias o por medios análogos; tal es la terminología empleada en el título del Código Penal, cuando se refiere a los delitos contra el honor.

DISTINCION ENTRE LOS ASPECTOS RELIGIOSO Y JURIDICO EN MATERIA RELIGIOSA

A la hora de enjuiciar los diversos modos de hablar contrarios a la verdad católica, han de distinguirse los aspectos meramente *religiosos* de los aspectos *jurídicos* propiamente dichos. Entiendo por *aspectos religiosos* aquellos que se refieren directamente a la divinidad, al culto

tributado a Dios, en la religión católica, también a la Virgen o a los Santos. Su aceptación o rechazo son problemas de conciencia interna y, al mismo tiempo, es campo en el que puede defenderse el derecho de libertad de manifestación externa. Las posturas de aceptación o de rechazo tanto pueden ser propias de actitudes derivadas del ateísmo o del agnosticismo, como derivadas de la adhesión a otras confesiones religiosas, incluso cristianas. Debe reconocerse un campo, un margen de conducta humana, en el que sólo existe el aspecto religioso. En tal caso el aspecto religioso puede ser considerado, de acuerdo con la doctrina de la Iglesia, equivocado, irreverente... pero que por ser conducta de hombres merece el respeto que deriva del derecho a la libertad que tienen todos los humanos sin excepción. No estaría legitimado el uso de un medio de violencia para reprimir tales conductas. Es rechazable no solamente el empleo de la violencia física sino también el recurso a la violencia verbal, con menosprecio de la dignidad de la persona que disiente de la fe de los católicos. A tal respecto cabe rechazar como ilegítimo el empleo de la fuerza individual o social (guerra) para defender los que pudieran llamarse derechos de Dios, de las personas o cosas sagradas a ser venerados con el culto que la Iglesia les tributa. También el cristianismo y los creyentes hemos de admitir que el seguimiento de Cristo es libre... «el que *quiera* seguirme, que me siga...». Las consecuencias de orden religioso que acompañan o siguen a la propia conducta deben ser distintas de las consecuencias que correspondan en el campo de lo jurídico-humano. El orden religioso se afirma con independencia del orden civil de la convivencia.

La dimensión o *aspectos jurídicos* contemplan las relaciones de los hombres entre sí. Y al hablar de los hombres, incluyo como formando parte de ellos todo el conjunto de valores que les afectan de tal manera que puedan considerarse partes integrantes de su *patrimonio*. He recogido la expresión poética, de Calderón, que recoge la afección que llega a un padre procedente de la fama y el honor de su hija. *Patrimonio* es el conjunto de bienes que están unidos a un ser humano concreto, sirviéndole de medios para satisfacer las necesidades y aspiraciones legítimas de conformidad con su naturaleza.

Fácilmente se entiende que los *bienes materiales* y los derechos que sobre ellos se ejercen forman parte del patrimonio y por ello se considera ataque a la justicia la violación de su contenido. Las leyes de los Estados dictan normas amparando el derecho, prohibiendo su violación. La libertad en el uso abstracto de las cosas materiales, como derecho, tiene sus límites en el derecho preferente de los otros para usar y disfrutar de los mismos. Tales límites suelen estar marcados con mayor o menor exactitud por el ordenamiento jurídico, cuando de bienes materiales se trata. Tal es el contenido detallado de las leyes civiles o mercantiles y al mismo se refieren los capítulos primero al décimo del título XIII del Código Penal español en que se especifican y asignan las penas correspondientes a los delitos contra la propiedad. El derecho de propiedad, como señorío o dominio sobre cosas determinadas, es proclamado en las Declaraciones Universales de Derechos Humanos y en las Constituciones de los Estados, a la vez que en nu-

meras disposiciones del ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos. El derecho ha prestado atención a la propiedad de cosas materiales a lo largo de muchos siglos, razón por la cual los problemas que le afectan han sido estudiados con detalle minucioso por la doctrina jurídica.

También por lo que respecta a la *fama* y *al honor* constata la historia que los hombres se han preocupado de regularlos como parte del patrimonio individual del hombre. Protegen esta parte del patrimonio instrumentos internacionales como la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 12 afirma: «Nadie será objeto... de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques.» La Constitución española en el artículo 18.1.º «garantiza el derecho al honor». Observamos en el artículo 466 del Código Penal cómo el legislador reconoce la repercusión sobre los parientes cercanos de las injurias inferidas a una persona: «Podrán ejercer la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria *trascendiere* a ellos y en todo caso al heredero.»

La preocupación por la dignidad de la persona, por su reconocimiento y protección en los ordenamientos jurídicos, ha ido paralela, igualmente en el tiempo, con la preocupación por la defensa del patrimonio económico.

Mas la historia de las ideas y de las instituciones jurídicas dan cuenta de que los estudiosos, los legisladores o los políticos no han sentido por la defensa de los derechos humanos, en general, la misma preocupación que han sentido por la defensa de los intereses económicos y con los relacionados con la fama y el honor, dimensión ésta limitada de la dignidad del hombre. Es moderna la reflexión filosófica sobre los derechos humanos; es moderna la reflexión sobre los ámbitos de la libertad legítima y en concreto la reflexión sobre la libertad religiosa. Recordemos en el campo católico la modernidad de la Declaración conciliar «*Dignitatis Humanae*» que proclama la libertad civil en el orden religioso. No fue fácil y pacífico el camino seguido hasta llegar a la proclamación y reconocimiento de la legítima libertad religiosa, como demuestra la historia del cristianismo, las convulsiones sociales habidas en Europa, España incluida. Ha tardado mucho tiempo para que se reconozca y se declare que la dimensión religiosa forma parte integrante del *patrimonio* del hombre. ¿Existe hoy día el convencimiento de que las creencias, los sentimientos, las convicciones religiosas están íntimamente unidas a la personalidad del hombre? Posiblemente falte mucho camino que andar todavía. La proclamación de la libertad religiosa en la Constitución de 1978 es una etapa en el camino y no la meta de llegada, como tampoco sea quizá meta última de Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980. Se hacen necesarios nuevos pasos, también en el orden legal y del desarrollo de normas, para conseguir la paz necesaria en el orden religioso.

Es necesario, en primer lugar, que la proclamada libertad en un es-

tado aconfesional no sea una situación de enemistad más o menos encubierta hacia la Iglesia Católica (lo mismo habría de decirse de otras confesiones, pero he preferido desde un principio hablar de la Iglesia Católica, por ser la más arraigada en nuestra patria). Tal enemistad como sentimiento interno y la actitud externa consiguiente, de indiferencia o de persecución, ha de considerarse no solamente en el orden estrictamente religioso, sino también en el aspecto jurídico, al referirse a las personas creyentes, a su *patrimonio íntimo*, al que se arraiga más profundamente en la conciencia. «La libertad religiosa, concebida como derecho fundamental, tiende a identificarse con la totalidad de los derechos fundamentales; o de otro modo dicho: teoría general del Derecho eclesiástico y teoría general de los derechos fundamentales son, en el límite, expresiones intercambiables» (6). Las actitudes de enemistad pueden provenir tanto de las instituciones públicas, del ejercicio del poder, como de las personas y entidades privadas que se manifiestan de varias maneras, incluidos los medios de comunicación de masas. Como quiera que la intención de mis reflexiones tiene un carácter positivo, en cierto modo abstracto y constructivo, de búsqueda de soluciones justas a posibles fallos, no hago denuncia concreta ni afirmo actos concretos de enemistad, lesivos del derecho de las personas que profesan la religión católica.

Se hace necesario, en segundo lugar, que se busquen los medios adecuados, necesarios, para la protección del derecho de libertad religiosa propio de todos y cada uno de los hombres. ¿Cuáles son esos medios? ¿Qué ha de hacerse en España después de la Constitución?

Podemos comenzar pensando en que no se ha hecho todo. De otro modo no se hubieran creado tensiones, desconfianzas, sentimientos de agravio... o de alegría y satisfacción por haber causado un agravio. La corta etapa recorrida en la proclamación y defensa de los derechos humanos, en general, en la historia del pensamiento; el corto período durante el cual se ha aceptado la idea de *libertad religiosa*, superadas (ojalá para siempre) las ideas o realidades de persecución o tolerancia religiosas... no han sido suficientes para hacer un ordenamiento tan detallado como el ordenamiento jurídico de cuanto afecta al derecho de propiedad o al derecho al honor en dimensiones distintas a la religiosa. Proclamada la Constitución española en el año 1978, los principios de libertad religiosa no han encontrado un terreno suficientemente abonado, suficientes experiencias en otros ordenamientos, estudios perfectos, como para que en España se marquen en poco tiempo los caminos exactos que deslinden claramente el ámbito de lo jurídico-religioso, por el que se expresen los derechos que al hombre concreto corresponden.

El reconocimiento de que no todo se ha hecho no deja de ser principio del filosofar, que es siempre búsqueda afanosa, voluntad y decisión de saber. Lejos de provocar sensación de impotencia, debe con-

(6) IVÁN C. IBAN, «La libertad religiosa como derecho fundamental», en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1985, 3, pág. 164.

ducir al esfuerzo por llegar al conocimiento de la verdad en cuanto sea posible.

La proclamación abstracta de derechos (de propiedad, al honor...) ha llevado consigo o ha sido acompañada de determinaciones positivas más concretas y detalladas, a la vez que protegidas por la Administración de los Estados y por el poder judicial. En consonancia y por analogía con aquella práctica, la libertad religiosa y su ejercicio, proclamados en las declaraciones abstractas, necesitan, porque no existen las suficientes, de ulteriores determinaciones normativas, a la vez que de la protección por el poder ejecutivo y por los órganos del poder judicial. Vemos cuidadosamente regulados los diversos tribunales, su organización, competencia, su procedimiento, diverso para los juicios de mayor o menor cuantía... Pudieran no existir normas tan detalladas y necesarias para la protección jurídica del *patrimonio* formado por las propias convicciones religiosas.

Existen, es cierto, o pueden dictarse en nuestra legislación normas que desarrollen el derecho de los creyentes a confesar su fe, a tener sus lugares de culto, a propagar sus ideas... De mayor libertad han gozado hasta ahora los creyentes católicos. Ha faltado en ocasiones la debida libertad a los seguidores de otros credos (cristianos protestantes, judíos, mahometanos...), para todos los cuales hemos de desear y defender que disfruten de todo cuanto sea consecuencia del derecho fundamental de su libertad religiosa. Considero que faltan normas de desarrollo en orden a exigir de los no creyentes el respeto debido a las convicciones religiosas de los otros. Y concretándonos a los católicos, pienso que se hace necesario regular con mayor detalle las actitudes, las manifestaciones de los no creyentes en relación con las *personas* que profesan o profesamos esta religión. También cabe afirmar que es necesario regular las actitudes de cuantos no siguen, por ejemplo, la religión mahometana. Por cierto que es fácil advertir cómo los poderes, incluso políticos de países musulmanes, exigen el respeto a sus creencias, a sus templos, a sus ceremonias; el comportamiento en sus mezquitas está reglamentado en varios de sus aspectos y su cumplimiento es legítimamente exigido.

Sigue siendo necesaria una ulterior búsqueda de principios jurídicos que regulen, previa determinación de límites, el respeto o comportamiento con la fe de los demás. Sentadas las bases jurídicas de acuerdo con la justicia, contribuiremos a encontrar los caminos de la paz religiosa, a evitar las guerras religiosas, las discusiones, las manifestaciones públicas provocadas y justificadas. Anteriormente he considerado no justas aquellas guerras religiosas, en las que el motivo o aspecto contemplado sea el de las relaciones del hombre con Dios; no puede hablarse de guerra justa, cuando se habla de su necesidad para que un dios, el Dios verdadero, sea adorado... Mas, ¿qué ha de decirse de una guerra que tiene carácter religioso, pero en la que se ventila el derecho de los hombres, de un grupo de hombres, de una comunidad, a practicar una religión, viviéndola en su intimidad o expresándola en la convivencia con los demás? ¿Qué ha de decirse de una respuesta violenta, individual o social, cuando el hombre contempla in-

juriados, vilipendiados sus sentimientos, sus creencias, sus símbolos religiosos, las personas veneradas como objeto de culto? ¿Cómo ha de calificarse desde el punto de vista jurídico la respuesta defensiva del hombre que ve amenazada su vida, que se siente obstaculizado al hacer uso del derecho a la práctica libre del culto propio de la religión que profesa? ¿Puede calificarse de injusta toda actitud defensiva, toda guerra, en la que se defiende el derecho de dar culto al dios en que se cree?

Prescindo de dar respuesta a tales interrogantes, pues la intención primaria de las presentes reflexiones es la de buscar caminos que hagan innecesarias las respuestas violentas, de carácter defensivo, para lo cual servirá la búsqueda de los límites precisos del ejercicio de la libertad religiosa. La experiencia propia, el sentir común y el mismo Tribunal Constitucional dan cuenta de la dificultad en señalar tales límites. Aunque referida a otras materias o aspectos de la libertad de expresión, cabe aplicar a la libertad religiosa lo afirmado en los fundamentos jurídicos de una sentencia por el alto Tribunal: *«En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que como señalaba este Tribunal en sentencia de 8 de abril de 1981... en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o procurar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos... Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, y aunque esta delimitación de esferas pueda ser de útil concreción en cada caso, tal dificultad se presenta en el que es objeto de consideración...»* (7).

Admitida la dificultad, la búsqueda de los límites corresponde a los varios sectores del pensar y actuar humanos. Es propia del gobernante, del político como poseedor del arte de lo posible; también es propia del filósofo del derecho que se interesa por los principios sin olvidar las consecuencias de los mismos.

CONCLUSIONES

1.^a Las convicciones, las creencias, los sentimientos, especialmente aquellos que comportan una determinada dirección de vida en aspectos tenidos como fundamentales forman parte del *patrimonio espiritual* de una persona y como tal patrimonio unido a la persona deben ser protegidos. Cuando tienen o adquieren una dimensión religiosa, el carácter o naturaleza patrimonial son lo más *íntimo*, lo más ligado a la persona, por razón de su trascendencia y de la intensidad de su presencia en la vida humana.

Tal sería el principio básico que debe ser reconocido: El derecho

(7) Sentencia de 29 de enero de 1982 (Sala Primera), Recurso de amparo número 41/81 («B.O.E.» de 26 de febrero de 1982).

del hombre a pensar y a expresar sus ideas religiosas, a la vez que a orientar su vida de conformidad con las convicciones.

2.^a El ordenamiento jurídico de un estado debe preocuparse de la *defensa de aquel patrimonio*, considerándolo *propio* de la persona o grupo de personas que profesan la religión. Tal defensa no puede limitarse a permitir que el grupo social, la Iglesia Católica, se manifieste de acuerdo con sus convicciones, sino que ha de extenderse a protegerla contra las lesiones posibles del patrimonio. Entre las características propias del mismo cabe señalar que, por razón de su carácter espiritual, es superior en valor al patrimonio económico o material.

3.^a Un paso importante en este reconocimiento será el de admitir que cuanto se relaciona con una determinada religión, como específico de la misma, es patrimonio, en cierta manera, *exclusivo*, de los que profesan esa religión. Si tenemos en cuenta la religión católica, diríamos que son patrimonio de los católicos el Dios Uno y Trino, Cristo, la figura de María La Virgen, la figura y recuerdo de los Santos, sus imágenes, los santuarios en que se veneran, los ritos en que se expresa el culto propio y específico, el Credo que profesa, los misterios que reconoce y todo cuanto distingue a los católicos de los no creyentes en general, de los que practican o siguen religiones no cristianas, y de cuantos llamándose cristianos militan en otras confesiones. Tal *exclusividad* debe ser protegida por el derecho positivo, también en España después de la Constitución. No se puede desconocer, es cierto, que la Iglesia Católica comparte su patrimonio, algunos elementos o principios del mismo, con otros credos religiosos, tanto más cuanto más comunican en ideales, símbolos, personas veneradas... Las creencias, símbolos, personas veneradas, ritos... propios de mahometanos, budistas... serán análogamente patrimonio exclusivo de los grupos que así lo manifiestan o sienten.

4.^a Debe protegerse, mantenerse intacto, ese patrimonio, con *toda su pureza y en su integridad*. Esto no quiere decir que se mantenga intacto, no cambiado, lo que constituye *el objeto* de ese patrimonio, pues su existencia es independiente e inatacable por la acción humana contraria. Significa que *la posesión* de ese objeto, la unión que dice, la afección que lo relaciona con las personas se mantenga intacta. La afección concreta se refiere al objeto dotado de unas especiales características, rodeado de unas determinadas aureolas y cualidades, en virtud de las cuales son veneradas las personas, los misterios, los santuarios...

El respeto, jurídicamente protegible, exige que nadie tergiverse o cambie la figura de las personas, la presencia del misterio, la santidad atribuida al santuario, que son veneradas y en tanto en cuanto son veneradas por el grupo de personas a las cuales corresponde el patrimonio espiritual religioso.

5.^a Para ser más concreto: Cristo como tal, la Virgen María... pertenecen al patrimonio de los que creen en ellos, con las características con los que los creyentes los presentan. El cambio de su figura, la presentación de los mismos como portadores de unas cualidades distintas de las que los creyentes les atribuyen, y que para éstos pueden ser te-

nidas como vicios, constituyen un atentado al derecho de los católicos. A ellos deben proporcionarse medios legítimos de defensa, recogidos en leyes y medios positivos, tanto de carácter normativo, como de carácter jurisdiccional. La carencia de estos medios puede dar lugar a protestas justificadas, que serían expresión del derecho de legítima defensa. ¿No está acaso justificado que se defienda a un ser humano de las injurias inferidas a sus padres o a sus hijos? Posiblemente nadie pondría en duda, en países de religión musulmana, que es legítimo castigar la conducta de quienes presentan la figura de Alá o de Mahoma... con un contenido o un significado considerados injuriosos para sus creencias y sentimientos, atacando de este modo su *patrimonio religioso*. ¿Quién se atrevería a presentar en aquellos estados una película o una representación teatral en las que se ridiculizasen las figuras sagradas para los musulmanes? ¿Se negaría a éstos el derecho de defensa? Los Códigos Penales castigan los ultrajes a los símbolos y emblemas de la Nación (8), sin duda porque tales conductas se consideran injuriosas para los grupos sociales que componen la nación. Con mucha mayor razón deberán protegerse los símbolos y emblemas, personas honradas, en una determinada religión.

Considero insuficiente el contenido de los artículos 208 y 209 del vigente Código Penal, ya recogidos con anterioridad en este trabajo. Haría falta expresar, al menos, que constituye escarnio de una confesión religiosa, ultraje a sus dogmas, ritos o ceremonias, acto de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados..., el hecho de desfigurar el contenido de los dogmas o el significado de las personas veneradas, dando a los mismos una apariencia contraria a la que presentan la fe y los sentimientos de los creyentes. La punibilidad de las conductas expresadas habría de justificarse pensando, no ya en que sean o no injuriosas para con Dios o con los santos, sino pensando en que son lesivas de los sentimientos, del *patrimonio íntimo* de un grupo de seres humanos. El mismo fundamento habrá que reconocer a la punibilidad de la blasfemia (9).

6.^a La protección de la libertad religiosa, incluyendo la prohibición de ultrajar los sentimientos y el *patrimonio* religioso de los creyentes, dentro del Código Penal debería hacerse al determinar los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. De conformidad con el Proyecto para la reforma del Código Penal sería oportuno presentar un artículo dentro de una *rúbrica* en que se recogieran los «*delitos contra la libertad de conciencia, contra el patrimonio y los sentimientos religiosos*».

(8) Cfr., artículo 123 del Código Penal español y Ley 39/1981, de 28 de octubre.

(9) Cfr., artículo 239 del Código Penal.

El aparato conceptual de C. B. Macpherson: Poder y propiedad (*)

Por JOSEP M.^a VILAJOSANA RUBIO

Barcelona

No es tarea fácil reconstruir el aparato conceptual utilizado por nuestro autor. Crawford Brough Macpherson, profesor de Ciencia Política en la Universidad de Toronto, no ha mostrado excesiva preocupación por elaborar un cuerpo doctrinal sistemático. Sus tesis surgen principalmente al hilo de las críticas que dedica a los autores pertenecientes a la tradición liberal anglosajona (1). De ahí que quien desee penetrar en el pensamiento de Macpherson deba conocer primeramente el resultado de sus investigaciones, desarrolladas a partir de un análisis histórico (2). Al mismo tiempo, el interés por averiguar el sentido último de tales investigaciones debe desembocar en el examen del peculiar significado que otorga Macpherson a los conceptos centrales de los que se sirve a la hora de llevar a cabo aquel tipo de análisis.

Las páginas que siguen pretenden aportar algunos elementos de reflexión en torno a las nociones de poder y propiedad empleadas por Macpherson, con la esperanza de contribuir a un conocimiento más profundo de su pensamiento filosófico-político.

Aunque podría traerse a colación el estudio de otros conceptos (3),

(*) Nacido en 1912, el profesor Macpherson falleció el pasado mes de agosto, cuando estas páginas estaban ya en la imprenta.

(1) Entre ellas destacan las referentes a la obra de Hobbes y Locke, que pueden hallarse preferentemente en *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1962; tr. cast. de Juan Ramón Capella, *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Fontanella, 1970, págs. 21-92 y 169-219, respectivamente. Estas interpretaciones, junto a las realizadas por Leo Strauss, han alcanzado merecidamente el grado de clásicas.

(2) Además del texto citado, en el que bajo el denominador común del «individualismo posesivo» se analiza lo más destacado del pensamiento político del siglo xvii inglés, hay que tener presente otro libro (*The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, OUP, 1977; tr. cast. de Fernando Santos Fontela, *La democracia liberal y su época*, Madrid, Alianza Editorial, 1982) complemento del anterior, en el que, siempre dentro del ámbito anglosajón, se recogen las distintas tendencias liberales y democrático-liberales agrupadas en modelos históricamente sucesivos a partir del siglo xviii.

(3) Quien desee conocer, por ejemplo, la concepción de justicia y libertad que acoge Macpherson puede acudir a «Revisionist Liberalism» (1973), «Berlin's Division of Liberty» (1973) y «Elegant Tombstones: A Note on Friedman's Freedom» (1968), artícu-

nuestra elección no es causal. El concepto de poder como capacidad de desarrollo (*developmental power*) es el punto de convergencia de toda la construcción teórica del profesor canadiense. El ideal de sociedad trazado por Macpherson es aquel en que toda persona pueda desarrollar al máximo sus capacidades sin que existan obstáculos no naturales que se lo impidan. Una aspiración de esta índole presupone un intento de fundamentar una sociedad política con libertades incluso en supuestos no mercantiles, ya sean de economía mixta o planificada. En la nueva justificación de la democracia liberal resultante, la noción de «capacidad de desarrollo» supondrá, como veremos, la introducción de valoraciones éticas extrañas a las exigencias capitalistas.

Por su parte, el examen del derecho de propiedad propuesto por Macpherson resulta de sumo interés por dos motivos.

En primer lugar, por la originalidad que entraña en nuestros días un concepto verdaderamente reajustado del derecho de propiedad. En efecto, a finales del siglo XX resulta anacrónico seguir viendo la propiedad como un derecho a excluir a otros del uso o goce de algo, ni es ya de recibo la opinión, generalizada a partir de Locke, según la cual la propiedad privada se justifica porque mantiene un incentivo al trabajo necesario. Macpherson, consciente de ello, argumenta en favor de la consideración de la propiedad como un derecho al control de la masa de recursos productivos acumulados por la sociedad, lo que, como habrá ocasión de subrayar, equivale a tratar la propiedad como un derecho a un tipo de sociedad.

En segundo lugar, importa destacar que, teniendo como base este modelo de propiedad, Macpherson vuelve a conceder validez, tras décadas de arrinconamiento por parte de la tradición liberal, a la «propiedad común» como categoría conceptual.

Con anterioridad al siglo XVII los autores que se ocupaban del tema de la propiedad incluían en sus escritos referencias a la «propiedad común». Sin embargo, a partir de la consolidación de la economía capitalista y del consiguiente culto a la propiedad privada, la noción «propiedad común» pasó a considerarse una contradicción terminológica, y, en consecuencia, dejó de aparecer en los tratados. Han ocurrido cambios sustanciales desde entonces, pero la propiedad sigue entendiéndose como sinónimo de propiedad privada, es decir, como el derecho que tiene el titular a excluir a los demás del uso o disfrute de algo, y el consiguiente derecho a disponer sin interferencias externas del objeto poseído. Sobre esta cuestión Macpherson subraya la necesidad de que a la transformación en la institución de la propiedad acaecida en la realidad socio-económica de los países occidentales, siga una variación en el concepto del derecho de propiedad. La noción de propiedad común adquiere de este modo su justa relevancia: se trata del

los recopilados en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford, Clarendon Press, 1973, págs. 77-95, 95-120 y 143-157, respectivamente. El valor de estos escritos estriba, más que en la concreta conceptualización que de ambos términos adopta Macpherson, en las críticas nada marginales que contienen de los principios de justicia de Rawls y Chapman o del concepto de libertad de Milton Friedman e Isaiah Berlin.

derecho inalienable de toda persona a participar en el conjunto del producto social.

Así pues, poder y propiedad son, por diversas causas, las categorías fundamentales del aparato conceptual utilizado por Macpherson y cuyo análisis se pasa a desglosar a continuación.

1. EL CONCEPTO DE PODER

1.1. Precisiones terminológicas

Antes de iniciar el análisis del concepto de poder acuñado por Macpherson resultan necesarias algunas observaciones previas. Subrayar, por de pronto, que Macpherson juega de forma equívoca con la economía terminológica del idioma inglés en su empleo de la palabra «*power*».

A lo largo de la tradición liberal «*power*» ha tenido un significado impreciso, lo cual hace que a veces resulte difícil distinguirlo de otros términos, en especial del concepto de libertad (4). Macpherson no escapa a esta imprecisión. En sus escritos puede hallarse dicho término aludiendo, cuando menos, a tres usos semánticos.

1. «*Power*» como sinónimo de todas las potencialidades del ser humano. Se trata, como puede apreciarse, de un significado muy amplio. Macpherson lo emplea cuando hace referencia al «poder» o «poderes» de un hombre (*power/s of a man*). Aclaraciones de diverso tipo se imponen.

Advertir, en primer lugar, que a lo largo de la exposición utilizaremos indistintamente «poder» y «poderes» de un hombre, a pesar de que el traductor de *The Real World of Democracy* prefiere llamar «posibilidades» al «*power*» inglés. Nuestra opción se basa en el hecho de que el autor utiliza como sinónimos el singular y el plural. Si a partir de cierto momento Macpherson únicamente emplea el singular, es tan sólo para evitar que se confunda «poderes» con «capacidades» (5). En este sentido, el concepto de poder incluye las capacidades naturales de una persona (energía y destreza) más la aptitud necesaria para ejercerlas; es lo que Macpherson llamará, en un primer momento, «concepto ético de poder» (*ethical concept of power*), para sustituirlo posteriormente por la expresión «*developmental power*», que traduciremos por «capacidad de desarrollo», más acorde con la significación general antedicha y con nuestro idioma (6).

(4) La relación que guardan «poder» y «libertad» puede verse, por ejemplo, en ALFONSO RUIZ MIGUEL, «Sobre los conceptos de libertad», *Anuario de Derechos Humanos*, 2, marzo 1983, espec. págs. 528-536.

(5) Cfr. «Problems of a Non-Market Theory of Democracy», en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, op. cit., págs. 33 y sigs. El autor alude a la utilización indistinta del singular y el plural en «Criticism of Concepts and The Concept of Criticism», *Canadian Journal of Political Science*, V, 1972, pág. 141.

(6) Ver infra, nota número 16.

Al margen de la posible confusión a que podría conducir la utilización indistinta del singular y el plural, surge una ambigüedad de mayor trascendencia dentro del uso de carácter general de la palabra «*power*».

El ámbito en el que se manifiesta este nuevo equívoco es el que hace referencia a la «cesión de poderes» («*transfer of powers*»), expresión por la cual se señala la existencia, en una sociedad capitalista, de una enajenación de los «poderes» de quienes carecen de acceso a los medios de producción en beneficio de los propietarios de los mismos. Si, como el propio Macpherson postula, estos «poderes» se ceden mientras tiene lugar la producción, no queda más remedio que concluir que, en este contexto, «poder» se está equiparando a capacidad para trabajar, o, si se prefiere, a fuerza de trabajo. Se da aquí un nuevo empleo semántico de «*power*», cuya existencia parece ignorar Macpherson.

2. «*Power*» = capacidad para trabajar. Esta significación más específica de «*power*» se oculta, como decimos, en el trasfondo del análisis de la cesión de poderes efectuado por Macpherson. En él, la dilogía producida al usar un mismo vocablo atribuyéndole dos significados distintos (el primero, más laxo, formulado explícitamente; el segundo, más conceto, contenido en los escritos de Macpherson de forma encubierta) origina una considerable confusión, máxime si se tiene en cuenta que sólo resulta factible ceder aquello que puede ser recibido. Puede cederse la fuerza de trabajo o la capacidad para llevar a cabo una tarea productiva, pero no pueden cederse (por no ser susceptibles de *recepción*) el conjunto de potencialidades o posibilidades del ser humano.

Por lo tanto Macpherson, al utilizar expresiones tales como «*power (s) of a man*», «*ethical concept of power*» o «*developmental power*», alude a toda la gama de posibilidades humanas, cuyo desarrollo implica la existencia de una situación en la que el sujeto pueda actuar sin impedimentos ajenos. O lo que es lo mismo: la efectividad del «poder», empleado en este sentido lato, precisa como requisito previo una situación de libertad negativa según la define Berlin (esto es: libertad como ausencia de interferencias deliberadas en la esfera de actuación de una persona) (7); mientras que al estudiar la cesión de poderes Macpherson pierde de vista este significado general y emplea la palabra «poder» como sinónimo de capacidad para trabajar.

Todo ello hace que resulte equívoco hablar de «cesión de poderes» y de «poder de un hombre». Si en este comentario se siguen utilizando tales expresiones es con la única intención de dar un tratamiento conjunto a la pluralidad de cuestiones que Macpherson entiende referidas al «poder». No obstante, en honor a la verdad hay que decir que el profesor canadiense, tal vez conscien-

(7) ISAIAH BERLIN, «Two Concepts of Liberty», en *Four Essays on Liberty*, Oxford, OUP, 1958; 2.^a ed. revisada, 1969, donde la libertad negativa viene definida en pág. 122. En cuanto a la libertad positiva, véase págs. 131 y sigs. de esa misma edición.

te de la citada indeterminación, introducirá en su esquema alguna modificación con el fin de precisar qué tipo de poder o capacidad se cede en una sociedad capitalista. A tal efecto, Macpherson traza la distinción entre «*exchange value*» y «*satisfaction value*», lo que supondrá un avance en el camino para liberar su obra de equívocos terminológicos. Mas, para todo lo relacionado con esta cuestión, se remite al lector a la parte final de la sección de este trabajo dedicada a estudiar el aspecto cuantitativo del poder en Macpherson.

3. «*Power*» (en la expresión «*extractive power*») como equivalente a la posibilidad de que gozan los propietarios de los medios de producción en la medida en que pueden hacerse con («extraer») la fuerza de trabajo de quienes se ven privados de esos medios.

Aquí «*power*» puede entenderse como una concreción del término francés «*puissance*», según el uso que de él hace Maurice Duverger (8). «*Puissance*» o «poderío» vendría a ser la posibilidad de coaccionar a otro; concretamente, en el caso que nos ocupa, se trataría de una coacción de tipo económico, cuestión que puede distinguirse de otra: la íntima conexión existente entre poder económico y poder político.

En opinión de Macpherson, una sociedad será democrática sólo si quienes la componen tienen la posibilidad de desarrollar al máximo sus respectivas capacidades. En tal sentido, la existencia de «poder extractivo» supone uno de los obstáculos —si no el principal— causantes de la frustración de las expectativas democráticas.

Dos precisiones previas adicionales: las expresiones *developmental power* y *extractive power* hacen referencia a una cualidad subjetiva, pero mientras que en el primer caso se prescinde conceptualmente de cualquier relación intersubjetiva, en el segundo resulta imprescindible referirse al menos a dos sujetos: quien tiene el poder extractivo y quien padece las consecuencias de su ejercicio. Por ello, a la expresión cuyo significado se agota en una situación subjetiva, se llama aquí «capacidad»; por el contrario, se reserva el término «poder» para expresar la categoría que implica una relación intersubjetiva de dominio.

Con estas consideraciones previas se está en condiciones de percibir el vínculo que une los conceptos de libertad y poder en Macpherson. La libertad positiva (*developmental liberty* en la terminología macphersoniana), o posibilidad de actuar conforme a propósitos conscientes, requiere la ausencia de impedimentos externos, es decir, la libertad en sentido negativo (*counter-extractive liberty*) (9). O, dicho en términos de poder: para que todo individuo pueda desarrollar sus potencialidades al máximo (*develop-*

(8) MAURICE DUVERGER, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, págs. 26-27.

(9) Cfr. «Berlin's Division of Liberty», en *op. cit.*, págs. 118-119.

mental power), es necesario un requisito previo: la ausencia de poder extractivo (*extractive power*). De ello se infiere que «libertad positiva» y «capacidad de desarrollo» son, en Macpherson, expresiones equivalentes, por lo que un estudio del concepto de libertad empleado por Macpherson resultaría redundante.

Es de esperar que estas observaciones preliminares ayuden a comprender las ambigüedades y titubeos en los que incurre nuestro autor. Se intentará argumentar que los escritos de Macpherson adolecen de esos defectos, debido principalmente al carácter interno de su crítica a la tradición liberal. El estudio del concepto de poder posiblemente dé razón de esta línea interpretativa.

En las páginas que siguen se atenderá, en primer lugar, a la introducción del factor ético en la discusión acerca del poder. Seguirá el examen y crítica del intento de medición de los «poderes» de un hombre llevado a cabo por Macpherson, para concluir con un análisis del lugar que ocupa el concepto de poder en el proyecto político de Macpherson y la posible influencia en éste de postulados marxistas.

1.2. *Dimensión ética: la cesión de poderes*

En *La teoría política del individualismo posesivo* Macpherson destaca la diferencia esencial entre un modelo hipotético de mercado simple (donde todo el mundo poseyera tierras o materiales para trabajar, o sea, una economía de producción para el autoconsumo con mercantilización del excedente) y el modelo de mercado «posesivo» (en el que muchos hombres no poseen tierra ni capital propios): en este último se produce una continua cesión de los «poderes» de quienes no tienen tierra ni capital en beneficio de los propietarios de los mismos (10). Este es el punto de partida de lo que se podría denominar el aspecto cualitativo de la noción macphersoniana de poder.

La democracia liberal es, como cualquier sistema de gobierno, un sistema de poder. La autoridad, sea cual sea su fuente, tiene poder sobre sus súbditos. No es necesario hacer hincapié sobre este punto. Se trata del poder entendido como posibilidad de ejercicio de la coerción por parte del Estado. Desde este prisma se admite generalmente que la democracia liberal es un sistema de poder.

Lo que no se reconoce con tanta unanimidad es que la democracia liberal es un sistema de poder en otro sentido: el de sostener un conjunto de relaciones entre individuos y grupos sociales que son verdaderas relaciones de poder. La construcción de una categoría conceptual como la de «cesión de poderes» está destinada a mostrar este último extremo.

Nadie duda en calificar las relaciones entre esclavo y amo como relaciones de poder. Tampoco se puede cuestionar que el Estado, en épocas en que se mantiene la esclavitud, está garantizando esta situación

(10) Cfr. *La teoría política del individualismo posesivo*, op. cit., pág. 58.

al establecer y proteger el derecho de propiedad sobre las personas. Lo que ahora se intenta apuntar es que el Estado liberal también ha tenido como misión imponer un sistema de relaciones de poder entre los individuos. En este sentido, Macpherson califica al Estado liberal como un sistema *doble* de poder (11). Doble, porque a la posibilidad de ejercicio de la coerción por parte del Estado se suma el mantenimiento de unas relaciones de poder entre individuos y entre clases sociales. El Estado liberal ha cumplido, como sus predecesores, la función de mantenimiento de relaciones desiguales entre las personas. De este modo se pone de manifiesto la relación existente entre poder económico, ostentado por una clase social determinada, y el poder político, que tiene como misión primordial perpetuar en su dominio a aquella clase social.

Así pues, Macpherson opina que el Estado liberal encubre un doble sistema de poder. La demostración de que ello es así la efectúa a partir de dos premisas. Para empezar, un sistema de gobierno será un doble sistema de poder únicamente si las relaciones que protege son relaciones de poder. Por su parte, las relaciones entre individuos serán relaciones de poder si se produce una enajenación de la energía y de las capacidades de unos en beneficio de otros. El primer paso, pues, ha de consistir en mostrar que la sociedad mercantil capitalista, sostenida por el Estado liberal, genera este tipo de enajenación.

Macpherson, como ya se vio anteriormente, incluye en su noción de «poder de un hombre» no sólo su energía y pericia, sino también la *aptitud* para utilizarlas conscientemente. Por eso cree que «un ser humano, para ser tal, debe ser capaz de utilizar su energía y su pericia con un fin consciente, lo cual supone no solamente el empleo de su energía y pericia sino también el acceso a una realidad sobre la que trabajar, (sin lo cual) su capacidad de trabajo no puede convertirse en trabajo efectivo, y, por ende, no puede producir ni hacer nada como actividad consciente para alcanzar un fin» (12). Por tanto, los «poderes» humanos postulan para ser tales y propios el acceso a los medios de producción.

En cuanto que la mayoría de los hombres se ven compelidos a ceder sus «poderes» a los propietarios de los medios de producción, puede afirmarse que en la sociedad capitalista las relaciones entre los individuos son relaciones de poder. Por lo cual puede concluirse que el Estado liberal, sustentador de dichas relaciones, es un «sistema doble de poder», según la terminología utilizada por Macpherson. Otro tanto ocurre con el Estado democrático-liberal, puesto que, a pesar de la introducción del sufragio democrático y de mayores libertades y derechos, sigue dando cobijo y amparando a una sociedad capitalista de mercado, en la que, como se ha visto, se produce *necesariamente* la «cesión de poderes».

(11) MACPHERSON utiliza esta expresión en *The Real World of Democracy*, Oxford Clarendon Press, 1966, págs. 39-42. Existe, aunque no se reimprima, tr. cast. de Carlos Sánchez-Rodrigo: *La realidad democrática*, Barcelona, Fontanella, 1968, págs. 55-61.

(12) *Op. cit.*, pág. 43; pág. 60 de la tr. cast.

Nótese, sin embargo, que Macpherson no construye su razonamiento sobre la base de un intercambio meramente injusto, sino que lo retrotrae a un momento lógico anterior. En el fondo, su argumentación implica una noción de libertad entendida como la posibilidad de desarrollo de las capacidades y potencialidades humanas mediante un fin consciente. Desde el momento en que se carece de los medios de producción necesarios para proyectar ese fin consciente, *cualquier* tipo de transacción mercantil posterior dejará sin remunerar la pérdida de la posibilidad de concretarlo. Por tanto, a pesar de que Macpherson insiste en que no quiere afrontar aquí la justicia o injusticia de tal situación, lo cierto es que la considera injusta aunque no lo diga expresamente. No porque factualmente se produzca un intercambio injusto (que se produce), sino porque con su construcción lógica anterior, con las premisas citadas, es *imposible* que cualesquiera relación que coarte esa proyección de la libertad pueda tener una posterior (en sentido lógico) contrapartida justa. Por consiguiente, se trata de un razonamiento lógico que tiene inevitables consecuencias éticas: las relaciones entre propietarios de los medios de producción y quienes carecen de ellos deben ser condenadas por ser ilógicas a tenor de los postulados de partida, pero, sobre todo, por ser injustas.

El carácter ético del planteamiento de nuestro autor no ofrece dudas cuando, en un ensayo de 1967 (13), él mismo, con el fin de explicar mejor la cesión de poderes, distingue dos conceptos de poder. Por un lado, el concepto descriptivo, que incluye las capacidades naturales de una persona más todo el poder adicional que esa persona haya adquirido de otros, y al que hay que sustraer la parte que haya cedido. Es el «poder» que tiene una persona en un momento dado y es poco operativo para lo que aquí interesa. Junto a él, Macpherson define el concepto *ético* de poder como el que incluiría, además de las capacidades naturales (energía y destreza) la aptitud necesaria para desarrollarlas. Este concepto es, como se adelantaba, el que permite argumentar la existencia de una cesión de poderes en la sociedad capitalista. Como el propio autor reconocerá posteriormente, esta distinción, aunque útil, es poco afortunada. Pero cabe decir algo más sobre ella.

Por lo que respecta a la tradición liberal, el llamado «concepto ético de poder» nace en el siglo XIX como respuesta al utilitarismo de Bentham. A partir de John Stuart Mill se intenta justificar el Estado liberal mediante postulados más igualitarios que los que sustentan la ley de la utilidad decreciente de Bentham. No obstante, según Macpherson, John S. Mill comete el error de considerar que la propuesta de llevar al máximo los «poderes humanos», de acuerdo con el concepto ético mencionado, es compatible con una sociedad capitalista de mercado. Se daría de este modo una disfuncionalidad entre el objetivo ético que se dice perseguir (al que se renuncia de hecho) y el funcionamiento concreto de la sociedad capitalista (al que no se renun-

(13) «The Maximization of Democracy» (1967), reimpresso en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, *op. cit.*, págs. 3-23.

cia) (14). Es el resultado de una cadena lógica: la creencia de que el objetivo principal del hombre es la cruenta batalla contra la escasez lleva a concebir como racional y natural el deseo insaciable por superarla, a sabiendas, según la propia concepción, de que es insuperable. Ello, a su vez, conduce al establecimiento de un derecho a la apropiación ilimitada y, en consecuencia, a la concentración en pocas manos de la propiedad de los medios de producción, lo cual, por último, es la razón de la continuada «cesión neta de poderes». Cuando examinemos el derecho de propiedad en Macpherson volveremos sobre esta cuestión.

1.3. Importancia del aspecto cuantitativo

La distinción entre los conceptos ético y descriptivo de poder es valiosa en la medida que muestra que quienes emplean únicamente el concepto descriptivo no aprecian la existencia de la cesión de poderes. Macpherson reconoce, sin embargo, que «el énfasis que el término “ético” da al carácter cualitativo del concepto tiende a obscurecer el hecho de que este concepto es también cuantitativo, que la *cantidad* de ese poder es lo realmente importante para una teoría democrática» (15). Esta observación, unida a la cuestión de saber qué clase de poder disminuye o se cede cuando se carece de acceso a los medios de producción, hace ver a Macpherson la necesidad de modificar la distinción anteriormente trazada.

Antes de pasar a examinar esa modificación, no está de más recordar lo que decíamos al inicio de nuestra exposición. La comprensión del concepto macphersoniano de poder pasa por conocer los titubeos del propio autor a la hora de establecerlo. Buena prueba de esas indecisiones la constituye el cambio terminológico que estudiaremos a continuación, así como la variedad de sentidos en que se utiliza la palabra «*power*», que hace que no pueda traducirse siempre por el término castellano «poder» (16).

Según nuestra opinión, estas indecisiones y titubeos se deben a la preocupación de Macpherson por dar una dimensión ética a la democracia liberal, en un intento de apartarse del conjunto de ideas que cristalizarán en los esquemas neoliberales. En el camino, desorbitará el

(14) A pesar de las críticas que Macpherson dedica a John Stuart Mill, éste es, y con diferencia, el autor de quien ha recibido mayor influencia. Las críticas se recogen unitariamente en *La democracia liberal y su época*, op. cit., págs. 65-85.

(15) «Problems of a Non-Market...», en op. cit., pág. 41.

(16) Así, ultra el comúnmente aceptado «*labour-power*» (equivalente a «fuerza de trabajo»), hemos traducido «*developmental power*» por «capacidad de desarrollo», expresión más adecuada a nuestro idioma. En cambio, conservamos el «*extractive power*» como «poder extractivo», por cuanto, como se pone de relieve en el texto, éste es el tipo de poder que ha venido considerándose como tal por los teóricos políticos desde, al menos, el siglo XVII. Era y sigue siendo el poder por antonomasia: el poder sobre otros. Iguales razones nos asisten para vertir el «*productive/extra-productive power*» inglés al término castellano «capacidad productiva/extra productiva». Recordar, además, las precisiones realizadas en el primer apartado.

concepto de poder para recoger en una expresión única todas las potencialidades humanas, mientras que esa misma expresión puede quedar restringida al concepto de fuerza de trabajo cuando lo que interesa resaltar es la importancia que tiene la explotación capitalista en su papel de negación de las posibilidades de los explotados para alcanzar la plenitud humana, es decir, para desarrollar al máximo sus potencialidades, capacidades humanas o poderes.

Estas variaciones pueden restar claridad al esquema propuesto por Macpherson, por lo cual el lector tal vez hará bien en concentrarse en el mensaje interno del discurso (que el hombre debe verse a sí mismo como algo más que un simple consumidor y apropiador). Bajo este prisma, el entramado a partir del cual Macpherson edifica su concepto de poder y el intento (elogiable, al menos) de medición de la cesión de poderes adquieren nueva luz.

Por tanto, admitiendo que pueden aparecer ciertas ambigüedades a lo largo del análisis del poder que realiza Macpherson, lo cierto es que resulta imprescindible conocer el desarrollo del mismo, puesto que el autor lo considera (y objetivamente lo es) un punto clave de su doctrina político-moral.

Hasta ahora hemos visto la demostración que Macpherson ofrece de la existencia de una cesión continua de poderes. Ahora podemos analizar su propósito de cuantificar lo que se cede, para lo cual, como ya se ha apuntado, se sirve de nuevos conceptos.

Efectivamente: el autor propone que lo que hemos venido denominando «concepto ético de poder» (aptitud del hombre para usar y desarrollar sus capacidades naturales) pase a llamarse «capacidad de desarrollo» (*developmental power*). Por otro lado, crea la noción de «poder extractivo» (*extractive power*). Se entiende por tal la aptitud para extraer beneficio de otros con el fin de utilizar sus capacidades. No coincide con el concepto descriptivo, el cual incluía, como vimos, la aptitud para utilizar las propias capacidades. Teniendo como base estos dos nuevos conceptos, Macpherson intentará la medición del «poder de un hombre».

Es necesario recordar que en toda la tradición individualista (desde Hobbes a James Mill) se identificaba todo poder de una persona con el poder extractivo, según acabamos de definirlo. Esta circunstancia no deja de evidenciar una clara percepción de la realidad. Por ejemplo, si se supone que el capital está en manos del 10 por 100 de la población, cada individuo que pertenezca a ese 10 por 100 tendrá una parte de su propio poder y nueve de los no propietarios: su poder extractivo será aproximadamente equivalente al total de su poder en sentido descriptivo, mientras que el poder del no propietario será tendencialmente igual a cero. Quien carecía de tierras o de capital no tenía poder (extractivo).

Esta percepción tan clara de la realidad por parte de los pensadores individualistas se ha perdido, según Macpherson, con los teóricos empíricos de la segunda postguerra (D. Easton, Carl J. Friedrich, Robert A. Dahl, etc.). Estos, si bien «ven que el poder político es poder sobre otros, generalmente pasan por alto (a diferencia de los anterio-

res) que el poder sobre otros es, en una sociedad de mercado, principalmente poder extractivo del tipo descrito; no ven tampoco que el poder político es el medio de consolidación del poder extractivo de los propietarios de la tierra y el capital» (17). Puede decirse que esta corriente teórica elude la evidente relación entre poder económico y poder político.

Recapitulando: la finalidad de una teoría democrática actual debe ser maximizar los «poderes humanos»; «poder» en el sentido de aptitud para usar y desarrollar las capacidades humanas. Para llevar a cabo este propósito es imprescindible saber con exactitud cómo se miden esos poderes, y, en consecuencia, cuál es el camino a seguir para maximizarlos.

Macpherson juzga posible medir el «poder de un hombre» en términos de ausencia de impedimentos para usar sus capacidades. Estos impedimentos pueden concretarse en tres: falta de medios de vida, carencia de medios de trabajo (medios de producción) y ausencia de protección contra la invasión de otros.

De los tres, el último está más o menos superado en cualquier estado democrático-liberal en el que se suprime, al menos legalmente, el uso privado de la fuerza para resolver los asuntos entre particulares. Por eso, y aunque sigan existiendo problemas como el de la determinación de límites a la libertad individual permisible o la protección de los derechos de la minoría, Macpherson se concentra en el estudio de los dos primeros obstáculos.

a) *Falta de medios de vida.* Viene siendo admitido que la escasez de medios de vida no puede superarse, debido a que se considera un fenómeno natural. Es más correcto entender, en cambio, que este obstáculo es variable socialmente. La escasez material guarda una relación estrecha con los deseos materiales normales de la población. Durante los siglos XVII, XVIII y XIX el nivel de deseos desde el que se medía la escasez era la cantidad de mercancías supuestamente deseadas por el individuo. Se concebía al hombre como deseoso de consumir indefinidamente. Esta concepción, necesaria según Macpherson para los inicios del capitalismo, se ha vuelto caduca, dadas las enormes posibilidades que abren las nuevas tecnologías. Sólo será posible vencer la escasez si las personas dejan de verse a sí mismas como consumidores insaciables. Debe producirse, por tanto, una revolución ideológica que corra paralela a la revolución tecnológica, de tal suerte que los individuos puedan verse a sí mismos como personas que ejercen sus capacidades humanas esenciales, que las despliegan y disfrutan de ellas. La contradicción de las teorías justificativas de la democracia liberal en nuestros días está en mantener dos visiones opuestas del hombre: como ser que ejerce sus capacidades y disfruta de ellas (que debe continuar) y como consumidor insaciable (que debe desaparecer). Así es como ve Macpherson la posibilidad de reducir la escasez material: cuando el hombre tenga consciencia de que debe ser un agente activo, alguien

(17) «Problems of a Non-Market...», en *op. cit.*, pág. 46.

que despliegue sus capacidades humanas, descubrirá que la escasez es finita y puede vencerse. Una visión que parece simple e ingenua, pero que el autor sostiene a lo largo de sus obras principales (18).

b) *Carencia de medios de trabajo*. Aquí el estudio de Macpherson es más profundo y requiere, por tanto, un análisis más detenido. Parte de la base de que esta carencia es también una creación humana, puesto que obra del hombre es la distribución de los recursos materiales. Ahora es el momento de retomar la «cesión de poderes».

En este punto debe aparecer claro el sentido de la «cesión de poderes»: quien carece de los medios necesarios para trabajar cede al propietario de los mismos su aptitud para trabajar, así como el dominio del resultado del trabajo; consecuentemente, la cantidad cedida sería el exceso de valor añadido por el trabajo sobre el salario pagado.

Sin embargo, hay que profundizar más. Podemos distinguir, con Macpherson, entre capacidad productiva (*productive power*) y capacidad extraproductiva (*extra-productive power*). La primera consistiría en la aptitud del hombre para utilizar su energía y su destreza en la producción de bienes materiales, mientras que la segunda haría referencia a la aptitud para usar esas capacidades naturales en otros propósitos que sean fuente directa de disfrute y no un medio material de producción.

Por lo que hace a la capacidad productiva, la cesión deja fuera del cómputo la cantidad por la cual esta capacidad disminuye en virtud de la falta de acceso a los medios de trabajo. Únicamente puede cederse la cantidad ofrecida por el vendedor y *recibida* por el comprador. En la terminología que utiliza Macpherson, esta cantidad recibida en términos materiales es la cantidad de «valor de cambio» (*exchange-value*) que puede añadir un hombre por su trabajo a los materiales sobre los que éste se aplica. Con lo cual se deja fuera de la medición el valor que no puede ser cedido, es decir, el valor de la satisfacción (*satisfaction-value*) que el vendedor hubiera tenido caso de poder usar por sí mismo su fuerza de trabajo (19). La posibilidad de esta satisfacción se le niega a quien ha vendido su fuerza de trabajo. Pero tal posibilidad es una parte integrante del «poder de un hombre», tal como lo venimos definiendo. El vendedor pierde, así, su «valor-satisfacción»,

(18) Véase, por todas, «Democratic Theory: Ontology and Tecnology», en D. Spits, ed., *Political Theory and Social Change*, Nueva York, Atherton, 1967, págs. 203-230; reimpresso en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, *op. cit.*, en especial págs. 36-38.

(19) De nuevo hay que hacer una precisión terminológica. El lector notará que el «valor de cambio» tal como lo define Macpherson poco tiene que ver con el que Marx formuló en *El Capital*. Lo que hizo Marx fue perfeccionar la teoría del valor trabajo de Ricardo, mediante la reducción de los valores de cambio a valor, entendido éste como una propiedad inmanente y social de la mercancía, cuya substancia es el trabajo humano y cuya magnitud es proporcional al tiempo de trabajo requerido para la producción de la mercancía. Por contra, el profesor canadiense se sirve de la dicotomía valor de cambio/valor-satisfacción para revelar la existencia de algo (la posible satisfacción que uno alcanzaría si pudiese utilizar libremente, sin compulsión, su fuerza de trabajo) que se pierde irremisiblemente tanto para el vendedor como para el comprador, al verse obligado el primero a ceder su fuerza de trabajo al segundo.

pero no lo transmite al comprador. En otras palabras: si bien el vendedor pierde realmente toda su fuerza de trabajo, sólo puede ceder parte del valor que hubiera alcanzado de poder mantenerla; el resto simplemente se ha perdido. De todo ello se sigue que si el individuo pudiera mantener su fuerza de trabajo y usarla él mismo, su valor sería el «valor-satisfacción» más el valor que su aplicación añadiría a los materiales. El mercado mide tan sólo esta última cantidad, por lo que la cesión no mide toda la disminución de capacidad productiva.

De este modo, Macpherson salva parcialmente el carácter equívoco de la expresión «cesión de poderes», al diferenciar, en primer término, entre capacidad extraproductiva y capacidad productiva, y, dentro de esta última, entre «valor de cambio» y «valor-satisfacción». El autor evita, sin embargo, dar el siguiente paso: abandonar el concepto de cesión de poderes. Una cesión de esta clase no existe si se entienden los «poderes» en el sentido general de potencialidades humanas. Lo que se da en realidad es, por un lado, la enajenación de una parte de la capacidad productiva entendida ésta como la aptitud para usar la propia energía y destreza *en el ámbito de la producción*, y, por otro, la pérdida (que no cesión) de un valor hipotético («*satisfaction-value*») que no puede ser medido si se toma el mercado como baremo de medición. Por este motivo resulta impreciso seguir hablando de «cesión de poderes».

Respecto a los posibles efectos que sobre la capacidad extraproductiva del vendedor puede ocasionar la falta de acceso a los medios de producción, parece lógico entender que, al circunscribirse aquélla (por definición) fuera de los límites del proceso de producción, quedaría al margen de la cesión. Ahora bien, en opinión de Macpherson, para un concepto democrático de la esencia humana, la capacidad extraproductiva es, al menos, tan importante como la capacidad productiva. De tal forma que puede presumirse que el modo en que se usen las capacidades de una persona en el proceso de producción influirá de algún modo en la aptitud para usarlas y desarrollarlas fuera del mismo: «Un hombre cuyo trabajo productivo está fuera de su propio control, cuyo trabajo es en este sentido negligente, puede que sea también negligente en el resto de sus actividades» (20). Existiría, así, una relación estrecha entre ambas capacidades, de modo que una disminución del control de un hombre sobre sus actividades productivas supondría una clara disminución de su capacidad en otras esferas.

Esta afirmación la efectúa Macpherson de un modo intuitivo, prescindiendo de cualquier argumentación que corrobore lo aseverado, por lo que sólo puede ser tenida en cuenta como una mera presunción sin que ésta se halle válidamente fundada. Mas con la cual, Macpherson abre una vía de estudio, a pesar de no haber profundizado en ella: la concerniente a los posibles efectos que puede causar sobre la capacidad extraproductiva la privación del libre acceso a los medios de producción.

(20) «Problems of a Non-Market...», en *op. cit.*, pág. 67.

1.4. *El pretendido marxismo de C. B. Macpherson*

En la teoría de la cesión de poderes de Macpherson se halla latente una concepción de la igualdad paralela a la que ya mantuviera Marx. El objetivo último, como en el caso de Marx, es alcanzar una sociedad en la que reine la igualdad entre todas las personas. No se persigue la igualdad ilusoria del acceso universal a las instituciones mercantiles. Se trata de la noción marxiana de igualdad como condición positiva de la libertad. A todo ser humano, por el único hecho de serlo, se le debe proporcionar un acceso libre a los medios necesarios para trabajar e igual voz en la dirección consciente de las fuerzas productivas del conjunto de la sociedad. Por supuesto, no interesa destacar una hipotética igualdad natural o física, sino, en ambos autores, una igualdad moral o política (la desigualdad natural o física seguirá existiendo, lo cual no es óbice para que se dé la igualdad moral o política).

Para el marxismo, la igualdad de todos los seres humanos se fundamenta en su calidad de miembros de la especie humana, lo que es suficiente por sí mismo para conferir un derecho igual al poder de decisión en la comunidad de productores. Se postula, en consecuencia, que cese cualquier división y subordinación en el proceso de producción. Mientras persista la división del trabajo entre la autoridad y la ejecución seguirá existiendo un obstáculo para el libre desarrollo de la persona. El postulado comunista de igualdad, en suma, presupone la abolición de la división de la sociedad en clases sociales.

Ya en 1942 Macpherson afirma que «el postulado básico de los demócratas es la igual humanidad de todos los individuos, la creencia de que cada ser humano tiene una vida para vivirla al igual que cualquier otro...» (21). El mayor obstáculo a este libre desarrollo es la concepción de la propiedad privada sin límites. Así pues, «el derecho ilimitado a la propiedad debe desaparecer si la democracia real quiere tener una oportunidad» (22). La reforma practicada por el *Welfare State* no constituye una salida, puesto que «es probable que un gobierno (existente) que carezca de control sobre el capital se encontrará siempre controlado por los representantes del capital» (23).

Cuando Macpherson habla de igualdad o de «democracia real» no está concibiendo una abstracción, sino que establece una condición actual que es a la vez un medio y un fin en sí misma.

También presupone una libertad sin obstáculos para ejercer y desarrollar las propias capacidades. Por tanto, la igualdad meramente consumista no basta: «Cualquier teoría (...) cuyo horizonte se vea limitado por los supuestos deseos del hombre como consumidor, o que haga de la satisfacción de esos deseos el principal ingrediente de la libertad moral o de la maximización de poderes, es inadecuada...» (24).

(21) «The Meaning of Economic Democracy», *University of Toronto Quarterly*, XI, 1942, pág. 404.

(22) *Op. cit.*, pág. 408.

(23) *Op. cit.*, pág. 410.

(24) «Revisionist Liberalism», en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, *op. cit.*, pág. 94.

Dadas estas premisas, la conclusión no puede ser otra que la de Marx: Hay que acabar con el sistema capitalista por ser éste, con su separación entre propietarios y no propietarios del capital, el obstáculo que impide la realización de una vida plenamente humana. ¿Es éste realmente el objetivo de Macpherson? Dicho con otras palabras: ¿Es Macpherson un marxista?

A nuestro entender, la respuesta es obvia: Macpherson es un pensador liberal crítico con su tradición. En cambio, no parece ser ésta la opinión de algunos autores que atacan la obra de Macpherson cual si de la de un marxista ortodoxo se tratase (25). Por esa razón, merece la pena dedicar unas líneas a aclarar este extremo.

Entre quienes incluyen a Macpherson en la corriente marxista, cabe destacar a Victor Svacek, teórico que ha estudiado honestamente la obra de nuestro autor (26). Los postulados que Svacek considera básicos para calificar como marxista a un pensador son:

1. Mantener que todos los seres humanos son esencialmente iguales.

2. Emplear un análisis de clase.

3. Corolario de los dos anteriores: entender que las relaciones de clase son intrínsecamente desiguales y, por consiguiente, constituyen un obstáculo que impide alcanzar la «buena vida».

4. Sostener que el conocimiento consiste en la aprehensión consciente de las condiciones materiales.

5. Concebir la historia como el desarrollo progresivo de la sociedad ocasionado por transformaciones en las relaciones de producción.

6. Pretender que el derrocamiento revolucionario de las relaciones de producción capitalista es el eslabón históricamente necesario entre la sociedad burguesa y la sociedad comunista.

En base a estos supuestos Svacek concluye que Macpherson es marxista en una proporción de 5/6. Siguiendo con esta visión, el único pos-

(25) Al respecto, pueden mencionarse:

— J. VINER, «Possesive Individualism as Original Sin», *Canadian Journal of Economics and Political Science*, XXIX, 1963.

— I. BERLIN, «Hobbes, Locke and Professor Macpherson», *Political Quarterly*, XXXV, 1964.

— KENNETH MINOGUE, «Two Hisses for Democracy», *Encounter*, dic. 1973. De especial virulencia son los ataques de este autor en «Humanist Democracy: The Political Thought of C. B. Macpherson», *Canadian Journal of Political Science*, sept. 1976, págs. 377-394.

— M. SELIGER, *The Liberal Politics of John Locke*, Londres, George Allen and Unwin Ltd., 1968, espec. págs. 51 y 177.

— FRANÇOIS RANGEON, *Hobbes, Etat et droit*, París, J.-E. Haller-Albin Michel, 1982, pág. 24.

— R. S. NEALE califica la posición de Macpherson como la de «los filósofos marxistas convencionales». Véase «Introduction: Property, Law, and The Transition from Feudalism to Capitalism», en *Feudalism, Capitalism and Beyond*, editado por Kamenka y Neale, Camberra, 1975, pág. 7.

— JOHN DUNN llega a afirmar, tal vez con nostalgia, que Macpherson es «el más civilizado y docto de los teóricos de la tradición marxista». Véase J. DUNN, *Political Obligation in its Historical Context*, Cambridge, University Press, 1980, pág. 216.

(26) VICTOR SVACEK, «The Elusive Marxism of C. B. Macpherson», *Canadian Journal of Political Science*, sept. 1976, págs. 394-422.

tulado que no aceptaría Macpherson es el de la necesidad de una transición revolucionaria; el resto, se vería confirmado a lo largo de sus escritos (27).

De entrada, la primera objeción que cabe formular a esta interpretación es que pueden aducirse otros criterios para caracterizar al «marxismo». No es necesario indicar las numerosas corrientes que se autocalifican de marxistas, ni recordar la célebre frase de Marx en la que negaba ser marxista. Es cierto que Macpherson coincide en ocasiones con los planteamientos de algunos pensadores marxistas. Hay que mencionar al respecto el parecido sustancial de su teoría de la cesión de poderes con la teoría del valor de Marx. E igualmente, el método de análisis empleado por Macpherson debe mucho a las tesis marxianas de interpretación histórica. Pero existen otros puntos que pueden ser considerados claves de la(s) tradición(es) marxista(s) (la propia epistemología, la combinación irrenunciable de la teoría con una praxis adecuada, o, en la tradición principal, el compromiso real de lucha al lado de las clases sociales menos favorecidas, etc.) que no se hallan en los escritos de Macpherson.

Además, Macpherson nunca ha declarado desear caminar hacia una sociedad comunista. Y si en principio plantea como ideal de funcionamiento político el sistema piramidal de Consejos, aquél queda empobrecido luego con un proyecto político «realista» en el que se formula como única aspiración la de «mantener la estructura actual de gobierno, y *confiar* en que los propios partidos (funcionen) con participación piramidal» (28).

Asimismo, por lo que se refiere al período de transición hacia la sociedad igualitaria, el autor ha reconocido su indeterminación: «...nunca acepté la vía revolucionaria como la única necesaria hacia la buena sociedad ni propuse una alternativa clara» (29).

No es preciso, pues, analizar con profundidad las tesis de Svacek, por lo demás muy bien documentadas. Sin duda existe un cierto paralelismo entre la teoría de la cesión de poderes de Macpherson y la teoría del valor-trabajo de Marx, pero resulta algo secundario para nuestro propósito establecer qué porcentaje de marxismo encubre el declarado liberalismo o postliberalismo democrático de Macpherson. No obstante, no resultará ocioso dejar constancia de que las principales citas que esgrime Svacek en apoyo de su tesis corresponden a los primeros artículos publicados por Macpherson entre los años 1937 y 1942 (30). Al decir esto no se pretende desprestigiar el valor de tales es-

(27) Cfr. *op. cit.*, pág. 419.

(28) *La democracia liberal y su época*, *op. cit.*, pág. 136. Cursiva ajena al texto.

(29) «Humanist Democracy and Elusive Marxism», *Canadian Journal of Political Science*, IX, 1976, pág. 424.

(30) Estos artículos son:

— «Pareto's "General Sociology": The Problem of Method in the Social Sciences», *Canadian Journal of Economics and Political Science (CJEPS)*, III, 1937, págs. 458-471.

— «The Ruling Class», *CJEPS*, VII, 1941, págs. 55-100.

— «The History of Political Ideas», *CJEPS*, VII, 1941, págs. 564-577.

— «The Meaning of Economic Democracy», ya citado.

— «The Position of Political Science», *Culture*, III, 1942, págs. 452-459.

critos, sino señalar que con el paso del tiempo ha habido un cierto relajamiento en los supuestos mantenidos por el «joven» Macpherson. Por ejemplo, parece poco congruente afirmar en 1955 que «la primera función de *todos* los sistemas de partidos ha sido la de moderar y contener el conflicto de clases así como mantener una economía capitalista»(31), y años más tarde asignar, como se ha visto, un papel preponderante al sistema de partidos a la hora de diseñar un sistema de democracia participativa en la que se asume como tarea principal acabar precisamente con aquel tipo de economía.

De todos modos, lo que debe quedar claro es que al menos en un punto la posición de Macpherson no ha variado. Su meta sigue siendo justificar moralmente la democracia liberal, o más exactamente, «repensar una filosofía política adecuada a los nuevos problemas *morales* introducidos por los cambios en la sociedad» (32). En este punto, el pasaje descrito, que data de 1954, sigue presente en la actualidad en el pensamiento de Macpherson. Así, en 1980, concluye un librito dedicado a Burke diciendo: «los demócratas del siglo XX, tanto liberales como conservadores, comparten con Burke, el no-demócrata, la percepción de que lo que se halla en juego es la legitimación de un orden social, y que en definitiva esto es una cuestión de *valores morales*» (33).

1.5. *El camino hacia una sociedad igualitaria*

Sabemos ya que la concreción del paso de la sociedad actual a una futura sociedad igual no pasa en la mente de Macpherson por una acción revolucionaria. Nuestro autor opina que se puede y se debe incidir en las instituciones presentes y en la ideología que las sustenta a fin de abrir esas deseadas vías de plenitud humana. El análisis del concepto de poder y, sobre todo, su cuantificación deben servir a este propósito.

Tal vez sea el momento de resumir lo dicho en los apartados precedentes. Se ha mantenido que una teoría democrático-liberal debe tratar los «poderes» de un hombre en sus vertientes cualitativa y cuantitativa. Que esta última puede concretarse en términos de impedimentos externos al ejercicio de las capacidades humanas, esto es, obstáculos al máximo alcanzable para un nivel dado de productividad y cultura. Si nos ceñimos al obstáculo que supone la falta de acceso a los medios de trabajo, se ha mostrado que influye en el «poder» humano de tres maneras:

(31) «The Role of Party Systems in a Democracy», texto presentado en el 3.^{er} Congreso del IPSA, agosto 1955, pág. 1. Se pronunciaba ya en el mismo sentido en «I Partiti Politici», *Studi Politici*, III, 1954, versión italiana de «Notes on the Requirements of a General Theory of Party Systems», presentado en Florencia bajo los auspicios del IPSA en abril de 1954.

(32) «World Trends in Political Science Research», *American Political Science Review*, XLVIII, 1954, págs. 448-449. Cursiva nuestra.

(33) *Burke*, Oxford, OUP, 1980, pág. 74; tr. cast. de Néstor A. Míguez en Alianza Editorial, 1984, pág. 109. Cursiva ajena al texto.

1. Pone de relieve una cesión neta de la capacidad productiva de los no propietarios de los medios de producción en beneficio de los que poseen estos medios privadamente; la cantidad de la cesión es el exceso de valor añadido por el trabajo sobre el salario pagado.
2. Disminuye la capacidad productiva de toda persona no propietaria de los medios de producción más allá de la cantidad que mide el mercado, al negársele la satisfacción de controlar el uso de sus propias capacidades productivas. Es un valor que no se cede: se pierde.
3. Disminuye también el control del no propietario de los medios de producción sobre su vida extraproductiva. Esto último, como ya dijimos, solamente puede considerarse una presunción.

Las deficiencias de las que se habla en los tres puntos desaparecerían en la medida que desapareciera el «poder extractivo» de una sociedad. En definitiva, el intento de Macpherson consiste en objetivar la capacidad de desarrollo de una persona con vistas a maximizarla. La teoría utilitarista, al querer maximizar utilidades, tenía que abordar el problema del subjetivismo: cada persona juzga su satisfacción como única, y por ello, incomparable con la de los demás. Esta dificultad no debe hallarse en la maximización de capacidades, por cuanto éstas pueden medirse, como hemos visto, por la cantidad de impedimentos externos que se oponen a su desarrollo. Cantidad que según Macpherson es objetiva (se entiende, claro está, que lo que se mide no es la satisfacción que experimentan las personas al ejercer sus capacidades, sino la aptitud para ejercitarlas). Queda por resolver la cuestión de si este incremento deseado en las capacidades o «poderes» de un hombre sólo es factible a costa de la reducción de las capacidades o «poderes» de otros hombres.

Así, por ejemplo, dentro del tercer impedimento que veíamos (la directa invasión de un hombre por parte de otro), un cambio en las leyes que tienda a luchar contra esa invasión directa, no disminuye ninguna posibilidad para usar capacidades, sino que aumenta la de todo hombre, al incrementar la protección de todos los hombres entre sí. Sin embargo, un cambio en la primera y segunda categoría de impedimentos (falta de acceso a los medios de trabajo y falta de medios de vida) podría alterar en direcciones opuestas la aptitud de distintos individuos para usar y desarrollar sus capacidades humanas.

Centrémonos ahora en la consideración de un cambio en los términos de acceso al capital, que puede permitir un acceso más igualitario. El hecho es el siguiente: al reducir la cesión neta de poderes e incrementar la aptitud de quienes tienen un acceso inferior, se reduciría el poder extractivo de quienes tienen un superior acceso al capital y a los medios de producción. En este caso se podría llegar a mantener que también se reduciría la capacidad de desarrollo de estos últimos, siempre que se pudiera demostrar que el pleno ejercicio de sus capacidades requería el nivel de control de recursos del que gozaban hasta ese momento en virtud de su poder extractivo. Según Macpherson, la justificación de la existencia de poder extractivo mediante la supuesta disminución de la capacidad de desarrollo no tiene sentido

en la actualidad, si se considera que los ingresos y el ocio resultante del poder extractivo no conduce automáticamente al desarrollo de las capacidades humanas esenciales. Y no conduce a este resultado porque el supuesto necesario, ya esbozado, de cualquier teoría plenamente democrática es que las capacidades esencialmente humanas son sólo aquellas que pueden ejercerse sin negar o impedir el ejercicio de las capacidades de los demás. Por definición, el poder extractivo niega la posibilidad de ese ejercicio a la mayor parte de la población. Cosa muy distinta es que los propios extractores vean su poder como capacidad de desarrollo sin que lo sea.

La dificultad, pues, puede residir en realizar comparaciones interpersonales entre los cambios en los poderes de distintas personas. En la construcción macphersoniana, empero, esta dificultad sólo se plantearía en el período de transición de una sociedad desigual a una sociedad igualitaria, puesto que, a la postre, se trata de ponderar los incrementos del «poder de un hombre» con las disminuciones en el poder de otro. Como el único cambio en las instituciones que puede suscitar simultáneamente un aumento y una disminución de este tipo es un cambio en el nivel de poder extractivo, y como éste tiene su razón de ser en el acceso desigual de los hombres a los medios de vida y de producción, en una sociedad en la que se alcance el acceso igual, no habrá poder extractivo. En una sociedad de este tipo, la capacidad de desarrollo de un hombre puede verse incrementada todavía por un mayor dominio sobre la naturaleza, pero no por un mayor dominio sobre otros hombres. Con lo cual, el problema de ponderar aumentos y disminuciones de poder desaparecería.

La cuestión quedaría reducida al período de transición. Podría alegarse, en contra de la propuesta de Macpherson de llevar al máximo las capacidades de desarrollo de *todos* los hombres, que los beneficiarios del poder extractivo, en una sociedad desigual, han desarrollado sus capacidades en mayor medida que los no beneficiarios, de tal modo que cualquier reducción de su poder extractivo supondría reducir también su capacidad de desarrollo. La pregunta es si una pérdida semejante sería tan grande como la ganancia de los demás. La respuesta, a tenor de lo visto hasta ahora, es que no. Por dos razones:

En primer lugar, en una sociedad de acceso desigual, sabemos que la disminución de las capacidades de quienes carecen de acceso a los medios de producción es mayor que la cantidad de la cesión neta. Es mayor que la cantidad extraída, por lo que pierden continuamente más de lo que ganan los extractores. Si asumimos que en el movimiento hacia la sociedad de acceso igual aquella pérdida desaparecería, los que carecían de acceso ganarían no sólo la cantidad de «poder» que les habían extraído sino, además, el «poder humano» que habían perdido sin cederlo: la ganancia agregada sería mayor que la pérdida agregada.

En segundo lugar, por hipótesis, los beneficiarios de poder extractivo en una sociedad desigual han desarrollado más sus capacidades que los no beneficiarios. Si coincidimos en afirmar que hay diferencias en las capacidades máximas de distintos hombres, no podemos saber esas diferencias en un tiempo dado. Pero sí podemos presumir que las

capacidades de los que tienen un acceso inferior a los medios de vida y de trabajo estarán menos desarrolladas, de modo que se puede esperar alcanzar razonablemente más ganancias que pérdidas en la aptitud agregada. De todo ello se deduce que igualizar accesos es maximizar las capacidades de desarrollo.

Hemos visto hasta aquí el lugar que ocupa el concepto de poder en la teoría democrática de Macpherson. Puede destacarse el intento admirable de cuantificación a fin de unir un postulado ético (la maximización de las capacidades o «poderes» individuales) con una realización concreta (la eliminación de todo tipo de poder extractivo alienante de la personalidad humana). La importancia de este concepto es vital. Si bien puede completarse el aparato conceptual de Macpherson con el estudio de otros conceptos (propiedad, justicia, libertad) el eje en torno al que giran éstos es el concepto de capacidad de desarrollo, la dimensión ética de todo el planteamiento programático del autor.

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD

El análisis de Macpherson acerca del derecho de propiedad en Locke es uno de los puntos más destacables y, al mismo tiempo, de los más discutidos de su visión. El profesor de Toronto concede una enorme importancia al papel que ha jugado el derecho de propiedad en la justificación teórica del liberalismo. Por ejemplo, su estudio de la obra de Locke se circunscribe casi exclusivamente al comentario del capítulo «Sobre la propiedad» perteneciente al *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (34).

Aquí se intentará poner de relieve que, al igual que ocurre con el concepto de poder, Macpherson, a la vez que utiliza el concepto de propiedad para enjuiciar las teorías justificativas que le han precedido, va construyendo su propia teoría de la propiedad. Asimismo, se pretende dejar constancia de la originalidad de esta teoría, al tiempo que se explicitan algunos equívocos originados por el significado peculiar que Macpherson asigna al término «propiedad».

La premisa de la que parte Macpherson a la hora de elaborar su teoría política de la propiedad es la de que la teoría y la práctica, o, lo que es lo mismo, el concepto y la institución de la propiedad son interdependientes: ambos varían de igual manera según la época y los cambios que acontecen.

En efecto, según Macpherson, la propiedad como institución es ante todo un invento humano que establece ciertas relaciones entre los individuos. Como todo invento de este tipo, su permanencia requiere el no rechazo de la mayoría de la población y el apoyo expreso de alguna clase social. Por su parte, un apoyo de esta índole únicamente puede darse si los miembros de la clase en cuestión creen que la institución de la propiedad es útil para alcanzar algún propósito o para

(34) Ver *La teoría política del individualismo posesivo*, op. cit., págs. 172-190.

satisfacer alguna necesidad; lo cual, a su vez, precisa una teoría que explique y justifique la institución en términos del propósito que pretende servir o de las necesidades que intenta satisfacer.

De todo ello se sigue, siempre en opinión de Macpherson, que la transformación tanto teórica como práctica de la propiedad debe provenir, en primer lugar, de una variación en la percepción de las necesidades o de los deseos a los que la institución quiere servir; en segundo lugar, debe producirse una adecuación del concepto y la teoría a este cambio; por último, es necesaria una acción política, ya sea legislativa, judicial, administrativa o revolucionaria, destinada a transformar la institución.

Siguiendo en lo posible este esquema, a continuación se examinan los caracteres del concepto de propiedad que prevalece en las sociedades occidentales desde que se formuló en los siglos XVII y XVIII. Seguidamente se apuntan los cambios experimentados por el mismo a partir de la segunda guerra mundial, para finalizar dando la nueva conceptualización del derecho de propiedad propuesta por Macpherson para una sociedad de fines de siglo que pretenda ser realmente democrática (35).

Con el fin de facilitar la comprensión de las tesis de Macpherson, se ha optado por emplear un método de exposición esencialmente descriptivo y reservar las notas críticas para la sección que cierra el presente trabajo (36).

2.1. *Propiedad y sociedad capitalista*

La concepción actualmente predominante de la propiedad proviene de los siglos XVII y XVIII, respondiendo a la necesidad de acomodar este término a los imperativos de una sociedad capitalista de mercado. Los caracteres que la definen son:

- a) Propiedad como sinónimo de propiedad privada: derecho del titular a *disponer* del objeto poseído y a *excluir* a los demás de su uso.
- b) Establecimiento de un derecho sobre cosas materiales más que un derecho a obtener un rédito.
- c) El derecho de propiedad se justifica porque mantiene un incentivo al trabajo necesario.

a) *La propiedad como propiedad privada.* En nuestros días, la

(35) MACPHERSON ha dedicado varios escritos al tema del desarrollo histórico del concepto de propiedad. Merecen ser destacados:

— «Capitalism and the Changing Concept of Property», en E. Kameka and R. S. Neale, eds., *op. cit.*, págs. 104-124.

— *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto and Buffalo, University of Toronto Press; Oxford, Basil Blackwell, 1978.

— «Property as Means or End», en A. J. Parel and Thomas Flanagan, eds., *Theories of Property: Aristotle to the Present*, Waterloo, Ont., Wilfrid Laurier University Press for Calgary Institute for the Humanities, 1979, págs. 3-9.

(36) La exposición se centra principalmente en «A Political Theory of Property», en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, *op. cit.*, págs. 120-140.

propiedad, a todos los niveles, se entiende como sinónimo de propiedad privada, o sea, como el derecho de un individuo o de una asociación a excluir a otros del uso o disfrute de algo. Por ello no es extraño que la noción de «propiedad común» se vea como una contradicción terminológica. Pero hay que decir que los pensadores anteriores al siglo XVII tenían en cuenta la propiedad común en sus discusiones acerca de la propiedad. Centrabn sus argumentaciones en la propiedad privada, mas no olvidaban la propiedad común. Aristóteles, por ejemplo, distinguía entre un sistema de propiedad en el que las cosas eran poseídas en común, otro en el que se poseían privadamente, y unos sistemas mixtos donde la tierra era común y el producto privado o viceversa.

Desde los filósofos griegos hasta los de la Edad Media, las diatribas se concentraron en establecer límites a la propiedad privada y a justificarla frente a la propiedad común. El propio Jean Bodin, que otorgaba gran importancia a la propiedad privada moderna, argumentaba que en cualquier Estado debía existir también algún tipo de propiedad común, sin la cual no tendría sentido ni la comunidad ni el Estado.

Sin embargo, con la entrada en el siglo XVII la idea de la propiedad común se pierde de vista. Hume, autor que halló en la protección de la propiedad la principal tarea del gobierno, definía a ésta como un derecho del individuo a usar algo con exclusión de los demás. Desaparecía la propiedad común como fiel reflejo de los cambios factuales. En este siglo, cada vez mayor parte de recursos y tierras se estaban convirtiendo en propiedad privada (un derecho de propiedad que se empezaba a concebir como ilimitado). Aunque tenía ciertos límites referidos a los usos a los que se le podía someter, el derecho moderno de propiedad en comparación con el que le precedió puede ser llamado absoluto en dos sentidos: es un derecho para disponer o alienar, tanto como usar; y es un derecho que no es condicional a la ejecución de una función social por parte del propietario.

Este era el derecho de propiedad que necesitaba la economía capitalista para operar de forma libre y plena. Si el mercado tenía que realizar toda la función de distribución de trabajo y recursos entre los posibles usos, todo el trabajo y los recursos debían convertirse, o ser convertibles, en propiedad privada.

b) *La propiedad como un derecho sobre cosas materiales.* Aquí se aprecia de nuevo la variación que experimenta la institución de la propiedad, y por consiguiente su concepto, con la irrupción del sistema capitalista.

La concepción inglesa pre-capitalista veía la propiedad como un derecho a obtener un rédito (sea en la forma de servicios, producto o dinero), con lo que no hacía más que reflejar la situación real. En aquella época, la gran masa de la propiedad era propiedad sobre tierra, se limitaba a ciertos usos de ella y a menudo no era disponible. Podían existir, y de hecho era frecuente, distintas personas que tuvieran distintos derechos sobre una misma porción de tierra. La propiedad era, pues, un derecho a servirse de la tierra, no la tierra misma.

Con la economía capitalista de mercado los antiguos derechos limitados sobre la tierra se transformaron en derechos virtualmente ilimitados. Se volvió natural pensar en la misma tierra identificándola con la propiedad. El mercado facilita esa visión: en los trueques que se producen entre mercancías da la impresión de que no se intercambian derechos sino simplemente mercancías. Como la propiedad se estaba convirtiendo cada vez más en un derecho absoluto sobre cosas vendibles, la distinción entre derecho y cosa se borraba fácilmente. Esta equiparación, que todavía hoy es un lugar común, ha sido evitada por la mayoría de los teóricos políticos y juristas (aunque ocasionalmente puede verse en algunos teóricos del siglo XVIII). Pero lo que sí hicieron estos pensadores a partir del siglo XVII fue tratar la propiedad como un derecho sobre cosas materiales más que un derecho a obtener un rédito. La razón estriba en que, con el capitalismo, el grueso de la propiedad se traslada *desde* derechos a menudo no transferibles a disfrutar de la tierra, monopolios y títulos, *hacia* derechos transferibles sobre tierras libres, arrendamientos enajenables y dinero.

c) *La propiedad como incentivo al trabajo necesario.* Justificar la existencia de propiedad privada entendiendo que se trata de un incentivo al trabajo requerido por una sociedad es también una novedad del siglo XVII. Con anterioridad, la propiedad se justificaba por otras razones. Así, Aristóteles decía que la propiedad privada posibilita al hombre expresar su esencia humana; San Agustín entendía que ayudaba a neutralizar la naturaleza pecaminosa del hombre...

En el siglo XVII se produjeron dos cambios que llevaron a concebir toda propiedad como propiedad privada exclusiva. Un cambio factual por el que todo ser humano era reducido a una valoración mercantil. Y otro cambio en la ideología, consistente en sostener que toda persona era capaz de llevar una vida plenamente humana. A partir de esta afirmación se hacía imprescindible reconocer un derecho de propiedad abierto a *todos* los seres humanos. Era imposible derivarlo de las necesidades humanas, puesto que se asumía que la tierra y el capital siempre serían poseídos necesariamente por una minoría. El derecho ilimitado debía basarse, pues, en algo más universal que la vieja distinción entre necesidades y capacidades. Este fundamento se halló en el trabajo. Una vez establecido que el trabajo de un individuo era exclusivamente de su propiedad, se reforzaba el concepto de propiedad como exclusión. A partir de Locke, esta justificación se hizo incuestionable dentro de la tradición liberal (la aceptaron tanto Bentham como Mill y Green).

Este fue, por tanto, el concepto de propiedad que necesitaba el capitalismo (una propiedad privada y exclusiva sobre cosas materiales), y ésta era la justificación, también necesaria, en términos de trabajo.

2.2. *Cambios en el concepto de propiedad*

Según Macpherson, la propiedad a mediados del siglo XX vuelve a contemplarse de nuevo más como un rédito, como un derecho a ob-

tener un ingreso, que como un derecho sobre cosas materiales. Prueba de ello es la afloración de un gran número de inversores que son puramente rentistas. Igualmente, con el *Welfare State* han aparecido nuevas formas de propiedad que son todas ellas un derecho a percibir un ingreso. En este apartado incluye Macpherson los tipos de pensiones y subsidios de enfermedad, jubilación, desempleo, etc. Lógicamente, aparte de inversores y pensionistas, hay quienes realizan tareas productivas. Pero, en opinión de Macpherson, también a éstos les afecta el cambio. Así, los asalariados pueden pasar a entender que su principal propiedad consiste en el derecho a devengar un ingreso. Si eso es así, nos hallaríamos ante una gran transformación del concepto de propiedad que puede tener consecuencias importantes. La concepción del derecho de propiedad como aquel que permite obtener un ingreso mediante un empleo, podría facilitar la visión de la propiedad entendida como el derecho de acceso a los medios de producción existentes, es decir, a algunos de los recursos productivos acumulados por el conjunto de la sociedad.

2.3. *Ampliación del concepto de propiedad*

La aportación más original de Macpherson a la teoría política de la propiedad es la de ampliar este concepto. No resulta suficiente entender la propiedad como un derecho a los medios de producción ahora que los avances tecnológicos hacen menos imprescindible el trabajo humano llamado necesario. «Si la propiedad —escribe— desea ser consistente con alguna democracia real, el concepto de propiedad deberá ensancharse de nuevo para incluir el derecho a una parte del poder político, e, incluso, un derecho a un tipo de sociedad o conjunto de relaciones de poder que posibilite al individuo vivir una vida plenamente humana» (37).

a) *La propiedad como poder político*. Se puede suponer que la importancia del acceso de cada individuo a los medios de producción disminuirá si disminuye, y en la medida que lo haga, la cantidad de trabajo humano necesario para producir un flujo aceptable de medios de vida para todos. Esto, unido a la supuesta constatación de que los países capitalistas más avanzados han empezado a moverse en la dirección de proveer un ingreso anual garantizado a sus ciudadanos (hoy diríamos que la tendencia se está invirtiendo, pero hay que recordar que Macpherson expone estos argumentos a principios de los años setenta), induce al autor canadiense a declarar que la propiedad como derecho individual valorable cambiará de nuevo su naturaleza: se pasará de una propiedad entendida como un derecho de acceso a los medios productivos a la propiedad concebida como un derecho a los medios necesarios para gozar de una vida plenamente humana.

Por otro lado, si se asume que existe un aumento creciente de la productividad propiciado por los avances tecnológicos, la cuestión cru-

(37) *Op. cit.*, pág. 136.

cial no será ya cómo obtener un flujo suficiente de medios de vida materiales. Se tratará, más bien, de mejorar la calidad de vida, lo cual requiere el control de la masa de recursos productivos. Como este control se realizará presumiblemente de forma política, concluye Macpherson, el poder político será el tipo más importante de propiedad: «La propiedad como un derecho individual se convertirá esencialmente en la parte individual en el poder político» (38).

b) *La propiedad como un derecho a un tipo de sociedad.* Si se entiende que la propiedad debe justificarse como un instrumento para alcanzar una vida plena, deberá convertirse en un derecho a no ser excluido de esa vida plena. La propiedad, en estas circunstancias, pasará a ser un derecho a un conjunto de relaciones sociales, un derecho a un tipo de sociedad.

En este sentido cobra valor la recuperación de la noción de «propiedad común», dotándola de este nuevo significado contrapuesto al de la propiedad entendida como un derecho exclusivo y absoluto sobre las cosas.

2.4. *Apreciaciones críticas y conclusión*

La teoría política de la propiedad elaborada por Macpherson tiene algunas cualidades que la hacen interesante. Introducir el tema de la propiedad común, por ejemplo, permite enfocar el estudio acerca de la propiedad desde una perspectiva distinta a la adoptada habitualmente. A pesar del tributo que sin duda paga Macpherson a Keynes, lo cierto es que un concepto de propiedad como el que establece el profesor canadiense debería desembocar simple y llanamente en la negación de la propiedad privada. Al respecto, sin embargo, el análisis de Macpherson no escapa a ciertas imprecisiones ni se halla exento de más de un equívoco.

Si el resultado al que parece conducir el concepto de propiedad de Macpherson es el de terminar con la propiedad privada, resulta confuso insistir, como hace el autor, en la necesidad de que para ciertas ocasiones se siga manteniendo un derecho de propiedad exclusivo. Desde el momento en que Macpherson define la propiedad como un derecho a un conjunto de relaciones sociales que permitan una vida plenamente humana (relaciones en las que, como se veía al tratar el concepto de poder, debía reducirse a cero el poder extractivo), está reconociendo que la propiedad privada de los medios de producción (la propiedad privada más significativa) debe desaparecer. Parece que Macpherson también propugna esto último. Entonces, ¿por qué dar el nombre de propiedad a un derecho a un determinado tipo de sociedad?

La respuesta está en que el discurso de Macpherson va dirigido a los académicos pertenecientes a la tradición liberal. Habla su idioma, aunque a los mismos significantes les dote de distintos significados. Con esta práctica, intenta recuperar los conceptos genuinos, tal y como

(38) *Op. cit.*, pág. 137.

se entendían antes de la apropiación terminológica por parte de los defensores del capitalismo.

La idea que late tras la utilización de este concepto amplio de propiedad es la de destruir la propiedad privada aprovechando el prestigio del que goza, según Macpherson, el término «propiedad»: «si las nuevas aspiraciones no se engloban bajo el título de la propiedad, la idea limitada de propiedad se utilizará con todo el prestigio de aquélla para combatirlas» (39). La instrumentalidad del concepto aparece aquí en su dimensión real: se podía haber utilizado cualquier otro concepto, pero se usa el de propiedad por su prestigio y, en mayor medida, con el fin de que el «enemigo» no lo emplee. Así, el concepto de propiedad de Macpherson debe considerarse, al igual que el concepto de poder, como una categoría-herramienta, la cual puede emplearse con un uso semántico que abarque muchas cosas en general y/o ninguna en particular.

El empleo de este tipo de categorías le viene impuesto a Macpherson por cuanto pretende realizar una crítica interna del liberalismo. De ahí que en numerosas ocasiones sus razonamientos den la impresión de ser muy forzados. Así ocurre, por ejemplo, en su formulación del concepto precapitalista de propiedad. Al afirmar que se trataba de un derecho a recibir un rédito, Macpherson olvida que la estructura económico-social de los feudos era más compleja que la que él describe y su desarrollo histórico no fue en todos los casos uniforme (40).

En el análisis de Macpherson también existen ciertas lagunas, como puede ser el no resolver —ni siquiera mencionar— la cuestión de los derechos *políticos* de la propiedad (verbigracia: los derechos políticos de los accionistas de empresas). Todo ello agravado, por lo demás, con la indeterminación que supone argumentar en términos de aumento de la «calidad de vida» del *conjunto* de la sociedad, con el fin de alcanzar una vida «plenamente humana».

Por otro lado hay que subrayar que por debajo de las tesis mantenidas por Macpherson se esconde un optimismo, probablemente excesivo, acerca de las posibilidades que abren los constantes avances tecnológicos, en el sentido de propiciar un orden social nuevo. Como ha escrito Ruiz Miguel, en Macpherson se da «una casi irresistible tendencia a concluir sus escritos con una previsión, en general esperanzada, sobre el futuro próximo» (41).

En definitiva, Macpherson trata de proporcionar un nuevo concepto de propiedad que se adapte a las previsibles demandas de los miembros de las sociedades técnicamente más avanzadas. En las condiciones de escasez material que han prevalecido hasta el momento, la propiedad era un derecho a obtener un rédito *material*. Con la conquista

(39) *Op. cit.*, pág. 138.

(40) Cfr. PERRY ANDERSON, *Transiciones de la Antigüedad al feudalismo*, Madrid, Siglo XXI, 1979; y del mismo autor: *El estado absolutista*, Madrid, Siglo XXI, 1979.

(41) A. RUIZ MIGUEL, «La teoría política del optimismo obsesivo: C. B. Macpherson», *Sistema*, 1983, pág. 46.

de la escasez, la propiedad deberá convertirse en un derecho a un rédito *inmaterial*, a un rédito de disfrute de la calidad de vida, con la imprecisión que ello supone. Un rédito de este tipo no puede ser calculado en términos materiales; únicamente podría computarse como un derecho de participación en un conjunto de relaciones sociales satisfactorias.

El camino hacia la vida «plenamente humana» está repleto de obstáculos. Macpherson es realista en este punto. Sabe que no se puede producir el cambio en base a una supuesta buena voluntad, ni por una conversión improbable de las élites dominantes a una nueva moralidad. Tampoco le parece necesario ni deseable una acción revolucionaria traumática. Cree, en cambio, que debe aguardarse una situación coyuntural favorable en la que se aúne, por un lado, una crisis en el orden político propiciada por los errores del sistema al no responder adecuadamente las demandas de la población, y, por otro, una toma pública de consciencia necesaria para modificar el orden moral prevalente.

Con la vista puesta en este objetivo, nuestro autor pervierte en el plano teórico el significado que algunos términos han tenido en los escritos de los pensadores liberales individualistas. Tal es la característica común en el tratamiento de los conceptos de poder y propiedad. En ambos casos, Macpherson los despoja del significado que han recibido por influencia de la ideología capitalista. Esta actitud ha propiciado, sin duda, que en alguna ocasión el propio autor califique su teoría como «postliberal» (42). El lector ya conoce la opinión que aquí se ha mantenido: Macpherson pertenece a la corriente democrático-liberal, aunque con asunciones críticas que le distancian de sus predecesores y de sus contemporáneos. Precisamente en el carácter *interno* de esas críticas radica el origen de las ambigüedades de su obra. De todos modos, al margen de ambigüedades y equívocos, el intento de desprenderse de la ética mercantil hace de Macpherson uno de los pocos liberales sinceramente críticos con su tradición.

(42) Cfr. «Post-Liberal-Democracy?», en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, *op. cit.*, págs. 170-184.

La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la «persona jurídica»

Por FRANCISCO CARPINTERO

Jerez de la Frontera

I. A MODO DE INTRODUCCION

Pretendo esclarecer en alguna medida el andamiaje conceptual y teórico que hizo posible —y necesario, al mismo tiempo— que la ciencia jurídica partiera exclusivamente del hombre aislado, de la libertad que le corresponde, y diseñara todo el ordenamiento jurídico tomando como punto único de referencia la libertad general y abstracta del individuo. Este fenómeno se observa, por primera vez en la Historia, en la Pandectística alemana del siglo pasado, que pretendió —en lo que se ha llamado su «gran ilusión»— traspasar desde el plano filosófico-iusnaturalista al plano jurídico-positivo la idea del individuo como «sujeto del Derecho», con todos sus atributos y predicados, especialmente con su capacidad de querer, de modo que el sistema jurídico fuera desarrollado sobre esta figura (1).

Para el estudio de este problema es necesario partir de la Edad Moderna que, como indica Orestano, llevó, cada vez en mayor medida, a entender el «Derecho» en función del individuo, y a considerar que el universo jurídico está constituido por el conjunto de los derechos que corresponden a tal individuo; por este camino, todas las posibles relaciones y situaciones jurídicas pensables vinieron a resolverse en atributos o predicados del *sujeto del Derecho* o *persona jurídica*, de modo que el ordenamiento jurídico fue identificado con el sistema de los derechos subjetivos del individuo; el centro motor de todo el sistema es el hombre, que, desde «objeto» de las normas jurídicas asume el rango de *subiectum*, en el sentido nuevo que este término había adquirido en el siglo XVIII en la Filosofía y, por reflejo, también en la doctrina jurídica (2).

En efecto, en la ciencia tradicional del Derecho, desde la romana

(1) Vid., sobre este problema, a R. ORESTANO, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», en *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*. Bologna, 1978, pág. 132.

(2) Cfr. *op. cit.*, pág. 117.

hasta el siglo XVIII, los juristas no habían tenido ningún inconveniente en considerar también jurídicamente relevantes situaciones distintas a las creadas voluntariamente por los hombres, de las que surgían derechos y obligaciones; no existía entonces un concepto unitario de «persona» desde el que pretendieran deducir las normas jurídicas. Las cosas comenzaron a cambiar, como indica Orestano, en el curso del siglo XVIII cuando, bajo el influjo ideológico del individualismo iusnaturalista, se hizo coincidir el *status hominis naturalis* y el *status hominis civilis*, esto es, la noción del hombre como dato «natural» con la noción de «persona» o «sujeto» como dato jurídico, sosteniéndose que todo hombre sería portador de «derechos subjetivos», todos ellos reconducibles, en definitiva, a su capacidad de querer, *arbitrium*, *Willkühr* (3).

Como se ha señalado, la primera elaboración de lo que será con el tiempo el «sistema de los derechos subjetivos» se remonta a los filósofos del Derecho natural modernos, concretamente, a los de la Ilustración alemana, y este empeño representa una utopía ideológica-política que tendía deliberadamente a enfrentarse, para sustituirlo, al Derecho positivo e histórico (4). Sin duda alguna estamos en presencia de una de las batallas más ambiciosas que ha mantenido el pensamiento humano para afirmar al individuo con lo que inicialmente se llamaron sus «derechos innatos» (*iura innata* o *connata*, *angeborehne Rechte*) y, en primer lugar, su libertad o arbitrio, fundamento y condición de cualquier otro derecho.

De esto resultó un cambio radical en la contemplación de la función del Derecho objetivo que, si no era ignorado en la construcción del sistema de los «derechos naturales», venía, en el mejor de los casos, reconducido al arbitrio del individuo a través de la ficción del «contrato social». En cualquier caso, su función se limitaba a proteger los derechos innatos de la «persona», muy especialmente su «potestad de querer» (*qualitas moralis personae competens*, *potentia moralis*, *facultas*, *ius*), en la que se hizo consistir la esencia misma del derecho subjetivo (5).

Lo que entonces se llamó el «sistema jurídico» fue articulado, de esta forma, en torno a una figura nueva, el *subiectum iuris*, expresión que fue entendida no ya como el hecho de encontrarse sometido a una regulación jurídica, sino como el ser pensante y, sobre todo, con voluntad libre e indeterminada, portador de unos derechos subjetivos que se entendieron que eran necesarios para su existencia. La noción equivalente a la de «sujeto del Derecho» fue la de «persona jurídica», que se introdujo en la ciencia jurídica, por primera vez, en el siglo XIX, como elemento simétrico al de «persona física» (6), entendida en el mismo sentido que he explicado a propósito del *subiectum iuris*.

(3) Cfr. ORESTANO, «“Persona” e “persone giuridiche”», en *Azione...*, cit., pág. 203.

(4) Cfr. ORESTANO, *Diritti soggettivi...*, cit., pág. 132.

(5) Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, pág. 134.

(6) Vid. ORESTANO, *Persona...*, cit., pág. 228.

Precisamente, lo que intento ahora es dar algunas pinceladas que puedan servir para esclarecer los presupuestos teóricos que hicieron posible esta nueva inteligencia de la noción de «persona», típicamente iusnaturalista y, posteriormente, decimonónica; no pretendo, obviamente, hacer una historia de la evolución doctrinal del concepto de persona, referido al Derecho; solamente me propongo mostrar algunas facetas del período filosófico-jurídico inmediato en el que el entero ordenamiento jurídico deja de ser concebido como un conjunto de normas en las que el hombre es un *subiectum*, y pasa a ser considerado como una emanación de la libertad abstracta —en el sentido hegeliano del término— de los individuos.

II. LA TEORIA IUSNATURALISTA PRE-KANTIANA

1. *La libertad e igualdad de todos*

El punto de partida necesario de una Ética individualista es la afirmación de la autonomía e independencia de cada individuo, y la Escuela del Derecho natural moderno hizo posible esta consideración del hombre recurriendo, en un primer momento, a la ficción del *status naturae*; en efecto, los iusnaturalistas calificaron a la situación real de los hombres en la sociedad, con sus inevitables desigualdades y restricciones a la libertad, como un *status adventicius*, es decir, como una situación artificial que es distinta, y se opone, al estado o constitución originaria del hombre (7). De esta forma, el estado «natural» de los hombres, por oposición a los vínculos, limitaciones y constricciones sociales, no puede ser sino un estado de libertad individual en el que no debe existir, en principio, limitación alguna al arbitrio del individuo; lógicamente, la primera condición para hacer posible esta visión del hombre, es su consideración *extra societatem*, afirmando que ello es lo que verdaderamente responde a la naturaleza del hombre o a las exigencias de un método científico. Así se expresaba Alexander Gottlieb Baumgarten, que escribía que «Al considerar la condición del hombre podemos abstraer de todas las determinaciones que provienen de una sociedad concreta, o bien podemos considerarlo en ellas. En este último caso tenemos el estado social del hombre, y en el primero el estado natural, que se opone al otro... En nuestra disciplina del Derecho natural, y en la Ética, entendemos por estado natural del hombre el *status* individual, tal como se observa en cada hombre singular» (8).

(7) Esta terminología la encontramos, entre otros, en Nicolás Jerónimo Gundling, cuando escribe que «Status ist eine Conditio sive Societas certa; darinnen der Mensch constituiret ist. Es ist aber derselbe status entweder naturalis, in quo homines a natura sua constituntur, oder adventitius, in quo homo vivit ex pacto certo, ex contractu, ex conventionem. Advenit enim pactum». Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorf De Officio hominis et civis*, Hamburgo, 1744, L. II, cap. 1, § 2.

(8) «In statu homini vel abstrahitur ab omnibus eius determinationibus ex peculiari societate, vel quaedam eiusmodi determinationes simul attenduntur. Posterior est status hominis socialis, prior status hominis naturalis sociali contradistinctus... In iure naturali

De esta forma se cumplía la primera exigencia del individualismo moderno, es decir, tomar como único punto de partida posible, tanto en la Ética como en el Derecho natural, al individuo aislado.

El segundo paso que se había de dar venía ya determinado por el punto de partida expuesto; efectivamente, los integrantes de la Escuela del Derecho natural entendieron que el hombre aislado, por el hecho de no estar relacionado con otros hombres, sólo depende de sí mismo, porque su aislamiento conlleva necesariamente que él se contempla únicamente a sí mismo, sin hacer ninguna referencia a los demás. Es, por tanto, un individuo que sólo depende de sus pasiones, instintos y debilidades individuales y que, por este mismo hecho, no reconoce ninguna limitación a su arbitrio que no provenga de él mismo, es decir, de su constitución individual.

Dado que, desde el inicio de la Escuela del Derecho natural, el concepto de individuo, representado por el término *homo*, fue usado metódicamente, deliberadamente, para designar un arbitrio indeterminado, la naturaleza del hombre apareció, ante todo, como construida primariamente por la indeterminabilidad del arbitrio, en la que se hizo consistir la libertad. A comienzos del siglo XVIII esta idea había sido aceptada ya incluso por los iusnaturalistas más moderados y, en este sentido, Johannes Nicolaus Hertius, por ejemplo, escribía que «este estado puede ser descrito como aquella condición de los hombres en los que ellos, entre sí, son iguales, y nadie está sujeto al arbitrio de otro» (9). Esta forma de entender la constitución «natural» del hombre traspasa todo el siglo XVIII y, a mediados de siglo, Baumgarten exponía esta tesis con precisión indicando que «en el estado de naturaleza nadie podía ser forzado a obedecer, esto es, nadie estaba sujeto» (10). A causa de esta falta de sujeción al arbitrio ajeno (única posibilidad de limitación del arbitrio que encontró la Escuela del Derecho natural) el estado de naturaleza fue llamado desde muy pronto un «estado de libertad», *status libertatis* (11); la consecuencia inmediata de la libertad de todos era la igualdad, por lo que los iusnaturalistas también entendieron que el *status naturae* era un *status aequalitatis* (12). Esta terminología se fue imponiendo con naturalidad conforme avanzaba el siglo XVIII y la encontramos usada sin dificultades por todos los iusnaturalistas.

Me interesa destacar que esta libertad imaginada del individuo no

nostro et Ethica statum naturalem intelligimus secundum § 1 eumque individualem, qualis in singulis hominibus deprehenditur». Cfr. *Ius Naturae*. Halae Magdeburgicae, 1763, Pars I, §§ 1 y 4.

(9) «Status hisce describi potest, conditio hominum inter se aequalium, neminisque alterius, praeterquam Dei et divinum legem, arbitrio subjectorum...». Cfr. *Elementa prudentiae civilis*, Francofurti, 1703, Pars I, sectio I, § III.

(10) «In statu naturali ad obedientiam non potest cogi, i.e. non esset subiectus». Cfr. *Ius Naturae, cit.*, Pars I, § 11.

(11) Cfr., por ejemplo, N. H. GUNDLING, *Via ad veritatem cuius pars tertia iuris prudentiam naturalem nova methodo elaboratum praesuntis opinionibus aliisque ineptis vacuam sistit*, Halae Magdeburgicae, 1715, cap. III, §§ 12-20.

(12) Cfr. M. HEINRICH GRIBNER, *Principiorum iuris prudentiae naturalibus libri IV*, Vitembergae, 1724, 5.^a ed., liber I, cap. IV, § 2.

fue considerada como algo simplemente fáctico, es decir, como una propiedad que de hecho poseen los sujetos, sino que la mayor parte de los componentes de la Escuela del Derecho natural atribuyeron a la naturaleza del individuo que ellos habían ideado un valor normativo con respecto a cualquier situación en la que se encontraran los hombres; la indeterminación del arbitrio, llamada comúnmente «libertad», apareció, de esta forma, como un derecho, que fue considerado como el derecho básico del hombre. Ioachim Georgius Darjes explicitaba, sobre este tema, que todos los hombres tenemos, según la naturaleza, los mismos derechos. La naturaleza común de todos funciona como razón suficiente de la igualdad, ya que supuesta la misma razón, es decir, la misma naturaleza, deben seguirse los mismos derechos; pero la libertad que se desprende de la igualdad de derechos —prosigue Darjes— no se detiene en una consideración absoluta del hombre, en abstracto, o en el estado de naturaleza, sino que también opera cuando consideramos a los hombres en sus estados hipotéticos o sociales (13).

En consecuencia, el individuo es libre, ya lo consideremos en el *status naturae*, ya en la vida social. Esta libertad del individuo, genérica, que no se circunscribe a una posibilidad determinada de hacer, fue considerada como un *ius commune*, es decir, como un derecho universal y genérico que posee cada sujeto, y que consiste en el derecho de determinar nuestras acciones según nuestro arbitrio. En este sentido Daniel Nettelbladt escribía que *libertas naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio* (14), con lo que conseguía expresar en pocas palabras lo que era el nervio fundamental de la Escuela del Derecho natural moderno, y esta idea quedaba rematada cuando explicaba que tal libertad *communis* era un derecho innato del hombre (15).

Planteadas así las cosas, la libertad tiende a dilatarse, y los iusnaturalistas, llevados por su propia dinámica, mantuvieron —aun en esta fase pre-kantiana— que lo constitutivo del hombre en tanto que tal, esto es, lo que la naturaleza es en última instancia, no es más que la libertad del individuo. Por ello, Georg Samuel Madihn escribía en 1767 con entera sencillez que *Die menschliche Natur ist nemlich das Wesen eines Menschen mit seiner Freiheit zu handeln*, que la naturaleza humana consiste en la esencia del hombre, consistente en actuar con libertad (16). La libertad deja, pues, de ser un simple derecho más, e

(13) «Homines natura eadem iura. Posita eadem ratione sufficiente idem etiam inde sequitur. Quare, cum homines eandem habeant essentiam seu naturam, quatenus absolute spectantur homines, iisdem etiam iuribus naturalis absolutis, et quatenus eadem sub hypothesi considerentur, iisdem etiam iuribus naturalibus hypotheticis instructi sunt». Cfr. *Institutiones Iurisprudentiae naturalis*, Ienae, 1764, § 13. La expresión *sub hypothesi* que aparece en este texto expresa el estado del hombre «hipotético» o «adventicio», en oposición al estado «absoluto» que es el expresado en el «estado de naturaleza». Esta es la terminología usual en buena parte de los iusnaturalistas.

(14) *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*, Halae Magdeburgicae, 1767, § 255.

(15) Cfr. *System...*, cit., § 259.

(16) Cfr. el extenso § 18 de sus *Gedanken von den wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Hallae, 1767.

incluso el derecho fundamental, y pasa a ser considerada como el constitutivo esencial y determinante de la naturaleza del hombre; la indeterminación del arbitrio ocupa, de esta forma, el trono de todo el sistema iusnaturalista, y todo ordenamiento jurídico posible sólo puede ser pensado en la medida en que protege y hace posible esta libertad del individuo.

Este individuo, caracterizado de esta forma, necesitaba de una terminología nueva que lo designara, ya que a las realidades nuevas hay que crearles nuevas palabras; el término elegido fue el de *Person* o *moralische Person*, con el que se destacaba la naturaleza esencialmente libre del sujeto que no quedaba suficientemente reflejada en los viejos términos de *homo*, *Mensch*, *individuum*, y, mucho menos, *subiectum*. Por esto, Johan Friedrich Gildemeister escribía que *Jeder Mensch, jede moralische Person ist von Natur frey, und erkennet also keiner Menschen gesetzgebende Gewalt*, todo hombre, toda persona moral es libre por naturaleza, y no reconoce ningún poder legislativo en otro hombre (17). «Person» fue, pues, el término que designaba de forma precisa al individuo independiente de los demás hombres, que es dueño de sí mismo sin reconocer ninguna sujeción legítima que no provenga de su propio consentimiento; por expresar esta idea con palabras de Johann August Schlettwein, «Cada hombre, atendida su entera persona y sus posibilidades personales, recibidas de la naturaleza o de la ordenación de Dios, está separado y es distinto de los demás. Por esto ningún hombre puede contemplar la fuerza o las capacidades personales de otro hombre como una fuerza o unas capacidades suyas. En consecuencia ningún hombre tiene el derecho de disponer sobre la persona, en tanto que hombre, de otro; esto quiere decir que todo hombre, considerado como hombre, es por naturaleza independiente y libre de cualquier otro hombre» (18).

2. Los fundamentos de la libertad

La caracterización del hombre como *persona* —en el sentido que la Escuela del Derecho natural dio a este término— fue el resultado de una afirmación, de una opción ideológica que careció en sus inicios, y durante bastante tiempo, de una explicación filosófica suficiente y ésta seguía siendo la situación del Derecho natural a comienzos del siglo XVIII; desde luego, faltaba entonces una fundamentación para

(17) *Juristische Enzyklopädie und Methodologie*, Duisburg, 1783, § 40.

(18) «Ein jeder Mensch ist nach seiner ganzen Person und seinen PersonalFähigkeiten durch die Natur, oder durch Anordnung Gottes, von dem andern unterschieden, und abgesondert. Daher kann kein Mensch die Menschenkraft und Personal Fähigkeiten eines andern Menschen, in wieferne sie beyde als Menschen betrachtet werden, als seine Kraft, oder als seine Personal Fähigkeiten ansehen. Mithin hat auch kein Mensch ein Recht, über die Person des andern, als Menschen su disponiren. Das heist: ein jeder Mensch als Mensch betrachtet, ist in Ansehung eines jeden andern Menschen von Natur unabhängig oder frey». Cfr. *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen*, Gießen, 1784, § 92.

esta pretensión que fuera más o menos comúnmente seguida por los iusnaturalistas. Estos, en efecto, para considerar únicamente al individuo como el punto de referencia de sus respectivos sistemas jurídicos, partían de las posibilidades que les ofrecía el mito del *status naturae* que, con su exigencia de atender únicamente a los hombres considerados aisladamente, hacía posible el individualismo jurídico-político que la Escuela del Derecho natural afirmaba. La tarea se vio notablemente facilitada por el hecho de que el uso metódico del *status naturae* se convirtió en poco tiempo en un tópico aceptado con raras excepciones en el área europea protestante, y esto disculpó momentáneamente de la fundamentación filosófica.

Los iusnaturalistas del siglo XVIII, hasta Kant, continuaron en una situación similar a la del siglo anterior, es decir, partían de los individuos libres e iguales en el estado de naturaleza, y no abordaban la empresa de demostrar la licitud de este procedimiento; a ellos, como a su época, les resultaba evidente que ésta era la manera de proceder más de acuerdo con la razón; pero, aunque no exista en el Derecho natural tardío pre-kantiano una explicación sobre este hecho mayoritariamente seguida, sí podemos observar aquí y allá, en los tratados de *Ius naturale et gentium*, o *Naturrecht*, explicaciones que aparecen intermitentemente y que tienden, desde ángulos distintos, a legitimar que la única fuente legítima del Derecho es el consenso entre las libertades de los individuos. Dado que estamos ante una legitimación absoluta de la voluntad sobre cualquier otra fuente de la razón, se tratará, en el momento más teórico de este estudio, de aludir a aquellas explicaciones a través de las cuales los integrantes de la Escuela iusnaturalista intentaron demostrar que la voluntad, en este caso la de cada individuo, es la potencia o facultad superior del hombre que le constituye en tal.

Johann Friedrich Rübél explicaba, en este sentido, que la fuente originaria de los actos del hombre es el *acto reflejo*; desde la reflexión surge la *ratio*, y ésta, a su vez, es completada por la *libertas*. A partir de este momento de la vivisección psicológica del actuar humano, todo depende de la libertad: la voluntad, la virtud, la felicidad (19), de modo que el hombre se configura como una voluntad, independiente de los demás, que tiende hacia su felicidad.

Nicolaeus Ieronimus Gundling fue, quizá, el autor que se ocupó de explicar más extensamente el hecho de que ellos atendieran fundamentalmente a la voluntad de los hombres. Él argumentaba, a este respecto, que una acción sólo podía ser imputable en la medida en que fuera voluntaria, libre. *Sed cur voluntaria actio imputatur?*, ¿por qué una acción libre sí es imputable? «Podemos decir que ella es imputada al sujeto porque la voluntad es el fundamento de todas las acciones no necesarias, y la mayor potencia o facultad del hombre, a través de la cual todas las demás facultades del alma deben guiarse» (20). Lógica-

(19) Cfr. *Das Gründlichbeweisene Recht der Natur*, Wittemberg, 1735, § 147.

(20) «Imputationis fundamentum est, ut quis sit auctor actionis: requiritur ergo ut sit voluntaria. Sed cur voluntaria actio imputatur?... man kann wohl sagen, darum wer-

mente, al afirmar esto, lo que más debe resaltar en el hombre es su libertad y, en consecuencia, la libertad o indeterminación del arbitrio es el bien jurídico supremo que reclama protección. Consecuentemente, el individuo se encuentra a solas consigo mismo, con su arbitrio libre, sin que a él pueda afectarle lo que hagan los demás, ya que, como explica Gundling, *voluntas tertii ist nicht voluntas nostra*, la voluntad de los demás no es «mi» voluntad y, en consecuencia, la voluntad de los terceros es irrelevante para determinar la moralidad de mis actos. La teoría de la *imputatio* que arranca de Thomasio jugó una función especialmente importante en el ascenso del individualismo ético-jurídico, ya que, al considerar únicamente las acciones voluntarias, que son las únicas imputables al sujeto, los tratados de Etica y Derecho natural se centraron exclusivamente en las acciones libres, que sólo pueden ser realizadas por los individuos; en consecuencia, el entramado de relaciones sociales de las que no era directamente responsable un sujeto, quedaron excluidas de su consideración.

Christoph Friedrich Schott, en una *Dissertatio* tenida lugar en Tübingen en 1759, reforzaba también la función de la voluntad en el acto humano a fin de realzar la libertad como el bien humano fundamental; para ello entendía que la libertad es una *affectio voluntatis* a través de la cual podemos determinarnos a obrar, o a no obrar, o bien, entre varios objetos, elegir uno y posponer los otros (22). De esta forma, atribuyendo una función decisiva a la voluntad, que siempre es individual, el hombre aparecía ante todo como una voluntad independiente de las demás, como un átomo de voluntariedad que sólo responde de sus actos ante sí mismo: esta Moral individualista, aun cuando con ella no estemos aún en un terreno específicamente jurídico, porque nos movemos en el ámbito propio de la Moral, jugó una función decisiva en la configuración de la mentalidad individualista que también alcanzó al Derecho. Para comprender mejor este proceso histórico, es preciso tener en cuenta que la mayor parte de los tratados de «Derecho natural» que aparecen en el siglo XVIII son, en realidad, tratados de Etica y, por ello, dedican sus primeros libros o capítulos al esclarecimiento de las cuestiones más típicamente filosófico-morales; desde las conclusiones que obtienen de su especulación filosófico-moral cada autor pasa, posteriormente, al plano jurídico, que no era otro, desde Pufendorf, que el tratamiento de los pactos y contratos, ya que unas voluntades libres e independientes (conclusión obtenida en el tratado

de sie imputiret, weil voluntas fundamentum ist omnium actionum non necessariorum, und die größte potentia vel facultas, wornach sich alle andere facultates animae richten müssen». Cfr. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. I, § 18.

(21) «...denn voluntas tertii ist nicht voluntas nostra... Factum tertii nobis non imputatur, quia non sumus auctores actionis nec physici, nec morales». Cfr. *Erläuterung...*, cit., §§ 26-27.

(22) «Libertatem autem, ut dubium non sit, quid per eam intelligamus, definimus, modo in scholis dudum recepto, per *affectioem voluntatis, quae haec positus omnibus ad agendum requisitis potest agere vel non agere, aut ex pluribus obiectis unum eligere, caetera respuere*». Cfr. *Dissertatio III, De notione obligationis*, incluida en *Dissertationes iuris naturalis*, Erlangae, 1784, pág. 92.

de la Moral) no pueden vincularse externamente de otra forma que no sea prestando libremente su consentimiento. Por esto, la Filosofía moral de esta época jugó una función decisiva en la configuración del pensamiento jurídico de la Escuela del Derecho natural moderno.

Esta alusión a los fundamentos de la libertad e independencia de los individuos quedaría incompleta si no hiciera una referencia a la pretensión específicamente iusnaturalista de la igualdad entre los hombres. Efectivamente, en su empeño por desmontar la sociedad propia del Antiguo Régimen (23), la Escuela del Derecho natural buscó tanto hacer posible la libertad individual como la igualdad entre los individuos, de modo que el binomio libertad-igualdad fue inseparable; por otra parte, la igualdad se desprende tan inmediatamente de la igual libertad e independencia de cada individuo, fue fundamentada con tanta frecuencia en el hecho de que todos somos iguales, que el tratamiento y fundamentación de una y otra son inseparables. De hecho, esta Escuela, desde sus inicios, partió en sus teorías de los hombres viviendo libres e iguales en el *status naturae*; la igualdad se fundamentaba en el hecho de que todos somos igualmente libres, y la libertad se explicó por el hecho de que, al ser todos iguales, nadie puede pretender tener derechos sobre las personas de los demás. Lógicamente se podrían aducir muchos testimonios sobre este extremo, desde la aparición, en 1560, de las «Controversias ilustres» de Fernando Vázquez de Menchaca; pero mejor que un fárrago de citas, prefiero exponer el testimonio de Ludwig Freiherr von Holberg, que presenta la peculiaridad de que enlaza directamente los temas iusnaturalistas con la Filosofía cartesiana, hecho muy poco frecuente: «Porque la naturaleza humana corresponde por igual a todos los hombres, se sigue que cada cual debe ver a otro hombre como un igual... y todos debemos imprimir en nuestro ánimo lo que decía Descartes: cada uno de nosotros posee, al igual que yo, una voluntad libre, y puede usarla tan bien como yo mismo la usaría» (24).

(23) Una muestra significativa de hasta qué punto las ideas sobre igualdad y libertad se oponían a la estratificación social y políticas existentes, nos la proporciona D. GEORGIUS STRUBE, en su *De origine nobilitatis Germaniae et praecipuis quibusdam eius iuribus*. Lugduni Batavorum, 1718, Sectio I, cap. I, § 1, en donde escribe que «Priusquam humanum genus, deserta libertate naturali, compages illas, quas civitates appellamus, efformavit, distinctio inter nobiles et plebejos procul dubio fuit incognita; quoniam enim in statu naturali homines inter se omnino sunt aequales, in illo nec nobilitas locum invenire potuit, utpote quae quibusdam prae ceteris non leves tribuit praerogativas, et ita aequalitate e diametro est adversa». Se trata de un testimonio especialmente valioso porque Strube, al no ser un iusnaturalista, sino un tratadista de Derecho feudal, nos muestra hasta que punto las ideas relativas a la igualdad entre los hombres, surgidas de la Escuela del Derecho natural, habían penetrado entre los cultivadores de las restantes ramas del Derecho.

(24) «Und weil die menschliche Natur allen Menschen ohne Unterschied zugeeignet wird, so folget daraus, daß ein jeder den andern als einen solchen ansehen muß, der ihm gleich ist... seinem Gemüthe einprägen, was Cartesius sagt: Ein jeder hat eben so wohl, als ich, seinen freyen Willen, und kann denselben eben so gut, als ich gebrauchen». Cfr. *Einleitung in das Natur und Völkerrechts*, Copenhagen und Leipzig, 1748, págs. 110 y 112.

3. *El contenido de la libertad de la «Persona»*

Immanuel Proeleus, a comienzos del siglo XVIII, explicaba que «el fundamento de la justicia reside en esto, en que a uno que ha entendido un asunto y lo ha ponderado racionalmente, se le haga justicia concediéndole lo que él exige o lo que él quiere tener. Pues Dios ha dado a cada hombre la libertad de exigir y de hacer lo que él quiera» (25). La justicia, según Proeleus, queda reducida a libertad y ésta, a su vez, a que cada sujeto haga «was er will», lo que él quiera. Una declaración así puede sorprender al lector, porque el Derecho, o la justicia, forzosamente ha de ocuparse de metas supraindividuales, y dejar reducida la justicia a hacer posible que cada uno haga lo que quiera supone que cada individuo se olvida de los demás, con lo que la justicia, o el Derecho, renuncia a su pretensión de constituir un orden normativo por encima de los intereses o del egoísmo de cada individuo. Sin embargo, estas líneas de Proeleus concuerdan perfectamente con la teoría ética dominante en el siglo XVIII que, además de individualista, era estrictamente egoísta, como se reconoce en el solo título del ensayo sobre *Etica* de 1770 de Federico El Grande de Prusia: *Versuch über die Eigenliebe als Moralprinzip*. Dentro de este contexto de ideas, Proeleus explicaba que «Si nos preguntamos cual es exactamente el *principium* del Derecho natural, es preciso contestar que nuestra conservación. Este principio, explica este autor, no se opone al de la sociabilidad de Pufendorf, sino que más bien constituye el fundamento de él. Pues desde la *conservatio sui* fluye como un corolario particular que la sociedad debe ser conservada, porque ella hace posible nuestra conservación» (26). Este autor propone, una vez más en la época, a la *Philautia* o amor a sí mismo como principio supremo de la *Etica* y del Derecho.

Gundling, en su abundante magisterio iusnaturalista, repitió incansablemente que «dado que todos los hombres han nacido libremente, ellos pueden hacer lo que les agrada» (27). Años más tarde, en su *Ius Naturae et Gentium*, este autor explicaba que el término «placet», transcrito arriba: *possunt facere, quod placet*, expresa el deseo de cada hombre, no limitado por ninguna ley humana (28). Conse-

(25) «Was Gerechtigkeit sey, ist von vielen weitläufig disputirt worden. Der Grund der Gerechtigkeit bestehet eigentlich darinnen, “wenn einem, der die Sache wohl versteht, und vernünftig erwogen hat, das widerfähret, was er verlangen oder haben will”. Denn Got hat einem jeden Menschen die Freyheit gegeben, zu verlangen und zu thun, was er will.» Cfr. *Grund-Sätze des Rechts der Natur*, Leipzig, 1709, cap. II, § 7.

(26) «Wenn nun gefragt wird, was eigentlich vor ein Principium Iuris Naturae zu seyn pflegt, so wird geantwortet, die Conservatio nostri. Es widerspricht dieses Principium dem Puffendorffiano de socialitate nicht, sondern es ist der Grund davon. Denn aus der Conservatione sui, oder da man schuldig sey sich zu erhalten, fließet als ein particulires corollarium, societatem, esse colendam, quoniam facit ad conservationem nostram.» Cfr. *Grund-Sätze...*, cit., cap. III, § 9.

(27) «Omnes enim homines externe liberi nascuntur: possunt facere, quod placet.» Cfr. *Via ad veritatem...*, cit., cap. III, § 15.

(28) «Vocabulum placet desiderium involuit nulla lege humana limitatum.» Cfr. *Ius Naturae et Gentium*, Hallae Magdeburgicae, 1728 (2.^a ed.), cap. III, § XVI.

cuentemente, a todo hombre le es lícito hacer todo lo que él quiera, ya que todos los hombres poseemos razón, y, desde este punto de vista, todos somos iguales (29).

En la mayor parte de los iusnaturalistas se mantuvo esta opinión acerca del contenido y alcance de la libertad: en este sentido, Carolus Ferdinandus Hommel, por ejemplo, al tratar de concordar el Derecho natural moderno con las declaraciones iusnaturalistas que se encuentran en el *Corpus Iuris Civilis*, no duda en mantener que el *principium* del Derecho natural no es otro que la «libertas», es decir, tener libertad para hacer todo aquello que tú quieras (30). Daniel Nettelblatt cuya opinión ya he expuesto, se limita con repetir la vieja idea: «Libertad naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio» (31).

Gundling, aproximándose más al formalismo que reclamaba el Derecho natural otoñal, explicaba que la libertad existe cuando la voluntad, externamente, está libre de toda coacción (32). No añade nada nuevo con esta declaración a lo ya expuesto por la Escuela, pero es interesante ver, como en 1744, ya está acuñado el concepto de libertad típicamente kantiano, que reduce la libertad a la ausencia de coacción externa para el arbitrio personal.

El autor, sin embargo, que llevó más lejos la independencia y autonomía del individuo fue Johann Jacob Schmauss. El parte, desde el inicio de su *Neues Systema*, de considerar al Derecho como una libertad, o una facultad para la libertad, como era usual en la Escuela del Derecho natural; una tarea, sin embargo, que apenas abordaron los iusnaturalistas era la de preguntarse en donde se fundamenta la libertad, y Schmauss precisamente afronta este tema. En efecto, normalmente los integrantes de la Escuela parten, sin más, de la libertad de los individuos, porque «naturalmente» (es decir, en el *status naturae*) el hombre es libre; pero apenas nadie se atrevió a afirmar que la libertad e independencia del arbitrio constituyen la ley propia del hombre, de modo que la legalidad específicamente humana consistiría en, paradójicamente, estar libre de cualquier ley que no fuera el deseo, apetito o arbitrio del sujeto, y esto es lo que hace Schmauss: «Es una gran prerrogativa —escribe este autor— ser uno su propia ley, es decir, vivir en la libertad natural y exclusivamente según su propia voluntad» (33). El hombre se constituye a partir de su arbitrio en su pro-

(29) «Sunt enim homines liberi homines ratione praediti: quam, quia etiam hac parte aequales sunt, sequi omnes fas est.» Cfr. *Ius Naturae...*, cit., cap. III, § XVIII.

(30) «Quare, si illud iuris naturalis esse videtur, quod in omni animalium genere semper observatur, consequens sane est: facere ea quae velis, natura justum esse. Itaque iuris naturae principium, si veteres audias, fuit haud dubia LIBERTAS, sive omnia faciendi, quae velis, potestas.» Cfr. *Propositum de novo sistemate Iuris Naturae et Gentium ex sententia veterum Iurisconsultorum concinnando*, Lipsiae, 1747, pág. 41.

(31) *Systema...*, cit., § 255.

(32) «Libertas ist, wenn der Wille extrinsece oder auswärtig von allem Zwang frey ist.» Cfr. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. I, § 9.

(33) «Es ist eine größere Praerogativ, als exlex seyn, das ist, in seiner natürlichen Freyheit, und bloß nach seinem eigenen Willen zu leben.» Cfr. *Neues Systema des Rechts der Natur*, Göttingen, 1754, cap. IV, § II.

pia ley y no existe, explica este autor, ninguna realidad u orden de cosas que presente para él una normatividad; el hombre posee instintos, y podríamos entender —explica Schmauss— que tales instintos funcionan a modo de leyes para su conducta. Pero, en tal caso, el término «ley» sería usado impropriamente, del mismo modo que Platón y otros llaman ley natural a la disposición de los elementos de la tierra y del cielo, etc.

Por otra parte, prosigue Schmauss, nosotros que vivimos en el estado civil, estamos acostumbrados, porque así nos lo han enseñado desde nuestra infancia, a considerar que una ley presupone un superior que dicta una orden a cuyo tenor los subordinados deben acomodar su conducta. Pero un hombre que vive sólo en su estado natural, según su libertad, no puede considerar tales cosas como leyes, como algo prescrito, aunque vayan reforzadas con penas de muerte: para él estas cosas son algo completamente ajeno y desconocido, de las que no se puede hacer una idea correcta. Ciertamente, siempre se puede considerar que estos instintos nos han sido dados por Dios, y entonces Dios aparece como el Legislador; pero el hombre, rebate Schmauss, no considera a Dios como su legislador, sino más bien como su creador, que le ha dado una cierta naturaleza (34). En consecuencia, el individuo, en lo que hace al fundamento y límites de su libertad, permanece a solas consigo mismo, ya que la libertad surge de él, y es él el que ha de ponerle límites, personalmente, normalmente mediante la aplicación a su conducta el principio de no-contradicción, tal como exponen también otros autores.

La libertad, así pues, según la Escuela del Derecho natural dieciochesca, consiste en que el individuo puede hacer lo que él quiera, de modo que él es la ley de su propia actuación; expresada esta idea en otros términos más sencillos aunque menos precisos, podríamos decir, con Gundling, que la libertad consiste en la ausencia de coacción exterior.

Si el individuo es para sí mismo su ley, sin que exista ningún orden normativo por encima de su arbitrio libre, y si esta libertad del arbitrio es considerada el componente más alto y elevado de la «Persona», ya se adivina cómo entendió la Escuela del Derecho natural la noción del «ius». Aludamos a este tema.

(34) «Die Instintus naturales der Menschen können zwar mit Gesetzen einigermaßen verglichen, auch also genennet werden. Aber wann diss geschicht, so ist es doch allemahl nur improprie zu verstehen, eben als wie Plato und andere die gantze Einrichtung der Elementen, des Himmels, der Erde, usw legem naturalem genennet haben. Ein lex proprie dicta und in dem Verstand, wie ihn alle Juristen nehmen, supponirt einen Regenten und Obern, der den Unterthanen Gesetze und Ordnungen vorschreitt, nach welchen sie leben sollen. Weil wir nun mehrentheils heut zu Tag in statu civili und unter Regenten und Gesetze leben, so ist uns diese Idée von Gesetzen von unserer zarten Kündheit an bekannt. Aber ein Mensch, der nur allein in seinen natürlichen Zustand und Freyheit bleibt, kan sich von einem vorgeschriebenen und mit allerley Drohungen von Leibes —und Todes— Strafen bekräftigten Gesetz, als einer gantz fremden unbekanntem, Sache, kaum eine rechte Idée machen. Wann er auch sine Instinctus als von Gott eingegeben betrachtet, wird er Gott hierin nicht als einer Gesetzgeber, sondern vielmehr als seine Schöpfer der ihm eine solche Natur anerschaffen hat, ansehen.» Cfr. *Neues Systema...*, cit., cap. IV, § II.

4. *La noción del Derecho*

Para la Escuela del Derecho natural moderno, el Derecho, o el *ius*, es ante todo libertad. Pero, ¿qué tipo de libertad? En 1686, David Mevius había denunciado la confusión, frecuente según él entre los juristas, del Derecho natural con la libertad natural, aunque desgraciadamente Mevius no especifica quiénes son los que incurren en esta confusión, ni qué alcance tenía (35). Más explícito fue Thenius que, un siglo más tarde, reprocha a Pufendorf haber confundido el poder físico con la facultad moral legítima, dejando en consecuencia al Derecho reducido a fuerza (36).

Estos testimonios nos ayudan a centrar el objeto de nuestro estudio. Efectivamente, los iusnaturalistas que dirigen esta Escuela no suelen creer en la noción usual del «Derecho natural», es decir, un orden normativo jurídico por encima de los individuos; ellos suelen partir de la libertad del hombre en el estado de naturaleza, y dado que los hombres y su libertad peligran en tal «estado» a causa de la *imbecillitas* humana —cuando no hablan del *bellum omnium contra omnes*— la razón aconseja tomar una serie de medidas para que acabe el peligro; por esto, cuando los conceptos se perfilaron, más tardíamente, algunos iusnaturalistas no dudaron en llamar a los «preceptos» del Derecho natural anterior *Klugheitsregeln*, es decir, normas de prudencia o simples reglas técnicas que, en sí mismas, no comportan o conllevan ninguna obligación (37). En cualquier caso, lo único que la Escuela del Derecho natural conoció y tuvo en cuenta fue la libertad —llamémosla «física», «de facto» o «moral», esto es indiferente— de los individuos; esta libertad fue tanto punto de partida como el término de sus teorías, pues se trató de diseñar colectivamente un ordenamiento jurídico que estuviera fundamentado en la libertad de la «Persona». Sería un error pensar que este planteamiento sólo existió en Hobbes y en sus discípulos; al contrario, constituye el nervio fundamental de esta Escuela y se refleja ejemplarmente en la forma cómo concibieron al Derecho, en general.

Sobre este último tema, Johannes Adam Ickstatt había establecido, muy moderadamente, que el Derecho puede significar tanto la facultad moral o legítima de hacer u omitir que le corresponda a un sujeto, como el conjunto de leyes que versan sobre un mismo objeto (38). Ickstatt, al calificar de «legítima» a la facultad moral bajo la

(35) «Ex quibus et quarto constat multum inter se discrepare naturale ius et libertatem naturalem, quae et Jurisconsulti non raro confundunt.» Cfr. *Nucleus iuris naturalis et Gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1683, *Inspectio III*, § 7.

(36) «Haec est illa confusio potestatis hominis physicae cum facultate morali legitima.» Cfr. *Quaestiones iuris naturae et gentium*, 1766, pág. 17. Thenius cita el § III, cap. 6 del libro I del *De iure naturae et gentium* de Pufendorf como lugar en el que se puede encontrar un ejemplo de la confusión aludida.

(37) Vid. por ejemplo, G. S. MADIHN, *Gedanken von der wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Halle, 1767, § 22.

(38) «Iuris vocabulum in duplici praecipue significato sumitur; aut enim 1) facultatem moralem seu legitiman aliquid agendi, omittendive denotat: aut 2) complexum plu-

que entiende el «ius», abre la puerta a considerar que una facultad sólo puede ser legítima cuando existe una norma superior que la legitima y en tal caso, a este ordenamiento superior a los individuos se le puede llamar «Derecho». Sin embargo, este planteamiento moderado de Ickstatt no es representativo de la mentalidad dominante en el iusnaturalismo moderno. Al contrario, Gundling ya había establecido anteriormente que «el Derecho significa *libertad*, o facultad y potencia activa, que Grocio explica como un atributo de la persona (39). Como podemos observar, en esta descripción de Gundling no se contempla ningún ordenamiento superior que esté por encima de la libertad o potencia del individuo.

No pensemos, sin embargo, que Gundling sólo representa a los seguidores de Hobbes, porque él, ciertamente, es un discípulo del inglés; al contrario, Gundling sólo explicaba en tono conciso y rotundo lo que, a partir de su obra, resultó más claro para la corriente iusnaturalista, a saber, que el término «Derecho» expresa fundamentalmente —son palabras de Schmauss— una libertad o facultad para hacer u omitir (40). Por ello, proseguía este autor, porque por «Derecho» nos solemos referir también a la ley, en su acepción más fundamental y originaria designa una libertad, facultad o habilitación que le es concedida a cada criatura, racional o irracional, sin que ella tenga noción de una ley; se sigue de ello, prosigue Schmauss, que la criatura tiene ante todo la libertad, la facultad o el derecho de servirse de sus fuerzas innatas que posee de acuerdo con la naturaleza (41). Desde aquí se deducen los derechos innatos fundamentales que la naturaleza ha concedido al hombre: «El primero y principal, escribe este autor, que ofrece el fundamento a todos los restantes derechos, es el de vivir de acuerdo con su voluntad libre y sus ganas, tan cómoda, alegremente o tan contento como él pueda» (42).

rium legum circa idem aliquod obiectum versantium, et ad eandem disciplinam pertinentium innuit.» Cfr. *Elementa Iuris Gentium*, Wigeburgi, 1740, L. I, cap. 1, § 2.

(39) «*Ius libertatem*, seu facultatem et potentiam activam significat, Grotius adtributus personae dixit.» Cfr. *Ius Naturae...*, *cit.*, cap. I, § LVIII. El subrayado es de Gundling.

(40) «Unter Wort: Recht, versteht man vornehmlich eine Freyheit oder Befügnüß etwas zu thun oder zu lassen.» Cfr. *Neues Systema...*, *cit.*, cap. I, § III.

(41) «So wohl das lateinische Wort *ius*, las das teusche Wort Recht hat hauptsächlich zweyerley Bedeutung. Es wird nemlich pro attributo personae und pro lege, genommen, wie schon in dem vorhergehenden Capitel zum voraus erinnert worden. Nach seinem allerersten Ursprung bedeutet es eine Freyheit, Befügnüß oder Berechtigung. Diese wird einer jeden vernünftigen und unvernünftigen Creatur mit seiner Natur angebohren, ohne daß ihm etwas von einem Gesetz bekannt ist... Also folgt daraus eine facultas moralis, und ist unstreitig, da die also erschaffene Creatur berechtiget seye, und die Freyheit, Befügnüß, oder das Recht habe, der gedachten angebohrnen Kräften sich zu bedienen, als die ihm eben deswegen von der Natur anerschaffen worden sind.» Cfr. *Neues Systema...*, *cit.*, cap. II, § 1.

(42) «Hier folgen nun der Ordnung nach einander die vornehmsten iura connata und angebohrne von der Natur verliehene Rechte und Freyheiten der Menschen. Das erste und vornehmste, so zum Grund der meisten übrigen dienet, ist das Recht nach seiner Natur, freyen Willen und Wohlgefallen, so bequem, frolich und vergnügt, als er es nur haben kann, zu leben.» Cfr. *Neues Systema...*, *cit.*, cap. II, § 2.

Unos años más tarde, otro de los pilares del Derecho natural tardío, Darjes, escribía algo parecido: No podemos hacer algo si no estamos dotados de una facultad para hacer; tal como nos enseña la experiencia, nosotros obramos libremente y, en consecuencia, es necesario que poseamos una facultad de obrar libremente o, como otros dicen, para actuar según nuestro propio arbitrio. Esta facultad, en la medida en que se refiere a una acción, es llamada «ius» (43). Achenwall, el autor que más influyó en Kant, explicaba a su vez que esta facultad moral a la que llamamos «derecho» no es sino la facultad *física* del hombre en tanto que no se opone a ninguna ley moral; en consecuencia, el Derecho es la potencia física del hombre, ilimitada desde sí misma, y con el solo límite extrínseco de la ley ética; esta potencia o facultad moral, que es idéntica con el término «ius», debe ser entendida *pro affectione personae*, es decir, como una cualidad de la «persona» (44).

Los autores que escriben al final del período iusnaturalista prekantiano no se limitaron con hablar de la libertad en general, sino que perfilaron más este término. En este sentido, Johann August Heinrich Ulrich explicaba que a cada hombre, según su libertad natural, si no ha sido limitada, le corresponde un derecho sobre sí mismo, y sobre todo lo que es suyo, vida, cuerpo, alma, un derecho a existir y a obrar (45). Höpfner, enlazando ya con la Filosofía crítica, escribía que cuando un hombre puede actuar según su gusto, con exclusión de los demás, entonces se puede hablar de «lo suyo». Por ello, el primer derecho del hombre, considerado absolutamente, es decir, en un «estado absoluto», antes de limitar su libertad mediante pactos, es el derecho sobre sí mismo. Todo hombre, escribía Höpfner, está capacitado para disponer sobre las fuerzas de su alma, sobre su cuerpo y todas sus partes y fuerzas físicas según su gusto, y a excluir a los demás de esta disposición. Esta pertenece al hombre, de modo innato. El otro derecho, proseguía este autor, es el de la libertad natural, pues todo hombre es, en este estado, libre, y ser libre no quiere decir otra cosa que poder disponer sobre sí mismo, sobre sus fuerzas y acciones, según su gusto. En consecuencia, no existe ninguna sumisión ni poder político en este estado (46). De esta forma, el hombre, trascendiendo su simple

(43) «Fieri non potest, ut aliquid agamus, nisi facultate idem agendi instructi simus. Quare, cum experientia doceat, nos saepissime libere agere, consequens est, ut etiam facultate libere seu, ut alii dicunt, pro arbitrio proprio agendi, instructi simus. Eiusmodi facultas, quatenus determinatam quandam actionem spectat, vocatur ius (das Recht, die Befugniss).» Cfr. *Institutiones...*, cit., § 9.

(44) «Facultas homini physica, quatenus nulli legi morali adversatur, est facultas moralis et uno verbo IUS (morale) late et subiective sive pro affectione personae sumtum.» Cfr. *Ius Nature in usum auditorium*, Göttingae, 1774, (7.^a ed.), Pars I, § 23.

(45) «Libertate autem illi naturale, nulla sua parte adhuc inminutae, ac circumcisa, respondet ius quoddam cuiuslibet in se ipsum, et omne suum connatum, vitam, corpus, animam, ius ad existendum et operandum.» Cfr. *Initia Philosophiae iusti seu Iuris Naturae*, Ienae, 1783, § 136.

(46) «Vom Seinen. Womit ein Mensch nach Gefallen, mit Ausschliessung anderer, zu verfahren befugt ist, heist das Seine. Es ist entweder ein angebohrnen, oder ein erworbenes Seine...

Das erste Recht des menschen in absoluten Zustande; das Recht des Menschen über

ser físico, se configura como persona, es decir, como una isla irreducible de libertad e independencia que puede excluir a los demás hombres de «lo suyo», y que no reconoce obligaciones frente a los demás, exceptuando, claro está, la de respetar esa misma autonomía e independencia en las personas de los demás.

Por este camino, el Derecho —identificado con la libertad, autonomía e independencia— fue adquiriendo un carácter esencialmente negativo, porque ahora lo que destaca, ante todo, es la exigencia de *abstenerse* de invadir el ámbito de los demás, de respetar esa misma independencia y autonomía en los otros. Schlettwein expresaba esta idea claramente cuando escribía que «ningún hombre tiene el derecho de disponer sobre la persona de otro, lo que quiere decir que todo hombre, en tanto que hombre es, respecto de los demás hombres, independiente o libre» (47). De esta forma, el Derecho natural inmediatamente prekantiano sólo exigió *omisiones*: «Todos los comportamientos de omisión —escribía Höpfner— son justos. Solamente son injustos aquellos comportamientos a través de los cuales alguien es molestado en la disposición sobre su cuerpo, alma o fuerzas» (48). Se trataba, pues, de hacer posible, ante todo, la libertad de la «persona» sin que existiera ninguna regla superior, por encima, del arbitrio libre de cada hombre. Por ello, esta libertad o independencia sólo puede limitarse desde sí misma, desde la exigencia de la igual libertad e independencia para todos. «Esta igualdad de los derechos y deberes del hombre es tan evidente —escribía Schlettwein— que ningún entendimiento sano puede dudar de ella. Porque lo que es derecho para un hombre bajo ciertas relaciones, eso debe ser también derecho para los otros bajo las mismas relaciones, y lo que un hombre está obligado a hacer o soportar en unas ciertas relaciones, a eso mismo están obligados los demás a hacer o a soportar en esas mismas relaciones. Y esta igualdad esencial de los derechos y obligaciones del hombre es la base verdadera e inmovible del comportamiento de un hombre frente a todos los demás» (49).

sich selbst: Nach dem natürlichen Zwangsrecht ist jede Handlung erlaubt, wodurch andere nicht beleidigt werden. Jeder Mensch ist also befugt, über seine Seelenkräfte, seinen Leib dessen Glieder und Kräfte nach Gefallen zuschalten, und jeden andern von jeder Disposition darüber auszuschliessen. Diese Dinge gehören also zum Seinen eines Menschen, und zwar zum angebohrnen.» Cfr. *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gessellschaften und Völker*, Gießen, 1783, (2.^a ed.), §§ 37-38.

(47) «Mithin hat auch kein Mensch ein Recht, über die Person des andern, als Menschen zu disponiren. Das heist: ein jeder Mensch als Mensch betrachtet, ist in Ansehung eines jeden andern Menschen von Natur unabhängig, oder frey.» Cfr. *Die Rechte der Menschheit...*, cit., § 92.

(48) «...alle Unterlassungshandlungen aber gerecht sind. Nämlich nur die Handlungen sind ungerecht, wodurch jemand in der Disposition, über seinen Leib, Seele, Kräfte, gestöhrt wird.» Cfr. *Naturrecht...*, cit., § 44.

(49) «Diese Gleichheit der MenschenRechte und MenschePflichten ist in der Taht so evident, daß ein gesunder MenschenVerstand schlerterdings nicht daran zweifeln kann. Was dem einen Menschen als Menschen in einer gewissen Verhältniß recht ist, das muß auch dem andern in der nämlichen Verhältniß recht seyn, und was der eine Mensche als Mensch in gewissen Verhältnissen zu thun, oder zu leiden schuldig ist, das ist auch der andere in den nämlichen Verhältnissen zu thun, oder zu leisten schuldig.

5. El fundamento de la obligación jurídica

Si el hombre es «persona», es decir, una «esencia libre», como gustaba de decirse en esta época, lógicamente sólo puede quedar obligado jurídicamente, externamente, cuando él acepta la obligación; dicho con otras palabras, es preciso, para que exista una obligación jurídica, que el sujeto la contraiga libremente, prestando su consentimiento. Por este motivo, la figura jurídica a través de la cual los hombres se obligan mediante su consentimiento, el pacto, se erigió en la única forma mediante la cual una persona podría quedar obligada en el Derecho, ya que cualquier otra obligación que no se fundamentara en el consentimiento libremente prestado fue considerada, desde los inicios de la Escuela del Derecho natural, como antijurídica.

Sobre este tema, Johannes Georgius de Kulpis indicaba que en Grocio existen tres fuentes de obligación jurídica: la generación, que explica las relaciones paterno-filiales, el consenso y el delito (50). En realidad, estas fuentes se reducen a dos, la generación y el consenso, ya que Grocio asigna una base contractualista al Derecho penal suponiendo que el delincuente «merece» la pena porque él ha consentido anticipadamente en ella (51). Por este hecho, Gaspar Ziegler explicaba que el esquema de Grocio era el siguiente: *Humana natura-Ius naturale-Obligatio ex consensu-Ius civile* (52), con lo que destacaba lúcidamente, ya a finales del siglo XVII, el nervio fundamental de toda la Escuela del Derecho natural moderno, a saber, que toda la teoría ius-naturalista no era sino un ropaje, bajo el rótulo tranquilizador de «Derecho natural», que estaba al servicio del arbitrio indeterminado de los individuos, de modo que la única fuente del *ius civile* o Derecho positivo era el consenso entre tales individuos. De esta forma, el sujeto, considerado como «persona», se sacudía cualquier peso heredado de la tradición, especialmente el Derecho romano, y creaba autónomamente todo el ordenamiento jurídico.

Diese wesentliche Gleichheit der MenschenRechte und MenschenPflichten ist die wahre unveränderliche Basis des Betrages eines Menschen gegen allen seine Mitmenschen.» Cfr. *Die Rechte der Menschheit...*, cit., §§ 90-91.

(50) «Ius, quod in personas nobis originarie acquiratur, Grotius ex triplici fonte deducit, generatione, consensu, delicto. Ex primo est ius parentum in liberos...» Cfr. *Collegium Grotianum, super iure belli ac pacis*, Stuttgartiae, 1697 (3.^a ed.), *Exercitatio*, IV, § I.

(51) Sobre este tema, Anselm Feuerbach escribía que «Grocio, tanto tiempo olvidado entre el polvo de las bibliotecas, pero que es tan moderno, nos parece que ha encontrado el verdadero fundamento del Derecho penal mucho más correcta y claramente... que muchos de nuestros nuevos y filósofos tratadistas del Derecho. «En este tema —escribía Grocio— estamos próximos a la naturaleza del contrato, porque así como el que vende, aunque no exprese nada peculiar, se obliga a todas aquellas cosas que son naturales en la compraventa, del mismo modo el que comete delito se obliga a la pena por su voluntad, puesto que un crimen grave no puede dejar de ser castigado; sucede lo mismo en el caso del que directamente quiere pecar, que merece la pena porque él quiere.» Cfr. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798, pág. 224.

(52) Cfr. *In Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libros*, Argentorati, 1706, (4.^a ed.), pág. 10.

Esta naturaleza consensualista y voluntarista del Derecho positivo se advierte más claramente que en Grocio, en Pufendorf. En efecto, en sus obras fundamentales, el *De iure naturae et gentium* y en el *De Officio*, Pufendorf, una vez que ha terminado con el tratamiento puramente teórico, filosófico, de las cuestiones más generales, que le ocupan los primeros libros de cada obra, comienza directamente con el estudio de los pactos y contratos, de modo que el *ius civile* comienza, y tiene como única fuente, el pacto (53). De este modo, el tratamiento del Derecho sustantivo gira siempre, y exclusivamente, en torno al pacto. El Pufendorf anciano, que ha prescindido de sus explicaciones farragosas sobre los *entia moralia*, que no aportan nada a su teoría, publica en 1694 un pequeño compendio de su doctrina, especialmente importante a mi juicio para entender e interpretar su obra anterior; en él se pregunta en qué consiste la igualdad entre los hombres, y responde que «la igualdad de libertad consiste en que antes de un hecho, o un pacto entre los hombres, nadie tiene poder sobre otro, sino que él mismo es el moderador de sus propias acciones y fuerzas» (54). Así pues, el pacto es la figura única que hace posible que el hombre salga de su aislamiento y soledad y contraiga derechos y obligaciones con los demás hombres.

Los fundamentos de la Escuela ya habían sido puestos en el siglo XVII, tal como acabamos de observar en estas breves alusiones a Grocio y Pufendorf, y los iusnaturalistas posteriores se precipitaron por el camino abierto en las generaciones anteriores.

A comienzos del siglo XVIII, incluso un autor tan ecléctico y dubitativo como Guglielmus van der Muelen, que intenta la compaginación imposible de la Escolástica española del siglo XVI con el iusnaturalismo moderno, no duda en escribir reiteradamente, y farragosamente, que el consenso es el origen del pueblo, del poder político y del Derecho, el *iuris origo* (55).

Georges Beyer intentó en vano convencer a la Escuela que el pacto, por sí solo, no genera ningún derecho u obligación, sino que precisa necesariamente de una ley anterior que sancione lo pactado (56),

(53) Vid. F. CARPINTERO, *Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho natural moderno*, en «Persona y Derecho», 13, (1985), págs. 82-85.

(54) «Libertatis aequalitas in eo consistit, quod citra antegressum factum, aut pactum humanum nemo potestatis quid in alterum habeat, sed quilibet actionum et virium sit moderator.» Cfr. *Compendium iurisprudentiae naturalis*, Frankfurt, 1694, L. III, cap. III, §.2. Esta idea ya la había expresado, con este tenor, en la *Apologia Samuelis Pufendorfii*, § 30, pág. 50. Incluida en el *Eris scandica. Qua adversus libros de iure naturale et gentium objecta diluuntur*, Frankfurt am Main, 1686.

(55) «Ius civile esse matrem, ex qua obligatio oritur civilis. Observandum enim hominum consensum in mutuam societatem conspirantium, quo voluere summum imperium... et consequenter quemadmodum iste consensus est causa istius imperii, quod fundamentum est, quo societatis civilis fabrica innititur, ita idem ille consensus debet dici eius iuris origo... Lex est quia ita praecepit, praecepit quia summum habet imperium, quia in eum illud communi consensu contulit populus; consensus itaque populi, et imperii, et obligationis civilis, quae ex sanctionibus descendit, causa et origo.» Cfr. *Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libri tres cum commentariis Gulielmi van der Muelen*, Ultrajecti, 1696-1703, pág. 32.

(56) «Et a pacto, quod est consensus plurium, et nonnunquam lex vocatur nempe

ya que el pacto es solamente un hecho humano más, sin valor normativo a menos que intervenga una ley superior a las partes que pactan que establezca que es obligatorio cumplir lo pactado. Pero este tipo de consideraciones se vieron ahogadas y desbordadas por la exigencia de considerar a los individuos como la única fuente del Derecho, al que crean mediante pactos.

En definitiva, fue Hobbes el triunfador dentro de la Escuela del Derecho natural. Quizá fuera más preciso decir que Hobbes fue, simplemente, el autor que explicitó con más claridad las ideas fundamentales de esta Escuela. Los otros iusnaturalistas, por falta de audacia o porque no eran plenamente conscientes de lo que estaban haciendo, no se atrevieron a exponer estas ideas con la radicalidad y rotundidad de Hobbes, pero sustancialmente tampoco se apartan de ellas.

Tenemos, pues, unos individuos libres que pactan, y que con sus pactos crean la sociedad política y el Derecho *ex novo*, sin que exista ninguna ley anterior que coarte su independencia y autonomía. Las únicas restricciones que podían afectar a su libertad habrían de provenir del ámbito de la Moral, y para evitar peligros, Gundling, siguiendo los pasos de Thomasius, se apresuró a declarar que «no existen ideas morales innatas. Por esto, la forma de hablar según la cual “las leyes están escritas en nosotros o en nuestros corazones” no se ha de entender como si existieran en nosotros unas ideas innatas acerca de la ley natural, sino que más bien hemos de decir que nosotros somos capaces de aprender tales ideas desde la razón» (57). Este aprendizaje moral *ex ratione* a que alude Gundling no es otra cosa que el resultado de la aplicación metódica a nuestros actos del principio de no-contradicción, y muy especialmente a los pactos, ya que debe ser tenido como un loco —prosigue Gundling— el que promete algo y no lo cumple, pues no existe nada más demencial que contradecirse, porque la contradicción pertenece *ad dementiam et furorem* (58). Estamos, pues, ante una razón que se da a sí misma sus propias leyes y que ha prescindido de la conciencia moral; en la pugna entre conciencia y razón, acabó prevaleciendo esta última ya en el primer tercio del siglo XVIII.

En consecuencia, el pacto se impuso como la única fuente del Derecho y de la justicia. Gribner, en 1724, había mantenido que el único criterio para hablar de tiranía era la violación de las leyes fundamen-

ratione effectus, quod non minus inde prodeat obligatio, quam immediate ex lege.» Cfr. *Delineatio iuris divini, naturalis et positivi universalis, ad fundamenta sua revocati*, Lipsiae, 1726, cap. V, § 14.

(57) «Non dantur ideas innatas in Moralibus. Daher ist die RedensArt, quod leges nobis vel cordibus nostris inscriptae sint, nicht so zu verstehen, als ob wie ideas innatas de lege naturali hätten, sondern da wir capable sind, dieselben ex ratione zu erlernen.» Cfr. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 4, § 12.

(58) «Alle die vor honette Leute passiren wollen, müssen ihre Promisse und pacta halten, sonst werden auch ihre promise und pacta ebenfalls nicht halten, und sie werden Zeit Lebens unglücklich seyn, und incommode leben müssen. So ist auch derjenige ein Narre, der pacta macht, und hält sie nicht. Denn es ist nichts nährischer, als wenn sich einer contradiciret; ja sich contradiciren gehöret ad dementiam et furorem.» Cfr. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 9, § 3.

tales por parte del gobernante, ya que, al violarlas, tal gobernante procedía contra el pacto que él había concluido con la república (59). De esta forma, la injusticia, igual que sucedía en Hobbes, queda reducida a la violación de lo pactado. Henricus Köhler, más explícito sobre este tema que otros autores anteriores, escribía que «las leyes civiles se originan del imperio civil sumo y, consecuentemente, del pacto entre los gobernantes y los ciudadanos sometidos. Por lo que, junto con Grocio, decimos rectamente que los pactos constituyen la fuente de la que se originan todas las obligaciones civiles» (60).

Pero los pactos no constituyen solamente la fuente y medida del Derecho «civil», sino que tal como Köhler había explicado anteriormente, las obligaciones «perfectas», esto es, coactivas, sólo pueden provenir de un pacto, de modo que todos aquellos actos que son conformes con un pacto justo, concuerdan con el Derecho natural y, consecuentemente, son justos. Por el contrario, los actos de los paciscentes que son contrarios al contenido del pacto violan el *suum cuique* y, por ello, son contrarios al Derecho natural, por lo que son injustos; y es que en la sociedad, sólo puede ser considerado como justo aquello que los socios han convenido entre sí (61). En definitiva, lo que afirma Köhler más o menos edulcoradamente es que, en la sociedad, el único Derecho posible es aquel que procede del pacto, y que tales pactos constituyen, según su contenido, los criterios de la justicia y de la injusticia. El Derecho natural aparece aquí como algo posterior al pacto: la acción que se adecua a lo pactado es conforme con el Derecho natural y, por tanto, es justa. Por ello, la apelación al Derecho natural no pasa de ser mera retórica a menos, claro está, que se entienda que todo lo pactado es conforme a este Derecho, porque las obligaciones que se originan del pacto han sido constituidas libremente por los individuos; en este último caso, el «Derecho natural» expresaría sólo la exigencia de considerar a cada individuo como un ser autónomo e independiente que únicamente queda obligado legítimamente cuando él ha prestado su consentimiento.

De esta forma, la única categoría jurídica que explica suficientemente las obligaciones es el pacto; a los autores tardíos del Derecho natural se les planteó el problema de justificar prácticamente aquellas

(59) «Si Rex in limitato imperio leges fundamentales violet, conditiones, sub quibus imperium accepit, negliget, quicquid ab eo contra pactum cum republica initum suscipitur, nullum est, cives, non obligat, iniustum est.» Cfr. *Principiorum iuris...*, cit., L. I, cap. VIII, § 4.

(60) «Leges civiles oriuntur ex imperio civili summo, et consequenter ex pacto inter imperantes et cives subiectos. Unde cum Grotio pacta eiusmodi recte dicimus fontem, a quo iura civilia fluxerunt.» Cfr. *Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII*, Francofurti ad Moenum, 1738, § 736.

(61) «Si dantur societates, quae nullo pacto nituntur, illae non sunt obligatorie in foro externo... sed omnia dependere debere a cuiuslibet membri arbitrio... Obligationes igitur perfectae, et iura sociorum, qua talium, non nisi pactitia sunt... Omnia ea, quae pacto iusto conformia sunt, etiam iure naturali congruunt et consequenter iusta sunt... Actiones paciscentium, quae pacto repugnant, violant to suum cuique, et consequenter iuri naturali externo repugnant, adeoque etiam injustae sunt... In societate iustum est, de quo inter socios conventum est.» Cfr. *Iuris socialis...*, cit., §§ 44-61.

obligaciones que, como las paterno-filiales, quedaban al margen del pacto. Gundling, al considerar improcedente reconducirlas a un pacto, puesto que los hijos no han prestado su consentimiento a la potestad paterna, negó que el imperio paterno constituyera un verdadero «imperium» (62), y con esta solución creyó eliminar el problema. Köhler, sin dar explicaciones, mantuvo simplemente que todas las relaciones familiares provienen de un pacto (63).

Para la posteridad, una vez que se desdibujó o se diluyó la idea del incómodo *ius naturale* superior a la voluntad de los individuos, quedó la exigencia de la prestación libre de la propia voluntad para que pudiera existir una obligación legítima. En este sentido, un autor tan influyente y moderado como es Johann Stephan Pütter, escribía que «ningún hombre está capacitado para imponer obligaciones a otro; al contrario, todas las obligaciones que dependan de la voluntad humana han de tener su fundamento último en contratos». Las únicas obligaciones que no dependen de la voluntad humana, según Pütter, son las paterno-filiales, y las de los vencedores-vencidos en guerra (64).

A tenor de lo expuesto, aunque me he limitado a ir mostrando botones de muestra, parece claro que la única regla sustantiva del *ius naturale* o *Naturrecht* fue la exigencia de considerar al hombre como un ser autónomo, libre e independiente, que no puede ser forzado a realizar aquello o lo que él no ha prestado su consentimiento. La idea usual del Derecho natural como un ordenamiento normativo superior a la voluntad de los individuos no tiene nada que ver con lo que la Escuela del Derecho natural moderno entendió por «Derecho natural»; al contrario, esta Escuela utilizó la expresión «Derecho natural» para hacer posible y consagrar la autonomía del individuo, que sólo queda obligado, de esta forma, por aquello en lo que él ha prestado su consentimiento. Obviamente, la expresión «Derecho natural», o Escuela del Derecho natural cumple una función confundente, porque al referirnos a ella bajo este rótulo, se tiende a pensar en una realidad que nada tiene que ver con lo que históricamente fue y representó.

Los iusnaturalistas modernos, por tanto, no fueron precisamente los defensores de un Derecho natural al estilo, por ejemplo, del que mantiene la tradición cristiana anterior a ellos. Por esto, Michael Hein-

(62) «Imperium paternum non est proprie imperium; quia, cum ad naturam aetatem perveniunt liberi, et beneficia cessans, non amplius apparet. Si quid amplius in eo sit hodie, id ex iure civili venisse credas.» Cfr. *Ius Naturae...*, cit., cap. III, § XLIX.

(63) Cfr. *Iuris socialis...*, cit., §§ 185, 191. Mantiene que la esclavitud se fundamenta en un pacto en el 311. En el § 411 escribe que «Societas domestica obligatoria non nisi ex pacto sociorum descendit, et obligationes atque iura sociorum illius, qua talium, non nisi pactitia sunt», y en el § 443: «Si ius naturale spectaveris, ius familiare... non nisi ex pacto eorum repetendum est».

(64) «Wenn man diejenigen Gerechtsamen ausnimmt, welche selbst nach dem Rechte der Natur theils Eltern über ihre Kinder, theils Ueberwinder über Gefangene behaupten können; so ist übrigens kein Mensch berechtigt dem andern Gesetze vorzuschreiben; sondern alle Verbindlichkeiten, die vom menschliche Willen abhängen, müssen eigentlich in Verträgen ihren letzten Grund haben.» Cfr. *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie nebst etlichen Zugaben*, Göttingen, 1767, § 23.

rich Gribner, desde un contexto vital e histórico mucho más preciso que el nuestro, no dudaba en afirmar que Pufendorf es un seguidor de Hobbes (65), y Anselmo Desing, el católico más conocido que se opuso a la Escuela del Derecho natural, denunciaba, en 1753, que en Pufendorf y su escuela no existe, en realidad, nada que se parezca al Derecho natural, sino tan sólo Derecho positivo, *ius civile*, creado mediante pactos (66).

De esta forma, en lugar de un conjunto de normas intemporales, extraídas de la naturaleza del hombre, quedó únicamente la «Persona», el individuo que autonómicamente crea la Moral y el Derecho, que no reconoce ninguna limitación a su libertad que no provenga de él mismo, de lo que él ha pactado o de la estructura de su razón, condicionada por el principio de no-contradicción. El concepto de «Person», recibió su fundamentación y sus primeros desarrollos imprescindibles en el Derecho natural anterior a Kant, pero fue solamente en la Escuela Kantiana donde recibió una elaboración precisa por primera vez en la Historia. Pasemos a estudiarlo.

III. LA “LA PERSONA” COMO INDEPENDENCIA Y AUTONOMIA EN LA ESCUELA DE KANT

La Escuela del Derecho natural anterior a Kant partió siempre, y tuvo, al mismo tiempo, como meta, al individuo aislado, independiente y autónomo. Se trataba, en un primer momento, de hacer legítima, de recibo, esta consideración del hombre para pasar, en un segundo momento, a mantener que al individuo así caracterizado le repugnaba cualquier heteronomía. Por este motivo, la *ius naturalis disciplina* convirtió a la *ius naturalis scientia* en el expediente para explicar como cada individuo puede y debe ser libre y autónomo; la piedra filosofal de la que se sirvió la Escuela en este empeño fue el recurso a los pactos, tal como hemos visto, de modo que todo el ordenamiento jurídico fuera creado mediante pactos de las voluntades libres.

Aunque la intención era clara, los resultados, sin embargo, distaban de ser satisfactorios. En efecto, no estaba suficientemente explicada o fundamentada la libertad del individuo, y, por ello, era preciso proceder a construir una doctrina que explicara contundentemente que el juego de la razón del hombre no puede ser sino el juego de su libertad y de aquellas reglas que, surgidas desde la libertad, tienden a fomentarla personal y socialmente; ésta era la empresa reservada a los kantianos. Además, era necesario también depurar la teoría iusnaturalista de muchos añadidos incoherentes, fundamentalmente de los fundamentos teonómicos y eudemonistas que aún recibía en bastantes autores de la segunda mitad del siglo XVIII. Por ello, la consecución, en la Filosofía del Derecho, del concepto de «Persona», que representa al individuo que es la encarnación viviente de la libertad, perfecta-

(65) Cfr. *Principiorum iuris...*, cit., Prolegomena, cap. IV, § 6.

(66) Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, Monachii, 1753, cap. XIV, Thema IV, § 8.

mente autónomo en la Moral y en el Derecho, fue un logro kantiano. Veamos los hitos fundamentales de la construcción de esta teoría.

1. *Libertad o necesidad*

Escribía Johan Christian Gottlieb Schaumann en 1792, que todo objeto que se presenta ante nosotros como determinable, determinado o determinante pertenece necesariamente bien al mundo de la naturaleza física, bien al de la libertad; si tal objeto pertenece al mundo de lo natural, se llama «físico» (*physich*) y, si por el contrario, permanece en la esfera de la libertad, entonces debe ser entendida como «moral» (*moralisch*). Porque la libertad es un modo de causalidad independiente de la naturaleza, que comprende bajo sí lo que no es determinado naturalmente, es decir, causalmente (67). Esta es la primera declaración que encontramos, en un tratado de Derecho natural, en la que se delimitan excluyentemente dos mundos: el de la causalidad-necesidad, que es el ámbito de los kantianos llamaron *Natur*, es decir, el mundo físico, externo al hombre, y el mundo propio del hombre, que no puede consistir sino en libertad. Se trató de una contraposición dialéctica, a saber: necesidad en el ámbito natural y, por oposición, libertad como única concepción posible de la actividad racional-humana.

Esta fue la concepción del mundo y del hombre que traspasa toda la Escuela kantiana, desde sus orígenes hasta su fin, treinta años más tarde; uno de los últimos seguidores de Kant, Conrad Johan Alexander Baumbach explicaba, en 1823, que la tesis expuesta es cierta porque la Etica no tiene como objeto, al contrario que la Física, la necesidad causal, sino sólo la libertad, de modo que sin libertad ningún derecho es concebible, por lo que la Etica, y todo el Derecho natural, tienen el mismo objeto, la libertad (68). Esta forma de ver las cosas se impuso dominadoramente durante cierto tiempo, y hasta los adversarios de la Filosofía crítica, o kantiana, como es el caso del Fichte maduro, participaban de ella (69).

No existía, pues, un término medio. «El conjunto de condiciones

(67) «Alles, was von uns als ein bestimmbares, bestimmtes oder zu bestimmendes Object vorgestellt wird, gehört entweder zum Gebiet des Begriffes Natur, oder zum Gebiet des Begriffes Freyheit. Was, als zu jenem gehörend, gedacht wird, heisst physich; was unter dem Freyheitsbegriffe steht, moralisch. Natur ist der Inbegriff aller Gegenstände des (äussern und innern) Sinnes (Sinnenwelt). Freyheit ist eine von der Natur unabhängige Causalität, und begreift also das unter sich, was nicht durch Natur bestimmt wird (die freyen Entschliessungen moralischer Wesen-moralische Welt). Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht*, Halle, 1792, § 106.

(68) «...denn die Ethik hat nicht, wie die Physik, das Natur-Nothwendige zu ihrem Gegenstande, sondern allein das Gebiet der *Freiheit im Leben*... und ist daher ohne Freiheit kein Recht gedenkbar, so haben offenbar die *Ethik* und das *Naturrecht* ganz denselben Gegenstand.» Cfr. *Einleitung in das Naturrecht als eine volksthümliche Rechtsphilosophie, besonders für Deutschlands bürgerliches Recht. Nebst einem Grundriss dieser Wissenschaft*, Leipzig, 1823, § 6.

(69) Vid. J. GOTTLIEB FICHTE, *Die Staatslehre, oder über das Verhältniß des Urstaates zum Vernunftreiche* (Vorträgen gehalten im Sommer 1813), Berlín, 1920, págs. 20-21.

bajo las que un hombre se encuentra constituyen su estado: éste es determinado por la naturaleza, o por la libertad, es decir, por su arbitrio» (70). La Naturaleza es una fuerza ciega, que se nos impone sin nuestro asentimiento, por lo que, hablando con propiedad, no podemos decir que de ellas se deriven «normas», pues las fuerzas naturales producen en nosotros un «tener que hacer», un *müssen*, es decir, una necesidad natural ante la que tenemos que doblegarnos, explicaba Jakob Fries; al *müssen* se contrapone el *sollen*, es decir, la obligación específicamente humana, que brota de la libertad. Las leyes del *müssen* son leyes necesarias de la naturaleza mientras que, por el contrario, las leyes del *sollen* son las normas necesarias para la libertad de un ser racional (71).

El avance de la ciencia físico-causal, en la segunda mitad del siglo XVIII, había sido muy fuerte, y Kant y sus seguidores quisieron buscar una esfera racional-humana sustraída al acontecer necesario de la Naturaleza física. El problema radicaba en que las cosas, en tanto que fenómenos espacio-temporales, están determinadas causalmente sin ninguna excepción y, en consecuencia, pensaron que desde ellas no se puede extraer una regulación del comportamiento humano; en efecto, si han de existir comportamientos imputables, libres, y no simplemente necesarios, es preciso suponer la libertad, que no puede subsistir bajo la determinación causal; dada esta incompatibilidad entre mundo físico-causal y libertad, fue preciso suponer que la esfera de la libertad estaba fuera, por así decir, del mundo de los fenómenos, y que, en consecuencia, debía ser pensada desde sí misma. Por ello, la Filosofía práctica determinó, en un primer momento, la naturaleza de la libertad de una forma fundamentalmente negativa: es lo que no está sujeto a la Naturaleza (72).

(70) «Der Inbegriff der Bestimmungen, welche einem Menschen zukommen, heißt sein Stand. Diesser ist entweder durch die Natur oder die Freyheit (d.i. Willkühr) bestimmt.» Cfr. L. HEINRICH JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle, 1795, § 185.

(71) «Jeder Person kommt ein absoluter Werth als Würde zu, sie existirt als Zweck zu, sie existirt als Zweck schlethin und ihre Würde gibt jeder Person den gleichen absoluten Werthe mit jeder andern. Dieses Gesetz wird das Sittengesetz genannt... Die Vernunft jedes Einzelnen gibt sich hin selbst das Gesetz, sie ist autonomisch, bestimmt aber zugleich ihren Willen in der Idee als einen allgemein gesetzgebenden Willen. Jede einzelne Person ist also einmal Subjekt des Gesetzes, indem sie sich selbst dem Gesetze unterwirft, dann aber auch Objekt derselben, indem ihr durch dasselbe der gleiche persönliche Werth mit jeder andern Person zugeschrieben wird. Jeder Person steht also hier unter ihrem eigenen Gesetze, indem sie es sich selbst gibt, zugleich aber unter dem Gesetze jeder andern Person, mit der sie in Gemeinschaft kommt, indem sie sich selbst dem Gesetze ihrer gleichen Würde unterwirft.» Cfr. *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena, 1803, pág. 5.

(72) Vid. H. G. DEGGAU, *Die Aporien der Rechtslehre Kants*, Stuttgart-Bad Cannstadt, 1983, pág. 18.

2. La identificación de la moralidad con la libertad

En un segundo momento, Kant y sus discípulos no solamente concibieron al mundo humano como constituido por la libertad, es decir, por aquella dimensión del hombre que no está sometida al acontecer causal, sino que entendieron que todo lo que se refiere a la libertad constituye exclusivamente la materia de la Moral y, al revés, la Moral sólo puede tener como objeto suyo y campo de sus operaciones el hacer posible, regulándola, la libertad humana. Se trató de un fenómeno doble porque, por un lado, todo lo referente a la libertad fue considerado como el cuerpo u objeto de la Moral y, por otro, la Moral sólo puede versar sobre la actividad libre del hombre. Por esto no puede extrañar que se llegara a una auténtica confusión entre libertad y moralidad porque, como indicaba Ludwig Heinrich Jakob, «Todo aquello que está relacionado con la libertad se llama práctico, ético o moral en el sentido más corriente de esta palabra, y los hombres son llamados, por esto, “esencias morales” (73). De esta forma, el hombre es caracterizado, ante todo, como una “esencia libre”, y esta libertad fue contemplada como el componente esencial y último de la Humanidad, de modo que decir “racional” era sinónimo de decir “libre”. Por ello, Johann Gottlieb Fichte, que en sus primeros escritos es un epígono más de Kant, escribía con toda naturalidad: “Yo me sitúo como racional, es decir, como libre, de modo que en este momento está en mí la representación de la libertad...” (74).

Wilhelm Traugott Krug, uno de los kantianos más influyentes y conocidos, explicaba esta misma idea con más precisión. «El concepto del Derecho no debe ser considerado como práctico simplemente en un sentido amplio, sino también en un sentido estricto, y por ello es un concepto moral. “Práctico”, en sentido estricto, se llama a aquello que se refiere a los fines de una esencia racional, en la medida en que tales fines sean realizados a través de la libertad, o según las leyes de la libertad. Porque todo lo que se refiere a la libertad se llama moral, y, así, por ejemplo, “Filosofía práctica” es lo mismo que Filosofía moral» (75). Desde estos presupuestos, a Daniel Christoph Reidenitz le resultaba evidente que «La leyes de la razón se deducen desde el concepto de la libertad; no son más que las reglas necesarias para el uso de la libertad» (76).

(73) «Was mit der Freyheit verknüpft ist, heißt praktisch, moralisch in weitläufigen Sinne, und freye Wesen werden daher auch moralische Wesen genannt.» Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., § 14.

(74) «Ich setze mich als vernünftig, d.h. als frei. Es ist in mir bei diesem Geschäft die Vorstellung der Freiheit.» Cfr. *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, Jena und Leipzig, 1796, § 2.

(75) «Der Rechtsbegriff ist nicht bloss praktisch im weitern, sondern auch im engern Sinne; mithin ein moralischer Begriff.

Praktisch im engern Sinne heisst das, was sich auf die Zwecke eines vernünftigen Wesen bezieht, wiefern sie durch Freyheit oder nach Freyheitsgesetzen realisirt werde. Alles aber, was sich auf die Freyheit bezieht, heisst *moralisch*-z. B. praktische Philosophie = Moralphilosophie.» Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*, Jena, 1800, § 13.

(76) «Die Gesetze der Vernunft leiten aus den Begriff der Freiheit. Sie sind

Así pues, actividad racional o humana es lo mismo que actividad libre, por lo que el hombre fue entendido, ante todo, como una *freyes Wesen*, una esencia libre. La concepción del hombre como «persona», es decir, como un ser que afirma su independencia y autonomía hasta el punto de que todo el ordenamiento moral y jurídico ha de depender del propio sujeto, sin más limitaciones que la legalidad que le impone su propia razón, recibe su espaldarazo y su consideración más extrema y depurada en la Filosofía kantiana. La oposición, o complementación, que las Filosofías anteriores establecieron entre razón y voluntad, ha desaparecido ahora; razón y voluntad o libertad se han confundido en beneficio de esta última, y el único reducto propio que se le concede a la razón es el de regular la libertad empírica de los hombres atendiendo al principio de generalización y no-contradicción. Carl Cristian Schmid expresaba con precisión esta exigencia cuando escribía que «La ley moral prohíbe aquel uso de la libertad que, pensando en general, se destruiría a sí mismo. La ley moral ordena el uso de la libertad que, cuando es generalizado, no sólo no se destruye a sí mismo, sino que la libertad aumenta con él» (77). Como podemos ver, libertad era sinónimo de moralidad en la Escuela de Kant y, por ello, Tiefrunk explica que el fin de la legislación (moral o jurídica) tiene que residir en sí misma, es decir, en la libertad (78). En consecuencia, la razón y la Moral, al mismo tiempo que parten de la libertad del individuo, no pueden tener otro fin que hacer posible esta libertad individual mediante la regulación adecuada que el sujeto, o su razón, hace de la libertad. Esta afirmación es aún excesivamente general, incluso simplista, y es preciso proceder a perfilarla más; para ello, veamos qué entendió la Filosofía kantiana por «libertad».

3. ¿Qué es libertad?

He aludido anteriormente a la rigurosa separación kantiana entre el mundo físico-causal, movido por leyes necesarias, en donde no hay libertad, y el mundo humano, que fue caracterizado ante todo como el ámbito de la no-necesariedad, es decir, de la libertad. He aludido también a que fue tan fuerte la acentuación de la libertad humana, que el ámbito de lo humano, es decir, la materia y el objeto de la razón y de la moralidad fue entendido exclusivamente como constituido por libertad; por este motivo, la finalidad de la actividad racional y la de Moral no pudo ser otra que el perfeccionamiento de la libertad del

nothwendige Regeln für den Gebrauch der Freiheit.» Cfr. *Naturrecht*, Königsberg, 1803, §16.

(77) «Das Sittengesetz untersagt scheinlich einen jeden Gebrauch der Freyheit, welcher sich, als allgemeinen gedacht, selbst zerstören würde. Das Sittengesetz gebietet einen solchen Gebrauch der Freyheit, welcher als allgemeine gedacht sich nicht nur nicht selbst, sondern selbst befördert.» Cfr. *Grundriss des Naturrechts für Vorlesungen*, Iena und Leipzig, 1795, § 7.

(78) «Der Zweck der Gesetzgebung kann daher nur in ihr selbst, d.i. in der Freiheit liegen.» Cfr. *Ueber Recht und Staat*, Zerbst, 1796, pág. 15.

hombre mediante la explicación teórico-filosófica de la naturaleza de tal libertad y la determinación, en consecuencia, de la legalidad ínsita en esta misma libertad. Pero he de advertir que, dado el carácter casi mesiánico de apóstoles de la libertad que los kantianos se arrogaron, el esfuerzo colectivo de esta Filosofía estuvo orientado no tanto a señalar los límites de la libertad individual como a pregonarla, estableciendo las condiciones especulativas y abstractas que la hacían posible.

Sin embargo, es preciso proceder a hacer algunas aclaraciones antes de proseguir explicando el avance histórico del individuo libre e independiente como centro y final de toda Filosofía jurídica. En efecto, la tarea más inmediata ahora es la de explicar que entendió la Filosofía kantiana por «libertad». Es conveniente proceder a esta digresión por varios motivos; en primer lugar, porque algunos estudiosos de Kant aluden a una, de hecho, misteriosa «libertad trascendental» a la que el mismo Kant se refiere en algunas ocasiones; este concepto, debidamente manipulado, es decir, no explicado, puede aparecer como corrector de la libertad individual. Por esto considero preciso esclarecer, a tenor de las fuentes, en qué consiste la libertad «trascendental» kantiana. Y en segundo lugar, es útil estudiar lo que los kantianos entendieron bajo el término «libertad» porque el análisis del contenido de este concepto, según los kantianos, nos ayudará a comprender más a fondo la naturaleza individualista de la «libertad» en que consiste el mundo humano.

Un punto de partida para emprender esta explicación puede ser la pretensión que expresa una contundente declaración de Tiefrunk, a tenor de la cual un concepto es práctico, esto es, moral, referido a la libertad, si la existencia de aquello que es expresado en él depende de él, si él es la causa de la realidad o de la existencia de lo que en él es pensado (79). Tiefrunk apunta, con esta idea de cierto sabor idealista, a lo que constituye el postulado central de la Filosofía moral kantiana, a saber, que el individuo constituya en el mundo moral, la causa única de sus acciones; esto, expuesto así, es demasiado impreciso y es necesario, por ello, explicarlo con más detenimiento.

En efecto, Theodor Schmalz indicaba que la libertad no es otra cosa que la facultad de obrar con independencia de todo lo que es externo a nosotros, es decir, del mundo físico y de sus determinaciones causales, de modo que nosotros mismos seamos la primera causa operativa de nuestras acciones (80). La contraposición radical entre mundo físico y mundo moral exigía que todo lo concerniente a este último ámbito, a la libertad, se viera incondicionalmente libre de cualquier afección o contaminación que pudiera provenir de la necesidad física,

(79) «Ein Begriff ist praktisch, wenn das Daseyn seines Objekts von ihm abhängt, wenn er die Ursache der Wirklichkeit dessen ist, was in ihm gedacht wird.» Cfr. *Ueber Recht...*, cit., § 3.

(80) «Denn was verstehen wir anders unter Freyheit, als das Vermögen unagängig von allem außer uns, die erste wirkende Ursache unseren Handlungen selbst zu seyn.» Cfr. *Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers. Ein Commentar über das reine Natur- und natürliche Staatsrecht*, Königsberg, 1798, pág. 2.

y el camino que encontró la Escuela kantiana fue el de exigir, en un primer momento, que la causa única de la decisión que toma cada individuo, a propósito de no importa qué problema, provenga exclusivamente de la radicalmente libre voluntad de ese individuo, de modo que él no se vea condicionado por las incitaciones que provienen del «mundo externo», es decir, de lo que está dominado por la necesidad. En este sentido Jakob explicaba que «una esencia se llama libre (en sentido moral) en la medida en que tiene una voluntad libre, y la libertad de la voluntad es la capacidad de elegir independientemente de las incitaciones externas, la capacidad de ser uno mismo el fundamento determinante de sus acciones, de modo que él elija entre las diversas representaciones. La libertad es, en consecuencia, una forma peculiar de causalidad, concretamente, aquella forma de causalidad que hace que no dependamos de nadie» (81).

Como podemos observar, la libertad kantiana, que sigue los carriles de la Escuela del Derecho natural moderno, se presenta ante todo con un sesgo negativo, porque lo que la constituye en un primer momento es la negación de cualquier relación o dependencia con el mundo externo a la libertad del sujeto; de esta forma, la libertad no crea tanto un camino a seguir como más bien una serie de exclusiones que, en el plano jurídico, se concretan, ante todo, en la exclusión de la dependencia de la voluntad de otra persona ajena al sujeto mismo que decide. En una primera aproximación, podemos decir que es «libre» aquel individuo que es perfectamente independiente frente a lo que no es él.

Pero ser independiente frente a los demás no se limita, en la corriente kantiana, al simple no depender de facto de otra persona; efectivamente, las exigencias de la libertad se dilatan mucho más ampliamente, y lo que estos autores requieren, como condición necesaria a su noción de libertad jurídica, es la autonomía del sujeto, la *Selbstbestimmung*, es decir, la capacidad de darse el sujeto a sí mismo las normas que pueden ser obligatorias. Por ello, Schaumann, cuatro años antes de que apareciera la *Rechtslehre* de Kant, escribía que es libre una acción cuando la primera causa de ella se encuentra en la autodeterminación (*Selbstbestimmung*) del sujeto (82) y, en este mismo año, Johann Heinrich Abicht proporcionaba una explicación mucho más elaborada: «La voluntad humana, o una persona, solamente puede obligarse a través de sí misma... obligación es el forzamiento de la voluntad a un determinado comportamiento a través de un determinado tipo de motivos... Dado que se trata de personas, y la fuerza de su voluntad en todos sus comportamientos está vinculada exclusivamente a

(81) «Ein Wesen heißt aber frey (in moralischen Sinne) in wie fern es einen freyen Willen hat, und die Freyheit des Willens ist das Vermögen sich unaghängig von allen äussern Antrieben, die Bestimmungsgründe seiner Handlungen, unter den verschiedenen Vorstellungen selbst zu wählen. Die Freyheit ist also einen eigenthümliche Art von Ursache, nemlich eine solche, die von keiner andern abhängt.» Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., § 13.

(82) «...frey heisst eine Handlung; deren erste Ursache in der Selbstbestimmung des Subjekts liegt.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 118.

sus propias leyes o a sus fines o bienes personales, lo representado en estas leyes y los fines personales traídos a la conciencia, constituyen exclusivamente los motivos suficientes del forzamiento de la voluntad. No nos referimos a aquellos fines y bienes que comienzan y acaban fuera de la propia persona; en consecuencia, la voluntad humana solamente puede obligarse a través de sí misma. Es iluminador que este carácter de la Humanidad, el de la autonomía, sea una misma cosa con su carácter de libertad» (83). Dicho más resumidamente, una «persona» en el sentido iusnaturalista-kantiano de esta palabra, solamente puede resultar obligada a alcanzar aquellos fines que él personalmente se proponga, con absoluta exclusión de todo aquello que no sea estrictamente personal. Este último rasgo lo destaca Kohlschütter cuando escribe que «la razón pura práctica es la facultad de una esencia de darse leyes para su comportamiento independientemente de todo aquello que existe fuera de ella» (84).

Eran, pues, unas exigencias que constituían a cada individuo en el centro y pináculo de la vida moral. Es bien sabido que la Etica kantiana exige, entre otras cosas, que cada sujeto «reconozca» o acepte personalmente como obligatoria aquella conducta que se le presente como obligatoria moralmente, ya que si no es así, esto es, si falta el convencimiento personal de la necesidad moral de la acción que se realiza, existirá únicamente un comportamiento externo que carecerá en absoluto de valor moral para el sujeto que lo realiza; sin entrar ahora a discutir la licitud o los límites de esta exigencia kantiana, lo cierto es que Kant, al filo de estas consideraciones, sólo conoció un único fundamento de cualquier obligación posible, la auto-obligación que se produce cuando un individuo se plantea personalmente una conducta como obligatoria siguiendo una cierta regla, el imperativo categórico o principio de no-contradicción. Planteadas así las cosas, el peso de cualquier obligación recae sobre cada sujeto, que se constituye, de esta forma, en el centro de la vida moral, de modo que toda obligación ha de ser necesariamente una *Selbstverpflichtung*, una obligación que cada sujeto crea por sí mismo y para sí mismo siguiendo la regla de la no-contradicción. Entonces el sujeto es una «persona», porque es per-

(83) «Der menschliche Wille, oder eine Persohn kan sich nur sich selbst verpflichtet, und sie soll auch nur durch sich selbst verpflichtet werden... Verpflichtung ist die Nöthigung des Willens zum bestimmten Handeln durch eine gewisse Art bewuster Gründe... Nun ist aber eine Persohn und ihre Willenskraft in allen ihrem Handeln blos an ihre eignen Geseze, oder ihre persönlichen Güter und Zwecke gebunden; diese in ihren Gesezen vorgestellten und zum Bewustsein gebrauchten eignen persönlichen Zwecke sind ausschliessend die bewusten Nöthigungsgründe ihres Willens: nicht aber vorgestellte Zwecke und Güter, die und in so fern sie sich der menschliche Wille nur durch sich selbst verpflichten... Es ist einleuchtend, daß dieser Character der Menschheit nämlich, daß keiner Persohn keine Pflichten von einer andern Persohn vorgeschrieben und aufgegeben werden können.» Cfr. *Neues System aus der Menschheit entwickelten Naturrecht*, Bayreuth, 1792, § 23.

(84) «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.» Cfr. *Vorlesungen über den Begriff der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1798, pág. 20.

fectamente autonómico, ya que no depende más que de sí mismo: él se da a sí mismo sus propias normas, y sólo responde ante sí mismo.

Esta doctrina llevaba hacia una Ética muy individualista, centrada en cada individuo, pero el verdadero problema comienza cuando consideramos que ésta es una doctrina común a la Moral y al Derecho y, de hecho, las consideraciones anteriores están extraídas de tratados de *Naturrecht*, no de libros de Moral; de esta forma, también ante el Derecho, lo que cuenta, lo único que tiene relevancia, es la «persona», es decir, el individuo que, como nos han explicado diversos autores, es libre porque es autonómico. Esto plantea varios problemas graves, pero ahora quisiera centrarme solamente en uno, a saber, que el universo jurídico kantiano está compuesto de personas que son libres porque son independientes, ya que cada una lleva en sí misma la causa suficiente de su actuación; la independencia mutua del arbitrio, fomentada por la exigencia kantiana de considerar a cada «persona» como un fin en sí misma (*Selbstzweck*) que nunca puede ser puesta al servicio de los fines de otra persona, es, de esta forma, el suelo desde el que debe crecer el Derecho.

Al llegar a este punto, debemos tener en cuenta que Kant distinguió entre el hombre de carne y hueso, real, al que él llama «hombre fenoménico», al que le corresponde una libertad de hecho, empírica, de modo que él puede legislar sobre su propia vida, pero siempre tiene la posibilidad de legislar mal, inmoralmente —y el hombre ideal o «nouménico», que encarna la razón pura, que tiene en sus manos la «libertad trascendental», que sería algo así como una normatividad superior, objetiva, respecto a las normas que puede darse, de hecho, cada sujeto empírico. Al filo de esta distinción entre hombre fenoménico-libertad empírica, y hombre nouménico-libertad trascendental, parecía que la Ética kantiana no es tan subjetivista como he expuesto anteriormente, ya que en ella existe un orden de normas, provenientes de la libertad «trascendental», objetivo y superior a la voluntad de cada sujeto concreto.

Kant nunca definió o describió lo que era la libertad «trascendental», y por esto recurrimos a las obras de sus discípulos, coetáneos suyos, que declaran e interpretan su doctrina, normalmente con notable precisión. A este respecto, Tiefrunk explicaba que el Derecho expresa una regla de las relaciones entre la razón y la voluntad; esta voluntad es empírica en la medida en que es movida por móviles «sensibles», y es trascendental y pura cuando es independiente de la determinación de los motivos que provienen del mundo empírico (85). Lo mismo explicaba Karl Heinrich Gros: «Las leyes de la razón práctica no son posibles de otra forma que bajo el presupuesto de que una voluntad que es capaz de determinarse solamente mediante la razón, independientemente de otros motivos. Esta peculiaridad de la voluntad, que no es

(85) «Das Recht drückt eine Regel des Verhältnisses der Vernunft zum Willen aus. Dieser Wille ist empirisch, in wie fern er durch sinnliche Neigungen afficirt wird, er ist transcendental und rein, in wie fern er von der Nothwendigkeit der Bestimmung durch empirische Gründe unabhängig ist.» Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 26.

conocida, sino postulada, se llama *libertad transcendental* o *libertad de la voluntad*» (86). G. L. Reiner, el mejor expositor coetáneo de la Filosofía jurídica de Kant, escribía sobre este tema que «el concepto transcendental de libertad demuestra su realidad solamente en los usos prácticos, a través de principios prácticos que, como leyes, hacen posible en nosotros una causalidad de la razón pura y una voluntad que es independiente de todas las condiciones empíricas, en la que tienen su origen los conceptos y leyes morales» (87). Schmalz, el primero que publicó un tratado de Filosofía jurídica, digno de este nombre, según los principios de la Filosofía crítica, explicaba que «Esta independencia suya, es decir esta facultad (de la razón) de ser la *primera* causa de sus acciones, es la libertad, en el más elevado sentido de esta palabra» (88).

Como podemos comprobar a tenor de estos testimonios, el adjetivo «trascendental» añadido al término libertad, sólo indica que el hombre es capaz de darse a sí mismo sus propias leyes racionales, al margen de aquello a lo que nos sentimos inclinados por los instintos o apetitos empíricos. En consecuencia, la «libertad transcendental» en modo alguno expresa un orden de normas, principios o reglas que se impusieran heterónomamente a los individuos empíricos. Nunca tuvo este significado en la Filosofía crítica, ni puede tenerlo lógicamente o sistemáticamente relacionado con el conjunto de esta Filosofía, por más que algunos intérpretes contemporáneos de Kant hayan querido atribuírselo para corregir el excesivo subjetivismo de la doctrina kantiana.

¿En qué consiste, entonces, la libertad según la doctrina kantiana? Klein indicaba, sobre este tema, que «el arbitrio, en el sentido amplio de la palabra, es una facultad para actuar según las leyes del mundo inteligible (*Geisterwelt*) (89); parece indicar que la libertad del individuo está ordenada o normada por una normatividad superior a él. Pero como esta interpretación no encaja en el sistema kantiano, poco más adelante explica que «voluntaria o arbitraria en sentido estricto es aquella acción que hacemos porque queremos, que se opone a la acción a la que nos fuerzan (*actio invita*) (90); el arbitrio (los kantianos

(86) «Gesetze der praktische Vernunft sind nicht anders möglich, als unter Voraussetzung eines Willens, welche fähig ist, sich bloß durch Vernunft, unabhängig von allen andern Gründen, zu bestimmen. Diese Eigenschaft des Willens, welche nicht erkannt, sondern nur postuliert wird, heisst *transcendentale Freyheit* oder *Freyheit des Willens* (im metaphysischen Sinne). Cfr. *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, Tübingen, 1802, § 13. Los subrayados son de Gros.

(87) «Der transcendente Begriff der Freyheit beweiset seine Realität nur im praktischen Gebrauche, durch praktische Grundsätze, die, als Gesetze, eine Kausalität der reinen Vernunft, und einen reinen, von allen empirischen Bedingungen unabhängigen Willen in uns darthun, in welchen die sittlichen Begriffe und Gesetze ihren Ursprung haben.» Cfr. *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landshut und Ausburg, 1801, § 13.

(88) «Diese seine Unabhängigkeit, also dieses sein Vermögen, die *erste* Ursache seiner Handlungen zu seyn, ist die Freyheit, im höchsten Sinn dieses Worts.» Cfr. *Das reine Naturrecht*, Königsberg, 1795, § 6.

(89) «Die Willkühr in weitem Sinne ist ein Vermögen, nach dem Gesetzen der Geisterwelt zu wirken.» Cfr. *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle, 1797, § 13.

(90) «Willig oder willkührlich im weitem Sinne ist eine Handlung, wenn sie mit

no distinguieron entre libertad y arbitrio) es, pues, la facultad de hacer lo que cada cual quiera, al que se opone la forma de actuar no-libre, esto es, aquella que se produce cuando alguien nos fuerza a hacer lo que no queremos. J. C. C. Rüdiger explicaba esto mismo más extensamente: «Un rasgo peculiar de la Humanidad es la consciencia, el conocimiento distinto de la representación de las cosas y de sus relaciones, el entendimiento o razón, y la capacidad de determinarse por sí mismo a hacer u omitir. Esto último se llama la voluntad, la libertad o el arbitrio (*arbitrium*), y él solamente da al hombre la facultad para actuar moralmente» (91). La libertad o arbitrio es, pues, la facultad de cada individuo para determinarse a hacer o no hacer, a hacer esto o lo otro, lo que en castellano se designa bajo el nombre de «arbitrio» ya que, según algunos, es cosa distinta de la libertad.

No es de extrañar que haya habido dudas sobre el significado de este término en Kant; Reinhold, contemporáneo suyo, le reprochaba al de Königsberg, que los conceptos fundamentales que él usa, *Begehrungs-vermögen*, *Wille*, *Willkühr*, *Freiheit* son incomprensibles e inmantenibles (*unverständlich*, *unhaltbar*) (92).

4. *La noción del Derecho*

4.1. *Libertad y Derecho*

Si el hombre es entendido en función de la libertad, como un ente o sustancia libre que sólo exige al Universo el respeto de su libertad, parece obvio que sus derechos solamente pueden ser planteados como una exigencia genérica de respeto a su arbitrio. Por esto, ya Abicht, en los inicios de la era kantiana, mantenía que «un derecho es un fundamento justificador de la voluntad para un determinado tipo de acciones u omisiones: *ratio, quae dat facultatem agendi...* Pues los verdaderos derechos de una persona no pueden ser otra cosa que derechos de libertad... en consecuencia, para una persona no existen otros derechos verdaderos que derechos de libertad» (93).

Todos los bienes protegidos por el Derecho fueron reducidos, en

Lust gewirkt wird, und sie wird in diesem der ungeru unternommenen (*actio invita*) entgegengesetzt.» Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 18.

(91) «Aber eigenthümlicher Vorzug der Menschheit ist das Bewußtseyn, die deutliche Erkenntnis der Vorstellung der Dinge, oder Verstand, ihres Zusammenhanges oder Vernunft, und das Vermögen sich darnach selbst zu Thun oder Lassen zu bestimmen. Dieses heißt der Wille, die Freyheit oder Willkühr (*arbitrium*) und giebt den Menschen allein die Fähigkeit zu sittlichen Handlungen.» Cfr. *Lehrbegriff der Vernunftrechts und Gesetzgebung*, Halle, 1798, § 60.

(92) Cfr. C. L. REINHOLD, *Briefe über Kantische Philosophie*, vol. II, Leipzig, 1792, pág. 310.

(93) «...ein Recht ist ein Berechtigungsgrund des Willens zu einer bestimmten Art von Handlungen oder Unterlassungen (*ratio, quae dat facultatem agendi*)... *Grundsatz 2*: Die wahren Rechte oder Bestimmungsgründe einer Persohn können keine andern seyn, als Rechte der Freyheit... Berechtigende Handlungsgründe heissen aber Rechte; folglich kan es für eine Persohn keine andern wahren Rechte geben, als Rechte der Freyheit.» Cfr. *Neues System...*, cit., § 31.

la Filosofía crítica, al bien único de la libertad, y por ello Hufeland explicaba que quien arrebatara los bienes de un hombre limita la libertad o personalidad de éste (94), y por ello este comportamiento es antijurídico. Esta mentalidad alcanzó pronto, gracias a la hegemonía de la Filosofía kantiana en Centroeuropa, a todo tipo de ámbitos culturales, incluso fuera de la Universidad, y J. P. A. Leisler, que no pretendía sino vulgarizar y hacer asequibles a todos el *Naturrecht* kantiano, escribía que «Los derechos del hombre se dejan reconducir todos a un derecho general, a saber, el derecho de libertad social... Pues desde este derecho se deducen todos los otros derechos del hombre» (95).

Gros matizó más que los autores anteriores y estableció que el Derecho podía ser entendido: a) como cualidad de una persona, y entonces consiste en la facultad de exteriorizar su arbitrio sin oponerse a la libertad legal de las otras personas; b) como cualidad de una acción, es decir, la compatibilidad del uso propio de la libertad con la libertad legal general y, finalmente, como un conjunto de leyes, a saber, como el conjunto de aquellas condiciones bajo las que es posible una libertad general externa (96). Karl Salomo Zachariä concretó más el pensamiento kantiano y dejó establecido que «Un derecho externo, o un derecho en el sentido estricto del término, es la posibilidad, fundamentada en la pura existencia de la libertad, de rechazar la violencia con la violencia» (97), con lo que resaltó la coacción en la definición misma del Derecho.

En consecuencia, tanto el Derecho como la ciencia jurídica no pueden ser sino desmenuzamiento, en cada caso concreto, de la libertad del individuo. En este sentido, Karl Heinrich Heydenreich ya había establecido que «El Derecho natural es el tratado sobre la determinación de la propia conciencia de cada hombre por la libertad externa, y de la identidad de esta conciencia en todos los demás» (98), y Gros,

(94) «Wer die Güter eines Menschen nimmt, schränkt seine Freyheit oder Persöhnlichkeit ein; und so lange er fortfährt dem andern Güter vorzuenthalten; so lange fährt er auch fort, seine Freyheit oder Persöhnlichkeit einzuschränken, oder ihm Rechte zu rauben.» Cfr. *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften*, Jena, 1795, § 112.

(95) «Die Rechte des Menschen nach dem absoluten Naturrechte, lassen sich füglich unter einem allgemeinen Rechte begreifen, nämlich unter dem Rechte auf gesellschaftliche Freiheit... Vom diesem Rechte lassen andere alle Rechte des Menschen sich ableiten.» Cfr. *Populäres Naturrecht*, Frankfurt am Main, 1799, § 32.

(96) «Das Recht (ius) ist demnach:

1) als Qualität eine Person: das Vermögen (*Facultas*), seine Willkühr zu äussern, ohne der gesetzlichen Freyheit andrer entgegen zu handeln; oder: das durch das Gesetz der allgemeine äussern Freyheit bestimmte Vermögen zu handeln.

2) Als Qualität einer Handlung: die Vereibarkeit des eignen Freyheitsgebrauchs mit der allgemeinen gesetzlichen Freyheit.

3) Als ein Ganzen von Getzezen: der Inbegriff derjenige Bedingungen, unter welchen allgemeine äussere Freyheit möglich ist.» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 30.

(97) «Ein äusseres Recht, oder ein Recht in der engern Bedeutung ist daher die durch das bloße Daseyn der Freyheit begründete moralische Möglichkeit, Zwang mit Zwang zu vertreiben.» Cfr. *Anfangsgründe der philosophischen Privatrechtes. Nebst eine Einleitung in die philosophische Rechtswissenschaft überhaupt*, Leipzig, 1804, § 3.

(98) «Das Naturrecht ist der Commentar über das jedem Menschen eigene Be-

más sencillamente, había entendido que «la ciencia de aquello que es determinado por la razón práctica como legislación de la libertad externa se llama *Rechtslehre* o ciencia filosófica del Derecho» (99). Schmalz acababa de completar esta idea, en 1807, escribiendo que «dado que la ciencia jurídica es la ciencia de la libertad externa, el Derecho natural no puede ser otra cosa que el análisis del concepto de la libertad externa... el Derecho natural sólo puede avanzar en el estrecho margen del análisis del concepto de libertad externa» (100).

Por tanto, el Derecho, que forzosamente ha de implicar una regulación objetiva y suprapersonal de las conductas, no puede consistir en otra cosa que en la armonización de las libertades de todos a fin de que cada cual posea la mayor cantidad posible de libertad. En este sentido, Franz von Zeiller explicaba en 1815 que «un uso lingüístico generalmente aprobado indica que el Derecho es un determinado tipo del uso de la libertad de nuestros comportamientos externos» (101).

4.2. *La manifestación primaria y esencial del Derecho*

Pero si se parte en todo momento del individuo y de su libertad, como hicieron los iusnaturalistas y, con ellos, los kantianos, lo que destaca primeramente no es la coordinación de las libertades de los diversos individuos, sino el derecho a la libertad que «yo» tengo; por este hecho, la aparición primera del Derecho consiste en una facultad del sujeto a su libertad, y sólo en un momento lógicamente posterior aparecerá la coordinación de los diversos derechos a fin de que no se limiten o destruyan mutuamente.

Schaumann, en los inicios de la teorización kantiana sobre el Derecho, fue consciente de esta realidad; por ello, escribía él que «la ciencia jurídica es la ciencia que versa sobre las posibilidades legales de obrar según la propia voluntad» (102). Sin embargo, aludir a las «posibilidades» entrañaba una cierta dificultad, porque en la doctrina kantiana existe la ley moral o *Sittengesetz* que regula todos los comportamientos de hombre; en tal caso, las «posibilidades legales» de obrar ¿son aquellos comportamientos que vienen autorizados por la

wusstseyn seiner Bestimmung für äusre Freyheit, un der Identität dieses Bewusstseyn in allen Mitwesen.» Cfr. *Metapolistische Prolegomena für das natürliche Staatsrecht*, Leipzig, 1795, pág. 32.

(99) «Die Wissenschaft dessen, was durch die praktische Vernunft als Gesetzgebung der äussern Freyheit bestimmt ist, heisst *Rechtslehre*, *philosophische Rechtswissenschaft*.» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 43. El subrayado es de Gros.

(100) «Da Jurisscienz die Wissenschaft der äusserer Freyheit ist: so kann das reine Naturrecht nicht seyn, als eine Analyse des Begriffs eine äusser Freyheit einer zugleich vernünftigen und zugleich sinnlichen Wesens... das Naturrecht kann so nun in der engeren Bahn seiner Analyse des Begriffs äusserer Freyheit fortschreiten.» Cfr. *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle, 1807, § 11.

(101) «Ein allgemein gebilligter Sprachgebrauch der Sachvertände... deutet an, daß das Recht eine gewisse Art des Freiheitsgebrauches bey unseren äusseren Handlungen bedeute.» Cfr. *Das natürliche Privat-Recht*, Wien und Triest, 1815, § 2.

(102) «Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft der gesetzliche Möglichkeit, nach eignen Willen zu handeln.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht*, cit., § 7.

ley moral? De contestar afirmativamente, se seguiría el contrasentido —dentro de las coordenadas kantianas— de mantener que el fundamento o base del Derecho es la ley moral, y esto no es posible dada la separación que estableció la Filosofía crítica entre Moral y Derecho. Para superar esta dificultad, Schaumann propuso la fórmula que triunfó en la Escuela kantiana, a saber, que la ley moral no determina todas las posibilidades del arbitrio de la persona, sino que deja libres toda una serie de comportamientos; naturalmente, esto implica mantener, como hizo Schaumann, que los comportamientos «libres» no vienen regulados por la ley moral, sino que se trata de comportamientos que carecen de relevancia ética porque no tienen un fundamento moral determinante (*moralische Bestimmungsgrund*), ya que están abandonados, es decir, están motivados, por las tendencias naturales (*Naturtriebe*). Se trata, por tanto, de acciones que no son necesarias moralmente, es decir, que no han de ser realizadas necesariamente porque así lo ordene la ley moral y, en consecuencia, son acciones que permanecen como «posibles» moralmente (*moralisch-möglich*) dependiendo únicamente del arbitrio del sujeto en cuestión (103).

La ley, por tanto, crea una permisión (*Gestattung, permissio*), una posibilidad de actuar; la acción misma, en la medida en que está permitida y es posible, es esencialmente algo permitido, *Erlaubtseyn*; para el sujeto de la acción permitida resulta, de este modo, una licencia (*licentia*) y entonces decimos que tal sujeto «puede», *darf*, o dicho con términos más precisos, que «a tal sujeto le está permitido» (104). La ley, por tanto, concede al sujeto una facultad (*Befugnis*) que no es otra cosa que la posibilidad de obrar según la propia voluntad (105).

El Derecho es, de este modo, algo esencialmente permisivo, puesto que establece posibilidades de actuar para la persona, a diferencia de la Moral que no establece posibilidades de actuación, sino que limita el poder que de facto tienen los hombres; por esto, la Moral se ocupa de responder a la pregunta: ¿Qué debo hacer yo? (*Was soll*

(103) «...so bestimmt es (das S.G.) doch nicht die ganze Willkühr der Person, sondern stellt ihr einige freywillige Handlungen frey. Da nun aber in einem jeden endlichen Wesen nur zwey Bestimmungsprincipien —der Sittlichkeit (moralischer Bestimmungsgrund) und der Natur (Naturtrieb)— sind; so kann der Satz des vorigen Paragraph keinen andern Sinn haben, als diesen: das Sittengesetz erklärt, dass die Person in Hinsicht auf die freywilligen Handlungen, welche nicht moralisch nothwendig sind, sich durch Naturtriebe bestimmen lassen könne... freywillige Handlungen also, zu deren sich das handelnde Subject laut des Sittengesetz nach Naturtrieben bestimmen kann, moralisch-möglich.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 136.

(104) «Die in Gesetz vorgestellte Möglichkeit der Ausübung einer Handlung heisst Gestattung (permissio): die Handlung selbst, in so fern ihre Ausübung möglich ist, erlaubt, und diese ihre Beschaffenheit, dass sie erlaubt ist, ein Erlaubtseyn. Für das Subject der erlaubten Handlung erfolgt aus der Gestattung des Gesetzes Erlaubniss (licentia)-die Person *darf*, d.i. sie hat das gesetzliche Vermögen eine Handlung auszuüben.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 138.

(105) «Der im Gesetze liegende Grund der gesetzlichen Möglichkeit einer Handlung heisst Befugung, und die Folge dieser Befugung für die Person, Befugniss, oder die gesetzliche Möglichkeit, nach eignen Willen zu handeln.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 139.

ich?), mientras que la ciencia jurídica esclarece el «¿Qué puedo hacer yo?» (*Was darf ich?*) (106).

Plantear así el fundamento del Derecho suponía explicitar con lucidez una exigencia de la Escuela del Derecho natural moderno, a saber, que el punto de referencia sistemático para toda investigación y creación jurídica deber ser el individuo: sus tendencias naturales, sus intereses, sus pretensiones; esto se oponía frontalmente, en el punto auténticamente neurálgico, a la ciencia jurídica de orientación romanista que, desde muchos siglos antes, contemplaba al Derecho como una realidad que se desprendía de las cosas mismas, esto es, de las situaciones histórico-sociales, de la naturaleza de las cosas, de la constitución psico-somática del hombre, etc., lo que llevaba a estos juristas a escribir que el *ius oritur ex facto*, o bien que el Derecho es una fuerza ínsita en las cosas mismas, *ius est vis insita in rebus* (107). La Escuela de Kant llevó a su plenitud este proceso de subjetivización del Derecho y de la ciencia jurídica y, en este sentido, Schaumann escribía que la habilitación o licencia que la ley moral concede a la persona se llama «derecho» (*ius*), es decir, la posibilidad de obrar según las tendencias naturales y no bajo los dictados de la ley moral; esta habilitación para obrar es, pues, una realidad exclusivamente personal, ya que la ley moral que la crea es estrictamente personal o subjetiva; por ello, Schaumann explica que casi todos los filósofos y juristas que se han ocupado de esclarecer el significado del concepto del Derecho han considerado que el Derecho es una cualidad de los actos, y no han tenido en cuenta que el Derecho sólo puede ser una cualidad o facultad del sujeto que obra, de la «persona» (108). C. F. Mühlenbruch resumía esta idea, años más tarde, indicando que el derecho es la posibilidad *moral* de hacer u omitir algo por lo que, en consecuencia, es una realidad exclusivamente subjetiva: *also einzig subjectives*, que se concreta en la libertad de la voluntad, en la autodeterminación, que constituye la condición necesaria de cualquier estado jurídico (109).

(106) «Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft der gesetzlichen Möglichkeit, nach eigenem Willen zu handeln. Ammerkung 1. Die Wissenschaft der Sittlichkeit beschäftigt sich mit einer systematischen Beantwortung der Frage: "Was soll ich"-die Rechtswissenschaft mit der Frage: "Was darf ich?"» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 7.

(107) Vid., por ejemplo, Pedro de Bellapertica, en su comentario número 7 a Instituta 1.2.1. Cfr. *In Libros Institutionum Divi Iustiniani Sanctissimo principis Commentarii*, Lyon, 1589.

(108) «Der im Sittengesetz liegende Grund der moralischen Möglichkeit einer Handlung heisst Berechtigung: und die Folge dieser Berechtigung für die Person, ein Recht (*ius*), oder die moralische Möglichkeit, nach Naturtrieben zu handeln. Ammerkung 1. Fast alle Philosophen und Juristen, welche die Erörterung des Begriffs Recht (im naturrechtlichen Sinne) beschäftigt hat, haben das Objects des Begriffs von einem Rechte in der Beschaffenheit *der Handlungen* gesucht, und nicht, wie doch nothwendig ist, in eine Beschaffenheit (*facultas*) des handelnden Subjects (der Person)...» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 140.

(109) «Recht ist die moralische Möglichkeit etwas zu thun oder zu unterlassen, also einzig subjectives. Freyheit des Willens, oder die Selbsbestimmung in Menschen ist die Bedingung eines jeden rechtlichen Zustandes.» Cfr. *Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts*, Rostock und Leipzig, 1807, § 6.

Los derechos, concluye Schaumann a modo de resumen, dependen de la ley moral, del mismo modo que las obligaciones; pero la ley moral, cuando se refiere a los derechos, no dice: tú debes (*du sollst*), sino «tú puedes» (*du magst*); la fórmula o expresión de los derechos no es, por tanto, imperativa, sino permisiva (110).

Sin embargo, la relación del Derecho con la ley moral kantiana no era, ni mucho menos, clara. En efecto, la ley moral, según Kant, *ordena* conductas, tanto de acción como de omisión, es decir, manda o prohíbe; el Derecho, en cambio, no puede ordenar nada porque en tal caso, como nos indica Krug, se confundiría con la ley moral (111). El Derecho, por tanto, existe solamente en aquella zona en la que la ley moral no dispone nada, en la zona de lo moralmente indiferente. De esta forma, el Derecho aparece, en la Filosofía crítica, como algo fáctico, que existe y se desarrolla al margen de las exigencias morales; con el tiempo, una vez que la Escuela de Kant fue más o menos consciente de la desvinculación entre los planos éticos y jurídicos, fue necesario buscar a las facultades en que consiste el Derecho otro fundamento más preciso.

En esta última tarea, Christian Weiss mantuvo, en 1804, que las facultades que posee el hombre para realizar comportamientos arbitrarios están fundamentadas originalmente en su naturaleza, de forma que a cualquier otro sujeto le está prohibido estorbarle en este tipo de actos (112). La existencia del Derecho, proseguía Weiss, es tan innegable como fáctica (*ist in sofern factisch und unleugbar*) (113), de modo que el Derecho, en general, tiene su fundamento en la naturaleza misma del hombre, de manera que es un carácter esencial del hombre el disfrutar de derechos (114). Tal naturaleza a que alude Weiss debe entenderse como la libertad que originariamente corresponde a todo hombre y por ello, prosigue este autor, la solución al problema que se suscita cuando nos preguntamos con qué fundamento afirma el hombre poseer una facultad incondicionada para la dirección arbitraria de sus comportamientos, no es otro que observar que el Derecho reside en el arbitrio (*Willkühr*), porque la libertad es una característica esencial y permanente del hombre (115).

(110) «Rechte also hängen, so wie Pflichten, vom Sittengesetz ab. Dieses aber spricht in Beziehung auf Rechte nicht: du sollst, sondern: du magst. Seine Formel ist nicht hier imperativ, sondern permissiv.» Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, cit., § 140.

(111) Cfr. *Aphorismen...*, cit., § 3.

(112) «Es ist auch Thatsache des innern Sinne oder des Bewußtseyns, daß dem Menschen allein in der Natur ein Befugnis zu beliebigen Handlungen zukomme, welches in seine Natur ursprünglich sey, und in dessen Besitze daher ein jeder Andre schlechthin verbunden sey, ihn nie willkürlich zu stören.» Cfr. *Lehrbuch der Philosophie des Rechts*, Leipzig, 1804, § 2.

(113) Cfr. *Op. cit.*, § 3.

(114) «... da das Recht überhaupt seinen Grund in der Natur des Menschen selbst haben, un daß es zu dem wesentlichen Charakter des Menschen gehören müsse, Recht zu genießen.» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 4.

(115) «Das Problem, allgemein vorgestellt, ist enthalten in der Frage: Mit welchem Grunde behauptet der Mensch ein unbedingtes Befugnis zu beliebiger Einrichtung seiner Handlungen zu haben? und mit welchem Grunde verlangt er von Andern, welche

De esta forma, según Weiss, primero existe el arbitrio indeterminado y, como consecuencia de afirmar tal arbitrio como un derecho de todo hombre, se acaba considerando que es un derecho esencial del hombre, fundamentado en su naturaleza esencialmente libre, ejercer de facto un arbitrio indeterminable.

El kantiano que explicó con más precisión la naturaleza y el fundamento último del Derecho fue J. A. Brückner. Este autor parte desde la observación usual de que existen acciones que no revisten una necesidad particular de ser realizadas; estas acciones están, ciertamente, regladas, pero no por un principio que ordena que el agente *debe* hacerlas, sino por otro principio que, sin prescribir nada, imprime sin embargo el sello de la legitimación a todo aquello que un individuo realiza; este último principio, explica Brückner, es lo que nosotros llamamos «principio del Derecho» o «principio jurídico» (116).

Este principio jurídico, prosigue Brückner, proclama que un hombre puede querer, y hacer, ciertas cosas de una manera arbitraria, es decir, sin que pueda ser molestado por ninguna consideración, tan lejos como el permiso se extienda; expresa, por tanto, la idea de una autorización positiva a favor de un agente, de modo que de tal autorización resulta la legitimidad de las acciones de tal agente (117). Por tanto, la idea de un derecho nos lleva, en último análisis, a la de una autorización en virtud de la cual un sujeto puede formar sus pretensiones libremente sobre ciertas cosas (118).

Pero, podemos leer entre líneas en Brückner, si cada derecho nos lleva a una autorización expresa que lo hace posible, lo que destaca como «principio del Derecho» es más bien la instancia que concede una autorización para cada caso, y esto no es compatible con la pretensión iusnaturalista de hacer del individuo el principio y fin del Uni-

er sich doch gleich setzet, daß sie ihre Willkühr, um des äußer Möglichkeit seiner beliebigen Handlungen willen, beschränken sollen? Zur Lösung dieses Problem ist fürs erste zu bemerken, daß die natürliche Rechtsforderung in der Willkühr, von welcher aus und gegen sie ergeht, die Freyheit als wesentliches und bleibendes Merkmal derselben nothwendig vorausgesetzt.» Cfr. *Lehrbuch...*, *cit.*, §§ 29-30.

(116) «Mais il y'a des actions qui n'ont aucun caractère de nécessité pratique, quoiqu'on leur attribue indubitablement une valeur absolue dans l'estimation. Les actions sont donc motivées et réglées, non pas par le principe déterminant qui commande ce que l'homme *doit* faire, mais par un principe qui, sans rien prescrire à l'agent, imprime néanmoins le sceau de légitimation à ses actions, en fixant d'une manière absolue ou péremptoire ce qu'il *ose* faire et vouloir. C'est ce principe que nous appèlerons le *principe du droit*, ou *principe juridique*.» Cfr. *Essay sue la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du Droit*, Leipsic, 1810, § 145.

(117) «Le principe juridique proclame d'autorité, que l'homme *ose* vouloir et faire certaines choses, d'une manière arbitraire, c'est à dire, sans être gêné par aucune considération, aussi loin que la permission s'étend. C'est là l'idée d'une *autorisation* positive et expresse, pour et faveur d'un agent, et pour autant qu'il juge à propos d'en profiter. De cette autorisation résulte la *légitimité* de l'action, pour laquelle l'agent se déterminera.» Cfr. *Essay...*, *cit.*, § 146.

(118) «L'idée d'un droit remonte donc, en dernière analyse, à celle d'une autorisation, en vertu de laquelle un agent *ose librement* former des prétensions, a certaines choses comme lui appartenant, à titre de propriété médiatement ou immédiatement disponible; prétensions qui'il peut faire valoir par une détermination actuelle de sa volonté.» Cfr. *Essay...*, *cit.*, § 151.

verso. Por este hecho, Brückner explica que «la autoridad legislativa que fundamenta originariamente los derechos reside en la autonomía jurídica, de la que participa todo ser dotado de razón y que, bajo este punto de vista, puede ser llamada *razón universal*, que es el arquetipo de toda autorización y de todo derecho» (119). Por tanto, el título primitivo de todos los derechos está en esta declaración, emanada de la autonomía jurídica de la razón, que indica que, con respecto a todo lo que está fuera de él, el agente dotado de razón es originariamente dueño de sí mismo; de esta forma, tal autonomía se proclama como la autoridad suprema en el Derecho (120).

Pero lo que caracteriza especialmente a la libertad en el sujeto de derechos es que él es libre en tanto que él no tiene ninguna obligación de determinarse a actuar de esta u otra forma, ni ninguna responsabilidad por el uso, o no uso, que él haga con sus derechos; en este punto, él está absolutamente abandonado a su arbitrio, sólo determinado por su apetito. Queremos decir, concluye Brückner, que en lo que se refiere a un derecho que le pertenece, el individuo no está sometido a ninguna ley emanada de una legislación exterior, ni a ninguna voluntad extraña, y esto es lo que constituye propiamente la libertad jurídica de todo sujeto de derechos como tal (121).

El individuo, tal como nos muestra el análisis especialmente radical y lúcido de Brückner, no está sometido, jurídicamente, a ninguna ley extraña a él mismo. Por ello, el «yo puedo» en que consiste todo derecho depende, tanto en su fundamentación filosófica última como en su ejercicio concreto, exclusivamente del sujeto que lo ostenta. De esta forma, no existe ninguna ley jurídica superior al individuo y, en consecuencia, la creación del ordenamiento jurídico es una tarea que compete a los individuos que, a partir de la libertad que le es innata, lo construirán autónómicamente, usando de los pactos para todas aquellas relaciones jurídicas que impliquen un dominio sobre los demás.

(119) «L'autorité législative qui fonde primitivement des droits, réside dans l'autonomie juridique, qui est le partage de tout être doué de raison, et qui, sous ce point de vue, peut-etre appelée *raison universelle*, et type primitif de toute autorisation et de tout droit.» Cfr. *Essay...*, *cit.*, § 155.

(120) «Le titre primitif de tous les droits est dans cette déclaration, émanée de l'autonomie juridique de la raison, et qui dit que pour tout être hors de lui, un agent raisonnable est primitivement maître de lui-même. C'est ainsi que cette autonomie s'annonce comme autorité suprême en matière de droit.» Cfr. *Essay...*, *cit.*, 157.

(121) «Mais ce qui caractérise particulièrement la liberté dans le sujet de droits, c'est qu'indépendamment de sa faculté intérieure, de pouvoir se déterminer en vertu d'une autorisation, il est libre en tant que, vis-a-vis d'autres êtres, il n'a aucune obligation de se déterminer, ni aucune responsabilité, quant à l'usage ou non-usage qui'il juge à propos de faire de sont droit. A cet égard il est entièrement abandonné à son arbitre déterminable par l'appétition. Nous voulon dire par là que, relativement à un droit qui lui appartient, le sujet n'est soumis à aucune loi émanée d'une législation extérieure, ni à aucune volonté étrangère... C'est là ce qui constitue proprement la *liberté juridique* de tout sujet de droits comme tel.» Cfr. *Essay...*, *cit.*, § 164.

5. Una libertad formal, negativa y vacía

El Derecho se manifiesta ante todo, tal como hemos estudiado, en el conjunto de las facultades libres que corresponden a la totalidad de los individuos; la libertad contenida en tales facultades recibió en la Escuela de Kant, del mismo modo que en la Escuela del Derecho natural, una naturaleza esencialmente negativa, ya que no consistía tanto en otorgar derechos para realizar actos concretos como en exigir un respeto a su indeterminación. Podríamos decir, en consecuencia, que el bien jurídico realmente protegido era la independencia del sujeto.

Lógicamente, un ordenamiento jurídico fundamentado sistemáticamente y que tiene como punto único de referencia el no forzamiento del arbitrio de las «personas» que lo componen, es un ordenamiento jurídico esencialmente formal y negativo. Efectivamente, hablamos de formalismo porque el Derecho, así planteado, no protege bienes concretos, sino que carece de contenidos materiales; en este sentido, Gros escribía que «El concepto del Derecho no se refiere a la materia del arbitrio, sino únicamente a la forma de éste» (122). En efecto, la razón kantiana sólo exige el respeto a la independencia del sujeto, y no puede «descender» a otras concreciones porque entonces se contaminaría con la empiria, máximo enemigo de la razón pura *a priori* que ellos pretenden usar; por este motivo Karl Heinrich Heydenreich escribía que «si la verdadera obligación expresa la inmodificable necesidad de una determinada forma de actuar determinada por la razón, ella solamente puede fundamentarse en una ley de la razón que no está sometida a ninguna condición... y en la misma medida en que tal ley no puede ser material ni empírica, en esa misma medida sólo puede consistir en un principio formal» (123). Tal principio formal, como expresa a continuación, no es otro que el imperativo categórico propuesto por Kant (124). Con palabras muy parecidas se expresaba Heinrich Stephani unos años más tarde, indicando que lo que es Derecho, o justo, permanece siempre igual, y solamente puede ser una forma jurídica (*Rechtsform*), que posee una naturaleza eterna y que de ningún modo está sometida a la variabilidad propia del mundo de la empiria (125). El concepto kantiano del Derecho sólo puede ser, en con-

(122) «Der Rechtsbegriff bezieht sich nicht auf die Materie des Willkühr, sondern lediglich auf die Form derselben.» Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 34.

(123) «Wenn wahre Verpflichtung die unwandelbare Nothwendigkeit einer Handlungweise, bestimmt durch Vernunft, ausdrückt, so kann sie sich nun auf ein Gesetz der Vernunft gründen, welches keiner Bedingung unterworfen ist... So gewiss ein solches Gesetz nicht material und empirische seyn kann, so gewiss kann er nur ein formaler Grundsatz seyn.» Cfr. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, págs. 86-87.

(124) «Dasjenige höchste Grungesetz der praktischen Vernunft, welches die Form einer Bestimmung des Willens durch reine Vernunft ausdrückt, in wiefern sie diess ist, ist in der Formel enthalten: Handle iederzeit nach solchen Maximen, die der zugleich als allgemeine Gesetze für alle vernünftige Wesen gültig wollen kannst.» Cfr. *System...*, cit., pág. 87.

(125) «...so bleibt auch das, was recht ist, sich immer gleich, und kann die Rechtsform, welche von ewigen Natur und keinesweg dem Gesetze der Veränderlichkeit der

secuencia, una forma intelectual, pura y *a priori*, que únicamente puede expresar que las libertades individuales pueden ser coordinadas.

Zachariä expresaba esta idea con notable precisión: «El principio del Derecho resulta de la pura existencia de una ley moral en el hombre, sin referirse al contenido de esta ley. Su formulación no es: lo que yo debo hacer, lo que me es lícito hacer, sino: si yo en general debo (en tanto que ser libre actuar de acuerdo con la ley moral) entonces me es lícito defender mi libertad externa usando de la violencia (si es preciso) (126). En el Universo jurídico kantiano sólo queda, en definitiva, un individuo, «yo», que defendiendo mi libertad usando para ello la violencia si es necesario.

El Derecho, por consiguiente, ha de expresar necesariamente una realidad formal, es decir, vacía. Ello ha de ser así forzosamente porque, como escribe, Schmid, la ley práctica de nuestra razón no puede descender a detallar que tipos de comportamientos son adecuados a nuestro amor propio, a nuestra sensualidad, a nuestra felicidad, de modo que, por adecuarse a estas cosas, sean obligatorios; al contrario, el concepto fundamental de la razón no puede contener ningún dato de esta naturaleza, ya que si la ley suprema práctica la conocemos *a priori* y es desarrollada desde los principios fundamentales de la razón, ella sólo puede expresar qué comportamientos son adecuados u opuestos, a los conceptos de la razón. Por ello, un principio práctico que presenta una acción como necesaria, no a causa de su adecuación a nuestra empiria, sino por su concordancia con el concepto fundamental de la razón, es un principio formal; por esto, la ley práctica sólo puede consistir en un principio formal, por lo que también las reglas que fluyen de ella han de ser igualmente formales (127).

Tiefrunk, mucho más escuetamente, explicaba que dado que la ra-

Sinnenwelt unterworfen ist, nie.» Cfr. *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts*, Erlangen, 1797, § 5.

(126) «Das Rechtsprincip ergiebt sich also aus dem blossen Daseyn eines Sytten-gesetz im Menschen, ohne Rücksicht auf den Inhalt dieses Gesetzes. Die Formel derselben ist nicht: Was ich soll, das darf ich; sondern: Wenn ich überhaupt soll (als ein freyes Wesen und mithin nach dem Sittengesetz handeln), so darf ich (meine äussere Freyheit durch Zwang vertheidigen).» Cfr. *Anfangsgründe...*, cit., § 3.

(127) «Das praktische Gesetz kann also nicht ausdrücken, welche Art zu Handeln unsrer Sinnlichkeit, der Selbstliebe und ihren Gegenstände, der Glückseligkeit, gemäss, und um derentwillen nothwendig sey... kann auch in dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst, kein Datum dieser Art enthalten seyn... Es kann also nichts blos darum Rechts seyn, weil es der Natur unsrer Sinnlichkeit, unsrer Selbstliebe und Glückseligkeit im Gazeu oder in gewissen Rücksicht, an sich oder unter gewisser Umständen und Bedingungen, gemäss ist... Soll das oberste praktische Gesetz schlechthin *a priori* erkannt und aus dem Grundbegriffe der Vernunft entwickelt werden; so kann dasselbe nichts anders ausdrücken, als: welche Handlungsweise dem Begriffe unsrer Vernunft von sich selbst gemäss oder zuwider, vernünftig oder unvernünftig, und lediglich um deswillen für einen jeden durch Vernunft bestimmten Willen nothwendig oder unmöglich sey... Ein praktischer Gundsatz, welcher eine Handlung als nothwendig vorstellet, nicht wegen ihrer Beziehung auf unsre Sinnlichkeit, sondern wegen ihrer Uebereinstimmung mit dem Grundbegriffe der Vernunft, oder wegen der Vernünftigkeit ihrer Form heisst ein formaler Grundsatz seyn, folglich kann auch der daraus abfliessende oberste Rechtssatz nur formal seyn, d.h. es kann etwas blos darum Recht seyn, weil es mit dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst übereinstimmt.» Cfr. *Grundriss...*, cit., §§ 90, 93 y 94.

zón es la fuente de las normas para la libertad, y como nuestra razón es una facultad puramente formal, ella solamente crea las leyes para la libertad a través de su forma (128).

Tenemos, pues, en el final de la vida de la Escuela del Derecho natural, un único derecho, a saber, el derecho a que no me determinen mi arbitrio porque yo —su titular— soy el único sujeto que está capacitado para determinarlo, concretarlo o limitarlo. En consecuencia, lo único que puede exigir un hombre es que los demás le respeten su arbitrio, y el contenido último de toda exigencia jurídica es reclamar una abstención general. En este sentido, Klein escribía que «todos los derechos son originariamente negativos» (129) porque consisten en reclamar una actitud continuada de omisión. Jakob Fries exponía, a este respecto, que «todas las obligaciones jurídicas son originariamente obligaciones negativas de omisión... ya que la obligación jurídica sólo puede surgir del mandato que expresa que toda persona debe ser respetada como un fin en sí» (130). Esta idea traspasa todo el período de vida de la Escuela kantiana, y Claudio Droste-Hülshoff, aún en 1823, explicaba que «originariamente, y en general, no existe en absoluto ninguna obligación jurídica positiva» (131).

Quizá el autor que, en el plano de la teoría jurídica, expresó con más claridad esta idea, fue Theodor Schmalz. «Los derechos y obligaciones jurídicas —escribía este autor— se refieren al mantenimiento de la libertad externa; dado que la libertad, en sí misma, es algo solamente negativo, que se concreta en la ausencia de toda determinación que provenga del exterior, no podemos hablar de su fomento o aumento, sino sólo de su mantenimiento» (132). En consecuencia, prosigue Schmalz, «los derechos y obligaciones jurídicas sólo pueden ser negativos, con exclusión de todo lo afirmativo, pues ellos se refieren únicamente al mantenimiento de la libertad externa y exigen que sea omitido todo aquello a través de lo cual esta libertad se vería molestada. Pues la libertad es, en sí, una realidad negativa, ya que no pretende otra cosa sino ser libre de toda determinación extraña... Y la libertad externa sólo quiere la negación de su limitación» (133). De he-

(128) «Die Vernunft ist also die Quelle der Gesetze für die Freiheit und zwar lediglich durch sich selbst. Da aber die Vernunft an sich ein bloß formales Vermögen ist, so wird sie nur durch ihre Form selbst Gesetz für die Freiheit werden können.» Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 26.

(129) Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 62.

(130) «Alle Rechtspflichten sind ursprünglich negative Pflichten der Unterlassung... die Rechtspflicht kann nur aus dem Gebote entspringen: daß jeder die Person des andern als Zweck respetieren solle.» Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, cit., págs. 13-14.

(131) «So giebt es keine ursprünglich und allgemeine, und überhaupt ursprünglich gar keine, positive Rechtspflicht.» Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Bonn, 1823, vol. I, § 22.

(132) «Die jurisdischen Rechte und Pflichten beziehen sich also auf die Erhaltung der äussern Freyheit. Denn da Freyheit selbst nur etwas Negatives ist, nämlich Abwesenheit alles Bestimmtwerdens von aussern, so kann nicht von Vermehrung oder Beförderung derselben, sondern nur von der Erhaltung die Rede seyn.» Cfr. *Handbuch...*, cit., § 70.

(133) «Juridische Rechte und Pflichten müssen nur negative seyn, mit Ausschliessung aller affirmativen. Denn sie beziehen sich alle nur auf Erhaltung der äusseren Frey-

cho, Schmalz ya había explicado años antes que incluso la obligación de cumplir un contrato es una obligación negativa, de abstención, concretamente de abstenernos de sustraer a la otra parte aquello que, a través del contrato ha llegado a ser suyo» (134). Esto llevaba a Weiss a escribir que la libertad, de acuerdo con su concepto, es algo negativo y vacío (*ist sie negativ und leer*) (135).

IV. EL RESULTADO FINAL: LA NOCIÓN DE «PERSONA»

Este ser que se afirma frente al Universo como una totalidad portadora de un arbitrio indeterminable por presiones ajenas, requería un término que expresara adecuadamente su realidad; el término inventado dentro de la Filosofía crítica, para designarlo, fue el de «persona».

Una de las primeras descripciones de lo que es una «persona» la encontramos en Hufeland, que entendía que «la facultad de un ser de proponerse fines para sus acciones se llama la *Personalidad*» (136); debemos cuidarnos de entender estas palabras en su literalidad, y pensar, por ejemplo, que Hufeland propone que el hombre es persona porque es capaz de obrar según finalidades; al contrario, estos filósofos no pretenden en sus libros de *Naturrecht* ocuparse de Psicología, sino dar una proyección normativa a los conceptos que han elegido. Esto queda más claro en Hoffbauer cuando explica que «un ser racional es llamado una persona en la medida en que él puede proponerse fines para sí mismo y no depende de los fines que le marquen otras voluntades» (137), y esta idea queda más explicitada en Tiefrunk, que escribe que «Bajo el término de personalidad entendemos nosotros la existencia del hombre como un fin autónomo en el mundo» (138).

Con esta idea se cierra el círculo que se apuntaba en las páginas anteriores: el hombre es persona no sólo porque posee un derecho a la libertad desde sí mismo, sin depender de ninguna instancia extraña o superior a él, sino también porque la finalidad que debe tomar su libertad se agota en él mismo, que no ha de rendir cuentas a nadie del uso que haga de ella. Por esto, Krug mantenía que «Un ser racional es aquel que es capaz de proponerse fines a sí mismo; él tiene la fina-

heit, also nur darauf, dass alle unterlassen werde, wodurch sie gestört wurde. Die Freyheit is an sich etwas negatives. Sie will nichts, als nur frey seyn von fremder Bestimmung... aber die äussere Freyheit will nichts als die Negation ihrer Störung.» Cfr. *Handbuch...*, cit., § 74.

(134) «Selbst die Pflicht, unsern Vertrag zu erfüllen, ist nicht ander, als eine Pflicht, unserm Promissair desjenige nicht zu entziehen, was durch Vertag sein geworden ist.» Cfr. *Erklärung...*, cit., pág. 26.

(135) Cfr. *Lehrbuch...*, cit., § 36.

(136) «Das Vermögen eines Wesens, sich Zweck für seine Handlungen vorzusetzen, heisst die *Persönlichkeit*.» Cfr. *Lehrsätze...*, cit., § 90. El subrayado es de Hufeland.

(137) «Ein vernünftiges Wesen heisst nun Person, in so fern es sich selbst Zwecke vorsetzen kann, und nicht blos um der Zwecke anderer Willen vorhanden ist.» Cfr. *Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts*, Halle, 1795, pág. 63.

(138) «Unter Persönlichkeit verstehen wir die Existenz des Menschen als eines selbständigen Zweckes der Welt...» Cfr. *Ueber Recht...*, cit., pág. 189.

lidad de sus acciones y omisiones en él mismo, ya que él es *Selbstzweck*, es persona» (139). Zacharia ampliaba esta idea explicando que «una persona es un sujeto al que le corresponde un arbitrio libre» (140), y Eisenhart resumía este concepto cuando indicaba que «lo que hace la Personalidad del hombre es la capacidad de determinarse independientemente de la voluntad de los otros y de obrar según el propio juicio y los fines propios» (141). Esta misma idea la repite, más extensamente, el Krug tardío (142).

Como en otros temas fundamentales, también es Brückner ahora el que desarrolla más lúcidamente la noción de «persona jurídica». «Nosotros atribuimos a todo ser racional una personalidad jurídica en consideración a la conciencia que él tiene de la libertad jurídica, libertad fundada sobre una autorización expresa, sea primitiva o secundaria, que le exime de toda responsabilidad exterior con respecto a lo que él hace con lo que es objeto de su derecho. El es una persona jurídica en tanto que, en toda la extensión de la autorización, él es dueño de su persona física y moral, así como de todo aquello que él tiene, sin responsabilidad frente a los otros» (143). La culminación lógica de una personalidad jurídica sería aquel ser que, como indica Brückner, tuviera derechos y ninguna obligación; él, en este caso, poseería la personalidad jurídica en el grado supremo, porque ya no tendría ninguna responsabilidad, interior o exterior (144).

Entre la masa de críticos del iusnaturalismo y, con él, de la doctrina jurídica de la Filosofía crítica, Hegel fue quien captó con mayor precisión la noción de «persona» que habían propuesto los kantianos. Este autor trata de la «persona» y de la «personalidad» a comienzo del tratamiento de lo que él llama «Derecho abstracto», que no es otra cosa que el rótulo que él usa para designar la corriente iusnaturalista, representada en sus conceptos fundamentales; lógicamente, el primero de estos conceptos, según su importancia, es el de individuo libre, con

(139) «Ein vernünftiges Wesen ist ein solches, dass sich selbst seine Zwecke zu setzen vermag. Es hat den Zwecke seines Thun und Lassen in sich selbst; es ist Selbstzweck; es ist Person». Cfr. *Aphorismen...*, cit., § 18.

(140) «Eine Person ist ein Subject, dem das Prädicat einer freyen Willkühr zukommt». Cfr. *Anfangsgründe...*, cit., 2.

(141) «Sich unabhängig von dem Willen anderer nach eigener Einsicht und eigenen Zwecken zum Haldeln zu bestimmen, macht die Persönlichkeit des Menschen aus». Cfr. *Rechtswissenschaft nach ihrem Umfange, ihren einzelnen Theilen und Hülfswissenschaften*, Helmstädt, 1804, § 23.

(142) Cfr. *Dikäologie oder philosophische Rechtslehre*, Königsberg, 1817, § 13, y *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1811, págs. 15-16.

(143) «Nous attribuons à être raisonnable une personnalité juridique, en considération de la conscience qu'il a de sa liberté juridique; liberté fondée sur une autorisation expresse, soit primitive soit secondaire, et qui l'exente de toute responsabilité extérieure, relativement à ce qui fait l'objectict de son droit. Il est une persone juridique, en tant que, dans tout l'étender de l'autorisation, il est maitre de sa persone physique et morales, ainsi que de tout ce qui y tient, a titre de droit et de propriété médiatement ou immédiatement disponible sans responsabilité envers d'autres». Cfr. *Essay...*, cit., § 166.

(144) «Un etre qui n'aurait que des droits et point d'obligations, aurait le caractère de personnalité juridique au suprême degré, parce qu'il serait exempt de toute responsabilité intérieure aussi bien qu'extérieure». Cfr. *Essay...*, cit., § 167.

un arbitrio indeterminado, que se afirma, caracterizado de tal manera, como el fundamento y fin del Derecho. Por esto, Hegel explica que «En su concepto abstracto, la voluntad que es libre en sí y para sí consiste en el estar determinada por su inmediatez. A causa de esta inmediatez, esta voluntad es negativa frente a lo real... es solamente la voluntad en sí individual de un sujeto» (145). «La universalidad de esta voluntad, que sólo es libre para sí misma es la relación formal, consciente pero sin contenido en su propia individualidad, en cuya medida el sujeto es *Persona*» (146). Hegel se refiere a la voluntad del individuo que, en su momento abstracto, cuando es puro arbitrio o capricho de tal individuo, está «determinada», es decir, limitada e incompleta, a causa precisamente de la limitación inherente al hecho de ser simplemente la voluntad personal, y nada más, de un individuo; por esta limitación, tal voluntad —escribe Hegel— es «negativa frente a lo real», ya que la voluntad del individuo, porque no es la voluntad objetiva del Derecho o del Estado, en principio es un obstáculo frente a todo lo objetivo. Se trata, como explica Hegel, de una voluntad que aún no tiene contenidos, es una voluntad vacía y negativa que lo único que afirma es precisamente su vaciedad, es decir, la pura indeterminación del arbitrio en que ella consiste en este primer estadio, y es precisamente esta indeterminación suya la que le proporciona, en este primer momento provisional su primera determinación o identidad (*Bestimmtheit*) (147).

A causa de su falta de contenidos, el Derecho, en el estadio primero o «abstracto», ha de ser puramente formal. «La personalidad —escribe Hegel— contiene la capacidad jurídica y constituye el concepto y también el fundamento abstracto del Derecho abstracto y, por ello, *formal*. El precepto del Derecho es, en consecuencia: sé una persona y respeta a los demás como personas» (148). Lógicamente, si el Derecho se limita a respetar la «personalidad» de cada cual, no puede contener normas materiales y concretas; al contrario, las normas jurídicas se verán limitadas a respetar la máxima libertad y a buscar, para ello, una regulación de las libertades diversas.

Como es evidente, el Derecho, así entendido, sólo puede consistir en una facultad, explica este autor en el *Zusatz* del párrafo 37; pero

(145) «Der an sich und für sich freie Wille, wie er in seinem *abstrakten* Begriffe ist, ist in der Bestimmtheit der *Ummittelbarkeit*... Nach diese ist er seine gegen die Realität negative, nur sich abstrakt auf sich beziehende Wirklichkeit - *in sich einzelner Wille eines Subjekts*». Cfr. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt am Main, 1970, § 34.

(146) «Die *Allgemeinheit* dieser für sich freien Willen is die formelle, die selbstbewußte, sonst inhaltlose *einfache* Beziehung auf sich in seiner Einzelheit, - das Subjekt ist insonfern Person». Cfr. *Grundlinien*, *cit.*, § 34.

(147) «Die wesentliche Einsicht, die hier zu erlange wäre, ist nun, daß diese erste Unbestimmtheit selbst eine Bestimmtheit ist». Cfr. *Grundlinien...*, *cit.*, § 34, *Zusatz*.

(148) «Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher *formellen* Rechts aus. Das Rechtsgebot ist daher: *sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*». Cfr. *Grundlinien...*, *cit.*, § 36.

la simple facultad individual no puede dar cuenta de todo el Derecho, ni mucho menos puede fundamentar la obligación jurídica, aunque el Derecho natural haya reducido el Derecho a facultades de los sujetos. En efecto, una facultad crea solamente una habilitación de obrar para un sujeto, y no expresa, en principio, ninguna obligación jurídica, porque no es «necesario» u obligatorio que yo ejercite mi facultad; sucede que la facultad es únicamente una cara de la relación jurídica, hecho que no tuvo en cuenta el iusnaturalismo.

La necesidad de este Derecho, entendido como licencia o facultad, se limita a lo puramente negativo, a no vulnerar la Personalidad de los demás; por este motivo, argumenta Hegel, el Derecho natural se compone exclusivamente de prohibiciones jurídicas (149). Ya expliqué en su momento que la Escuela del Derecho natural, y la Filosofía crítica, concibieron las relaciones jurídicas de una forma negativa, como un respetar o abstenerse de aquellas conductas que pudieran molestar la «personalidad» de los demás; Hegel entiende que el diseño de un ordenamiento jurídico que se compone únicamente de prohibiciones es forzosamente incompleto, unilateral, destinado a ser completado en una fase superior del desarrollo de la idea del Derecho.

Finalmente, entre otras observaciones que hace, Hegel destaca el egoísmo (el *Fürsichsein*, el ser-para-sí) como un elemento esencial de la personalidad jurídica iusnaturalista. En efecto, en el momento de la personalidad, explica este autor, yo soy solamente para mí; puedo abstraer de todo, de modo que no queda ante mí sino mi pura personalidad (150), es decir, mi simple arbitrio que yo sigo manteniendo frente a las exigencias del Derecho.

Por tanto, formalismo, vaciedad, negatividad y egoísmo son las características fundamentales, según Hegel, de la noción ilustrada-iusnaturalista de la «Persona jurídica». Pero la crítica de Hegel apenas alcanzó a salpicar la caracterización y el contenido de la «persona jurídica» en el siglo XIX; en efecto, este individuo libre que no reconoce ninguna norma por encima de él, que es autónomo en el sentido estricto de este término, y que está destinado a crear todo el ordenamiento jurídico pactando con los demás sujetos que se encuentran en iguales circunstancias, se impuso como punto de referencia sistemático en la Pandectística del siglo pasado (151).

(149) «Die Notwendigkeit dieses Rechts beschränkt sich aus demselben Grunde seiner Abstraktion auf das Negative, die Persönlichkeit und das daraus Folgende *nicht zu verletzen*. Es gibt daher nur *Rechtsverbote*, und die positive Form von Rechtsgeboten hat ihrem letzten Inhalte nach das Verbot zugrunde liegen». Cfr. *Grundlinien, cit.*, § 38.

(150) «Die Person ist also das Subjekt, für das diese Subjektivität ist, denn in der Person bin ich schlechthin für mich: sie ist diese Einzelheit der Freiheit im reinen Fürsichsein. Als diese Person weiß ich mich frei und in mir selbst und kann von allem abstrahieren, da nichts vor mir als die reine Persönlichkeit steht...». Cfr. *Grundlinien, cit.*, § 35, *Zusatz*.

(151) Vid. el minucioso estudio que hace H. KIEFNER en *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19.* Ed. por Blühdorn-Ritter. Frankfurt am Main, 1969, págs. 3-26. Este estudio muestra cómo Savigny acogió e hizo suyas las prácticas totalidad de las tesis iusnaturalistas-kantianas, referidas al Derecho.

Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personeadad y personalidad de Zubiri

Por ISMAEL PEIDRO PASTOR

Valencia

Frecuentemente, se sostiene no poder inducirse un concepto unitario de la personalidad jurídica, especialmente la referida a los entes colectivos, ni desde el punto de vista científico, ni por abstracción de lo establecido por el Derecho positivo (1). Lo primero, por la diversidad de doctrinas sobre el tema. Lo segundo, por la diversidad de criterios legislativos, que vienen a «enmascarar un régimen jurídico de privilegio» (2), otorgado por razones políticas (3).

¿Cabe formular un concepto unitario de la personalidad jurídica? Desde la Ciencia jurídica, evidentemente no; pero cabe ensayarlo desde el punto de vista filosófico, ya que este saber se caracteriza por la unidad, la convergencia, y la universalidad, como enseñara Ortega y Gasset. Y vamos a ensayarlo aplicando al problema el pensamiento metafísico de Javier Zubiri (4).

Para llegar a obtener cualquier concepto unitario es necesario realizar un acto de intelección, precedido de una aprehensión del objeto cognoscible. Según Zubiri, esa aprehensión significa un «acto presentante» de algo que ya está presente en nosotros de algún modo, y que intentamos comprender. Es de recordar aquí, que nuestro filósofo parte de la necesidad de superar la vieja distinción entre lo que se venía llamando «filosofía del corazón» (Pascual, Unamuno), y la denominada «filosofía racionalista» (Descartes y seguidores). De ahí su punto de partida: en el hombre existen dos modos de aprehender la realidad; uno entendiendo; otro sintiendo. Son dos modos conexos, no yuxtapuestos; ambos, constituyen la estructura única de nuestra facultad

(1) F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 31.

(2) *Idem, ídem*. Introducción, pág. 17.

(3) *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 539.

(4) Su pensamiento ha sido aplicado a varios campos: al de la ética por J. L. Aranguren; al de lo socio-político por Javier Conde; al de la amistad, por Pedro Laín; al campo jurídico, por Legaz Lacambra, Gómez Arboleya, y Gil Cremades. Este último en su trabajo *Hombre, sociedad y Derecho*, publicado en este mismo Anuario, 1963, pág. 147.

cognoscitiva (5), pues nuestra inteligencia funciona como una síntesis del sentir y del razonar (6), lo cual permite reconocer «tal realidad» aprehendiéndola «tal cual es», cosa que el animal simple no puede (7). A diferencia de Heidegger y de Husserl, nuestro filósofo piensa, que «el sentir del hombre está capacitado para aprehender una constelación de notas acerca de lo que le estimula, a través de sus sentimientos», y que ello se nos impone por la fuerza de su realidad (8). Por eso el hombre es «riqueza de realidades», en tanto el simple animal es «riqueza de signos objetivos» (9); por eso el hombre «puede sentirse perdido en las cosas», y el animal no (10), y por eso el hombre es capaz de elegir una respuesta ante lo que le estimula, y el animal no (11).

Aprehendemos así toda realidad, ya externa a nosotros, ya interna. Esta última mediante el acto de introspección, que para Zubiri no es «entrar en sí mismo», sino «estar ya en mí», simplemente, por el hecho de estar yo sintiendo la realidad interna de cualquier cosa (12). Por eso, tener conciencia de algo es «tener actualidad de ese algo en la inteligencia sentiente». Se entiende por ésta la unidad de los dos modos de conocer antes referidos. A la inteligencia simplemente racional Zubiri la denomina «inteligencia concipiente». Para el filósofo vasco, conciencia es, pues, «coactualidad intelectual» (13).

Aunque todo animal percibe la constancia de lo percibido, sólo el hombre percibe la constancia de lo real, es decir, «la mismidad de lo percibido». «La mismidad —dice Zubiri— es, formalmente, la identidad de la realidad de un sistema, aprehendido sentientemente, en la estructura invariante de un sistema de notas» (14). Y en efecto, cada mismidad está constituida por un propio sistema de notas esenciales. Este concepto de mismidad es básico en el pensamiento de nuestro filósofo, ya que sobre él descansan las ideas acerca del hombre, de su vida y de su personalidad.

(5) *La inteligencia sentiente*, Ed. 1980, págs. 10-15. En su libro, *Naturaleza, Historia, Dios*, precisamente refiriéndose a Pascal, había dicho: «No significa el ciego sentimiento, por oposición a la razón cartesiana, sino el conocimiento constitutivo del ser radical y cotidiano del hombre». Esos dos modos de conocimiento son descritos también en su libro, *Sobre la esencia...*, Ed. 1963, pág. 391.

(6) *Sobre la esencia*, *ob. cit.*, pág. 507.

(7) *La inteligencia...*, *ob. cit.*, pág. 125.

(8) Es en sus *Pensées*, fragmento 277, donde Pascal afirma que «el corazón tiene razones que la razón no comprende»; y donde afirma, que el corazón o «esprit de finesse», capta realidades tales como Dios, la Moral y del Derecho, que la razón matemática es incapaz de captar.

Por su parte, Unanimo entendía que la razón, por su propia naturaleza, es opuesta a la realidad viviente. Por eso creía que el conocimiento debe intentarse primordialmente a base de intuir la verdad sentida. Véase mi trabajo *El sentimiento de lo justo en Unanimo*, Anuario de Filosofía del Derecho, 1985, pág. 394.

(9) *La inteligencia...*, *ob. cit.*, págs. 46-54 y 63.

(10) *Idem, ídem*, pág. 70.

(11) *Idem, ídem*, pág. 72.

(12) *Idem, ídem*, págs. 124-125.

(13) *Idem, ídem*, pág. 127.

(14) *Idem, ídem*, pág. 210.

La vida humana —escribe nuestro filósofo— «no es automación, sino autoposesión, esto es, ser y sentirse un “autós”». «En el animal se da la automación, pero no la conciencia sentiente de autoposesión, como en el hombre. Este se reconoce como perteneciéndose a sí mismo, y es consciente de su autonomía de vida. Precisamente por esto es *persona*» (15). Consecuentemente, ser persona equivale a poseer «propia sustantividad»; equivale a «ser de suyo», según Zubiri, quien añade: «Persona es, formal y reduplicativamente, *suidad real*». Lo cual comprende dos aspectos: el interno o estructural, porque responde a un sistema de notas esenciales al ser humano; es el aspecto «*in*», y el externo o de proyección al exterior a través de las notas esenciales del hombre; es el aspecto «*ex*» (16). Así pues, existe una sustantividad estructural y una sustantividad dimensional (17). De ahí que todo hombre, no sólo se autoposee y queda suyo frente a todo lo real de su contorno exterior, sino que, además, aunque su cuerpo queda en el mundo, integrado en éste como persona, ese mismo cuerpo trasciende esa integración, pues de lo contrario «no podría ser y sentirse un “autós”»; ni tendría conciencia de su «autoposesión de cuerpo y espíritu», ni conciencia de su «suidad real». Precisamente, esto último —afirma Zubiri— es «*el yo*». «El yo no es la realidad de la persona, sino su ser» (18).

Para comprender esta última afirmación es necesario recordar un principio básico en el pensamiento zubiriano: «no hay *esse reale*, sino realistas *in essendo*» (19). Una cosa es la realidad de la persona humana, y otra lo que ésta va siendo a través del tiempo de su existencia. De ahí esta afirmación: «La personalidad es un modo de actualidad de mi propia realidad en el campo de las demás realidades y de mi propia realidad». Considerada tal realidad en sí misma y como tal, resulta algo entitativo desde su mismo origen, que se mantiene incólume a través de sus actuaciones. Es a esto a lo que denomina Zubiri «*personeidad*». En cambio, considera la persona en su dinamicidad, como realidad sustantiva que va siendo a través de las decisiones de nuestro yo en medio de las más diversas circunstancias, asumiendo di-

(15) *Idem, ídem*, pág. 212.

(16) *Idem, ídem*, págs. 212-213.

(17) «Cada uno —advierde Sergio Cotta— se da cuenta del sentir y del obrar: posee el sentido objetivo de aquello que no le es extraño y le pertenece, es decir, el sentido de la propia pertenencia, como ha dicho Husserl. Por eso, conviene que la indagación acerca del Derecho tome en consideración este dato concreto, por fuerza prioritario, de la experiencia intuitiva.» *Il Diritto in l'esistenza*, Milano, 1985, pág. 27.

(18) *La inteligencia...*, *ob. cit.*, págs. 205, 219 y 220.

«Y este yo es otra cosa, algo originario frente al *nosotros*, ya se considere desde el punto de vista orgánico-natural (cada uno posee un código genético propio, distinto del de los demás), ya se considere desde el punto de vista espiritual o concienal.» S. COTTA, *ob. cit.*, pág. 76.

(19) *La inteligencia...*, *ob. cit.*, pág. 273 (personalidad); pág. 225 (realitas in essendo). *Sobre la esencia...*, *ob. cit.*, pág. 412.

Cotta afirma: «El análisis fenomenológico que hemos mostrado prueba que la originaria voluntad de *ser sí mismo*, en la inmediatez de su propio círculo, por sí y en sí, comporta para su efectiva explicación, un *proceso de autoconciencia*, el cual cualifica desde su propia verdad la voluntad misma, transformándola siempre en algo más real del mundo humano, en el cual *el yo* y *el otro* se encuentran». *Ob. cit.*, pág. 33, 37-38.

versas situaciones y consecuencias de sus propios actos, eso es la «*personalidad*». Zubiri lo expresa también con estas palabras: «Como momento mundanal yo soy *personeidad*, y como momento campal, soy *personalidad*». «Por esto soy siempre el mismo, aunque nunca soy lo mismo». Así lo escribe en su libro “Inteligencia sentiente” (20). En su libro anterior “Sobre la esencia”, ya había adelantado algo de ambos conceptos. En efecto, al tratar en éste de lo que él llama “esencias abiertas”, y distinguir las de las “cerradas”, había escrito: “En la vida, el hombre se posee a sí mismo transcurentemente; pero este transcurso es vida sólo porque es posesión de sí mismo. Tomado el poseerse como un carácter de acto primero, este modo de ser suyo es, justamente, lo que constituye la persona”. Pero añadía: “la esencia abierta es en el orden constitutivo, *trascendental personeidad*” (y así como el individuo, trascendentalmente considerado, individualiza todo lo que deriva de su totalidad, o adviene a ella, así también la esencia abierta, por ser *personeidad*, personaliza todo cuanto deriva de su totalidad, o adviene a ella: *tiene personalidad...* *Personeidad* no es *personalidad*, pero *sin personeidad sería imposible la personalidad* (21). El hombre va elaborando su personalidad en distensión y protección, precisamente porque en su estructura es ya *personeidad*» (22).

Entre *personeidad* y *personalidad* incide una nota esencial de ser humano: su libertad. Ya en su libro «Naturaleza, historia, Dios», había proclamado que el hombre es un ser esencialmente libre, y que su libertad es su «máxima potencia», hasta el punto de que con ella «se constituye su propia persona, su propio ser íntimo e interno frente a todo, incluso a su propia vida» (23). «En su virtud —añadía— el hombre puede modificar el ser suyo en la vida. Puede, por ejemplo, arrepentirse y rectificar así su ser, llegando a convertirse en otro hombre. Tiene también la posibilidad de perdonar al prójimo. Ninguno de estos dos fenómenos se refiere a la vida en cuanto tal, sino a la persona humana (24). Más adelante escribía: «Mientras la vida transcurre y pasa, el hombre es lo que *lo que le queda de suyo*, después que le haya pasado todo lo que tiene que pasar. Gracias a esta trascendencia del ser

(20) *La inteligencia...*, *ob. cit.*, pág. 273. Esta diferenciación de Zubiri, opino, puede explicar, no sólo las diferentes etapas del desarrollo de nuestra personalidad, sino incluso el caso patológico de la «doble personalidad» en una misma persona.

(21) *Sobre la esencia...*, *ob. cit.*, págs. 504-505. También F. Romero afirma que la persona humana trasciende las demás, porque pertenece a la esencia de la persona afirmar las otras unidades personales. Véase: *Filosofía de la persona*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1961, pág. 43.

(22) *Sobre la esencia...*, *ob. cit.*, pág. 507.

(23) *Naturaleza...*, *ob. cit.*, págs. 387-388.

«El principio de la personalidad —dice Cotta— no es unívoco. En una primera consideración comporta efectivamente, el reconocimiento de la igualdad ontológica de todos los hombres. Pero ésta no cancela, ni la diversidad, ni la desigualdad entre los mismos, desde el punto de vista de su existencia... Así pues, y en una segunda consideración, el principio de la personalidad no puede desconocer la realidad de la diferenciación existencial de los hombres, junto a su paridad ontológica. Por tanto, el individuo humano es, como persona, una unidad de paridad ontológica y de diferenciación existencial.» *Ob. cit.*, págs. 53-54 y 60.

(24) *Naturaleza...*, *ob. cit.*, pág. 388.

del hombre, puede la persona volverse contra su propia vida y contra sí mismo. Al ser del hombre le es esencial *el contra-ser*. Pero este contra-ser es más bien un *ser-contra*; supone, pues, religación. El hombre se vuelve contra sí mismo en la medida que ya existe» (25).

Así es como concierta Zubiri esencia y existencia. Ambas son momentos de una misma realidad humana. El «de suyo» es anterior a esencia y existencia (26). Realidad es la cosa de su yo. Ser es algo posterior a lo que es «real in re». Por eso *ente* es lo ya real en cuanto es (27). Y el hombre, en cuanto realidad que va siendo, es ente. «El hombre —escribe Zubiri— se mueve en el ser, ciertamente, pero es porque el ser es un momento, un acto de lo que ya es real, no porque el ser sea aquéllo que primaria y formalmente caracterice a la inteligencia humana». «El defecto de Heidegger —añade— deriva del método fenomenológico que sigue (se refiere a la opinión del filósofo alemán de que el elemento en que primaria y constitutivamente se mueve el hombre es el ser); pero «la función del hombre no es comprender el ser, sino enfrentarse con la realidad, sentientemente» (28).

Así pues, la persona humana es un *ente que se autoposee y se enfrenta sentientemente con la realidad*. Sólo porque existe aprehensión sentiente de lo real, existe en el hombre sentimiento y volición. De aquí que Zubiri siente esta afirmación: «el hombre es, por todo ello, animal de realidades; su intelección es sentiente; su sentimiento es afectante, y su voluntad es tendente» (29). En efecto, toda respuesta a una suscitación procedente de algo, una realidad que intente aprehender y que le tonifica, lleva el hombre a la acción, tras la toma de una decisión tendente a lograr un fin. Y el resultado histórico de las sucesivas decisiones, va forjando su personalidad.

Esta se desarrolla forzosamente en el medio social. Respecto de éste, Zubiri distingue dos grados, en parte coincidentes con lo que Ortega y Gasset denominó «coexistencia» y «convivencia». El filósofo vasco los denomina «sociedad» y «comunidad», respectivamente. De ahí sus palabras: «Sociedad humana es la unidad con los demás hombres, impersonalmente tomados; esto es, tomados en tanto que *meros otros*. Mientras que la comunidad es «la comunión personal con los otros, *en tanto que personas*». «Trátase de un tipo de unicidad superior a la mera sociedad» (30). En efecto, ésta última supone una tarea

(25) *Idem, ídem*, pág. 389.

(26) *Idem, ídem*, pág. 399.

(27) *Idem, ídem*, pág. 399; *Sobre la esencia...*, *ob. cit.*, págs. 401-413.

(28) *Sobre la esencia...*, *ob. cit.*, págs. 451-453.

«De ahí el dinamicismo de la persona humana, en relación con el movimiento integrador propio de la comunidad política.» Trátase —en opinión de Cotta— de un movimiento centrípeto-asociativo, guiado por la intencionalidad unificadora de quienes pertenecen al grupo, producida por la conciencia de copertenencia al «*nosotros*, y por la conciencia de coparticipación en el bien común». *Ob. cit.*, pág. 62. Es, pues, erróneo, «atribuir un modo de estaticidad al ser humano, como suele ocurrir frecuentemente; en cambio, debe atribuírsele dinamicidad a su hacer y a su poseer, ya que la dinamicidad es lo propio del ser que, por sus necesidades, es impulsado a su hacer y tener». *Ob. cit.*, pág. 22.

(29) *Inteligencia...*, *ob. cit.*, pág. 284.

(30) *Idem, ídem*, pág. 214. «Vivir —decía Ortega y Gasset— es, esencialmente, dia-

o empresa común a realizar entre todos los que se asocian para ello, y esto supone una común unión entre las personas en torno a esa meta común.

En definitiva, opino que esa triple distinción entre persona, personalidad y personalidad que hace Zubiri y queda resumida anteriormente; es de aplicación a la vida jurídica, pues permiten formular una concepción unitaria de la personalidad jurídica, tanto si nos referimos al hombre, como si nos referimos a los entes colectivos creados por éste. El tema es actual, pues como dice Luigi Lombardi, «el significado y la función del Derecho, en relación con el propio modo de ser del hombre, es una cuestión de hoy en el campo jurídico» (31); tanto más, cuanto el primordial deber del Estado «es garantizar a cada uno de los medios adecuados para su desarrollo personal» (32). Jesús Ballesteros, al precisar el sentido del Derecho, recogiendo las enseñanzas del «movimiento personalista francés» y las conclusiones de la «Escuela de la experiencia», no duda en afirmar que el Derecho «es elemento personificante», que contribuye a consolidar «la continuidad personal» (33).

Ahora bien, siempre que se ha intentado llegar a formular un concepto unitario de la personalidad jurídica se ha hecho sobre la base de resolver estos dos problemas: a) ¿quién es persona jurídica?; b) ¿por qué se reconoce personalidad jurídica a los entes colectivos?

Abordemos la primera cuestión. Desde antiguo se viene afirmando que la persona jurídica es el sujeto capaz de ejercer derechos y cumplir obligaciones y deberes. Y que ese sujeto es el hombre no incapacitado. De ahí la afirmación de Savigny: «Todo individuo, y sólo el individuo, tiene capacidad de Derecho» (34). Pero por influencia de Rousseau, esa capacidad comenzó a atribuirse, no al hombre, sino al «ciudadano» de un determinado Estado. Así, Hegel consideró la personalidad jurídica «como el momento abstracto y formal de la subjetividad», que otorga el Estado, y que no existe fuera de él. Recuérdese que este filósofo no admitía el Derecho Internacional, ni la personalidad de los extranjeros (35). Sin embargo, los derechos del extranjero ya fueron admitidos por el sofista Alcidas en el siglo IV antes de Cristo, y por los estoicos posteriormente. Recordemos también la tesis de Vázquez de Menchaca en orden al reconocimiento de la personalidad internacional del hombre. Hoy no cabe duda, se admite la personalidad del extranjero en todos los sistemas jurídicos, de lo que es ejemplo nues-

lograr con nuestro propio entorno», pues un acto vital supone siempre relación con el entorno que lo origina. Véase *Las Atlántidas*, Obras completas, Ed. 1964, t. III, pág. 291.

(31) *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, 1981, pág. 647.

(32) *Lombardi, ob. cit.*, pág. 362.

(33) *Sobre el sentido del Derecho*, Ed. Tecnos, 1984.

(34) *Sistema de Derecho Romano actual*, traducción española, 1878, págs. 272-273.

Recuérdese que en el Derecho Romano el esclavo, jurídicamente, era una «cosa» del patrimonio de su amo; pero nunca se desconoció se trataba de un ser humano. De ahí las Epístolas de San Pablo en las que se refiere al tema (a los Gálatas, a los Filipenses, a los Colosenses, y sobre todo, a Filemón).

(35) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburgo, 1955, §§ 3 y 258. *Sobre las maneras de tratar el Derecho Natural*, Ed. Aguilar, Madrid, 1979, págs. 79 y sigs.

tro Código Civil en su artículo 27. Incluso nuestra vigente ley electoral, reconoce a los extranjeros residentes su derecho al voto, en las elecciones municipales. Esta realidad puede explicarla la doctrina de Zubiri, en cuanto tales reconocimientos corresponden a la «personeidad» de tales sujetos, que siendo siempre la misma, debe ser reconocida en cualquier ordenamiento jurídico. El ejercicio de derechos reconocidos y el cumplimiento de deberes y obligaciones forma parte de la personalidad jurídica inherente a cada personeidad. El Derecho necesariamente tenía que reflejar la realidad de las estructuras ontológicas del ser humano, y así lo ha hecho en definitiva, como nos muestra el Derecho positivo. El Derecho Romano también lo hizo así. Pensemos en la figura típica del «nasciturus». Consideró a éste como una realidad viviente en el seno de la madre, es decir, reconoció su personeidad con expectativas jurídicas si llegaba a nacer. De ahí el principio jurídico de que se le tenía por nacido para todos aquellos derechos que pudieran beneficiarle, si nacía. Es decir, el legislador romano, intuyó que el «nasciturus» poseía cierto grado de autoposesión, y por ello lo protegió. El principio lo ha recogido nuestro Código Civil en su artículo 29.

Evidentemente, la autoposesión es la esencia de la personalidad humana. También lo es de la jurídica, mero aspecto de aquélla. Los derechos subjetivos de ésta se fundamentan todos ellos en la necesidad que el hombre tiene de desarrollar su propia personalidad, tanto en el orden estatal como en el orden internacional. Sin embargo, hay derechos que se fundamentan en la personeidad: el derecho a nacer, el derecho a la vida, el derecho al propio nombre y a la propia imagen, el derecho a la libertad, el de igualdad, el derecho al respeto de los demás, el derecho a la propia personalidad, el derecho a la asistencia social, etc. Hay otros derechos que se fundamentan en la personalidad y derivan de los momentos campales de ésta: el derecho a seguir una vocación, el derecho a elegir una profesión, o una determinada cultura, el derecho a elegir un tipo de enseñanza, una determinada religión, un cierto estado de vida, el derecho al matrimonio y a constituir una familia, el derecho a contratar, a testar, a instituir entes sociales, el derecho a participar en la vida de las comunidades políticas, el derecho a una determinada nacionalidad y ciudadanía, el derecho al voto, etc. Los primeros, son permanentes como la personeidad humana en la que se basan. Los segundos dan lugar a situaciones jurídicas cambiantes según los momentos campales por los que atraviese la personalidad humana, y según el sistema jurídico que los reconoce y regula.

En todo caso, el Derecho positivo ha ido reflejando constantemente las estructuras ontológicas del hombre al regular su personalidad. Por ejemplo, en orden al derecho de libertad. Con razón, Carlos Cossio ha afirmado que «el hombre es libertad» (36). En efecto, desde la

(36) *La teoría egológica del Derecho*, Buenos Aires, 1944.

No es sólo cualidad ontológica del ser humano, sino también valor fundamental para su misma existencia, como reconoce nuestra Constitución en su Prólogo; y derecho irrenunciable de la persona.

Revolución francesa de 1789, todos los ordenamientos jurídicos han ido acercándose en la regulación de tal derecho a dicha estructura ontológica del ser humano. Ello explica, por qué los derechos humanos tienen categoría universal, lo que es suficiente argumentación para admitir la tesis de que tales derechos no pueden ser resultado de una concesión graciosa del Estado a sus ciudadanos, sino que deben ser reconocidos por éste, aunque siempre le cabe la función de regularlos concretamente, con miras al desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos por un lado y a la justa convivencia política, por otro. Un claro ejemplo lo constituye en nuestro tiempo la doctrina del «abuso de derecho» con respecto al derecho de propiedad privada, pues no sólo debe ejercerse dentro de los límites que expresa el ordenamiento jurídico vigente, sino con miras a la justa convivencia política. De ahí que, como aduce Planiol, un propietario no puede impedir que los pobres recojan las espigas y granos sueltos de trigo, una vez recogida la cosecha.

También responde a la estructura ontológica del hombre la distinción establecida en los diversos sistemas jurídicos entre capacidad jurídica general y capacidad de obrar. Esta última es reconocida a la personalidad jurídica según el grado de su desenvolvimiento personal, desde el nacimiento a la muerte. Existen dos grados fundamentales: la mayoría y la minoría de edad. Y una línea divisoria, que es la edad de los sujetos, único criterio objetivo satisfactorio, con posibilidad de corrección mediante las figuras de la «emancipación» y de la «*venia aetatis*». La capacidad jurídica general se reconoce al hombre desde el mismo momento de su nacimiento, en las condiciones que determina el Derecho positivo. Así lo hace también nuestro Código Civil en sus artículos 29 y 30. Pero la capacidad de obrar depende de la edad y del acto jurídico de que se trate: por ejemplo, para contraer matrimonio, para adoptar hijos, para ser testigo en juicio, etc.

Tras de lo expuesto se comprende por qué el derecho a la personalidad jurídica del hombre sea un derecho universal. Rosmini ya lo indicó así en el pasado siglo, al calificarlo de «derecho humano subsistente», y al afirmar que este derecho constituye «la esencia de todo Derecho» (37). Se comprende también, por qué en el siglo XVII nuestro Vázquez de Menchaca abogase por el reconocimiento de la personalidad jurídica de la personal humana a nivel internacional.

Por último, no podemos concluir acerca de la primera de las dos cuestiones antes planteadas, sin referirnos a la posible «despersonalización voluntaria» de que trata Legaz Lacambra, y que describe así: «Al hombre le cabe la extraña posibilidad —que sólo a él es dada— de hacer un uso tan peregrino de tales elementos (se refiere a la racionalidad, conciencia y libertad humanas) que llegue a frustrar su personalidad y deje reducida ésta a aquel irreductible mínimun, meramente formal, que dimana del hecho de que todavía es un ser humano, y

(37) *Filosofia del Diritto. Diritto derivato*, parte I, cap. 3, vol. XXXV, Ed. Nazionale, págs. 191-192.

como tal, una persona» (38). Pensemos en el drogadicto profundo. Por frustrada que llegue a ser su personalidad, subsiste la realidad de su ser, es decir, su personeidad; y por ello, como dice Zubiri, siempre será capaz de arrepentirse, de rectificar su conducta y rehabilitar su personalidad.

En definitiva, ¿quién es persona jurídica? En principio, todo hombre desde que nace, según Díaz Picazo y Gullón (39). La personalidad jurídica es una forma de la humana. Es la misma persona en cuanto es considerado sujeto capacitado para ejercer derechos y cumplir deberes y obligaciones jurídicas, y responsabilizarse de sus efectos; es decir, en cuanto se le reconoce jurídicamente la cualidad ontológica de ser un «autós», una «suidad real», «que va siendo a través de su existencia temporal», con personeidad permanente y personalidad cambiante, a medida que personaliza todo cuanto deriva de su personeidad y lo que adviene a la persona por sus diversas actuaciones en campos diversos, tal como piensa Zubiri.

Abordemos ahora la segunda cuestión de las dos planteadas. ¿Por qué se reconoce personalidad jurídica a los entes colectivos? Aunque de modo ficticio, ya en el siglo XIII se empezó a reconocérseles cierta personalidad. En efecto, fue Sinibaldo Flisco el primero que trató de la cuestión, introduciendo la expresión «persona ficta» a propósito de las «universitates», que nada pueden obrar jurídicamente «nisi per membra sua» (40). Más recientemente, Savigny propugnó científicamente la condición de ficción jurídica a tales entes sociales. La misma dirección siguió su discípulo Puchta (41). También Jhering (42). Asimismo, Duguit (43) y Hoelder. Y últimamente Hans Kelsen (44). Estos últimos, sin duda, como consecuencia lógica de la negación de los derechos subjetivos.

Sin embargo, no faltan defensores de la realidad de tales entes, como personalidades jurídicas, distintas a las personalidades de sus miembros. Uno de los argumentos más sólidos lo proporcionó Degenkolb, al alegar que tales entes pagaban impuestos fiscales distintos a los de sus asociados. Sin embargo, las numerosas doctrinas que se han

(38) *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, pág. 531.

No sólo le cabe «vaciar» su personalidad, reduciéndola a lo que podría llamarse «nula personalidad», por propia voluntad; cabe también que ese vaciamiento le sea impuesto por otros, por ejemplo, el tan frecuente «secuestro», de quienes utilizan una persona como instrumento para sus fines. Este caso, como el del «lavado de cerebro», la «tortura» y el «sadismo» ejercidos sobre un ser humano, suponen una «cosificación» de la persona, como dice Cotta.

(39) «Todo hombre —dicen los citados autores— es persona. La personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de manera arbitraria, pues es una exigencia de su naturaleza y dignidad, que el Derecho no tiene más remedio que reconocer.» *Ob. cit.*, pág. 229.

(40) Flisco fue Papa con el nombre de Inocencio IV en la Iglesia Católica. Consideraba las «universitates» como *nomen intellectuale*.

(41) *Pandektenrecht*, parágrafo 36.

(42) *El fin en el Derecho*, traducción española, 1886.

(43) *Traité du Droit Constitutionnel*, París, 1927. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901.

(44) *Teoría General del Derecho y el Estado*, Ed. Labor, 1934.

dado, tanto en el campo de la Ciencia jurídica como en el de la Filosofía jurídica, carecen de un criterio común, aunque cada una de ellas destaque un aspecto de esa realidad. Así, la teoría voluntarista (Haff y Ziettelmann) subraya la voluntad colectiva de tales entes, diferente a las voluntades de sus socios; la teoría del patrimonio (Brinz, Schwarz y Bekker) destaca la función jurídica del patrimonio colectivo; la teoría organicista (Gierke, Wundt y Spann) fija su atención en la vida propia de tales entes, en su actuación organizada y en su propia responsabilidad jurídica; la teoría de la realidad social destaca que se trata de realidades sociales vivas (Del Vecchio, Zanobini). Tampoco han faltado teorías mixtas, tales como la de Michoud y Jellineck, ponderando por un lado la voluntad propia de los entes colectivos, y por otro, el interés social de los mismos, que el Derecho protege.

El argumento de la «realidad social» de tales entes fue ya esgrimido por Hegel, considerándoles como entes culturales (Kulturperson), y como forma de realizar la «razón objetiva» (45), por lo cual bien merecen otorgarles personalidad jurídica por parte del Estado. El mismo punto de vista siguieron Binder y Larenz. Pero sin duda, la doctrina que más ha destacado en orden a la realidad social de los entes colectivos es la doctrina de la institución, que tanta influencia tuvo en la redacción del Código Civil italiano de 1942, a través de Santi Romano (46), quien desarrolló la doctrina organicista de Gierke, considerando al ente colectivo como «realidad», como «unidad real viva». Como «organismo real vivo», también consideró a los entes colectivos Maurice Hauriou (47). Este explica la unidad de ser a través de un triple movimiento, operado en la conciencia de los asociados: el primero, es la subjetivación de la idea directriz del ente en la conciencia de cada miembro; el segundo, es el movimiento de incorporación al ente de cada asociado; el tercero, es el movimiento de comunión —a través de la idea directriz— entre los miembros del ente, el cual impulsa a todos ellos a cooperar entre sí y obrar en común. Al citado jurista francés corresponde también la distinción entre «institución-persona» e

(45) Desde el momento que Kelsen considera que las situaciones jurídicas que afectan al sujeto, como punto de incidencia entre el «Tatbestand» y el «Zurechnung», se originan objetivamente del Derecho positivo, forzosamente tenía que negar la realidad del derecho subjetivo y el concepto de personalidad. Por otra parte, ha de reconocerse, que tal unificación en torno al «sujeto» resolvió el problema de la distinción entre personalidad individual y personalidad colectiva.

«Toda persona —ha dicho Nicolai Hartman— lo es por su *subjetividad*... es el ser que en su actividad axiológica se define como *administrador libre* del deber axiológico en el mundo real.» *Ethik*, Berlín, 1926, pág. 136. Citado por Alfred Steen en *Filosofía de los valores. Panorama de las tendencias actuales en Alemania*, Buenos Aires, 1960, págs. 65 y sigs.

(46) A. TARANTINO, en *Brevi reflexione su precedenti dottrinale dell'istituzionalismo di Santi Romano*, Riv. Int. di Filosofia del Diritto, 1977, págs. 695 y sigs.

G. TARELLO, en *La dottrina dell'ordinamento e la figura di Santi Romano*, Ed. Giuffré, Milano, 1977.

(47) *Theorie de l'institution et de la fondation*, Cahiers de la nouvelle journée, París, 1925. El propio Hauriou confiesa en dicho trabajo, que su doctrina está extraída de la realidad práctica de la Administración pública; y que a ella le condujo la observación de lo que quedaba como permanente a través de los diferentes actos jurídicos de aquélla.

«institución-cosa», ambas con personalidad jurídica. También en el «realismo social» basa Delos (48) su doctrina institucional.

Sin embargo, y dentro de esa línea institucional, quien más ha profundizado, a mi juicio, es George Renard, pues trata el tema no sólo desde el punto de vista sociológico-jurídico, sino también desde el punto de vista filosófico (49). En efecto, basándose en la filosofía tomista del «todo» y las «partes», explica la unidad ontológica de la institución. Es un «todo» integrado de «partes sustanciales», que son las personas asociadas (ya sean hombres, ya sean otras instituciones menores). Las instituciones son una realidad ontológica y social. Responden a la necesidad humana de alcanzar fines, que por sí mismo el hombre no puede. Así, pues, por analogía, tales entes colectivos merecen el reconocimiento de una propia personalidad jurídica. Por eso Renard opina que el derecho a fundar tales instituciones es un derecho del hombre. Al Estado sólo le corresponde reconocer esa fundación mediante el establecimiento de los requisitos necesarios para el ejercicio de su respectiva personalidad jurídica.

Resumamos los rasgos característicos de los entes colectivos, señalados por las diferentes doctrinas científicas y filosóficas reseñadas antes, y que son las siguientes: unidades culturales, unidades sociales vivientes, entes sociales con propia voluntad, patrimonio propio y capacidad de obrar a través de sus órganos, sujetos jurídicos con propia responsabilidad, unidad ontológica integrada por partes sustanciales. ¿Se infiere de ellas un concepto unitario?

Según Zubiri, el pensamiento puede aprehender las cosas como «algo», siempre que éste pueda darse como circunscripción de una cosa en el seno de las demás; y a condición de que nuestra aprehensión confiera sentido a esa cosa, dentro del universo en que está situada (50). De ahí que no quepa intentar un concepto unitario de ese algo sin integrar sus notas esenciales dentro de un orden metafísico (51). Sólo

(48) *La theorie de l'institution*, Archives de Philosophie du droit et Sociologie juridique, París, 1931, págs. 145-147.

(49) George Renard, siguiendo las directrices de Hauriou, publica en 1929, su libro *La theorie de l'institution*, editada por Sirey, París. El libro está dividido en lecciones y unos apéndices, donde desarrolla su doctrina sobre la «institución-persona», dejando al margen la «institución-cosa», que también había considerado Hauriou. Diez años después, en 1939, publica en París, en la propia editorial que el libro anterior, *La philosophie de l'institution*, obra en la que trata de fundamentar ontológicamente la vida de las «instituciones-persona».

(50) *Naturaleza...*, *ob. cit.*, pág. 86.

Capilla Roncero cree encontrar la razón de ser de la persona jurídica colectiva en su autonomía patrimonial. Lo afirma con estas palabras: «En resumen, la personalidad jurídica (colectiva) se hace casi sinónimo de autonomía patrimonial, que, pudiendo ser de distinto grado, genera la consideración de que la personalidad jurídica sea una cualidad cuantificante». Pero entonces, ¿por qué —dice— no reconocer personalidad jurídica a la comunidad hereditaria, a la sociedad de gananciales o a la mera comunidad de bienes?» *Ob. cit.*, pág. 131. También Castro y Bravo ha destacado esa cualidad de patrimonio propio como característico de la personalidad colectiva, junto a su propia finalidad. Véase, *La persona jurídica*, Madrid, 1981.

(51) *Sobre la esencia...*, *ob. cit.*, págs. 271 y 350.

Con lo cual, resulta evidente que cabe un concepto unitario y metafísico de la persona colectiva. Por tanto, no cabe reducirlo a mero concepto formal. Como dice Capilla

así cabe obtener su «esencia constructiva», que es tanto como decir su «realidad». Pero no se trata de unificar tales notas sumándolas y describiéndolas, sino de hallar o constatar su unidad. La unidad de algo, como dice nuestro filósofo, es «aquello que, *prima et per se*, se actualiza en sus notas esenciales; no es el mero haz de notas esenciales, sino la unidad que se actualiza en ellas, ya que ellas constituyen la sustantividad completa de lo real» (52). Sólo así se puede comprender la esencia de una cosa, que es lo que hace que «lo real sea tal cual es». Por tanto, aunque averiguar cuáles sean las notas esenciales de algo es propio de la investigación científica, llegar a conceptuar «la talidad misma de esa cosa» es propio de la aprehensión metafísica. Es por esta última, que comprendemos que tal esencia es un *quid tale* (53); «aquello según lo cual y sólo según lo cual, la cosa es *algo real*» (54).

Es patente que la Ciencia jurídica, a través de las teorías antes reseñadas, ha ido destacando diversos aspectos de la personalidad jurídica colectiva, pero no ha llegado, porque no podía llegar, a destacar un criterio unitario acerca de esa personalidad. Por otra parte, el Derecho positivo —siempre a remolque de la doctrina jurídica por un lado y de las necesidades sociales por otro— ha ido regulando la actuación de los entes colectivos, reconociéndoles cada vez en mayor grado una propia personalidad jurídica, hasta distinguirla claramente de la personalidad respectiva de sus componentes. Como dice Zubiri, «se trata de que toda esencia constitutiva tiene como momento metafísico, intrínseco suyo, el ser, además de algo constitutivo de sustantividad, una *potencialidad genético-esencial* de producir otra esencia individual y específicamente distinta» (55).

Por eso, en cuanto la doctrina jurídico-científica comenzó a justificar la tesis de la personalidad jurídica de los entes colectivos, diferenciándola de la personalidad de los asociados, componentes de los mismos, comenzaron los diferentes sistemas jurídicos a concretar acerca de su capacidad jurídica y de obrar, su patrimonio, sus derechos y obligaciones, su responsabilidad, su nombre registrado, etc. Todo ello a impulsos de una necesidad real, el reconocimiento de la realidad social de su existencia. Así se explica el fenómeno de la multiplicación de los entes colectivos en el último siglo, de lo que es claro ejemplo el movimiento de instituir cooperativas de la más variada clase.

Siguiendo, pues, a Zubiri, podemos afirmar que la Ciencia jurídica ha ido descubriendo las notas esenciales de los entes colectivos, y los rasgos de actuación como sujetos jurídicos, sin llegar a descubrir su «ta-

Roncero, elaborar ese concepto reductivo, limitado al «mínimo denominador común a todos los supuestos institucionales calificados como personas jurídicas, resultaría un concepto tan vago, que a poco sirve». *Ob. cit.*, págs. 76-77.

(52) *Sobre la esencia...*, *ob. cit.*, pág. 271.

(53) *Idem, ídem*, pág. 371.

Por eso, Gil Cremades, al comparar la filosofía de Zubiri con la de Ortega, dice que ésta puede inscribirse en el círculo de las filosofías de la existencia, en tanto la de Zubiri se encuadra en la filosofía de la esencia. Trabajo citado, pág. 149.

(54) *Sobre la esencia...*, *ob. cit.*, pág. 456.

(55) *Idem, ídem*, pág. 261.

lidad» o «mismidad ontológica», que no es otra que el tratarse de una «realidad social viva», con propia sustantividad, no sólo estructural (que puede ser diversa dada la diversidad de entes colectivos) sino también dimensional (según sus propios fines y capacidad de actuación). Por tanto, todo ente colectivo (asociaciones, comunidades, instituciones) es una «realidad social que va siendo» durante su existencia temporal. Esta es la razón analógica frente a la persona humana. Y a semejanza de ésta, cabe considerar en los entes colectivos una personeidad, que será siempre la misma, mientras no cambie la estructura del ente, ni su propia finalidad; y una personalidad jurídica correspondiente a su personeidad. Los entes colectivos son también capaces de autoposición, como las personas humanas, tienen voluntad propia como éstas, propio patrimonio y propia responsabilidad, *mutatis mutandi*, como aquéllas, aunque el paralelismo no es completo, porque evidentemente las personas jurídicas colectivas no pueden realizar ciertos actos jurídicos, como por ejemplo, testar. Consecuentemente, no han sido sólo razones políticas (aunque, sin duda, puedan haber influido) las que han promovido la creación y el reconocimiento de la personalidad jurídica de tales entes, como piensa Capilla Roncero (56), sino la realidad social de su existencia a impulsos de la necesidad humana de potenciar en el espacio y en el tiempo su acción, para lograr fines que son imposibles obtener por la acción aislada del hombre. No es otra la razón por la cual nuestra Constitución de 1978 reconoce al ciudadano español derecho a constituir empresas en el artículo 38; y asimismo, reconoce tal derecho a los extranjeros en el artículo 13.1 de la misma, en relación con el artículo 15 del Código de Comercio.

No toda asociación merece el reconocimiento de personalidad jurídica. Cabe, en efecto, la existencia de agrupaciones humanas carentes de auténtica personeidad, que por ello no se les puede reconocer personalidad jurídica. Un ejemplo histórico nos lo proporciona el origen mismo del contrato de sociedad que, según Bonfante, está en la «*societas ercto non cito*» de los romanos, esto es, la agrupación de los coherederos de un mismo causante, cotitulares de la herencia relicta. Trátase meramente de un núcleo social sin personalidad en principio, pero que puede llegar a constituirse en sociedad en cuanto los coherederos se unan jurídicamente para realizar una empresa común con el patrimonio de todos. Es entonces cuando ese mero núcleo social se convertirá en una realidad viva, con personeidad y personalidad propias, siempre que se ajusten al Derecho vigente. Así lo permite el artículo 1666 de nuestro Código Civil, el cual regula la forma adoptada (art. 1667.8), exige la publicidad del acuerdo (art. 1669), y determina la responsabilidad jurídica de la sociedad (art. 1683.7, en cuanto a los socios; 1688.91, respecto de la sociedad; y 1697.8, respecto de terceros). También regula su extinción (arts. 1700-1708). Y lo mismo sucede en el Código de Comercio, sólo que en éste la sociedad anónima tiene mayor permanencia y duración, al estructurarse su personeidad

(56) *Ob. cit.*, pág. 146.

no sobre las personas humanas, sino sobre las acciones de la sociedad.

Que los entes colectivos son capaces de autopoerse, a semejanza de las personas humanas, lo tenemos reconocido implícitamente en el artículo 37 de nuestro Código Civil. De ahí la exigencia de propio domicilio y nacionalidad (arts. 40 y 41 del propio Código). Su propia capacidad jurídica está reconocida en el artículo 37 del mismo. Por otra parte, nuestro Código de Comercio exige, al igual que en las personas humanas, nombre y registro de las compañías mercantiles como *conditio sine qua non* (art. 5). También exigen este requisito respecto de las asociaciones la vigente Ley de Asociaciones; y respecto de las fundaciones culturales el Decreto de 21 de julio de 1972.

Además, nuestro Código Civil nos da ejemplo de su intento de regular unitariamente la personalidad jurídica de los entes colectivos al agruparlos en un sólo Título denominado «Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil» (Título II, del Libro I), con dos Capítulos: el primero dedicado a «las personas naturales»; y el segundo a «las personas jurídicas» (colectivas). Y esto es de resaltar, habida cuenta del carácter genérico de nuestro Código Civil, y su alcance respecto de toda relación jurídica, así pública como privada. Un ejemplo nos lo da el artículo 35. En su primer apartado se refiere a las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público; en tanto el segundo se refiere a las asociaciones de interés privado (civiles, mercantiles e industriales). Estas últimas deberán regirse por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, ya citadas (art. 36). Las de interés público deberán regirse por las leyes que las creen, en las corporaciones; los estatutos —debidamente aprobados por disposición administrativa— deberán regir las asociaciones públicas; y las instituciones de carácter público deberán regirse por las disposiciones que las hayan creado o reconocido. Su capacidad jurídica está regulada (incluida la Iglesia Católica) por el artículo 38. La liquidación de su respectivo patrimonio, en caso de extinción, lo regula el artículo 39. Un dato más del intento de consideración unitaria por parte del legislador español, nos lo ofrece el Título III del Código Civil. En efecto, en los artículos allí expresados, bajo el título «Del domicilio», se regula, tanto el de las personas humanas (art. 40) como el de las personas colectivas (art. 41). En ambos, se destaca al domicilio como el centro para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones propias de ambas personalidades.

Idéntica consideración se observa en el Derecho público. No influye la clase de personalidad jurídica reconocida. Por eso no se distingue a efectos de ésta las Corporaciones de las Fundaciones, ni las Corporaciones obligatorias (como los Ayuntamientos) de las voluntarias (como los Colegios profesionales), ni la distinción entre instituciones territoriales o institucionales meramente (57). En todo caso se les reconoce una personalidad jurídica y de obrar (a veces pública y privada); un propio patrimonio y una propia representatividad (por ejem-

(57) J. M. BOQUERA, *Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1983, págs. 195 y sigs.

plo, véase el art. 221 de la Ley de Régimen Local). Todo ello regulado por la Ley o Reglamento administrativo que las reconoce (por ejemplo, las Mancomunidades de Provincias y de Municipios, que autoriza nuestra Constitución en su artículo 141.3 y regulan, la Ley 41/1975, modificada por el Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, en cuyos artículos 11 y 13 se les reconoce personalidad jurídica propia).

Lo mismo ha sucedido en el campo del Derecho Internacional, en el caso de las llamadas «empresas multinacionales». Como ha dicho Vernon, el criterio que ha prevalecido no ha sido el cuantitativo, sino el organizativo de las mismas (58), precisamente porque ese criterio es el que revela «la talidad» de tales empresas. Y lo confirma Hadari (59), cuando subraya la necesidad de basar en tal criterio organizativo el marco jurídico de su actuación; y más, porque como ha dicho Vicent Chuliá (60) la estructura de tales entes colectivos está constituida por una asociación de sociedades privadas unidas entre sí mediante vínculos jurídicos que tienen relación a distintos ordenamientos jurídicos estatales. De ahí la preocupación en los últimos años de crear un marco jurídico común, como por ejemplo el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea de 30 de abril de 1975, que ofrece criterios unitarios —dentro de la Comunidad Económica Europea— respecto de la nacionalidad y responsabilidad jurídica de tales entes, pero destacando ante todo su «realidad». En igual sentido, recordemos aquí el Convenio Europeo de Strasburgo de 1966 y el de Brujas de 1967.

En conclusión, puede afirmarse, que tanto desde el punto de vista de la legislación vigente, como desde el punto de vista de la doctrina, se ha reconocido personalidad jurídica a los entes colectivos en cuanto «realidades sociales vivas», capaces de autopoerse, de tener propia voluntad, propio patrimonio y propia responsabilidad; es decir, por «ser formal y reduplicativamente una suidad real» y tener «propia sustantividad», tal como caracteriza a la persona, ontológicamente, Zubiri, en este caso, la persona colectiva, a la que cabe aplicar también el aspecto «in» (recuérdese la importancia del criterio organizativo antes aludido) y el aspecto «ex» o sustantividad dimensional, puesta de relieve, especialmente en orden a las «multinacionales» como queda dicho; como también cabe aplicar la distinción entre personeidad (notable en el caso de la absorción de otras entidades en el seno de otra mayor) y la personalidad del ente colectivo, «realitas in essendo», como dice Zubiri. Como en las personas humanas, la personalidad jurídica de tales entes no es sino un aspecto de su personalidad ontológica. Con lo cual queda contestada la pregunta que nos habíamos formulado como segunda cuestión. Otra cosa es, que a tal reconocimiento hayan contribuido otro tipo de razones: políticas, económicas, sociales y culturales.

(58) J. VERNON, *Les entreprises multinationales*, París, 1973.

(59) HADARI, *The structure of the private multinational enterprise*, Michigan, 1973.

(60) *Concentración y unión de empresas en el Derecho español*, Madrid, 1971.

El problema del derecho natural en J.-J. Rousseau

Por JOSE LOPEZ HERNANDEZ

Murcia

1. EL PROBLEMA VISTO POR LA CRITICA

Todos los estudios sobre la historia del pensamiento político, así como las interpretaciones sobre el pensamiento de Rousseau, coinciden en señalar la importancia del ciudadano de Ginebra en la crisis del derecho natural moderno. La diferencia de los puntos de vista versa sólo sobre el resultado final: si la posición de Rousseau implica una ruptura total con la tradición iusnaturalista o si, en cambio, mantiene en su teoría el núcleo esencial de dicha tradición.

G. H. Sabine caracteriza el siglo XVIII francés como época de la decadencia del derecho natural a causa de la mixtificación producida en el mismo por la introducción de consideraciones de carácter físico (Montesquieu) o utilitaristas (Helvetius). Diderot recoge en su artículo «Droit naturel» de la *Enciclopedia*, de forma resumida, los elementos centrales de aquella concepción mixtificada y Rousseau simplemente se limita a criticar las incongruencias de la misma, pasando a una formulación nueva, convencionalista, de los derechos naturales (1).

Para Leo Strauss, Rousseau provoca la primera crisis del derecho natural, antes de la gran quiebra producida por la obra de Nietzsche. Jean-Jacques no encuentra en el hombre natural ningún rasgo humano, ningún trazo que apunte hacia el hombre como ser social; por eso, el derecho natural sólo rige en el estado de naturaleza, pero allí no existe sociedad ni, en consecuencia, se puede hablar con propiedad del hombre. Su crítica abría paso al historicismo, pero él no podía dar este paso, porque su época consideraba aún la historia como algo accidental y arbitrario (2).

Hans Welzel señala que el mérito de Rousseau ha sido el fundir bajo el concepto de voluntad general la idea y la realidad del derecho: «La trascendencia se ha hecho superflua —dice—, ya que la realidad

(1) G. H. SABINE, *Historia de la teoría política*, Madrid, F.C.E., 1981 (1.ª ed. inglesa, 1937).

(2) L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, París, Plon, 1954 (1.ª ed. inglesa, 1953).

posee en sí la garantía de una justicia permanente» (3). Cuando en el *Contrato social* se afirma que existe un orden eterno, instaurado por Dios, del que mana toda justicia, pero que nos es imposible conocer y que, por tanto, el derecho brota exclusivamente de las convenciones (4), Welzel opina que Rousseau se está despidiendo con estas palabras del derecho natural.

Los estudios específicos sobre el pensamiento político rousseauiano ponen más aún de manifiesto la problemática que nos ocupa. En la segunda década de nuestro siglo C. E. Vaughan (5) afirmaba que la ley natural está ausente del *Discurso sobre la desigualdad entre los hombres*. En dicho escrito de Rousseau, el hombre en estado de naturaleza aparece como un ser instintivo y, habida cuenta que la ley natural era en la doctrina jurídica una ley de razón, el hombre en ese estado no podía regirse por ella ni podía poseer, por tanto, una idea de lo justo y de lo injusto. En segundo lugar, Vaughan considera que Rousseau demolió el concepto de ley natural en su primera versión del *Contrato social* (llamada *Manuscrito de Ginebra*), donde niega que exista una sociedad general de todos los hombres y, por tanto, niega que exista a su vez un «tratado social dictado por la naturaleza» para dicha sociedad hipotética. Vaughan interpreta aquí la palabra «tratado» como «ley» y, en ese sentido, la ley natural habría sido en efecto rotundamente eliminada por Jean-Jacques de su concepción política. En la misma línea que Vaughan se han manifestado otros intérpretes, como A. Schinz, J. W. Gough, E. Reiche y A. Cobban (6).

La idea de que Rousseau rechazaba la tesis principal del iusnaturalismo (la preexistencia y prioridad de la ley natural sobre la ley civil) no era, por lo demás, nueva. Ya en su tiempo algunos de sus críticos lo entendieron de la misma manera al leer el *Contrato social*. Por ejemplo, el P. G. F. Berthier le criticaba con las siguientes palabras: «Pero anteriormente a esta disposición civil o política, la razón, la ley natural existían, y una y otra habían determinado las relaciones esenciales del orden social» (7).

Sin embargo, y volviendo a nuestro siglo, antes de finalizar la primera mitad una interpretación radicalmente opuesta se abre camino y llega a imponerse hasta fechas relativamente recientes. Franz Haymann la inicia con un artículo muy documentado, aparecido en los *An-*

(3) H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1957, pág. 158.

(4) ROUSSEAU, *Contrat social*, II, 6, en *Oeuvres Complètes*, París, Gallimard-La Pléiade, 1964, t. III, pág. 378. En adelante se citará esta edición por las siglas O. C.

(5) C. E. VAUGHAN, *The political writings of J.-J. Rousseau*, with introduction and notes by..., Oxford, Blackwell, New York, Wiley, 1962, 2 vols. (1.ª ed., Cambridge, UK., 1915).

(6) A. SCHINZ, *La pensée de J.-J. R.*, París, 1929; J. W. GOUGH, *The Social Contract. A critical study of its development*, Oxford, 1936; E. REICHE, *Rousseau und das Naturrecht*, Berlín, 1935; A. COBBAN, *Rousseau an the Modern State*, London, G. Allen & Unwin, 1964 (1.ª ed., 1934).

(7) G. F. BERTHIER, *Observations sur le Contract social de J.-J. Rousseau*, París, 1789, pág. 9.

nales de la Société J.-J. Rousseau (8). Allí aporta textos de diversos escritos rousseauianos en los que la ley natural aparece citada como norma suprema que obliga a todos, tanto en el estado de naturaleza como en el estado social. El *Discurso sobre la desigualdad* es para Haymann un alegato en favor de la ley natural. Finalmente, el *Manuscrito de Ginebra* lo interpreta en sentido contrario a Vaughan, basándose en dos argumentos principalmente: 1) El «tratado social dictado por la naturaleza» que, según Rousseau, es una quimera, no es para Haymann sinónimo de «ley natural». 2) Rousseau habla en este escrito de dos clases de derecho natural, uno razonado y otro propiamente dicho, con lo que quedaría a salvo de toda sospecha de anti-iusnaturalismo.

R. Derathé (1950) escribe un estudio sólido y documentado, difícil de superar, sobre el tema (9). En lo que respecta a la ley natural, sigue la argumentación de Haymann y la completa. A la luz de un texto de las *Lettres de la Montagne* (Carta VI), Rousseau afirma, según Derathé, la existencia y la supremacía de la ley natural, aunque ésta no tiene las mismas características en él que en Locke y Pufendorf. Estos autores hacen coincidir la ley natural con la recta razón y la suponen vigente en el estado de naturaleza, pues en dicho estado el hombre es para ellos un ser plenamente racional. Para Rousseau, en cambio, la ley de razón no tiene ninguna efectividad en el estado de naturaleza, por ser el hombre un ser instintivo y privado de luces; allí el derecho natural se funda en principios anteriores a la razón. Sólo con la aparición de la sociedad y el desarrollo de la facultad racional en el hombre surge el «derecho natural razonado». La conclusión de Derathé es clara: «Rousseau no ha renunciado al derecho natural —dice—. Todos sus esfuerzos tienden, por el contrario, a mostrar que el derecho natural *existe* en el estado de naturaleza y que *subsiste* en la sociedad civil» (10). La diferencia con sus predecesores estaría, pues, en que éstos se formaron una noción única del derecho natural y Rousseau, sin embargo, distinguió entre el derecho natural primitivo, prerracional, y el mismo derecho restablecido sobre bases racionales.

Otros estudios del período comprendido entre 1930-1970 oscilan, aunque más equilibradamente, entre las dos posiciones antagónicas expuestas. E. Cassirer, B. Groethuysen, P. Burgelin, R. Polin (11) señalan diversos aspectos de la relación de Rousseau con la doctrina clásica: el imperio de la ley, la diferencia entre derechos del hombre y derechos civiles, la relación (o conflicto) entre el orden natural y la existencia individual, la ruptura entre estado natural y social; todo lo

(8) F. HAYMANN, «La loi naturelle dans la philosophie politique de J.-J. Rousseau», en *Annales de la Société J.-J. R.*, t. XXX, Genève, 1943-1945.

(9) R. DERATHE, *J.-J. Rousseau et la science politique de son temps*, 2.^a ed., París, J. Vrin, 1974 (1.^a ed., 1950).

(10) DERATHE, *op. cit.*, pág. 168. Los subrayados son del autor.

(11) E. CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración*, México, F.C.E., 3.^a ed., 1972 (1.^a ed. alemana, 1932); del mismo, *The Question of J.-J. Rousseau*, New York, Columbia UP, 1954 (1.^a ed. alemana, 1932), pág. 62; B. GROETHUYSEN, *J.-J.- Rousseau*, París, Gallimard, 2.^a ed., 1949, págs. 145 y sigs.; P. BURGELIN, *La philosophie de l'existence de J.-J. R.*, París, Vrin, 1973 (2.^a); R. POLIN, *La politique de la solitude*, París, Ed. Sirey, 1971.

cual plantea problemas nuevos, difíciles de resolver en el marco tradicional del iusnaturalismo.

En la última década, Victor Goldschmidt, con otro estudio monumental (12), ha llegado a conclusiones más prudentes. Sobre el tema que nos ocupa Goldschmidt afirma que «no hay respuesta unívoca». Pero Rousseau ha renovado la disciplina del derecho natural y el desarrollo posterior que la misma ha tenido de Kant a Hegel sería impensable si nos atuviéramos sólo al tratado de Pufendorf y si la crítica rousseauiana no se hubiera producido (13).

En un extenso artículo, Torres del Moral hace una valiosa aportación sobre el problema (14). Para él, Rousseau no parte, como el iusnaturalismo clásico, del concepto de ley natural, sino de un análisis de las características del hombre primitivo. Llevando a sus últimas consecuencias el postulado de Grocio de que el derecho natural debe basarse en la naturaleza humana, Rousseau profundiza en el estudio del hombre y llega así a la siguiente conclusión, contradictoria con el punto de partida: puesto que el hombre es un ser perfectible, sujeto a la evolución histórica, el derecho natural debería ser concebido, no como algo inmutable, sino de forma variable, de acuerdo con la naturaleza humana. Así pues, Rousseau no habría hecho más que desarrollar consecuentemente las contradicciones latentes en la teoría modernizada del iusnaturalismo (15).

Hoy parece imponerse de nuevo la idea de ruptura y avance que la obra de Rousseau supuso para la doctrina clásica del derecho natural. Como prueba, haremos una referencia breve a la intervención de A. Kremer-Marietti en el Coloquio Internacional de Chantilly, con motivo del II Centenario de la muerte de Jean-Jacques (16). Según esta autora, Rousseau se propone, efectivamente, en el *Discurso de la desigualdad* descubrir la ley natural, investigando para ello cómo era el hombre en su constitución originaria. Pero en el *Contrato social* (I, 1), Rousseau deja a un lado el derecho natural y afirma que «el orden social es un derecho sagrado» que está «basado en las convenciones»; su propósito es explicitar cuáles son esas convenciones. La opinión final de Kremer-Marietti es que, para Rousseau, la norma, que es el tema de estudio de su obra política, no deriva directamente de la naturaleza de las cosas (17). Hay, pues, una independencia de la ley que mana

(12) V. GOLDSCHMIDT, *Anthropologie et politique. Les principes du système de Rousseau*, París, Vrin, 1974.

(13) GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pág. 783.

(14) A. TORRES DEL MORAL, «Modelo y antimodelo en la teoría política de Rousseau», Separata del núm. 212 de la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1977.

(15) Cfr. art. cit., pág. 25. Otro comentarista español, Agustín de Asís, en su artículo «La ley natural en Rousseau», en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, t. I, Granada, 1961, concluye que «las condiciones en que se mueve su pensamiento (el de Rousseau) hacen imposible una teoría de la ley natural» (pág. 108).

(16) Cfr. A. KREMER-MARIETTI, «Droit naturel et état de nature chez Rousseau», en *J.-J. R. et la crise contemporaine de la conscience*, Colloque Internationale..., 5-8 septiembre, 1978, París, Beauchesne, 1980.

(17) Esta opinión la expone en la discusión posterior a su conferencia. Cfr. art. cit., pág. 207.

de las convenciones respecto del orden general de la naturaleza conocido por la recta razón, y en este sentido Rousseau se opondría a la idea central del iusnaturalismo, tanto antiguo como moderno. El *Contrato social* representa, pues, un salto en el vacío y la comentarista se pregunta si Rousseau no es un precedente del normativismo de Kelsen.

2. LA TEORIA DEL DERECHO NATURAL EN LOS PREDECESORES DE ROUSSEAU

La idea general y más simple en la que se basa la doctrina iusnaturalista es la de que «existen normas jurídicas fundamentales que no provienen del derecho positivo, sino que, por el contrario, le preceden y se encuentran en su base» (18). Esta idea procede de la filosofía griega. A las normas jurídicas preexistentes que rigen la vida social se las ha llamado desde entonces «ley natural».

La teoría moderna del derecho natural es una continuación, desde un nuevo enfoque, de una tradición ininterrumpida que viene de la antigüedad. El ropaje teológico con que se había vestido la doctrina será objeto de ataques en la época moderna. La tarea fundamental de esta nueva etapa será, pues, la secularización del derecho. Pero las ideas básicas seguirán siendo las mismas: ley natural, recta razón, sociabilidad natural. Junto a la corriente escolástica española, que prepara el terreno para la nueva formulación jurídica laica de Altusio y Grocio, encontramos la figura revolucionaria de Hobbes, que introduce elementos originales en la teoría iusnaturalista.

Hobbes inicia lo que se ha llamado teoría naturalista del derecho natural y, al mismo tiempo, es el impulsor de la corriente racionalista. El derecho natural no es para Hobbes más que «la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, su propia vida» (19). El derecho natural queda reducido al libre juego de las fuerzas de que cada hombre dispone en estado de naturaleza. Tal derecho proviene de la naturaleza misma, que rige con sus leyes todos los espacios de la realidad, incluido el ámbito humano. El derecho natural es separado del derecho positivo (que sólo aparecerá con la firma del pacto) y pierde, por tanto, su carácter normativo y regulador de la vida social. Por otro lado, la «lex naturalis», traducida por Hobbes como «una ley de naturaleza», la define como un «precepto o regla general encontrada por la razón, por la cual se le prohíbe al hombre hacer aquello que sea destructivo para su vida», etc. (20). Es decir, la ley natural es un invento

(18) Cfr. A. VERDROSS, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, traducción de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1962, pág. 357.

(19) T. HOBBS, *Leviatán*, traducción de A. Escotado, Madrid, Ed. Nacional, 1980, págs. 227-228. Cfr. también: *Elementos de derecho natural y político*, Madrid, CEC, 1979, pág. 203.

(20) Cfr. *Leviatán*, ed. cit., pág. 228.

de la razón, es la razón misma (21) y no una ley preexistente al hombre, anterior y superior al estado civil, que sería conocida por la razón entendida como mero instrumento de conocimiento. Las innovaciones introducidas por Hobbes en el campo del derecho natural, cuya terminología se apropia, no dejarán de tener consecuencias importantes para esta doctrina; Rousseau retomará el hilo de sus aportaciones, aunque para llegar a conclusiones diferentes.

A pesar de la importancia de la teoría hobbesiana, el derecho natural moderno se reconoce como tal en la obra del jurisconsulto Hugo Grocio, que en su *De iure belli ac pacis* (1625) sentó las bases de la nueva doctrina. Su método es una trasposición de la matemática al campo del derecho. Grocio pretende deducir el derecho a partir de la naturaleza misma de las cosas y en especial de la naturaleza humana. Los principios generales de la teoría los establece en los *Prolegomena* de su libro, pero, como se ha hecho notar, tales principios no están suficientemente desarrollados. Un estudio exhaustivo de la naturaleza humana que sirva de fundamentación filosófica del derecho está ausente de su obra y constituye la falla fundamental de su sistema. En su lugar, Grocio recurre a las fuentes estoicas. Por eso, la pieza clave de su análisis del ser humano lo constituye el concepto de «oikeiosis» o el «appetitus societatis», que impulsa al hombre a formar sociedades y a regirse en ellas según normas jurídicas universales.

La definición que ofrece del derecho natural es la siguiente: «Derecho natural es el precepto de la recta razón, que nos indica que una acción, por su conveniencia o no conveniencia con la misma razón natural, es mala moralmente o posee una necesidad moral y que, por ello, Dios, como autor de la naturaleza, la ha prohibido o la ha ordenado» (22). El derecho natural es inmutable porque se basa en lo que es bueno por sí mismo, por su propia naturaleza y por su razón intrínseca, de tal manera que ni Dios lo puede cambiar, como no puede hacer que dos y dos no sean cuatro. Dios, como autor de la naturaleza y del hombre, es la fuente del derecho, pero éste emana directamente de la esencia ontológica de la realidad constituida. En la naturaleza humana existe una tendencia innata a formar sociedad con otros hombres («appetitus societatis»). Otra facultad del hombre, la recta razón, conoce esta tendencia y también las reglas derivadas de la misma, que son leyes naturales. Entre dichas leyes figuran el no tomar lo ajeno o devolverlo en caso de apropiación indebida, la reparación de los daños causados, el castigo proporcional al delito. Otra ley natural es la obligación de cumplir las promesas. Precisamente sobre esta última ley se asienta el pacto social, que todo hombre ha sellado de manera expresa o tácita desde el primer momento en que ha entrado a formar comunidad con otros hombres. La ley natural que obliga a cumplir las promesas es la que, por la vía del pacto, nos obliga también a cumplir

(21) «Por tanto, no puede haber más ley natural que la razón» (*Elementos de derecho natural y político*, ed. cit., pág. 210).

(22) H. GROTIJ, *De iure belli ac pacis*, An Extract by B. M. Telders, The Hague, Martinus Nijhoff, 1949, pág.8.

las leyes positivas dictadas por la autoridad civil legítima. De esta manera el derecho natural se constituye en base del derecho positivo; ambos provienen directamente de la propia naturaleza de las cosas y de la naturaleza humana, regida por los grandes principios de la sociabilidad innata y de la recta razón, comunes a todos los hombres. Por eso, Grocio afirma que «la madre del derecho natural es la misma naturaleza humana» y «la madre del derecho civil es la propia obligación del consenso, y como ésta obtiene su fuerza del derecho natural, se puede llamar a la naturaleza la bisabuela de este mismo derecho» (civil) (23). Grocio completa el panorama de la deducción del orden jurídico introduciendo el concepto de utilidad como motor de las sociedades, ya que Dios hizo al hombre débil y necesitado.

El iusnaturalismo moderno encuentra en Grocio una formulación clara, de acuerdo, por un lado, con el método geométrico imperante en la ciencia física de su tiempo y, por otro, con la necesidad de secularización de la ciencia política que imponía su época. Pero quedaba en pie el problema que Hobbes había desvelado: que si se quería fundamentar el derecho en la naturaleza del hombre, era preciso una investigación a fondo de la misma, cosa que Grocio no hizo. Cubrió el expediente de la fundamentación antropológica con el recurso a algunos lugares comunes de la tradición aristotélica y estoica. La definición del hombre como animal racional y como un ser dotado de instinto social fueron los flancos por los que se filtraría más tarde la crítica rousseauiana.

La obra más acabada del derecho natural moderno y aquélla en la que principalmente se inspira Rousseau es el *Droit de la nature et des gens* (1672) de Samuel Pufendorf. En la segunda mitad del siglo XVII, según Welzel, la idea del derecho se hallaba en el centro de las preocupaciones de la época. Pero quedaban cuatro tareas por resolver: fijar el camino del futuro derecho natural, llevar a cabo la polémica contra la escolástica todavía dominante, desarrollar un sistema completo del derecho natural y fundamentarlo debidamente (24). Estos objetivos los abordó Pufendorf con éxito, asumió y extendió las ideas de Hobbes y Grocio por Alemania y fue el inspirador de la teoría de los derechos humanos, plasmada un siglo más tarde en las constituciones de la independencia americana.

También para Pufendorf la antropología es la base de la ciencia jurídica. «Para mí —dice—, no encuentro camino más breve ni más cómodo para descubrir los principios del Derecho natural que considerar con cuidado la naturaleza, la constitución y las inclinaciones del hombre» (25). De ahí la importancia que en él tiene la descripción del estado de naturaleza. Por lo que respecta al derecho natural mismo, lo define como aquél que prescribe lo que la recta razón considera necesario para la conservación de la sociedad humana en gene-

(23) Cfr. GROCIO, *op. cit.*, Prolegomena, pág. 3.

(24) Cfr. H. WELZEL, *op. cit.*, págs. 186-187.

(25) *Droit de la nat...*, liv. II, ch. 3, par. 14. Cit. por Kremer-Marietti, pág. 178.

ral (26). La ley natural, además de otras obligaciones, establece la de obedecer al soberano por el consentimiento que le hemos prestado.

La idea y relaciones entre derecho natural y positivo que establece Pufendorf son las mismas que había establecido Grocio. El primero es común a todos los hombres, existe dondequiera que se encuentre una naturaleza racional; ésta, a su vez, es capaz de comprenderlo por medio de su propia razón. Asimismo el derecho positivo se fundamenta en el derecho natural a través del principio de sociabilidad, pues el hombre es indigente y no puede proveer a su propia conservación sin la ayuda de sus semejantes (27). Y finalmente, derivado de esta tendencia a formar sociedad, el consentimiento o pacto es el puente de unión que liga la obediencia debida a las leyes positivas con la obligación de cumplir los deberes que la naturaleza nos impone. Hay, pues, una continuidad entre el derecho natural y civil, basada en la supuesta comunidad de naturaleza del género humano, en la facultad racional que poseen todos los hombres y en el instinto de sociabilidad innato a todo ellos. Sobre estas tres ideas fundamentales del iusnaturalismo ha de reacer la crítica rousseauiana.

La recepción y divulgación de esas doctrinas fue realizada, en Francia, por Barbeyrac, quien tradujo y comentó los escritos principales de Pufendorf, y en Suiza por Burlamaqui, autor de tratados de derecho editados en Ginebra a mediados del siglo XVIII. Rousseau había leído las obras principales de aquellos autores cuando los escritos de Burlamaqui llegaron a sus manos; la influencia de éste es, por tanto, mínima, según Derathé (28).

La última referencia importante de Rousseau es J. Locke. El objetivo fundamental del filósofo inglés al escribir sus *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1690) era luchar contra la concepción del origen divino del poder. Locke se apoya en R. Hooker, quien a su vez recogía la doctrina de Tomás de Aquino, entroncando así con la vieja tradición del estoicismo. Pero, simultáneamente, Locke transforma y adapta a su tiempo algunos aspectos del derecho natural clásico. En su escrito no aparece una definición explícita del mismo, pero su análisis reposa sobre la descripción del estado de naturaleza y la noción de ley natural. En primer lugar, habla de los derechos del hombre en el estado de naturaleza: la vida, la libertad y las posesiones; son derechos ligados al individuo que se conservan intactos en el estado civil. Los derechos naturales son innatos, preexisten a la sociedad, sea ésta familiar o estatal, y constituyen una fuente de legalidad paralela a la que surge del pacto social. En segundo lugar, el hombre en estado de naturaleza se encuentra regido por la ley natural, que es la propia razón y nos enseña que no debemos hacer daño o los otros en ninguno de

(26) Cfr. S. PUFENDORF, *Devoirs de l'Homme et du Citoyen*, Préface de l'Auteur. Cit. por Derathé, *op. cit.*, pág. 390.

(27) Cfr. S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, traducción de J. Barbeyrac, Amsterdam, 1712, 2^e édition, t. I, liv. I, ch. 3. par. 15, págs. 194-195.

(28) Cfr. DERATHE, *op. cit.*, pág. 88.

sus bienes (29). En tercer lugar, el individuo está dotado de sociabilidad y además se ve «en la obligación apremiante, por necesidad, utilidad o tendencia» (30) de formar comunidad con otros miembros de su especie. Toda sociedad se basa en un pacto voluntario. El pacto o simple consentimiento de varios individuos para formar una comunidad les pone bajo el imperio de la mayoría y en eso consiste la ley civil. Lo que mueve al hombre a abandonar los derechos absolutos de que disfrutaba en el estado de naturaleza es la inseguridad de aquel estado, que no le dejaba gozar tranquilamente de los mismos bienes a los que tenía derecho. Por eso, la sociedad civil se constituye única y exclusivamente para salvaguardar los bienes naturales (31).

Los escritos políticos de Locke, difundidos en Francia por Voltaire y por Barbeyrac (en su traducción), serán la guía del movimiento ilustrado, que refleja las contradicciones y la decadencia del derecho natural moderno. En lo que concierne a la crítica posterior que hará Rousseau, Locke no se aparta del eje clásico que concibe el derecho natural como patrimonio de todos los hombres unidos en una «comunidad de naturaleza» (32), la ley natural como ley de razón y al hombre dotado de un impulso sociable que le lleva a constituir comunidades. La propiedad, la razón y la moralidad, que Rousseau sólo admitirá dentro del estado civil, son atribuidas por Locke al hombre en estado de naturaleza y, más aún, las considera atributos esenciales del individuo.

En la primera mitad del siglo XVIII la ciencia del derecho natural, aun manteniendo el núcleo esencial de la doctrina, experimenta un giro que está determinado por dos factores ligados entre sí. Primero, el cambio gnoseológico operado por la introducción del método experimental, que considera la experiencia como fuente indispensable del conocimiento, frente al racionalismo de corte matemático dominante en el siglo anterior. Este cambio se empieza a notar ya en el propio Locke, innatista por lo que se refiere a los principios de la moral y, sin embargo, empirista en su análisis del entendimiento humano. El segundo factor es el progreso en el conocimiento de la naturaleza humana llevado a cabo por las diversas ciencias antropológicas. El derecho natural racionalista y apriorístico habrá de sufrir la presión de estos dos factores. Los autores ilustrados mantendrán un difícil equilibrio entre razón y experiencia, justicia eterna y utilidad, hasta que la crítica de Rousseau revele abiertamente las contradicciones del sistema, buscando una nueva formulación.

El problema es, pues, en qué medida la teoría del derecho natural se mantiene en el pensamiento francés del siglo XVIII y en qué medida deja de ser una teoría ética para convertirse en una teoría voluntarista basada en el concepto de utilidad (33).

(29) Cfr. J. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, cap. V, 24. Madrid, Aguilar, 1969, pág. 22. Cfr. sobre todo cap. II, 6, págs. 6-7.

(30) Cfr. *op. cit.*, cap. VII, 77, pág. 58.

(31) Cfr. *op. cit.*, cap. IX, 123 y 124, págs. 93-94.

(32) Cfr. *op. cit.*, cap. II, 6, pág. 7.

(33) Cfr. L. G. CROCKER, *Nature and Culture. Ethical thought in the French Enlightenment*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1963, págs. 15 y sigs.

Montesquieu es un primer síntoma de esta transformación. En el *Traité des devoirs* sigue los principios del derecho natural y su preocupación es eminentemente moral. Pero más tarde, en el *Esprit des lois*, el estudio empírico de las diferencias entre sociedades le lleva a apartarse de la concepción clásica y a elaborar una teoría más sociológica de la ley (34). Voltaire mantiene el principio tradicional de unas «leyes naturales» innatas al hombre, pero las considera tendencias potenciales de su naturaleza y las llama «sentimientos», al mismo tiempo que añade el criterio de la utilidad como principio rector de las acciones humanas (35). La misma dualidad se refleja en otros autores de la época, como Burlamaqui. De Jaucourt, autor del artículo *Loi naturelle* de la Enciclopedia, mantiene la existencia de una ley natural emanada de la propia constitución del hombre y anterior a la formación de las sociedades.

Finalmente, la ambigüedad del pensamiento ilustrado francés sobre el tema del derecho natural queda reflejada en la posición de Diderot, que además es el precedente inmediato de la crítica rousseauiana, por el uso que Jean-Jacques hace de algunos de sus conceptos claves.

Diderot defiende a lo largo de su obra la existencia de unos principios morales invariables, arraigados en la naturaleza humana. Prueba de ello es su rechazo de la moral de Helvetius (*De l'Esprit*), basada en el egoísmo. Pero la fundamentación de aquellos principios inmutables no se hace sobre un mandato eterno ajeno al hombre, sino sobre la propia constitución del individuo. Su artículo *Droit naturel* expresa la preocupación por determinar esta noción y asentarla sobre bases firmes, a pesar de la dificultad que ello conlleva.

Partiendo de que el hombre es un ser libre, pero que al mismo tiempo lleva una existencia pobre, inquieta y llena de pasiones, Diderot accede al núcleo de la solución del problema a partir de la capacidad racional. «El hombre es un animal que razona» y, si rehusa buscar la verdad, «renuncia a su cualidad de hombre». El individuo, al ser juez y parte en cualquier acción que desee emprender contraria a los demás hombres, no puede decidir sobre la naturaleza de lo justo y de lo injusto de sus acciones. Por tanto, la cuestión de la justicia, del bien y del mal, debe ser llevada a otro tribunal y éste no puede ser más que el género humano. Las voluntades particulares no pueden dictaminar lo que es justo; sólo la voluntad general, «que razona en el silencio de las pasiones», tiene autoridad para hacerlo. La voluntad general se encuentra en el derecho escrito de todas las naciones, en las acciones de los pueblos salvajes, «incluso en la indignación y el resentimiento» que parecen suplir a las leyes sociales. A pesar de la ambigüedad de esta descripción, la voluntad general es el asiento firme del derecho natural. Y así, éste adquiere su permanencia e inmutabilidad: «aunque se

(34) Cfr. J. EHRARD, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII^e siècle*, 2 vols., París, Alcan, 1963 (Reimp. Slatkine, Genève, 1981), pág. 498.

(35) VOLTAIRE, *Traité de Métaphysique*, cap. IX. Cit. por Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*, pág. 272.

supusiera la noción de las especies en un flujo perpetuo, la naturaleza del *derecho natural* no cambiaría, pues ésta sería siempre relativa a la voluntad general y al deseo común de la especie entera» (36).

Diderot representa el último intento, antes de Rousseau, de fundar el derecho en la naturaleza humana individual, conocida empíricamente. Pero su doctrina sigue siendo deudora de los lugares no cuestionados del racionalismo anterior. Rousseau se encuentra, pues, ante un panorama conceptual que no es el del siglo XVII; la concepción individualista del hombre y la importancia atribuida a la sensibilidad así lo manifiestan. Pero, al mismo tiempo, la herencia recibida del iusnaturalismo moderno sigue pesando en el pensamiento político ilustrado. Diderot nos sirve también en este caso como ejemplo. Su idea del derecho natural mantiene los puntos fundamentales de la concepción tradicional: 1) El derecho natural es la base de la justicia y fundamento moral del orden político (37); 2) el hombre accede al conocimiento de las reglas del derecho a través de su capacidad racional; 3) el lazo de la sociabilidad, concebido por Diderot como comunidad natural del género humano, sigue siendo el elemento básico para entender la universalidad del derecho natural y su posterior vigencia en la sociedad política (38); la voluntad general no es más que el órgano de expresión de aquella comunidad genérica.

Estas tres ideas, sin las cuales la teoría iusnaturalista no podría sostenerse, serán sometidas a crítica por Rousseau, quien utiliza, sin duda, como punto de referencia inmediato el artículo de Diderot, pero lleva su análisis hasta los textos fundamentales del racionalismo jurídico.

3. LA CRITICA DE ROUSSEAU A LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORIA IUSNATURALISTA

El problema que hemos esbozado nos permite situar la crítica de Rousseau al iusnaturalismo. Como afirma P. Casini, una exégesis deformante ha considerado a Rousseau como epígono de la tradición iusnaturalista. A ello ha contribuido, sin duda, el que el ciudadano de Ginebra empleara la misma terminología (estado de naturaleza, ley natural, derechos naturales, etc.) que sus predecesores (39). Sin embargo, ya desde sus primeros escritos Jean-Jacques mantiene una actitud de oposición a determinados puntos claves de la doctrina tradicional.

La primera exposición de sus ideas sobre el derecho la encontramos en el *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, segundo de los publicados por él. Terminada de escribir en 1754 para el concurso que la Academia de Dijon había convocado en noviembre del año ante-

(36) DIDEROT, «Droit naturel», en *Oeuvres Politiques*, Classiques Garnier, París, págs. 29-35.

(37) *Ibid.*, pág. 29.

(38) *Ibid.*, pág. 32.

(39) Cfr. P. CASINI, *Naturaleza*, Barcelona, Labor, 1977 (Milano, 1975, 1.^a ed.), pág. 147. Casini tiene un estudio sobre Rousseau.

rior, esta obra refleja los estudios que Rousseau venía realizando para sus «Instituciones políticas». La pregunta formulada por la Academia era la siguiente: «¿Cuál es el origen de la desigualdad entre los hombres y si ésta está autorizada por la ley natural?». La cuestión implicaba, pues, una referencia directa al derecho natural.

Rousseau parte de la idea, comúnmente aceptada, de que para definir el derecho natural hemos de conocer primero la naturaleza humana. Pero la ciencia del hombre resulta ser en su tiempo, a pesar de su gran utilidad, «el menos avanzado de todos los conocimientos» (40). El Discurso estará dedicado, pues, a abrir las vías del conocimiento antropológico con el fin de definir la ley natural y resolver de esa manera la cuestión de la desigualdad.

Rousseau toma posición contra todas las definiciones del derecho natural, tanto antiguas como modernas. Disiente de la teoría de los jurisconsultos romanos, defendida por Ulpiano, que ponía al hombre y a los animales bajo una misma ley. De paso podemos entender que rechaza también la concepción naturalista spinoziana de la ley natural. Pero su ataque principal va dirigido contra los autores modernos, quienes restringen la ley natural al hombre concebido como animal racional.

Ningún escritor moderno había puesto en duda que los preceptos de la ley natural fueran dictados de la recta razón. Desde las definiciones de Grocio y de Hobbes, todas las tendencias del iusnaturalismo obtenían dicha ley a partir de la razón en dos sentidos: primero, era una ley dictada para la naturaleza racional (el hombre), deducida de ella y adecuada a ella; segundo, era una ley que sólo a través de la razón podía ser conocida. En el fondo de esta afirmación se encerraba una idea más general: la naturaleza actúa racionalmente, puesto que su esencia misma es racional; el hombre es el único ser capaz de penetrar las relaciones inmutables que guarda el orden físico en su conjunto; y también en el terreno moral todo ocurre de acuerdo con normas universales inscritas en los seres morales, léase los hombres. El principio del racionalismo clásico, derivado de la ciencia física instaurada por Galileo, es negado abiertamente por la ironía de este texto: «De suerte que todas las definiciones de estos sabios hombres, por otro lado en perpetua contradicción entre sí, concuerdan solamente en esto, en que es imposible comprender la ley de la naturaleza, y en consecuencia obedecerla, sin ser un grandísimo razonador y un profundo metafísico» (41).

Desde el Prefacio del *Segundo Discurso* Rousseau destruye la equivalencia, tan costosamente forjada por el pensamiento moderno, entre naturaleza y razón. El concepto de naturaleza significaba desde muy antiguo en el lenguaje filosófico «lo originario», el «principio» de las cosas. Lo que Rousseau niega aquí es que originariamente el hom-

(40) ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, traducción de M. Armiño, Madrid, Alianza, 1980, pág. 193. En adelante se cita por esta edición (*Disc. desig.*).

(41) *Ibid.*, pág. 197.

bre haya sido un ser racional y que primariamente, en un sentido metafísico, sea un ser dotado de razón. Por eso este preludeo es sólo la apertura de una nueva investigación sobre la naturaleza humana, que habrá de llevar al autor a determinar los principios (no racionales) en los que se basa dicha naturaleza.

Excluida la razón, Rousseau niega también la sociabilidad, el otro eje sobre el que se apoyaba el derecho natural. Empleando un método diferente del de sus predecesores (42), concibe al hombre originario constituido por «dos principios anteriores a la razón»: el amor de sí y la piedad hacia sus semejantes. «Del concurso y de la combinación que nuestro espíritu es capaz de hacer de estos dos principios, sin que sea necesario hacer entrar ahí el de la sociabilidad, es de donde me parece que derivan todas las reglas del derecho natural» (43). El «*appetitus societatis*» de Grocio había sido comúnmente empleado por los tratadistas, no sólo para hacer valer el derecho natural en la sociedad abstracta que forman todos los nombres como miembros de una misma naturaleza, sino sobre todo para extender su validez al ámbito de la asociación política. La sociabilidad empujaba al hombre desde el estado de naturaleza al estado civil por la vía del pacto. Se establecía así un puente entre las dos formas de derecho, natural y positivo. Al prescindir del carácter sociable en el hombre natural, Rousseau hunde el puente y abre un abismo entre el estado de naturaleza y el estado de sociedad, así como entre ambas formas de derecho. De esta manera, el derecho natural propiamente dicho queda limitado al hombre natural que vive aislado, que no tiende a la asociación con otros hombres ni forma comunidad de ningún tipo. Así pues, el derecho natural pertenece sólo al individuo situado en el marco de la naturaleza, con la que mantiene unas relaciones de equilibrio permanente. Cada hombre es depositario de la ley natural prerracional, que le inspira los sentimientos del amor de sí y de la conmiseración respecto de los demás seres sensibles, hombres y animales; pero dicha ley no se extiende sobre ninguna forma de comunidad humana como tal.

Si en el primer texto citado Rousseau deshacía la identidad entre naturaleza y razón, en éste, al prescindir de la sociabilidad, destruye la base sobre la que se levantaba la inserción de la sociedad en la naturaleza. El objetivo del racionalismo era la naturalización de lo social, el sometimiento de lo político a las leyes universales e inmutables derivadas de la naturaleza. La idea de naturaleza procedía de la ciencia física y, tras la síntesis newtoniana, había adquirido una importancia tal que se había convertido en el punto de referencia obligado para explicar todos los fenómenos, tanto físicos como morales (44). El ius-

(42) «Dejando de lado, pues, todos los libros científicos que no nos enseñan sino a ver a los hombres tales cual ellos se han hecho, y meditando sobre las primeras y más simples operaciones del alma humana, creo percibir dos principios anteriores a la razón», etc. (*Disc. desig.*, pág. 198).

(43) *Ibid.*, pág. 198.

(44) Cfr. P. CASINI, *op. cit.*, págs. 120 y sigs. y 148 y sigs. Sobre la generalización del modelo newtoniano a las ciencias humanas, Cfr. G. GUSDORF, *Les sciences humai-*

naturalismo utilizaba dicha idea como garantía de racionalidad frente a la arbitrariedad de la teoría del origen divino del poder. Pero la naturaleza como realidad uniforme y como fuente de toda legalidad venía de hecho a sustituir la omnipresencia divina, cumpliendo sus mismas funciones. Las sociedades políticas se convertían de esta manera en un conjunto de fenómenos regidos por la legalidad natural. El instinto de sociabilidad actuaba como ley implícita en la naturaleza humana, que conducía inevitablemente a la formación de sociedades. Rousseau destruye esta inserción de los fenómenos sociales en el marco general de la naturaleza; rompe la continuidad y el sometimiento de lo social respecto de lo natural. Para él, los principios del derecho natural nacen del individuo aislado, sin que sea preciso para concebirllos el considerar al hombre como ser sociable. Naturaleza y sociedad se escinden y la ley natural no tendrá ya vigencia en el terreno político.

Antes de Rousseau, sólo Hobbes había planteado el carácter no sociable del hombre. Ello le merece el elogio de Jean-Jacques: «Hobbes ha visto bien el defecto de todas las definiciones modernas del derecho natural» (45). La nueva definición que Rousseau trataba de dar de este derecho suponía la eliminación previa de todo aquello que no fuera exclusivamente originario de la constitución humana. Sin embargo, Hobbes había eliminado la sociabilidad positiva, pero mantenía en el hombre la facultad racional y, junto a ella, las pasiones. Así pues, su concepción introducía en la naturaleza humana —y en el derecho natural— caracteres que sólo la vida social había podido desarrollar en los individuos; por ejemplo, el egoísmo, la ambición, etc. Hobbes ha «introducido inadecuadamente en el cuidado de la conservación del hombre salvaje la necesidad de satisfacer una multitud de pasiones que son obra de la sociedad y que han hecho necesarias las leyes» (46). Sólo en Rousseau tenemos una idea del derecho natural que, de acuerdo con su concepción antropológica, excluye los conceptos de ley de razón y de apetito social innato, característicos del iusnaturalismo. La excepción de Hobbes no había significado una ruptura radical entre lo natural y lo social.

La primera versión del *Contrato social (Manuscrito de Ginebra)* nos ofrece la exposición más polémica y, al mismo tiempo, la más completa sobre el sentido que Rousseau atribuye a la expresión «derecho natural». Recordemos que en torno a este escrito la crítica ha mantenido posiciones enfrentadas. Vaughna veía en él el mayor ataque de nuestro autor al iusnaturalismo. Haymann y Derathé, sin embargo, lo consideran el lugar donde más claramente se expresa la defensa de dicha doctrina por parte de Rousseau, al distinguir entre un derecho natural propiamente dicho y un derecho natural razonado.

La aparente contradicción que recorre este escrito brota directamente del problema de la fundamentación del derecho político. Si el

nes et la pensée occidentale, t. IV, *Les principes de la pensée au siècle des lumières*, París, Payot, 1971, pág.184.

(45) Disc. desig., pág. 234.

(46) *Ibid.*

derecho natural y el derecho positivo están separados por un abismo y si este último debe estar fundamentado sobre un principio anterior que lo legitime, ¿cómo hemos de concebir la relación entre ambos? El *Segundo Discurso* afirma que el derecho natural no implica la racionalidad ni la sociabilidad en el hombre; dicho derecho tampoco tiene vigencia en el estado civil; podemos añadir, por tanto, que no tiene carácter moral ni jurídico, ya que estos calificativos son aplicables sólo a la vida social (47). En el *Manuscrito de Ginebra* se añade que concebimos la sociedad general a partir de las sociedades particulares y que, por tanto, el derecho natural sería concebido a partir del derecho positivo de las sociedades establecidas. ¿Cómo podríamos fundamentar lo que es primero a partir de lo que es posterior? Y, por otro lado, ¿cómo un derecho natural que no tiene carácter jurídico podría servir de base al derecho positivo?

Patrick Hochart ha expresado esta contradicción en los siguientes términos: «La sociedad general y con ella el derecho natural son, pues, quimeras que construimos a partir del modelo de la sociedad y del derecho civil...». Y más adelante dice: «Rousseau fundará el derecho político sobre el derecho natural, pero un derecho natural cuyo status es *original* y cuya determinación evita la arbitrariedad» (48).

Para entender esta contradicción aparente y la original solución que Rousseau aporta hay que remontarse a la intención que guía el *Contrato social*: «Comencemos por investigar de dónde nace la necesidad de las instituciones políticas» (49). La respuesta es simple. El hombre ha salido ya del estado de naturaleza. Los primeros lazos que establece con los otros hombres, espoleado por la necesidad y por las pasiones, conducen a una creciente desigualdad. En ningún momento ha existido una sociedad general de los hombres regida por la benevolencia, ni una ley natural racional que dirija las acciones humanas en sociedad. Surgen las sociedades particulares, desiguales e ilegítimas. A partir de ahí se plantea la única solución posible: obtengamos el remedio de la misma enfermedad, «corrijamos el defecto de la asociación general, si se puede, por nuevas asociaciones» (50). Frente a la forma de asociación ilegítima que se ha producido históricamente, en la cual el débil siempre sale perjudicado, hay que concebir un tipo de sociedad igualitaria y legítima. He aquí el tema del *Contrato social*.

La naturaleza humana ha degenerado por el desarrollo histórico. Pero sólo un orden social perfeccionado puede servir de remedio a esta situación. «El orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros; pero este derecho no tiene su fuente en la naturaleza;

(47) El propio Rousseau lo afirma en el siguiente texto, referido al estado de naturaleza: «Parece en primer lugar que, no teniendo entre sí los hombres en ese estado ninguna clase de relación moral, ni de deberes conocidos, no podían ser buenos ni malos, y no tenían ni vicios ni virtudes...» (*Disc. desig.*, pág. 233).

(48) Cfr. P. HOCHART, «Derecho natural y simulacro. La evidencia del signo» (1969), en *Presencia de Rousseau*, Buenos Aires, 1972, págs. 114 y 118. Subrayado mío.

(49) ROUSSEAU, *Manuscrit de Genève*, I, 2, en *O. C.*, t. III, p. 281. En adelante se citará con las siglas *Ms. Gen.*

(50) *Ibíd.*, pág. 288.

está pues, fundado sobre una convención. Se trata de saber cuál es esta convención y cómo se ha podido formar» (51). Los hombres concluyen un pacto legítimo y nace el cuerpo moral; el derecho sucede al apetito. Este cuerpo está regido por la voluntad general, expresión libre de la voluntad de todos sus miembros orientada al bien común. De lo dicho se deduce que antes de la constitución del pacto no había derecho ni moralidad, pues el hombre en su estado primitivo vivía aislado, sin lazos con sus semejantes, y en la etapa posterior de la desigualdad se encuentra unido a ellos por lazos ilegítimos, inicuos.

El derecho político, pues, ha de surgir de sí mismo, de una convención. Tiene un nacimiento libre y arbitrario. ¿Cómo podría fundamentarse sobre algo anterior sin dejar de ser, al mismo tiempo, el origen absoluto de todo orden jurídico?

Por consiguiente, la cuestión se plantea en el momento de la constitución del Estado. En este momento la voluntad general aparece como principio absoluto del derecho; ella es la fuente de la justicia y nunca puede errar. El hecho, la voluntad general, se convierte de manera inmediata en derecho. Sabemos que detrás de una afirmación de este tipo hay siempre una justificación implícita que la sostiene. El propio Rousseau critica a los que, sin más, deducen el deber a partir del ser. Grocio y todos los tratadistas son objeto de esta acusación como encubridores de la tiranía: «Su manera más constante de razonar —dice— (la de Grocio) es establecer el derecho por el hecho. Se podía emplear un método más consecuente, pero no más favorable a los tiranos» (52). Por tanto, si estos autores, que establecen una ley anterior como fundamento del Estado, son acusados de arbitrariedad, más justificada estará esa acusación en una voluntad absolutamente libre que no se basa en ningún orden superior. Rousseau debe responder a la pregunta: ¿por qué el orden social es el principio de todos los derechos? La cuestión se la formula él mismo en los siguientes términos: «¿Por qué la voluntad general siempre es recta?» (53). De la respuesta a este interrogante se derivarán una concepción política nueva y una idea del derecho natural radicalmente distinta de la de sus predecesores. Lo segundo es lo que trataremos de probar a continuación.

El derecho natural tal como lo conciben los iusnaturalistas no existe: ni en el estado de naturaleza, porque allí el hombre no ha desarrollado la facultad de la razón ni posee el instinto de sociabilidad; ni en el estado civil, porque no existe una sociedad general que una en la ley de razón y en el sentimiento de benevolencia a todos los hombres. Lo jurídico, para Rousseau, es un producto obtenido a partir de dos elementos: el primero, la naturaleza humana, que en su estado primitivo se rige por principios anteriores a la razón, el principal de los cuales la hace referirse a sí misma antes que a cualquier otra cosa; y el segundo, la idea de asociación, obtenida de las sociedades constituidas en el curso de la historia, sociedades que, a pesar de ser ilegí-

(51) *Ibid.*, pág. 289.

(52) ROUSSEAU, *Contrat social*, I, 2, en *O. C.*, t. III, pág. 353. Se citará *C. S.*

(53) *Ms. Gen.*, I, 6, pág. 306.

timas, proporcionan la idea del derecho y de la moralidad. Del segundo elemento tomamos, por así decir, la forma de lo jurídico, la constitución de un cuerpo colectivo a través de los lazos que los hombres establecen entre sí, basado en las necesidades, las pasiones y la razón. Del primer elemento tomamos la materia del derecho, es decir, la tendencia natural en el hombre a preferirse a sí mismo y a no hacerse daño. Al unir los dos elementos obtenemos, pues: 1) por un lado, la unidad del hombre aislado se transforma en la unidad de un cuerpo moral constituido por muchos individuos, los cuales ahora sólo tienen ya una existencia parcial; 2) por otro, este cuerpo se guía a sí mismo por el principio inscrito en la naturaleza humana de buscar su propio bien (a nivel colectivo, el bien común). La voluntad general reúne en sí estos dos elementos y por eso constituye el principio absoluto del derecho. En ella están representadas la naturaleza humana individual, con su impulso de autopreferencia, y la relación asociativa del hombre con sus semejantes, producida históricamente.

Por tanto, antes del pacto social no existe propiamente derecho ni justicia, pues no existen lazos de moralidad entre los hombres. Primero somos ciudadanos y sólo después aprendemos a ser hombres. Finalmente, la voluntad general siempre es recta porque recoge, en el plano de la existencia colectiva, el principio fundamental de la naturaleza humana en su existencia individual: el amor de sí misma. Por eso la voluntad general no puede equivocarse y es necesariamente justa. Porque en el cuerpo colectivo «no hay nadie que no se apropie en secreto de esta palabra *cada uno* y que no piense en sí mismo al votar por todos (...) Lo cual prueba que la igualdad de derecho y la noción de justicia que se sigue de ella deriva de la preferencia que cada uno se da y por consiguiente de la naturaleza del hombre» (54).

Rousseau ha negado, en el capítulo 2.º del libro I del *Manuscrito de Ginebra*, que exista la sociedad general del género humano y, consecuentemente, que exista la ley natural como ley de razón. «Este pretendido tratado social dictado por la naturaleza es una verdadera quimera; ya que sus condiciones son siempre desconocidas o impracticables, y es totalmente necesario ignorarlas o infringirlas» (55).

En este sentido, tienen razón C. E. Vaughan y sus seguidores al afirmar que Rousseau niega la ley natural o ley de razón tal como la presentan los iusnaturalistas. Contra Haymann y Derathé tienen razón al interpretar ese «traité social», si no como sinónimo, sí como concepto ligado al de ley natural (56). En efecto, Rousseau está hablando

(54) *Ibíd.*

(55) *Ibíd.*, pág. 284.

(56) F. Haymann afirma: «Pero tratado no significa ley, sino contrato, pacto» (art. cit., págs. 86-87). Ahora bien, si leemos atentamente el texto de Rousseau, veremos que el hipotético «traité social» está ligado a la ley natural. En efecto, el «tratado social» constituye al «género humano como una persona moral que tiene un sentimiento de existencia común que le da individualidad y la constituye una, un móvil universal que haga actuar cada parte para un fin general y relativo al todo. Concibamos que este sentimiento común sea el de la humanidad y que la *ley natural* sea el principio activo de toda la máquina» (*Ms. Gen.*, I, 2, págs. 283-284. Subrayado mío). Por tanto, si, como

de la sociedad general, pero para él toda sociedad se funda en un pacto; por tanto, la sociedad del género humano debería estar basada en un «tratado social dictado por la naturaleza». De dicho *tratado* emanaría directamente la *ley natural*, que debe regir las acciones de este colectivo universal. Pero, argumenta Rousseau, como las acciones de los hombres no están coordinadas hacia el bien común, de aquí se deduce que la ley natural no existe (o al menos no tiene vigencia) y, por consiguiente, el tratado que supuestamente la habría producido es una quimera. En este texto, pues, al destruir la sociedad general en la que debería apoyarse, Rousseau niega también el derecho natural en cuanto preexistente a las sociedades políticas. Es evidente que la larga tradición iusnaturalista defendía un concepto de ley natural jurídica que, como tal, debía ser a la vez racional, aplicable a un ser sociable y tener vigencia en una sociedad. En los escritos anteriores Rousseau ha criticado la racionalidad y la sociabilidad del hombre. En éste elimina por fin el último apoyo en que aquélla podía sustentarse aún: la sociedad general de los hombres derivada de su común naturaleza.

Las objeciones de Haymann y Derathé contra Vaughan deben ser matizadas, pues de lo contrario la interpretación de éste último sería totalmente correcta, al menos por lo que respecta a este escrito. Y no vale aportar otros textos en los que Rousseau defiende la existencia del derecho natural, pues entonces sería el propio Jean-Jacques el que entraría en contradicción consigo mismo. Haymann afirma que «Rousseau habla del derecho natural como de una cosa que no admite duda y establece sus verdaderos fundamentos» (57). Pero, al decir esto, no analiza el carácter —real o hipotético— del mismo, ni cómo defiende Rousseau tal derecho después de haber demolido las bases sobre las que aquél se asentaba en los sistemas de los filósofos. Tampoco explica Haymann cómo puede haber un derecho natural tras la afirmación de Rousseau de que «el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros» (58). Tampoco en Derathé hemos encontrado una respuesta a este problema. Por si fuera poco, el propio Jean-Jacques nos confunde con su terminología cuando califica el sentimiento prerracional de la piedad como «derecho natural propiamente dicho» (59). Más afortunada habría sido quizá, para dicho sentimiento, la calificación de «fundamento natural del derecho».

Para conocer el pensamiento rousseauiano sobre el tema que nos ocupa, hemos de partir de la definición más completa que él mismo nos ofrece sobre la expresión «derecho natural», en un texto que después no fue recogido en la versión definitiva del *Contrato social*. El texto es el siguiente: «La mayor ventaja que resulta de esta noción (la noción de ley) es que nos muestra claramente los verdaderos fundamentos de la justicia y del derecho natural. En efecto, la primera ley, la

dice Rousseau, el tratado social es una quimera, también lo es el sentimiento común de la humanidad y la *ley natural* que actúa como «principio activo de toda la máquina».

(57) Cfr. HAYMANN, art. cit., pág. 84.

(58) C. S., I, 1, pág. 352.

(59) *Ms. Gen.*, II, 4, pág. 329.

única verdadera ley fundamental que se sigue inmediatamente del pacto social es que cada uno prefiera en todas las cosas el mayor bien de todos. —Ahora bien, la especificación de las acciones que concurren a este mayor bien, por medio de leyes particulares, es lo que constituye el derecho estricto y positivo. Todo lo que se ve concurrir a este mayor bien, pero que las leyes no han especificado, constituye los actos de civilidad, de beneficencia, y el hábito que nos dispone a practicar estos actos incluso con perjuicio nuestro, es lo que se llama fuerza o virtud—. Extended esta máxima a la sociedad general de la que el Estado nos da la idea, protegidos por la sociedad de la que somos miembros, o por aquélla en la que vivimos, (y) no estando contrarrestada en nosotros la repugnancia a hacer el mal por el temor de recibirlo, nos vemos conducidos a la vez por la naturaleza, por el hábito y por la razón a comportarnos con los otros hombres poco más o menos como con nuestros Conciudadanos, y de esta disposición convertida en actos nacen las reglas del derecho natural razonado, diferente del derecho natural propiamente dicho, que no está fundado más que sobre un sentimiento verdadero pero muy vago y a menudo ahogado por el amor de nosotros mismos» (60).

Este texto, perteneciente al capítulo 4.º del libro II del *Manuscrito de Ginebra*, nos ofrece la contrapropuesta teórica de Rousseau respecto del derecho natural clásico. Fiel a su objetivo de determinar la naturaleza del cuerpo social, en el libro I Rousseau ha comenzado removiendo los obstáculos que impiden concebir el Estado. En este sentido, el capítulo sobre la sociedad general rompe la fundamentación iusnaturalista tal como la había formulado Diderot en su artículo *Droit naturel* (61). A continuación se afirma (cap. 3.º) que la convención es el principio de todo derecho («el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros», etc.). El libro II está dedicado íntegramente al tema de la legislación y aquí se sitúa el texto citado, en el capítulo 4.º. Reflexionando sobre el tema de la justicia, Rousseau destaca el papel central de la ley, que aparece como guía absoluta de todo lo relacionado con el orden moral. No olvidemos que la ley es producto de la convención, de la voluntad libre de los hombres y, sin embargo, ella «nos muestra claramente los verdaderos fundamentos de la justicia y del derecho natural».

Este texto, pues, nos hace una revelación sorprendente: el derecho natural y la justicia, que se suponían anteriores y superiores al pacto social, tienen, sin embargo, su fundamento en él y en las leyes políticas que derivan del mismo.

El orden deductivo del iusnaturalismo clásico aparece invertido aquí. Para Rousseau, el principio del orden social y jurídico está en el pacto. De él se deriva inmediatamente la ley fundamental del mayor

(60) *Ibid.*, págs. 328-329.

(61) Dice R. Derathé que este capítulo está dedicado a la refutación de la teoría de la sociabilidad, no a la demolición del derecho natural (*op. cit.*, pág. 155, nota 2). Pero ¿cómo podría sostenerse la doctrina iusnaturalista sin un soporte como el de la sociabilidad?

bien de todos, ley que aparece desarrollada a través de todas las leyes particulares que constituyen el «derecho estricto y positivo». El ámbito no cubierto por el derecho positivo a causa de su especificidad lo llenan los actos de civilidad, la beneficencia, las acciones virtuosas, en una palabra, que concurren a la realización del bien común. Pero estas acciones no tendrían ningún sentido fuera del cuerpo social sin el pacto, que asegura la justicia recíproca y que determina los límites de la moralidad. Y a partir de aquí es donde se produce la inflexión teórica más radical. El Estado es garante de la reciprocidad que hace posible la justicia; el pacto determina la obligación mutua a la que se someten sus miembros y, por tanto, asegura el imperio de la ley. La obligación cesa en los límites del Estado. Pero, al mismo tiempo, él nos proporciona las bases materiales y la posibilidad teórica para pensar un derecho natural universal: «Protegidos por la sociedad de la que somos miembros (...), nos vemos conducidos a la vez por la naturaleza, por el hábito y por la razón a comportarnos (à en user) con los otros hombres poco más o menos como con nuestros Conciudadanos» (62). Es decir, sólo la seguridad que da el imperio de la ley política en torno nuestro nos permite extender la máxima del bien común a la sociedad general de todos los hombres, «de la que el Estado nos da la idea». Y esto constituye el «derecho natural razonado».

Así pues, el derecho natural sólo puede surgir, como concepto, de la existencia real de una asociación política particular que asegura la vida y la libertad de sus miembros. Dicha asociación hace nacer la justicia en las relaciones humanas. Sobre esta base sólida los ciudadanos aprenden a ser hombres y sólo entonces están en condiciones de extender el modelo de su sociedad particular al conjunto de la humanidad. Sólo el Estado nos da la idea, por inducción, de una sociedad universal. Dadas tales condiciones, puede nacer el derecho natural como producto final de una larga cadena, cuyo primer eslabón es el contrato social.

No se puede encontrar un razonamiento más contundente para expresar la subordinación en que se encuentra el derecho natural racional (clásico) respecto al cuerpo social, del cual pretendía ser el fundamento. Rousseau pone por primera vez la «ley de razón» cabeza abajo y la deduce de la convención política.

En el fondo de dicha concepción hay realmente una idea nueva de la justicia. Rousseau rechaza la unilateralidad con que el iusnaturalismo había concebido la justicia, reduciéndola al ámbito puramente ideal. La única forma de que aquélla sea real es traerla del terreno de la razón al de la voluntad: «son necesarias, pues, convenciones y leyes para unir los derechos a los deberes y llevar la justicia a su objeto», dice (63). Y, para ello, la justicia debe ser el resultado de un acuerdo

(62) *Ms. Gen.*, pág. 329. Como se ve, he traducido la expresión «à en user» libremente por «comportarnos», pero realmente significa: emplear aquella máxima del bien común más allá de las fronteras del Estado en el que vivimos, por el que nos sentimos protegidos y cuya ley nos obliga únicamente.

(63) *Ibid.*, pág. 326.

entre las voluntades de los hombres; este acuerdo tiene como objeto la ley producto del pacto social. Por eso Rousseau afirma que la «ley es anterior a la justicia» (64) y no al revés, como había defendido hasta entonces toda la tradición racionalista.

El derecho natural tal como lo entendían sus predecesores pasa, pues, de ser fundamento del pacto a ser una derivación hipotética del mismo.

Pero hay en el texto que comentamos también una referencia a un «derecho natural propiamente dicho», basado en el sentimiento. Ello da pie a un sector de la crítica para reintroducir a Rousseau en la corriente iusnaturalista, alegando que distingue dos tipos de derecho natural, uno prerracional («secundum motus sensualitatis») y otro racional («secundum motus rationis») (65).

La interpretación, a nuestro juicio, es simplista y errónea. En el *Manuscrito de Ginebra* hay, como hemos visto, una crítica sistemática a la idea del derecho natural razonado. En el texto que estamos comentando Rousseau sitúa esta idea en su justo lugar, como un epifenómeno del pacto social y de las leyes políticas. Utiliza un tono hipotético: «étendez cette maxime à la société générale...». Y además hay en todo el capítulo una sutil ironía respecto a la doctrina racionalista (66). El derecho natural razonado no ocupa ningún lugar central en el estado civil, pues las leyes, las costumbres (*moeurs*) y la virtud son las auténticas normas que guían la conducta de los ciudadanos. En cuanto al «derecho natural propiamente dicho», si lo identificamos con aquél que deriva de los principios del amor de sí y de la piedad naturales (67), hay que reconocer que aquí aparece muy desfigurado. En efecto, no se le atribuye ninguna relevancia en el estado civil y, por otro lado, es contradictorio consigo mismo, pues en este texto el sentimiento de piedad aparece opuesto al amor de uno mismo («un sentiment vrai mais très vague et souvent étouffé par l'amour de nous-mêmes»). No se puede afirmar sin más con Derathé que «Rousseau no ha renunciado al derecho natural» o, como dice Haymann, que «Rousseau admite sin escrúpulo al derecho natural al lado del derecho positivo» (68).

(64) *Ibid.*, pág. 329.

(65) Cfr. DERATHÉ, *op. cit.*, págs. 166, nota 3, y 168, nota 3, quien cita a P.-L. León (1934) y a Gurvitch (1922).

(66) La ironía acerca del derecho natural razonado está presente en todo el capítulo y no es difícil advertirla: «Car tant qu'on se contentera d'attacher à ce mot («loi») des idées vagues et métaphysiques, on pourra savoir ce que c'est qu'une loi de la nature et l'on continuera d'ignorer ce que c'est qu'une loi dans l'Etat» (pág. 326). «C'est un beau et sublime précepte de taire à autrui comme nous voudrions qu'il nous fut fait; mais n'est-il pas évident que loin de servir de fondement à la justice, il a besoin de fondement lui-même...?» (pág. 329). Subrayados míos.

(67) Cfr. *Disc. desig.*, Prefacio, pág. 198.

(68) R. DERATHÉ, *op. cit.*, pág. 168, y HAYMANN, art. cit., pág. 99.

4. CONCLUSION

La conclusión que inmediatamente podemos obtener es que Rousseau no acepta la tesis central del iusnaturalismo: la existencia de una ley natural con carácter moral, jurídico, racional, anterior y superior a las convenciones sociales, a las cuales sirva de fundamento y «a la cual todo hombre está obligado a conformarse en sus relaciones con sus semejantes» (69). Estos caracteres son precisamente los que Rousseau niega en su crítica al iusnaturalismo: según él, antes del pacto social no hay justicia, pues ésta deriva sólo de la ley política; en el estado de naturaleza, donde supuestamente regiría la ley natural, el hombre vive aislado, no siente el impulso de sociabilidad ni forma una sociedad general con el resto de sus semejantes, por tanto no caben lazos jurídicos ni morales; si no hay sociedad entre los hombres, difícilmente éstos pueden tener la obligación de conformar a ninguna ley sus relaciones mutuas; finalmente, la ley natural no es racional y, cuando lo es, ya no sirve de fundamento al orden político, pues éste es precisamente la base en que el derecho natural razonado se asienta.

Es preciso, por tanto, descartar la adhesión de Rousseau al iusnaturalismo clásico y a su concepto de ley natural.

Queda solamente un interrogante: ¿Qué sentido tienen entonces las frecuentes alusiones de nuestro autor al derecho natural y a su ley, a los derechos y leyes de la naturaleza, a los derechos de la humanidad, etc., caracterizándolos de forma positiva como anteriores y superiores al orden político? Tales expresiones las encontramos dispersas por toda la obra rousseauiana y exigen una interpretación.

Nuestra hipótesis es que todas ellas se refieren a los principios de tipo psicológico inscritos en la naturaleza humana. Para entender esto sería preciso profundizar en el concepto de hombre que defiende Rousseau, expuesto a lo largo de sus escritos antropológicos (en el *Emilio* principalmente) y que difiere notablemente del de sus antecesores. Rousseau concibe al hombre como naturaleza individual, como un ser independiente, asocial y no racional. Su concepto de hombre rompe los esquemas del pensamiento racionalista e ilustrado, porque lo concibe en su esencia originaria. Los caracteres con que lo define son los principios que inspiran un código de conducta llamado, equívocamente, «derecho» natural. Tales principios son denominados, asimismo de manera equívoca, «leyes» de la naturaleza. Son equívocas estas expresiones, porque no hay derecho ni ley en sentido propio en la consideración del hombre como individuo aislado, sin ninguna relación con sus semejantes (70). En el fondo de su naturaleza están escritos los rasgos que han de servir de modelo al orden social: el amor de sí, la pie-

(69) Cfr. DERATHÉ, *op. cit.*, pág. 151 y sigs.

(70) R. POLIN, en su estudio *Hobbes, Dieu et les hommes*, París, PUF, 1981, se plantea la cuestión de si se puede hablar de moral en el estado de naturaleza que describe Hobbes. Su respuesta es que la moral del hombre de la naturaleza es individual, no universal, y el concepto de derecho es ambiguo. Y en Hobbes hay al menos una relación de guerra entre los hombres. Rousseau no concibe ni siquiera esta mínima relación.

dad. Pero no existe allí ningún código legal, ni está sometido, como individuo que es, a ningún orden jurídico ni a un sistema de obligaciones ético.

Rousseau no afirma en ningún momento la preexistencia de la ley natural a la constitución política. Afirma, por el contrario, que sólo a partir del derecho surgido de las convenciones podemos concebir una forma de justicia adecuada a la naturaleza humana. Esta es la tesis de su obra política fundamental, el *Contrato social*, en sus dos versiones. Los textos más sospechosos de iusnaturalismo deben ser situados e interpretados en este contexto. En el *Segundo Discurso*, por ejemplo, se dice: «Del concurso y de la combinación que *nuestro espíritu es capaz de hacer* de estos dos principios (el amor de sí y la piedad) (...) es de donde me parece que *derivan* todas las reglas del derecho natural» (71). Este texto, como otros del mismo escrito, hay que entenderlo teniendo en cuenta: primero, que Jean-Jacques aún no ha formulado claramente sus ideas jurídicas, y segundo, que aquí se afirma sólo la posibilidad de que «nuestro espíritu» ilustrado, razonando acerca de la constitución del hombre, deduzca (haga «derivar») de ahí las reglas del derecho.

En otro lugar, a la pregunta de si Rousseau admite alguna autoridad superior a la autoridad soberana del Estado, éste responde: «Admito solamente tres. Primero la autoridad de Dios, y después la de la ley natural *que deriva de la constitución del hombre*, y después la del honor más fuerte en un corazón honesto que todos los reyes de la tierra» (72). También aquí hay que entender el contexto: la carta está dirigida a juristas y debe hablar el mismo lenguaje que ellos. Por otro lado, admitir la autoridad de Dios y de la ley natural no indica que estas fuentes sean asequibles directamente al conocimiento humano como para poder convertirse en norma legislativa. Así lo indica claramente en el *Contrato social*: «Lo que está bien y conforme al orden lo es por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia viene de Dios, él sólo es la fuente; pero si supiésemos recibirla desde tan alto, no tendríamos necesidad ni de gobierno ni de leyes» (73). Finalmente, también aquí la ley natural aparece como una *derivación* hecha a partir de los principios de la naturaleza humana y de una manera racional por un autor del siglo XVIII que dialoga con hombres de su tiempo. La preexistencia de la ley natural y su validez en el estado de naturaleza, con carácter racional y jurídico, está ausente en éste y en todos los escritos de Rousseau.

Podemos sintetizar brevemente los resultados de nuestro estudio:

1. El problema del derecho natural se plantea en Rousseau por la necesidad de encontrar el fundamento de una teoría moral y política que resuelva radicalmente el problema de la maldad e infelicidad humanas.

(71) *Disc. desig.*, pág. 198. Subrayado mío.

(72) *Carta* de Rousseau de 15 de octubre de 1758, dirigida a gentes de ley. C. G., núm. 559. Cit por Derathé, pág. 157. Subrayado mío.

(73) *C. S.*, II, 6 pág. 378.

2. En este sentido, el *Segundo Discurso* expone simultáneamente una crítica al derecho natural tradicional, base de las ideas ético-jurídicas de su tiempo, y a la concepción de la naturaleza humana en la que aquella doctrina se asentaba.

3. El objeto principal de la crítica rousseauniana es la idea de una ley natural anterior a las sociedades políticas, basada en la capacidad racional del hombre, en su instinto sociable y en la supuesta existencia de una sociedad general al margen de las agrupaciones particulares. Un código legal de tales características, calificado por Rousseau como «derecho natural razonado», sólo puede existir, por el contrario, tras una larga evolución del ser humano, tras su entrada en sociedad y el consiguiente desarrollo de la razón; por tanto, no puede servir en modo alguno de fundamento al orden político. El hombre originario está exento de toda obligación moral porque es un ser solitario. El derecho y la justicia sólo surgen a partir de la primera convención como fruto de la ley fundamental que deriva de ella.

4. Pero, aunque adopta una posición puramente contractualista, Rousseau se apropia de las expresiones tradicionales del iusnaturalismo, modificando su contenido. El concepto de ley natural no significa en él más que el conjunto de caracteres primigenios que constituyen al hombre individual en su esencia pura, originaria, y en especial los sentimientos prerracionales del amor de sí y de la piedad. El llamado «derecho natural» no tiene en él un sentido jurídico y, cuando lo tiene, es sólo una construcción ideal, no fundamental, sino derivada a partir del derecho positivo. A ambas formas las llama Rousseau respectivamente «derecho natural propiamente dicho» y «derecho natural razonado».

Su originalidad radica, pues, en negar la preexistencia del derecho antes del pacto social y, sin embargo, en concebir la naturaleza humana y sus impulsos naturales como modelo al que debe ajustarse el pacto fundamental, origen del derecho y de la justicia. La antropología llega así a desbancar al derecho natural en su sentido clásico y a ocupar su lugar como fundamento último del ordenamiento jurídico positivo.

Filosofía del Derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981) (*)

Por JUAN JOSE GIL CREMADES

Zaragoza

No es prematuro, a estas alturas, intentar trazar la historia de la Filosofía del Derecho de España durante el siglo XX, ya en sus últimos lustros. Si, incluso por nosotros mismos, se ha trabajado con cierta intensidad en historiar tal tema en el siglo anterior, una cierta precaución parece hacer desistir de la empresa, para la que hay a disposición, por lo demás, algunos materiales útiles, constituidos por crónicas provisionales redactadas a distintas alturas del tiempo, desde la segunda parte de los años treinta hasta hoy mismo (1), así como alguna monografía sobre figura señalada (2), o historia académica de alguna cátedra universitaria (3). Precisamente con el propósito de aportar algunos datos para esa historia aún no escrita sino a retazos, redactaré unas páginas a incluir en este homenaje a Ruiz-Giménez. La elección del tema me ha sido sugerida por varias circunstancias. De una parte se trata, en consonancia con el homenajeado, de una persona que desde la íntima convicción cristiana intenta una consecuente Filosofía política, que incluye la referencia lógica al Derecho y al Estado. Se da además, en el caso de Mendizábal, la tentadora circunstancia de que ha vivido en su propia carne, y por esa misma convicción, el drama

(*) Estudio redactado como contribución a un homenaje al profesor don Joaquín Ruiz-Giménez, no pudo concluirse a tiempo.

(1) Al hacer una reseña de los últimos cinco lustros (1960-1985) me he referido a los balances hechos en distintos momentos por Recaséns Siches, Legaz Lacambra, Elías de Tejada, Díaz García, Lorca Navarrete, etc. Cfr. «Anales de la Cátedra Francisco Suárez» 25 (1985), pp. 225 s.

(2) Así la de Castro Cid sobre Recaséns (Salamanca, Univ. de Salamanca, 1974). También los escritos de circunstancias —«estudios homenaje» o necrologías— dedicados a Sancho Izquierdo, Legaz, Puigdollers, Luño, Corts, González Vicén, Elías de Tejada, Asís Garrote.

(3) Cfr. Francisco PUY, *La Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago (1807-1975)*, Santiago de Compostela, Paredes, 1975.

español —la guerra civil y el exilio— de este siglo que todavía tiene algunos problemas historiográficos pendientes. También, y en razón de esa ambigua simpatía que despierta el débil, el silencio o la ignorancia sobre la figura de Mendizábal, ni siquiera rotos o superados en su discreta desaparición, le llevan a uno a presumir de un rescate del olvido, en este caso además realmente inmerecido. No habría que dejar en saco roto alguna circunstancia más, como la relación epistolar mantenida con él a partir de 1976 desde su empecinado retiro en la Costa Azul francesa, o su condición de aragonés (4). Esos motivos y algunos más me inclinan a abordar cordialmente el tema.

«EDAD DE PLATA» DE LA CIENCIA JURIDICA EN ESPAÑA

Los años veinte y treinta del siglo XX español, en consonancia con la riqueza creativa que caracteriza a la Europa de entreguerras, no sólo en las artes, sino en las ciencias también, han sido caracterizados desde el punto de vista literario como una «edad de plata» (5). Creo que tal calificación sería extrapolable también a las ciencias jurídicas, ya que éstas, y en la medida no pequeña en que fueron mimadas por la política cultural de la Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (6), manifestaron una vitalidad que tenía como base de partida una buena información de lo que se debatía, particularmente en Centroeuropa, originada por el peregrinaje cultural de nuestros becarios y profesores. Ahí queda el testimonio de las monografías que van poco a poco consolidando al Derecho Civil que, desde Sánchez Román —y a diferencia de la formación exegetica de Benito Gutiérrez, figura técnica quizá influyente en nuestra codificación—, adopta la sistemática germánica plasmada en los planes de estudio de las Facultades de Derecho; también la configuración del Derecho administrativo, antes vinculado al político; asimismo se perfila la dogmática penal, adquiere vuelos el tratamiento científico de los procedimientos o se da fe de la aparición del Derecho social, por citar sólo algunos síntomas. Cabría rastrear algunas pistas más como la tarea de la traducción, tan básica que la continuaron nuestros profesores en el exilio forzado por el desenlace bélico (7), o la aparición de publicaciones periódicas de fuste como: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (a partir de 1918), *Revista de Derecho Público* (desde 1932), sin olvidar la *Revista de Derecho Privado* (1913) o la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1925), o la tan abundante en temas jurídicos, dentro de su pluralidad

(4) Propuse y redacté la voz: *Mendizábal Villalba, Alfredo*, para *Gran Enciclopedia Aragonesa*, Zaragoza, Unali, 1981, tomo VIII, p. 2216.

(5) Referencia a José Carlos MAINER, *La Edad de plata (1902-1939)*, 2.^a ed., Madrid, Cátedra, 1981.

(6) Eusebio FERNÁNDEZ, *Los becarios de Filosofía de la Junta para Ampliación de Estudios y sus repercusiones en la filosofía española anterior a la guerra civil*, «Cuadernos salmantinos de Filosofía», 5 (1978) pp. 435-446.

(7) Una crónica de las traducciones llevadas a cabo en ese período y relativas a la Filosofía del Derecho se incluye en mi estudio preliminar a Karl ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1968.

temática, *Universidad*, que aparece en Zaragoza desde 1924. El derecho es así objeto cultural, que puede encontrar eco en *Revista de Occidente* (puesta en marcha a partir de 1923) (8) o en Ortega y Gasset, incitado por tesis de Jhering o de Kelsen. Otras revistas culturales, como *Cruz y Raya* o *Leviatán* también dedicarán atención a las nuevas versiones totalitarias del Estado o a la virtualidad del Estado parlamentario o al principio de legalidad en una situación de crisis.

No podía quedar al margen de este florecimiento cultural la Filosofía del Derecho. Creo que es más propio hablar aquí de «edad de plata», pues había que superar unas circunstancias, presentes durante decenios, de confrontación entre el iusnaturalismo escolástico de la mayor parte del profesorado universitario de la asignatura ingresado durante la Restauración y el iusnaturalismo krausista, denominado con exageración: «segunda escuela española de Derecho natural» (9). Ciertamente el krausismo no dejó de ser paradójicamente un fenómeno cultural periférico, «castizo», aunque revitalizador de minorías intelectuales; además, en la Filosofía del Derecho, a parte de la no pequeña proeza de su introducción, si bien no con el alcance hegeliano, apenas hizo otra cosa que mantener la llama del iusnaturalismo en una segunda mitad de siglo XIX, dominada por el positivismo científico y jurídico (10). ¿Sería posible, invocando el retorno a Kant, introducir una reflexión filosófica sobre el Derecho, que escapara a la recaída en cualquier iusnaturalismo? En verdad que nuestra cultura jurídica, una vez completada la tarea codificadora, ha hecho compatible durante decenios un efectivo positivismo jurídico aproblemático con un derecho natural equiparado con la moral dominante en un Estado que casi siempre reconocía en sus textos constitucionales la presencia social de la Iglesia católica. Así, la Restauración de los Borbones, tras el paréntesis revolucionario, supuso para nuestro tema que los planes de estudios de las Facultades de Derecho pasaran de los «Prolegómenos del Derecho» a los «Principios de Derecho natural», y que las cátedras de esa asignatura fueran ocupadas por mantenedores de un Derecho natural católico, que se potencia al socaire de la formulación, a partir de la restauración tomista llevada a cabo por León XIII, de una «doctrina social católica». En ese contexto parecía pues difícil que encontrara eco la nueva «Filosofía del Derecho» que con tal «retorno a Kant» se iba configurando en otros países europeos, como Italia y Alemania.

Sin embargo, el proceso de recepción se llevó a cabo, siguiendo un itinerario que parte de la «heterodoxia» krausista y concluye en la «ortodoxia» de un catolicismo renovado. Conviene explicar un poco más lo dicho, ya que no es obvio. En efecto, las primeras noticias que, por

(8) Habría que recordar las reseñas de J. GÓMEZ DE LA SERNA sobre Duguit (1924), Stammler (1925), Croce (1926), etc., o las colaboraciones de RIVERA PASTOR o de VELA.

(9) Denominación dada por Luis LEGAZ, *Die Tendenzen der Rechtsphilosophie in Spanien*, ARSP 45 (1959) p. 420.

(10) El krausismo es considerado «corriente iusnaturalista secundaria» por Alfred VERDROSS, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, trad. M. de la Cueva, México, Unam, 2.ª ed., 1983; pp. 277 s.

ejemplo, se tienen en España de Rudolf Stammler provienen de Giner de los Ríos y de sus discípulos (11), se continúan con la presencia física del profesor alemán en la Universidad de Granada, invitado por Fernando de los Ríos, en la primavera de 1922 (12), y concluyen con la traducción de la *Introducción a la Ciencia del Derecho* editada en 1930 y realizada por Luis Recaséns Siches (13), quien, como Mendiábal, procede de la militancia estudiantil católica, que lejos de contarse entre los «jóvenes mauristas», repudia la Dictadura primorriverista y participa en la oleada de esperanza de la II República, para acabar ambos en el exilio.

Ese proceso, que va desde los epígonos del «institucionismo» a ese catolicismo que enjuicia positivamente la cultura moderna, sin ahorrarse reservas críticas, no ha de darse ya ni en la recepción española del neokantismo sudoccidental, ni del propio positivismo jurídico, llevado a su última consecuencia por la «teoría pura del Derecho». En efecto, Recaséns ya traduce en 1930 la *Introducción a la ciencia del Derecho* de Gustav Radbruch (14). Y Luis Legaz Lacambra, también procedente de los «estudiantes católicos», es decisivo en la introducción entre nosotros de Hans Kelsen (15), que había sido iniciada por Recaséns en 1928 (16). Ciertamente la formación intelectual de estos autores condicionaba el alcance de esta recepción, sobre todo por lo que hace a Kelsen. Del «derecho natural de contenido variable» o de la «realidad referida al valor justicia» aún podían tenderse puentes, aunque inseguros, con un tomismo que se remozaba y dialogaba con la filosofía moderna, tal como reflejaban eclesiásticos como Juan Zaragüeta o el precoz Xavier Zubiri. Del rígido y apologético neotomismo importado de Italia en la Restauración no sólo por los profesores de seminarios eclesiásticos, sino por los catedráticos de «Derecho natural» de las Universidades civiles, se pasaba a, sin al menos las medrosi-

(11) FRANCISCO GINER, *Las ideas de Stammler sobre los problemas del Derecho y la ciencia jurídica del porvenir*, «Boletín de la Institución Libre de Enseñanza» 36 (1912) pp. 284-287. FRANCISCO RIVERA PASTOR, *Lógica de la libertad. Principios de doctrina del Derecho*, Madrid, F. Beltrán, 1910.

(12) Publicadas estas lecciones con el título *La génesis del Derecho*, trad. W. Rocés, Madrid, Calpe, 1925.

(13) Madrid, Ed. Revista Derecho Privado, 1930. Anteriormente W. Rocés había traducido el *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid, Reus, s. a. (pero posterior a 1928).

(14) Madrid, Editorial Revista Derecho Privado. El prólogo es de Fernando de los Ríos. Posteriormente José Medina Echavarría traduce los *Elementos de Filosofía del Derecho*. En la órbita de la filosofía de los valores están dos traducciones de Legaz: WILHELM SAUER, *Tratado de Filosofía jurídica y social*, Barcelona, Labor, 1933 y MAX ERNST MAYER, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Labor, 1937.

(15) Traduce *La Teoría pura del Derecho (Método y conceptos fundamentales)*, Madrid, Revista Derecho Privado, 1933 y, al año siguiente, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor. Sus trabajos sobre Kelsen se inician con: *La validez del Derecho. Estudio de teoría jurídica pura*, «Universidad», 8 (1931) pp. 339-362, 585-599, y se coronan con: *Kelsen. Estudio crítico de la Teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Barcelona, Bosch, 1933.

(16) *Compendio esquemático de una Teoría general del Estado*, traducido juntamente con J. Azcárate, Barcelona, Núñez y Co., 1928, con una segunda edición que cambia de título: *Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Bosch, 1934.

dades anteriores, a airear las cabezas de estos jóvenes intelectuales católicos que por su cuenta y riesgo y con mayor o menor decisión llamaban a la puerta del *excitator Hispaniae*, de José Ortega y Gasset, figura independiente, no obligado con el tiempo a rendir pleitesía al monopolio krausista o institucionista, aduana hasta entonces de la apertura a la modernidad. Si bien es cierto que en su catálogo editorial *Revista de Occidente* no incluye sino una obra jurídica inspirada en la fenomenología husserliana (17), en la no marginal preocupación de Ortega por el derecho se han señalado influjos que van de Jhering a Kelsen, y que esa información venía a veces de la mano del mismo Recaséns (18).

Pero también ese período de entreguerras, se caracteriza tanto por un «ultraliberalismo», como señalaba alguien tan poco sospechoso como el krausista Adolfo Posada, así como por la crisis de la democracia, debida tanto al espejismo creado inicialmente por la revolución soviética como por la irrupción paulatina pero constante de los fascismos. En esa época, por tanto, había también la posibilidad de abrir los oídos a corrientes de pensamiento jurídico que se hacían eco, ante la aparición del proletariado y la crisis del sistema capitalista, de las doctrinas críticas del Estado de Derecho, del parlamentarismo, del individualismo jurídico. Fundamentalmente los autores orientadores y pronto traducidos entre nosotros, en los que apoyar las razones de la duda sobre el Derecho y el Estado liberales, fueron Leon Duguit (19) y Maurice Hauriou (20). El mismo Posada había iniciado la introducción del primero al comienzo del siglo (21) y el Decano de Burdeos dará unas conferencias en Madrid en noviembre de 1923, recién inaugurada la Dictadura de Primo de Rivera (22). Esta precisamente podía tener como teórico a Ramiro de Maeztu, que en los inicios de su crítica al liberalismo había encontrado en Duguit un valedor, sobre todo a través de una lectura sesgada (23): ya no era la libertad, sino la «función», el fundamento del «Estado moderno» tras la experiencia de la guerra europea. De otra parte, el influjo de Hauriou fue grande también en ese período entre los católicos que se iniciaron en el Par-

(17) Wilhelm SCHAPP, *La nueva Ciencia del Derecho*, trad. de J. Pérez Bances, Madrid, Revista de Occidente, 1931.

(18) Cfr. Luis LEGAZ, *L'influence de la doctrine de Kelsen dans la science juridique espagnole*, «Annales de l'Université de Toulouse», 6 (1958), pp. 159-170.

(19) Las traducciones y los traductores son: *El derecho social, el derecho individual y las transformaciones del Estado* (A. G. Posada), *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón* (C. G. Posada), *Las transformaciones del Derecho público* (A. G. Posada y R. Jaén), *Soberanía y libertad* (G. Acuña), *Manual de Derecho constitucional* (G. Acuña), *El pragmatismo jurídico* (Q. Saldaña).

(20) *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, Reus, 1927. La traducción fue de Carlos Ruiz del Castillo.

(21) En 1909 Adolfo POSADA encabeza con su estudio: *La nueva orientación del Derecho político*, la traducción de *El derecho social*, etc. ya citada.

(22) Publicadas conjuntamente bajo el título de la última: *El pragmatismo jurídico*, Madrid, F. Beltrán, 1924.

(23) Ramiro de MAEZTU, *La crisis del humanismo*, Barcelona, Minerva, s. a., pero posterior a 1916, en que apareció el libro en inglés.

tido Social Popular y algunos de ellos continuaron luego en la experiencia de la CEDA, durante la II República (24).

Todas estas líneas de pensamiento encuadran la época en que Alfredo Mendizábal se forma y madura. Conviene hacer la mención de las mismas, ya que constituyen los polos de atracción que el mismo Mendizábal acepta en parte o rechaza tímida o resueltamente. En una época de crisis, de fuertes tensiones que provocaron actitudes erradas, la integridad moral e intelectual de nuestro autor así como sus limitaciones destacan en este claroscuro. Pasemos ya al relato de su propia evolución.

FORMACION PATERNA: EL DERECHO NATURAL CATOLICO

Alfredo Mendizábal Villalba nace en Zaragoza el 2 de abril de 1897. Su padre, don Luis Mendizábal Martín, catedrático de Derecho natural de la Universidad cesaraugustana, debió orientarle y estimularle profesionalmente durante sus estudios de Licenciatura en esa Universidad. Esos estudios se concluyen en 1917, cuando don Luis consigue, una vez vencidas las arbitrariedades del ambicioso Fernando Pérez Bueno y tras sentencia del Tribunal Supremo, la Cátedra de Filosofía del Derecho en la «Central», esto es, la misma que había ocupado durante años Francisco Giner de los Ríos (25). Sin embargo, durante unos años Alfredo aún permanece ligado a Zaragoza, como lo muestra su obra inicial, que si bien se centra en el iusnaturalismo, éste se pone en relación bien con el derecho internacional o bien con el derecho administrativo. La tesis doctoral, concretamente, tarda en redactarse y publicarse, y lleva un prólogo del catedrático de Derecho Internacional de la Facultad de Zaragoza, Manuel Lasala Llanas, si bien tal como exigía la legislación de la época el doctorado se había obtenido en la Universidad de Madrid. El título: *Los tratados de paz. Su naturaleza, fundamento jurídico y eficacia* (26). Ciertamente el estudio es más proclive a la vertiente iusnaturalista, y el *Tratado* de su padre es citado con largueza. Pero también maneja bibliografía alemana —Alfred Lasson o Albert Hermann Post— e inglesa: Sumner Maine o Roscoe Pound. De otra parte, siguiendo la tesis de Eduardo de Hinojosa, reivindica para los teólogos morales españoles del XVI y XVII la paternidad del moderno derecho internacional.

Pero cuando ese estudio se publica, ya es catedrático de Derecho natural en la Facultad de Oviedo. A esa cátedra ha accedido el 3 de

(24) Es el caso de Ruiz del Castillo y de Giménez Fernández. También el influjo del institucionalismo, versión G. Renard, llegaría a Corts Grau.

(25) De Pérez Bueno ha quedado no muy buen recuerdo (cfr. el juicio de alumno de Francisco AYALA, *Recuerdos y olvidos*, Madrid, Alianza, 1982, p. 107). Su confrontación administrativa y judicial con Mendizábal, en Gaspar ESCALONA MARTÍNEZ, *Filosofía jurídica e ideología en la Universidad española (1770-1936)*, Madrid, Univ. Complutense, 1982, tomo II, pp. 801 ss.

(26) Madrid, Victoriano Suárez, 1927, 179 pp.

abril de 1926. Poco bagaje de publicaciones le respaldan, pero sí unos buenos conocimientos y lecturas directas, como tendremos ocasión de comprobar. Ciertamente, aparte de la tesis aún inédita, para esa fecha sólo ha publicado: *La doctrina de la justicia según la «Suma Teológica»* (27). Aparentemente, si nos atenemos al título podría pensarse que nada original puede decirse sobre tal tema, amplio y ya muy tratado desde la restauración tomista del siglo anterior. O podría tratarse de reiteraciones o de lugares comunes. Sin embargo, el título queda corto, ya que detrás de él se oculta una crítica del positivismo jurídico, con la secuela del monopolio legislativo y del carácter general de la ley, pero no para confrontarlo con el derecho natural, sino con el «derecho libre», cuyas tesis ve con simpatía. Si en un primer momento, en la tarea crítica desde el iusnaturalismo le sirve de guía la versión remozada del tomismo que representa Viktor Cathrein, en la parte final se enfrenta con el legalismo, con el principio general como criterio inflexible para regular el conflicto social. A él contraponen las corrientes que van surgiendo desde comienzos de siglo XX, y de las que no hay por esas fechas apenas conocimiento en España, donde por lo demás no van a arraigar. En la tensión clásica que se establece entre «justicia legal» y «equidad» adopta un planteamiento actual y además desde una vertiente más jurídica que moralizante. Para proceder a la elección de mentores idóneos, critica tanto el positivismo jurídico de Alfred Lasson o de Karl Bergbohm, como también lo que califica de «idealismo» de Rudolf Stammler y Gustav Radbruch, ya que no supera las dificultades del positivismo. Los autores que permiten pasar de la rigidez a la flexibilidad son François Geny, como iniciador, Hermann Kantorowicz, representante de la «escuela de derecho libre» y la tesis del «judge made law» formulada por Roscoe Pound. Mendizábal, glosándolos, opinará que el juez «dentro de amplios límites debe ser libre para resolver los casos individuales con la razón y el sentido moral de la generalidad de los hombres. La aplicación del Derecho no es puro proceso mecánico, envuelve no sólo juicios lógicos, sino morales, y como nunca son iguales las particulares situaciones y circunstancias, las instituciones fundadas en la experiencia no pueden sustituirse por reglas formuladas». Ciertamente, tal planteamiento deja la puerta abierta a la inseguridad jurídica. De ahí el matiz: «Una cierta libertad en el juzgador, para que penetrando en el espíritu de la norma lo aplique rectamente, puede ser de gran provecho en la determinación concreta de lo justo, y evitar el anquilosamiento o la petrificación del Derecho; pero el arbitrio, en cuanto tiene de capricho, de subjetividad no limitada, puede acarrear serios trastornos al desenvolvimiento jurídico de un pueblo». En resumen, en el horizonte firme del tomismo como *ultima ratio*, cabe el espíritu inquieto que se enfrenta con las nuevas propuestas del pensamiento jurídico.

En esta su primera etapa profesoral, tanto su padre desde Madrid, como él desde Oviedo, mantienen fuertes lazos con la Facultad zara-

(27) «Universidad», 2 (1925) pp. 587-611.

gozana, donde el discípulo de don Luis, Miguel Sancho Izquierdo, auxiliar cuando estudiaba Alfredo, es Catedrático de «Elementos de Derecho Natural» desde 1920. Los tres proceden además del Bajo Aragón turolense, y están emparentados entre sí. Pero en torno a Sancho Izquierdo, cada uno abriéndose su camino intelectual con una cierta independencia que sin embargo se alimenta de una misma matriz de catolicismo militante, van iniciándose y consolidándose varios discípulos: Enrique Luño Peña y Luis Legaz Lacambra, que serán catedráticos durante la II República, y Rafael Pérez Blesa, ya tras la guerra civil. Sancho Izquierdo, además, con otros colegas de la Facultad zaragozana, y ya antes del golpe del general Primo de Rivera en 1923, constituían lo que se ha denominado «grupo coordinador» del Partido Social Popular, primer intento de aclimatación de una Democracia cristiana tal como se estaba articulando en Italia en torno a Dom Luigi Sturzo (28), pero que quedará lastrado por la impar procedencia de sus militantes, que van del asociacionismo católico de nuevo cuño representado por los «propagandistas», al «maurismo» y hasta el tradicionalismo.

Alfredo Mendizábal no aparece en esa época vinculado a esa actividad política, que sólo se manifestará en la República. El grupo de Zaragoza, además, acaba doblegándose a la Dictadura, aunque haya entre ellos disidentes. El talante político de Mendizábal, cuando salga a la luz, ya tiene unas connotaciones que van más allá de esa frustrada Democracia cristiana. Incluso superará la orientación seguida por sus, pronto, colegas Luño y Legaz. Este, durante la Dictadura, y en momentos de duras luchas con al organización estudiantil FUE, fue director de la agrupación local zaragozana de la Federación de Estudiantes Católicos, y en la Confederación nacional de dichos estudiantes ocuparon cargos en diversos momentos, pero siempre dentro de la Dictadura, Luño Peña, e igualmente quien sería pronto el mayor exponente de la filosofía jurídica española de la época, Luis Recaséns Siches (29). Esa Federación de Estudiantes Católicos, en la ideología que pudieran poner de manifiesto sus ciclos de conferencias u otras actividades culturales, evidenciaba una debilidad ante las tentaciones del grupo de *Action française* o el integralismo portugués, sobrepasando así la Democracia cristiana (30).

(28) Cfr. Oscar ALZAGA, *La primera democracia cristiana en España*, Barcelona, Ariel, 1973, pp. 133 s.

(29) Cfr. José Ramón MONTERO, *La CEDA. El catolicismo social y político en la II República*, Madrid, Ed. Revista de Trabajo, 1977, vol. II, pp. 528 ss.

(30) Así en Zaragoza celebró la Federación Aragonesa de Estudiantes Católicos, y en 1928, un ciclo de conferencias. En ellas, Salvador MINGUIJON habló sobre *Ideario de la Acción Francesa* y Juan MONEVA sobre «*Le Sillon*» y «*L'Action française*». Otros conferenciantes daban cuenta de movimientos modernos del catolicismo europeo: Manuel TORRES LÓPEZ, *José Görres y la misión de los intelectuales católicos*; José María PEMÁN, *La vuelta a las nociones fundamentales* (manteniendo tesis próximas a las de Acción Francesa); Juan HINOJOSA, *El renacimiento católico en la literatura*; Miguel SANCHO IZQUIERDO, *La unión de las Iglesias*; Inocencio JIMÉNEZ, *Bélgica, maestra de la acción*; Luis JORDANA DE POZAS, *Chesterton y Belloc*; Marqués de LOZOYA, *Antonio Sardinha y el concepto de hispanismo*. Notable la ausencia de temas como el *popularismo* italiano o el

Por tanto conviene insistir en que Mendizábal no se vincula a esas actividades políticas e incluso de militancia católica de los de Zaragoza. Pero sí colabora en la revista *Universidad* que parte de ellos vivifica, bajo la batuta inicial de Domingo Miral, a partir de 1924, y que dos años después tiene como secretario a Enrique Luño (31). Esa publicación, que no puede vincularse a una ideología concreta, sirve de plataforma a la actividad intelectual de Mendizábal durante la Dictadura. Así, aunque ha sido preparada antes y leída en el Congreso de Ciencias Administrativas celebrado en 1930, recogen sus páginas su ponencia: *El Derecho natural en la Ciencia administrativa* (32). Es central en ese breve estudio el enfrentamiento dialéctico desatado por la ciencia jurídica de la época entre legalidad y legitimidad, exacerbada por los planteamientos de la *Stufenbautheorie* de Kelsen y Merkel. Para Mendizábal, la «norma originaria», como él la denomina, ha de ser ius-naturalista, y no meramente formal. Junto a un control de legalidad ha de establecerse un control racional de los fines a los que sirven las leyes, ya que de otra forma «el acto perfectamente legal y manifiestamente injusto simboliza una típica forma de hipocresía, la hipocresía jurídica. Como correctivo, las nociones de «bien común» y de «espíritu de la institución» entran aquí en juego, ya que una actividad que debiera procurar el bien colectivo puede desatenderlo y aun contrariarlo de hecho, sin desbordar cauces legales». Por lo demás, sin que haya que renunciar al principio de legalidad, la ciencia jurídica se percató de su insuficiencia cuando apela insistentemente a nociones como las de «servicio público», «abuso de derecho» o «desviación de poder».

También en esa época publica una contribución al homenaje internacional tributado a Giorgio Del Vecchio, que no ve la luz sino en 1931, en Italia. Se titula: *La teoría jurídica de la Ley según Domingo de Soto* (33), y no es sino una glosa a diversos pasajes del *Tratado de la Justicia y del Derecho*, del que pocos años antes había hecho una versión castellana abreviada el profesor de Teología de la Universidad pontificia de Salamanca y figura tan interesante como olvidada, Jaime Torrubiano Ripoll (34).

Pero donde verdaderamente se vierte amplia, pero discreta, su contribución a la filosofía jurídica es en la preparación de la última edición del libro de su padre, *Tratado de Derecho natural*. Esa edición,

humanismo cristiano de Maritain. La crónica en: «Universidad», 5 (1928), pp. 245-249, 498-502.

(31) Cfr. Eloy FERNÁNDEZ CLEMENTE, «Universidad»: los orígenes de una revista, en el volumen colectivo *Historia de la Universidad de Zaragoza*, Madrid, Editora Nacional, 1983, pp. 403-407.

(32) «Universidad», 8 (1931) pp. 363-371; también publicada como: *Il diritto naturale nella scienza amministrativa*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 11 (1931) pp. 206-213.

(33) En: *Studi Filosofico-Giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*, Modena, Società Tip. Modenese, 1931 (separata). En el mismo volumen se publica postumamente una contribución de su padre: *El indestructible Derecho natural*. Don Luis murió en agosto de 1931.

(34) *Tratado de la Justicia y del Derecho*, 2 vols., Madrid, Reus, 1922 y 1926.

la séptima, «enteramente refundida», aunque mantiene la autoría de Luis Mendizábal, apunta en portada que la refundición se ha hecho «con la colaboración» de su hijo Alfredo. El *Tratado* tenía como antecedentes los *Elementos*, iniciados como «apuntes» en 1890 y estabilizados en la dimensión de tres volúmenes a partir de la edición segunda, de 1897-1899 (35). Realmente el Derecho natural era abordado en el volumen primero, que incluía unos «Principios de Moral» y una «Teoría general del Derecho». Los otros dos volúmenes, bajo el título general de «El Derecho en la vida», eran una verdadera enciclopedia jurídica que abarcaba las distintas disciplinas del Derecho Privado y del Público. Ese esquema se mantiene igualmente en la séptima edición, de la que aparece en 1928 su primer tomo: «Teoría fundamental del Derecho», el segundo en 1929, dedicado, siguiendo el esquema apuntado, al Derecho privado. El tercero, sin embargo, adquiere tal voluminosidad, que sólo puede abarcar parte de la materia de Derecho público. Cuando aparece en 1931, año como ya se dijo de la muerte del autor, en contraportada se promete la aparición de un cuarto tomo, así como de una «Historia de la Filosofía del Derecho» (36). El programa editorial, sin embargo, no se cumplió.

Esa colaboración de Alfredo en el *Tratado* es difícil de fijarla en su alcance con seguridad. Si se comparan las ediciones, podría aventurarse esta distribución de trabajo: don Luis discutió más bien sus tesis iusnaturalistas con los positivistas científicos y los positivistas jurídicos de fines de siglo XIX, así como con la incipiente sociología científica. Desde otra perspectiva, claro está, eran las mismas fuentes de discrepancia que las del krausista epigonal Adolfo Posada. Sólo un poco conoce y discute el neokantismo de Rudolf Stammler. Las adiciones de Alfredo quizá puedan centrarse en las extensas notas a pie de página que se encuentran en los tres tomos: allí la bibliografía citada incluye casi todo lo publicado en los años veinte de este siglo, tanto en Francia o Italia, como en Alemania y Estados Unidos, incluyendo a Duguit, la teoría de la institución, la teoría pura o el realismo americano. Desde el iusnaturalismo del «refundidor», el diálogo con las distintas corrientes es más abierto, salvo en el caso del formalismo. Pero incluso respecto a Kelsen veríamos un lector anterior a las traducciones españolas de la obra kelseniana. De otra parte, por lo que hace al trasfondo político, el libro refleja, sobre todo en el volumen tercero, el ambiente de «crisis de la democracia» o del «parlamentarismo», o del «liberalismo». También tiene a la vista la aparición de los fascismos. De ahí el interés del diagnóstico: «Hay —y nadie podría negarlo— una crisis moderna de las democracias representativas, manifestada en la floración de dictaduras que ha seguido a la guerra, bien que

(35) *Elementos de Derecho natural*. Apuntes publicados para facilitar su estudio, Valladolid, Impr. de Cuesta, 1890. *Elementos de Derecho natural*, 2.^a ed., Zaragoza, Impr. de Salas, 3 vols. 1897-1899. Para este autor remito a *El reformismo español*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 329 ss., y ahora a G. ESCALONA, *cit.*, vol. II, pp. 647 ss.)

(36) Todos ellos se tiraron en Imprenta Clásica Española de Madrid y los distribuyó Victoriano Suárez.

tales dictaduras las hayan sufrido especialmente aquellos países en que las instituciones democráticas no se han implantado o no habían tenido verdadero arraigo». Su opción es clara, así como la tarea a realizar: «Con todos sus defectos, un régimen de derecho y de libertad es preferible a un régimen de arbitrio y de opresión... Tratar de eliminar progresivamente defectos de un sistema, buscar su perfeccionamiento es preferible a rechazarlo en absoluto para sustituirlo por otro más peligroso aún, menos jurídico y que, en suma, significaría un retroceso en la técnica política» (37). Ese tomo está ya compuesto en 1930. A pesar del ambiente de crisis, la mente de Mendizábal era ya lúcida. El 14 de abril de 1931 no va a ser para él, desde el catolicismo, un trauma, a pesar de que lo fuera para el catolicismo español.

EL COMPROMISO POLITICO: LA II REPUBLICA

Ciertamente con anterioridad a esa fecha algunos católicos militantes se habían distanciado no sólo de la Dictadura, sino incluso de la Monarquía, y eran partidarios de introducir al país en un período constituyente. Sólo a partir del propio testimonio de Alfredo Mendizábal podemos saber que éste era su caso: «Desde 1929 mi posición era no sólo democrática y liberal sino francamente republicana; y por mi amistad con Alcalá Zamora y sobre todo con Miguel Maura y su cuñado José María Semprún Gurrea, trabajé primeramente en la clandestinidad y cuando se fundó el partido «Derecha Liberal Republicana» constituí con otros amigos el núcleo inicial en la región asturiana, donde seguí colaborando como representante de dicho partido con los demás partidos republicanos y el socialista» (38). Precisamente de ese partido será miembro Luis Recaséns Siches, diputado en las Cortes Constituyentes, y luego, cuando Miguel Maura provoque una escisión de esas huestes políticas creando el Partido Republicano Conservador, Luis Legaz será candidato del mismo por Zaragoza en las elecciones de 1933, siendo derrotado a esa altura del tiempo en que el catolicismo políticamente organizado se encuadraba ya en la CEDA y no hacía de la República cuestión de principio.

Esa postura política de Mendizábal suponía ir más allá de la adoptada en su día por su padre, quien desde un catolicismo activo, se comprometía en los Congresos Católicos, la «buena prensa» y a la Acción Social Católica. Quizá a partir de esta última asociación, activa en Asturias cuando Alfredo llega a la Cátedra de Oviedo, podría partir una más viva toma de conciencia, de la que no sería ajena la presencia del sacerdote Maximiliano Arboleya. Aunque este punto no haya sido documentado (39), sin embargo en la revista influida por él, *Renovación*

(37) Las citas en vol. III, pp. 202 ss.

(38) De una carta fechada en Cannes, de 6 de mayo de 1976, dirigida a J. J. G. C.

(39) En el estudio de Domingo BENAVIDES, *El fracaso social del catolicismo español. Arboleya-Martínez, 1870-1951*, Barcelona, Nova Terra, 1973, no se menciona sino una coincidencia de ambos en un debate sobre sindicatos católicos (cfr. pp. 616 ss.).

Social colaboran tanto Recaséns como Legaz, seguramente invitados por Mendizábal.

De hecho, aunque conforme avance la República, y sobre todo a partir de la Revolución de Asturias de octubre de 1934, su radicalismo católico se acentúe, haciendo suyas las tesis de Jacques Maritain, que suponen entonces el abandono de toda nostalgia católica por el mundo anterior a la modernidad, en ese período aún sigue colaborando en organizaciones confesionales tuteladas por la jerarquía o bien colaborando con otros correligionarios que no participan de sus nuevos fervores. Así en las «Semanas *Pro Ecclesia et Patria*», que organiza la Junta Central de Acción Católica (40). También, como veremos más adelante, en la Semana Social de Madrid, celebrada en octubre de 1933. Mucho más personal es su participación en el grupo fundacional del «Grupo español» de la «Unión Católica de Estudios Internacionales», llamada también «Unión de Friburgo», que confesionalmente hace suyo el espíritu renovador abierto por el pacifismo proclamado por la Sociedad de Naciones. Ese grupo español se reúne en Madrid en 1934, y lanza una revista, *Estudios Internacionales*, que no pasa del primer número, y en la que entre otros colaboran Luis Legaz, José María Ruiz Manent y José María Semprún; estos dos últimos junto con Mendizábal estarán en la fundación de *Cruz y Raya* (41). Estamos pues asistiendo, a lo largo de la etapa republicana, a la autoconfiguración de Mendizábal como lo que se denominará, por influjo francés, un «intelectual católico», que apoyará la forma política con entusiasmo, pero también con ojos críticos (42); y también son franceses los mentores invocados, a los que ha inspirado «el soplo de Péguy» o de Leon Bloy, pero que ya en actitudes profesoriales representan un «catolicismo renovador»: Jacques Maritain, Etienne Gilson, Emmanuel Mounier, etc. Eso es lo que plasma, en torno a Bergamín, en *Cruz y Raya* (43). Lamentablemente su postura va a ser minoritaria frente a un catolicismo belicoso, por lo que han sido considerados como «solitarios» (44).

Mendizábal abandona en este tiempo la temática de estricta filosofía jurídica, para fijar su atención en la filosofía política apropiada a la situación de crisis y desde su militancia. Ciertamente fue un escritor polemista, que además encuentra tribunas permanentes fuera de España, ya que le unen fuertes lazos con católicos de su mismo talante, por lo que su firma aparece en revistas editadas por ellos en Bélgica, In-

(40) Cfr. Junta Central de Acción Católica, *Semanas «Pro Ecclesia et Patria»*. *Programas*, Madrid, Impr. Herrera, 1934, pp. 8 ss.

(41) *Estudios Internacionales*, Publicaciones del Grupo Español de la Unión de Friburgo, I, Madrid, 1935, 223 pp. Luis LEGAZ, en un buen estudio, hace gala de un maritainismo, que no reiterará: *La primacía de lo espiritual en la construcción jurídica internacional. Las bases sociológico-axiológicas del nacionalismo y del internacionalismo*, *Ibidem*, pp. 27-80.

(42) Cfr. Jean BECARUD y E. LÓPEZ CAMPILLO, *Los intelectuales españoles durante la II República*, Madrid, Siglo XXI, 1978, pp. 106 ss.

(43) Cfr. J. BECARUD, «*Cruz y Raya*» (1933-1936), Madrid, Taurus, 1969.

(44) Cfr. Javier TUSELL, *Historia de la Democracia cristiana en España*, vol. II, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1979, pp. 245 ss.

glaterra, y sobre todo en Francia, particularmente *La Vie Intellectuelle*, de los dominicos de Juvisy, que también patrocinan *Les Editions du Cerf* (45). Pero aquí vamos a fijar nuestra atención en esa proyección política de su filosofía jurídica, por lo que entresacaremos los testimonios más valiosos. Diríamos, por afán de claridad, que son tres sus preocupaciones. De una parte, denunciar la irracionalidad del fascismo y del nacionalsocialismo. De otra, distanciarse del comunismo políticamente establecido. Por último, positivamente, mantener una filosofía cristiana de la sociedad y del Estado que parte del carácter secular de una y otro.

Su colaboración en *Cruz y Raya*, hecha desde un vitalismo cristiano, que contrasta con el carácter defensivo y lleno de pánico de los católicos de la CEDA o de Renovación Española, es de una actitud afirmativa ante la realidad circundante (46). *Cruz y Raya* tenía como subtítulo «Revista de afirmación y negación». Si en Mendizábal la afirmación era el punto de partida, la negación es la que anima el análisis, por lo demás bien documentado, de las dimensiones del nacionalsocialismo y de la teoría social y jurídica que mantiene. Dos son sus artículos sobre el tema, que ven la luz en la revista de Bergamín. El primero, publicado en 1933, *Una mitología política. Los principios anticristianos del racismo* (47). Con una amplia documentación, no sólo bibliográfica, recorre la trayectoria política del racismo y sus principales tesis y representantes, para concluir en el análisis de las actitudes de la Iglesia católica en el tema, que cree claramente condenatoria, a pesar de las manchas del pasado, o del antisemitismo alimentado con ciertas desviaciones de la praxis católica. Mayor interés tiene para nosotros, por su mayor contenido iusfilosófico, su segunda colaboración, aparecida el año siguiente: *Una concepción hemofílica del Derecho. Estado de raza, sinrazón de Estado* (48). Comienza con una advertencia: «Con un gesto de asombro se cortó en muchos españoles la plácida sonrisa benévola con que miraban —sin ver— desde lejos, y *bien mal* informados por la prensa *de orden*, el desarrollo vertiginoso del fascismo germánico». Pronto circunscribe el tema a su vertiente jurídica: «La cuestión es, para el jurista y para el moralista, si la justificación se logra por la mera legalización, si la voluntad del que manda es fuente normativa suprema y autónoma, si el poder físico de forzar equivale al poder jurídico de obligar. Y la respuesta negativa surge, sin vacilación, como imperativo de la ética más rudimentaria». La misma condena, por lo demás, cae sobre el «sovietismo ruso, fascismo italia-

(45) De su crónica sobre la revolución de Asturias se habla más adelante. El propio Mendizábal nos facilitó información sobre esas colaboraciones en revistas extranjeras.

(46) Así, su primera colaboración: *Fronteras de la alegría*, «Cruz y Raya», 3 (1933) pp. 134-139.

(47) «Cruz y Raya», 5 (1933) pp. 75-112.

(48) «Cruz y Raya», 17 (1934) pp. 59-106. En el artículo se cita el trabajo más expositivo de Luis LEGAZ, *Filosofía jurídica del Nacional-socialismo*, «Universidad», 11 (1934) pp. 81-126. Antes había aparecido en sentido comprensivo: Vicente GAY, *La revolución nacional-socialista*, Barcelona, Bosch, 1934.

no y nacionalsocialismo alemán». Por todo ello, asombra a Mendizábal que apoyando al nacionalsocialismo haya un *Juristenfront*, esto es, escuadrones de «juristas uniformados y deformados por la cuartelera indumentaria». Y, con mayor sarcasmo, «¡juristas en camisa! Camisa parda, gramática parda...», que hace de cada uno un «forzoso abogado del Estado». La tesis central de esos juristas es igualmente irracional: «Y la razón de Estado se cubre de la razón de raza, en la plena irracionalidad de su eugénica. Es tan aguda y constante la obsesión de la *Sangre* en la teoría del nacionalsocialismo, que llega a caracterizar a todo el régimen por su *hemofilia*. De ella está enfermo y en perpetua agonía el sistema que la toma como norma». Puestas así las cosas, nos encontramos en las antípodas del Derecho: «Si el nacionalsocialismo ha impreso un tono heroico y un ritmo vertiginoso a la vida de un pueblo, no ha podido dotarle de un Derecho, porque es —en sí mismo y en su caracterización más auténtica— la negación de un criterio jurídico. Implica toda dictadura la ausencia de escrúpulos jurídicos, de esos que despectivamente se califica de *prejuicios legales*. Y partiendo del abandono del *prejuicio* se llega fácilmente a perder el juicio, que es perder la cabeza. Sobre principios dictatoriales no puede construirse —como no sea burlescamente— una filosofía del Derecho». Su base de documentación, a partir de la que procede a éstas y otras observaciones, es el *Juristentag* del otoño de 1933, así como las leyes racistas y las manifestaciones teóricas de A. Rosenberg. Cuando habla de filosofía jurídica del nacionalsocialismo, aparte del discurso de Carl Schmitt en dicho Congreso de los juristas alemanes, cita una y otra vez a Karl Larenz. Para esos teóricos de un «derecho popular» que enmascara un poder al margen del Derecho no puede haber más que desdén: «En boca de un profesor universitario, del prestigio (en algún tiempo bien merecido) de Carl Schmitt, han sonado palabras insólitas de jurista apóstata». Realmente hay aquí hasta una perversión de la filosofía hegeliana en manos de Larenz: «Rechazando el antiguo positivismo se incurre en otro aún más bajamente materialista, que reduce el *Espíritu* a la *Sangre* y menosprecia el alma individual, en exaltación de una supuesta alma colectiva; pero en cuanto sitúa a la comunidad *más allá del bien y del mal*, la suplanta por un caudillo que le arrebató —concentrando en sí mismo— todas las atribuciones, todo el poder y toda la fuerza de coacción».

Desde las ideas atacadas por el «nuevo Derecho», critica Mendizábal esa sinrazón. «El nacionalsocialismo pretende superar con una nueva (y específicamente alemana) idea del Derecho, la idea cristiana medieval, la del Derecho natural y el individualismo de la Revolución francesa». Este planteamiento es muy revelador del catolicismo del crítico, en armonía con el liberalismo. Gracias a eso, que se asienta además en artículos de católicos franceses aparecidos en *La Vie Intellectuelle* y que cita con asiduidad, ve más claro que otros católicos españoles coetáneos, ofuscados ante la tentación totalitaria. Por ello se hace eco de la postura del Cardenal Faulhaber, así como de la inclusión en el *Indice* de las obras de Rosenberg, «casi al mismo tiempo que aplica igual medida a los de Gentile, de semejante representación —aunque

de mucha mayor talla— en Italia». El Estado nacionalsocialista es la negación del Derecho y, por tanto, de la libertad.

Mendizábal, paralelamente, y en la sede propuesta por un catolicismo más rancio, aunque en su tiempo fuera renovador, procede a criticar también los presupuestos teóricos y la praxis política de la revolución leninista. El «Grupo de la Democracia Cristiana», más en la línea del «catolicismo social», vuelve a organizar las ha tiempo suspendidas Semanas Sociales. En la celebrada en Madrid en octubre de 1933, se incluye su larga ponencia: *Comunismo: Anticristianismo, antidemocracia* (49). No estamos ante un alegato anticomunista, tal como el contexto podría sugerir. En su análisis del comunismo, que conecta con la crítica anarquista del mismo hecha por Angel Pestaña, y con la socialista —«Lenin contra Marx»— hecha por Antonio Ramos Oliveira, Mendizábal distingue el aspecto económico o social del aspecto político del fenómeno. Entre ambos intercala la política antirreligiosa del régimen soviético, objeto claro de condena. Pero respecto de la vertiente social del comunismo, se admite la existencia de la injusticia en la sociedad capitalista, si bien rechaza el economicismo o el materialismo histórico: «Porque en el mero aspecto negativo, aún sería posible —desde un punto de vista estrictamente cristiano— coincidir, en gran parte, con la crítica comunista de los vicios que minan la sociedad capitalista... No opondremos, por tanto, a las doctrinas comunistas y a sus realizaciones modernas una argumentación de tipo burgués, que defienda privilegios». Su atención se fija, hecha esta observación, en el materialismo, que al negar el carácter espiritual de la persona, va consecuentemente a negar la libertad individual y justificar la tiranía: «...planteamos el problema del comunismo en lo más trascendental para el cristiano: en aquella concepción absolutamente materialista que lo caracteriza y lo define como una *antirreligión* y como una *antidemocracia*; porque niega, a un tiempo y en lógica conexión, toda base espiritual de la vida, todo elemento sobrenatural y todo respeto a la libertad humana y a la dignidad de la persona». Desde esa perspectiva constata una afinidad con los fascismos: «Toda crítica de la organización materialista del mundo que ellos gozan, la estiman peligrosamente revolucionaria aquellos que en la derecha extrema, coinciden con la extrema izquierda en busca de soluciones de tipo autoritario. Y no por manida deja de ser cierta la apreciación de que el bolchevismo es un fascismo de izquierda, como el fascismo es un bolchevismo de derechas. En su aspecto negativo, al menos, ambos se oponen al mismo Estado democrático... Y dos enemigos de un tercero son amigos entre sí». Para justificar su juicio, hace una alusión a la teoría jurídica de P. I. Stucka, que vincula el Derecho al «interés de clase», pero no profundiza en ella. Concluirá: «Menospreciando y desdeñando toda idea de Derecho y todo reconocimiento de derechos, la doctrina política del bolchevismo se fundamenta únicamente en la violencia». Estamos

(49) Cito por la separata editada por las propias Semanas Sociales, Madrid, Impr. de Minuesa, 1934, 42 pp.

pues ante una crítica que difiere de la que habitualmente se hacía en otros medios católicos, centrada en la defensa del orden económico existente tras el parapeto de la política antirreligiosa. Mendizábal justifica la crítica comunista al orden económico y, en razón de su confesionalidad, le incita a la crítica la negación de la libertad y de la democracia, punto éste para el que faltaba sensibilidad en esos otros medios.

Las tensiones entre derecha e izquierda se extreman, y cada vez resulta más difícil mantener una activa equidistancia. La revolución de Asturias ahonda las diferencias. Mendizábal la vive además en su propia carne y hace su crónica para franceses e ingleses, o belgas (50). En el hecho revolucionario puede percatarse de sus razones aunque no justifique su violencia; pero de la represión no admite ni su legitimidad ni su violencia: «Quienes en la terrible lucha de la revolución asturiana hemos sufrido grandes pérdidas (yo he pasado por la amargura de ver arder con la Universidad mis libros y mis trabajos, resultado de ocho años de estudios); quienes hemos estado en riesgo de perder la vida multitud de veces durante los nueve días rojos de Oviedo, podemos con más autoridad y, aunque parezca paradójico, sin el rencor de quienes nada perdieron y piden solamente venganza, clamar por esa política social de sacrificio que, inspirada en los principios de justicia y en el espíritu de caridad cristiana, puede aún salvar a la sociedad y salvar, en primer lugar, a los obreros. Desarmar la revolución es, más que hacerla imposible, hacerla impensable». Parece también que en el intento de encontrar una tercera vía, quienes piensan como él intentan un acercamiento a los hombres válidos de la CEDA como Giménez Fernández o el mismo Gil Robles (51). Pero a ese catolicismo de derechas no interesa la República y sus bases claman por la represión. El diagnóstico no puede ya ser otro: «La sociedad española se escinde en dos tras la terrible aventura de la revolución de octubre» (52).

Aún se tiene esperanza, no obstante, en el carácter revolucionario del cristianismo que alce las banderas de la libertad y de la democracia. Testimonio de ello es el último escrito publicado en España por Mendizábal, y que aparece tras el decisivo febrero de 1936. Se trata del estudio *Llamada al orden* con el que se encabeza la traducción castellana del libro de Gilson, *Por un orden católico* (53), editado por Cruz y Raya. El orden cristiano de que va a hablar Gilson en su libro, no es el de las «personas de orden», amedrentadas ante «los enemigos del orden», e históricamente defensoras del «orden establecido». «Mas en la interesada visión del mundo que caracteriza a las clases conser-

(50) La crónica escrita para «La Vie Intellectuelle» se publica en castellano en «Cruz y Raya», 20 (1934) pp. 132-133.

(51) Cfr. Alfredo MENDIZÁBAL, *Aux origines d'une tragédie. La politique espagnole de 1923 à 1936*, París, Desclée de Brouwer, S. A. (1937), pp. 204 ss.

(52) *Ibidem*, p. 225.

(53) Etienne GILSON, *Por un orden católico*, trad. de J. A. Maravall, precedido de un estudio de Alfredo Mendizábal y una introducción de José Bergamín, Madrid, Ediciones del Arbol, 1936. La fecha de impresión es la de 25 de marzo. El estudio de Mendizábal ocupa las páginas XV-XLIX, y está fechado en enero de ese mismo año.

vadoras suele reinar la ignorancia y aun el asombro ante un hecho tan lógico, cual el de que las “clases desheredadas” se conviertan en revolucionarias y traten de oponerse a la perennidad del “orden establecido”. El horror de la lucha de clases no admite, por tanto, unilateral explicación, cargando toda la culpa sobre el beligerante que la proclama; pues a menudo aparece como fenómeno de reacción». El catolicismo, en esa y en todas las coyunturas, no tiene por qué ser conservador: «Y un orden católico es —ante todo y fundamentalmente— un orden ético; un *orden por establecer*, que frente al *desorden establecido* se afirma en su necesidad moral de ser. La implantación de un orden auténticamente cristiano implica la más formidable transformación del mundo, la más honda y fundamental revolución».

Siguiendo las tesis maritainianas, expuestas en Santander el verano de 1934 (54), dirá tajante: «Si la verdadera revolución espiritual —aún no ensayada— sería la cristianización de la actual sociedad [paganizada, no podemos ligar la Iglesia de Cristo a linaje alguno de conservatismo». Advierte además del abuso y del perjuicio que ocasiona vinculando a la Iglesia a ese orden ilegítimo. Hágase examen de conciencia, reconózcase que la descristianización actual del mundo ha sido también causada por los mismos cristianos. «Y cuando se nos habla, por ejemplo, de los daños que causa la obligatoriedad de la enseñanza laica, hemos de considerar también que tal sistema ha podido implantarse —en España, como en Francia, y en otros países— precisamente por los votos de quienes habían recibido su formación en la escuela confesional. Lo que prueba la endeblez de aquella formación haciéndonos reflexionar acerca de si la enseñanza llamada católica cumple efectivamente su cometido: que es no tan sólo ser católica, sino también —y aún antes— ser verdaderamente enseñanza». Esa es la «nueva cristiandad»: «Muchos católicos, sin embargo, añoran la espectacular oficialidad externa del reino y... querrían restaurarla artificiosamente, sirviéndose del aparato formalístico y coactivo del Estado». Más que hacer cristiano al Estado, hay que hacerse cristianos dentro del Estado: «Sin la pragmática ambición de apoderarse del Estado, sino aun con el riesgo de que el Estado se apodere de ellos y los destruya; pues tal hipotética destrucción sería el germen antitético de un renacer del cristianismo, que surge del dolor y de la persecución, no del acomodamiento y del favor». Escasa es la fe de quienes creen sólo poder mantenerla mediante el poder político: «El favor oficial trata de corromper al cristiano, para que entregue al Estado su Iglesia, so pretexto de apoyarla, defenderla y protegerla. Cuanto más independiente de los poderes temporales aparece la Iglesia,... tanto más pura se muestra en la desnuda espiritualidad de su misión augusta. El Estado, apenas se siente fuerte, alienta una irrefrenable vocación totalitaria, que le convierte en adversario natural de la Iglesia...».

Realmente Mendizábal no escribe al margen de la aguda circuns-

(54) Jacques MARITAIN, *Problemas espirituales y temporales de una nueva cristiandad*, Madrid, Signo, 1935, 220 pp.

tancia española, ni al margen de la opinión y la acción política mayoritaria de los católicos españoles, divorciados de una República, a la que no han servido, y que intentan derribar. De un lado, la crítica al catolicismo político y electoralista: «Sin embargo, ¡cuántas esperanzas se cifran en impuros medios de captación y en esa especializada estrategia del engaño que es el «reclamo» en todas sus formas comerciales! Oficinas bien instaladas, ficheros, multitud de ficheros completísimos, escribientes, automóviles, altavoces, carteles, banderas y emblemas. Y una red de periódicos (periódicos-red) «modelo de organización», con técnica de empresa fordiana. Todo el material de movilización electoral, a disposición de una burocracia seleccionada, de la que salen inagotables series de propagandistas, de segunda y de tercera fila, encargados de multiplicar y amplificar el eco de los discursos —de ese único discurso, machacón— de los jefes. Y disciplina a todo trance, aun por encima de la conciencia: «los jefes no se equivocan nunca», afirma re-sueltamente una declaración dogmática de infalibilidad que el mítico credo fascistizante trata de imponer, contra la realidad de cada día». Casi resulta impertinente señalar de quién se está hablando, cuando a la vista están las actitudes de la CEDA, de su rama juvenil, la JAP, de las campañas electorales y de prensa. Es el catolicismo político, «que no ha mucho abandonaba a un ministro de los suyos apenas le vio acometer con criterio cristiano los problemas de la tierra», que no secundaba la política social de Giménez Fernández. Se ha estado durante siglos, por parte de los católicos, descansando en el Estado y ahora no se piensa sino en su conquista. Todo ello compatible con una «gárrula» práctica y vida religiosa. «Al rasgarse súbitamente, hace un lustro, la envoltura religiosa del Estado, quedó al descubierto, en carne viva, la nación. En ella los católicos, con una tarea que cumplir».

Pero no sienten así las bases católicas, ni las minorías que las encauzan. Dirección que puede tener a la vista un próximo triunfo electoral, o una derrota que sería el fin. Pero que también ha sacado a relucir ya el «derecho a la rebeldía», el golpe de estado por exigencias de una manera de entender la fe. Seguramente piensa en algunas de las tesis de *Acción Española*, cuando escribe: «Para movilizar nuevas cruzadas al grito de “Dios lo quiere”, habría de tenerse la absoluta certeza de que tal era efectivamente la voluntad de Dios. Y ¿quién de los que lanzan el grito —y los gritos que a todas horas nos atruenan— podrá estar seguro de no confundir aquella santa voluntad con las mezquinas, interesadas, voluntades humanas?» (55). Casi todo está ya intuido, porque muchos datos del problema que estalla en la próxima primavera del 36 están ya detectados. Después, ni siquiera la terminología se inventó.

(55) Esa clerical invocación al «derecho de rebeldía» había sido ya hecha por el magistral salmantino Aniceto de CASTRO ALBARRÁN, *La sumisión al poder legítimo*, «Acción Española», 39 (6 oct. 1933), pp. 205-228, así como el capuchino Gumersindo de ESCALANTE, *Los católicos y la República*, «Acción Española», 46 (1 feb. 1934), pp. 953-961.

LA GUERRA, EL EXILIO, EL OLVIDO

A todos estos intelectuales católicos el golpe de Estado de julio, y la guerra civil desencadenada por él, los arrancó de cuajo. Mendizábal pasó a Francia donde ejerció una actividad política destinada a superar la guerra, y que luego reseñaremos. No fue un neutral, aunque ninguno de los dos bandos lo quiso para sí, antes bien, repudió sus intentos de mediación. En 1942, siendo incluso Francia inhabitable, comienza propiamente el exilio, con una actividad profesoral, que da algunos frutos, y que se desarrolla en Nueva York. Esa labor docente abarca de 1942 a 1946, y se desarrolla en instituciones que acogieron a universitarios europeos que compartían la común suerte del exilio: enseña Ciencia Política en la *New School for Social Research*, y Teoría general del Derecho en la *French University (Ecole Libre des Hautes Etudes)*. Después, entre 1946 y 1953 entra al servicio de las Naciones Unidas. En ese último año vuelve a Europa colaborando en las organizaciones internacionales, siendo su sede habitual Ginebra.

La obra de esta época conviene distribuirla en dos etapas: La primera tiene por objeto justificar la obtención de una paz en el conflicto que enfrenta a los españoles; la segunda, es el retorno a una actitud profesoral, que tiene como apoyo una «tragedia» española, que a su vez es una escisión católica, que sólo alcanza al intelecto.

Se inicia la primera etapa con un intento de clarificación, que cuenta sin embargo con materiales previos. Se trata del libro aparecido en una editorial católica belga con sede en París, y que prologa Jacques Maritain, quien aprovecha la ocasión para rebatir el carácter de cruzada de la guerra española; título: *Aux origines d'une tragédie* (56). Esta publicación se difundió ampliamente por medios no sólo católicos, y contó con versión inglesa y, al parecer, otra sueca. Se trata, en realidad, de una crónica de la II República, que concluye con la guerra civil, que el autor trata, como dice Maritain en el prólogo, con «*la finesse de son humour aragonais*». Crónica que refundía, por lo demás, los materiales de artículos publicados en los años treinta en revistas belgas y francesas, y para un público católico. Maritain hace suya la tesis central del libro: la República frustró las esperanzas depositadas en ella, fue una «revolución incapaz», que provocaba así la apelación al poder dictatorial. Pero no puede hablarse ni de guerra justa, ni de cruzada, por parte católica. La violencia no puede justificarse desde el espíritu de Cristo. «*La chretienté se refera par de moyens chrétiens, ou elle se défera complètement*», dirá el filósofo francés.

Realmente Mendizábal ahonda más en las causas de la crisis de la República: salvo en los momentos iniciales, y sólo parcialmente, no contó con republicanos convencidos. Le achaca además deficiencias concretas: inútil y provocadora política religiosa, insuficiente preocu-

(56) O. c. en n. 51. La versión inglesa tuvo otro título: *The Martyrdom of Spain*, New York, Scribner's, 1938. De la sueca me dio noticia el propio autor, a quien no gustaba por cierto el título dado por el editor inglés.

pación social, tanto en la reforma agraria como en la legislación social. Hay, por lo demás, agudos y válidos análisis de los distintos períodos de la República y de sus protagonistas, de los que Azaña, Prieto y Besteiro son juzgados, casi siempre, favorablemente, mientras que a Gil Robles le supone mediatizado por el *milleu* que le apoya. Observa, a partir de las consecuencias de octubre de 1934, una sociedad dividida en dos campos, «cegados por el sectarismo». Cuando concluye, no puede menos que expresar un juicio de valor ante el hecho bélico: «Desde ese momento estaba claro que la mayor responsabilidad recaería sobre quien primero había tomado la vía bélica».

Pero no se trataba sólo de hacer balance, sino de emprender acciones políticas capaces de poner en relación a los bandos contendientes. Apenas es conocida la actividad del «Comité Español por la paz civil», que el mismo Mendizábal ha historiado años después (57). Llamamientos de españoles y extranjeros para poner fin a la lucha, para evitar un futuro de vencedores y vencidos, se empiezan a oír pronto, aunque dispersos. Sólo a fines de 1937 se constituye en París ese Comité, que editó además un boletín mensual titulado *La Paix Civile* que, hasta mayo de 1939, fue su órgano de difusión en los medios políticos y diplomáticos españoles. Al frente del Comité estaba Alfredo Mendizábal. Coetáneamente se suscitó la creación de otros comités análogos: el «Comité français pour la paix civile et religieuse en Espagne», presidido por Jacques Maritain, y el «British Committee for Civil and Religious Peace in Spain» presidido por el periodista Henry Wickham Steed. En el Comité francés había nombres como François Mauriac, Gabriel Marcel, Emmanuel Mounier, Louis Le Fur. En el inglés, el exiliado Luigi Sturzo. La base católica de los comités era dominante. El español, en colaboración con los otros dos, organizó en París, del 30 de abril al 2 de mayo de 1938 una Conferencia privada internacional, en la que participaron representantes del «Comité d'action pour la paix en Espagne», el «Comité France-Espagne» o la asociación «La Paix par le Droit» y que tenía como finalidad estudiar las posibilidades de un armisticio y de un período transitorio de pacificación. En esa Conferencia fue muy activo Salvador de Madariaga. En el comunicado final se señalaba a la opinión universal y en particular a los gobiernos británico y francés la urgente necesidad de emprender una acción diplomática respecto de las dos partes españolas en conflicto y de los gobiernos de Alemania, Italia, Portugal y la Unión Soviética, a fin de facilitar negociaciones directas entre los españoles y de promover la conclusión de un armisticio y la suspensión de hostilidades, para poner término a la guerra civil por una paz de conciliación. Sin embargo, la sugerencia no tuvo éxito alguno, ni en los gobiernos aludidos, ni dentro de España, ya que para los dos bandos la mediación era una intriga extranjera y los españoles que la defendían era unos traidores.

Otra actividad organizativa ocupó a Mendizábal en esos años, una

(57) Alfredo MENDIZÁBAL, *Una actuación mal conocida*, en *Liber Amicorum*, en homenaje a Salvador de Madariaga, Brujas, College d'Europe, 1966, pp. 111-119.

vez terminada la guerra: la organización en París de la «Unión de Profesores Universitarios Españoles en el Extranjero» (58), de la que nuestro aragonés fue secretario. La actividad de esa unión, siguiendo el lugar de exilio de sus miembros, se trasladó luego al continente americano, siendo el grupo de México el más numeroso. A principios de octubre de 1943 varios profesores de la Unión se reunieron en la Habana y redactaron una Declaración, que invocaba el apoyo de las Naciones Unidas, para que conforme a los principios de la Carta del Atlántico, se condenara el régimen español y se facilitara que España recobrar su poder soberano y escogiera su forma de gobierno. Entre los firmantes estaba Mendizábal, desposeído de su Cátedra por ambos bandos a raíz de su actuación en el «Comité por la paz civil». Más tarde, en 1940, un Tribunal de responsabilidades políticas le condenó además a quince años de expatriación que él voluntariamente amplió, incluso más allá de la muerte del general Franco.

La estancia en Norteamérica le permitió dedicarse al estudio y aun a redactar sus últimas investigaciones. Fruto de ella es su colaboración, redactando el capítulo dedicado a España, en un volumen colectivo dedicado al «Pensamiento político del Siglo Veinte», editado en Nueva York (59). Ciertamente es una visión de la «guerra de ideas» en la España de este siglo, que concluye en contienda armada. Comienza con unas consideraciones generales del carácter español: «El español es reaccionario, en el sentido etimológico del término; procede por reacción y se guía no por sus propios intereses personales, sino por motivos morales de justicia y un amor exaltado por la libertad; pero su entusiasmo por esta última es mayor que su capacidad para administrarla». Eso corrobórase por el pasado histórico: «El teatro clásico y la literatura de los siglos XVI y XVII ya estaban en general repletos de ciertos temas de justicia política, igualdad de todos ante la ley, dignidad de la persona humana, temas que provienen de Vitoria y de la Escuela española de Derecho Natural». Pero esas ideas las vive España con una propia «sicología nacional». Sus hombres son liberales, pero individualistas, anarquistas, por lo que una señal de identidad de la historia contemporánea española es la violencia. Más que de individualismo habría que hablar de *personalismo*. Y la intransigencia, que impide la convivencia de los españoles; proviene de sus profundas creencias. «Esa constante presencia del contrario es peculiar de la sicología española. Cada español se define a sí mismo y refuerza a sí mismo en contraste con su oponente, cuya mera existencia le excita y le incita, y siente profundamente la necesidad de provocación».

Ciertamente el exilio está ya produciendo esa visión «metafísica» que veremos en tantos que repensarán la «realidad histórica» en función del trauma bélico. De todas formas, el repaso de las ideas o de los pensadores políticos más relevantes aún nos asegura en la perspi-

(58) Noticia sobre ello en Carlos SÁENZ DE LA CALZADA, *Educación y pedagogía*, en *El exilio español en 1939*, vol. 3, Madrid, Taurus, 1976, pp. 213 s.

(59) Alfredo MENDIZÁBAL, *Spain*, cap. XXVII de Joseph R. ROUNEK (ed.), *Twentieth Century Political Thought*, New York, Philosophical Library, 1946, pp. 593-618.

cacia de Mendizábal. La visión habitual de la Restauración, se completa con la presencia del protagonismo militar y la aparición de los movimientos obreros. El socialismo al que presta interés es al de Fernando de los Ríos, que se autocalifica de «humanista», y al de Julián Besteiro, que se dota de una base marxista, pero en sentido crítico y dinámico, que excluye el reformismo. Menor entidad teórica tiene el anarquismo, a pesar de su difusión. Otro tanto ocurre, por lo que hace al peso teórico, con el catolicismo social.

Una vez que niega a la Dictadura del general Primo de Rivera veleidad teórica alguna, estudia el pensamiento republicano que él ve encarnado en el diverso liberalismo de Ortega y Gasset, de un lado, y de Madariaga, de otro. El del primero es calificado de «optimista», mientras que el pensamiento de Madariaga se considera «mucho más liberal que democrático», y se acerca a un despotismo ilustrado. Del pensamiento jurídico, alaba la labor de la Comisión Jurídica Asesora, y lamenta que su anteproyecto de Constitución no se respetara, justificando además las críticas de Alcalá Zamora al texto definitivo. El fascismo español, por último, lo ve representado tanto por quienes están influidos por Acción francesa y el tradicionalismo español que abogan por un Estado corporativo, como por la Falange. El diagnóstico final es coherente con el que hizo de las causas de la guerra civil: «La crisis del pensamiento político en España es consecuencia de limitado número o de la limitada fuerza de verdaderos liberales. Muchos de los que se llaman liberales sólo lo son cuando se consideran oprimidos y dejan de serlo cuando consiguen el poder. A derecha y a izquierda, hombres de ideologías extremas luchan por la conquista del poder y sus beneficios, más que por el triunfo de sus tesis, que se reducen a armas de combate. Y siempre se echa en falta un grupo suficientemente amplio de hombres que conciban el servicio a la libertad como una nueva institución caballeresca y que sean capaces del difícil heroísmo civil que exige la causa de la justicia».

También como otros exiliados, Mendizábal tuvo ocasión de, en el extranjero, atisbar el pasado español con un orgullo de inicio de la modernidad. Así, en su contribución al homenaje al jurista norteamericano Roscoe Pound, Vitoria es la figura tratada (60). Tiene un valor más ensayístico que de análisis, pero contrasta con la interpretación que de él y otros autores de la Escuela española de Derecho natural hacen teólogos y juristas en la España regida por Franco. No era tanto quien engrandecía un «imperio», como quien hablaba de libertad del individuo ante el poder político, y de comunidad universal frente a cristiandad medieval.

Tras la guerra española y la guerra mundial, aún hay ocasión —él voluntariamente quiere que sea la última— desde su catolicismo, de intentar comprender el pasado reciente, para como resultado sentirse incluso aliviado ante la emergencia en la postguerra de las democra-

(60) *On Everlasting Values of the Spanish School of Natural Law (F. de Vitoria)*, en Paul SAYRE (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophy. Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, OUP, 1947, pp. 498-520.

cias cristianas, ya no defensivas, sino protagonistas de la creación de un nuevo orden nacional e internacional. Tal es su contribución, *Catholicism and Politics*, a un volumen colectivo sobre «ideologías europeas» editado en Estados Unidos en 1948 (61). En ella, siempre orientado por Maritain o Sturzo, analiza la relación entre el catolicismo social —a veces son los países, otras la jerarquía eclesiástica— y la política, que en realidad es confrontación con la democracia, el régimen político del mundo moderno, en el que la Iglesia y sus fieles parecen haber entrado a regañadientes. La génesis de ese proceso ayuda a comprender el presente.

En el terreno de los principios, «el catolicismo no es ni puede ser una ideología política, y mucho menos un movimiento político. Específicamente es una religión». Eso le distingue del poder político, distinción que se hará más profunda tras el cisma protestante, tras el que la Iglesia católica puede perder en extensión, pero gana en comprensión de sus propios fines espirituales, con la secuela de una relación dialéctica con el Estado. Sus miembros son a la vez fieles y ciudadanos, por lo que pueden producirse conflictos que no son sólo de conciencia. «La misión de la Iglesia no es suministrar soluciones políticas a los problemas políticos, sino proclamar los principios espirituales capaces de inspirar el pensamiento y la acción de los hombres en toda cuestión moral, incluyendo por tanto el campo de la justicia social y la moral política. Pero la jurisdicción sobre la sociedad, en cuanto tal, pertenece esencialmente al Estado». Consecuencia de este planteamiento es la pluralidad de actitudes ante la política por parte de los creyentes. «Una pluralidad de soluciones divergentes se presenta a cada cristiano cuando considera las diversas formas de gobierno». Pero la solución adoptada debe serlo en conciencia. Solución que no será única sino plural. Sólo puede haber un límite negativo claro y compartido por todos: un Estado que en razón de la «mitología totalitaria», quiera reconducir hacia él los deberes que el cristiano tiene para con su Iglesia. Negativamente, pues, ya hay un límite claro: desde el catolicismo no se puede aceptar el Estado totalitario.

Positivamente, la relación con la democracia es más compleja. Siguiendo a Maritain, puede afirmarse que el cristianismo no está ligado a la democracia, ni la fe cristiana obliga a todo creyente a ser demócrata, pero la democracia ha surgido del Evangelio, en cuando creencia socialmente relevante. Ciertamente que hay católicos, que se consideran tradicionalistas y se aferran al antiguo orden político, anterior a la democracia moderna, como consecuencia de su fe. «En oposición con este punto de vista reaccionario, otros católicos más liberales han recordado siempre que los principios cristianos de igualdad de la naturaleza humana derivan del Evangelio, han sido expuestos y difundidos en la Edad Media por teólogos, moralistas y juristas, vueltos a invocar bajo el Absolutismo por muchos escritores eclesiásticos y recien-

(61) Alfredo MENDIZÁBAL, *Catholicism and Politics*, en Feliks GROSS (ed.), *European Ideologies*, New York, Philosophical Library, 1948, pp. 486-537.

temente por diversos Pontífices». Esa doctrina es más bien social, contempla la igualdad desde esa perspectiva, y menos en su proyección política. En esa dimensión política del principio de igualdad hay sin embargo materiales en los teólogos, pero también en los Papas o Concilios de la Iglesia. Mendizábal hace un acopio de los mismos, tan variado, que va de las «Etimologías» de San Isidoro hasta Santo Tomás de Aquino y, siguiendo sus huellas, los españoles de la «escuela católica de Derecho natural», y la praxis misionera en las tierras descubiertas.

Esa sería la tradición, que precisamente se quiebra, y no deja de ser paradójico, cuando aparece el Estado moderno que recaba para sí el principio de igualdad. «El conflicto entre catolicismo y democracia, el antagonismo entre valores que parecían propicios a interpenetrarse mutuamente, comenzó con la progresiva secularización de la vida civil». El equívoco surge de que los liberales en nombre de la «libertad de pensamiento» rehusan la doctrina de la Iglesia, incluyendo esa constante invocación a la igualdad, mientras que los fieles «en lugar de luchar por sus principios así atacados y reinsertarlos en su esencia permanente con las nuevas condiciones del mundo, abandonaron a menudo el campo político».

Pero más allá de los principios, hay otro motivo para el equívoco: el poder eclesiástico y el temporal estaban no sólo unidos sino también confundidos durante muchos momentos de la Edad Media y del Antiguo Régimen. La separación de la Iglesia y del Estado se hace así, en la modernidad, en contra de la Iglesia. El alcance de esa hostilidad se analiza de la mano de Luigi Sturzo, y tras esa y otras interpretaciones se reduce no muy consecuentemente el alcance del *Syllabus*, condena formal del mundo moderno. La reciente praxis histórica, además, vendría a relativizar tales molestos antecedentes: la Iglesia ha gozado de mayor libertad en los regímenes liberales y democráticos, que en los totalitarios. Eso invita a reconsiderar actitudes de otros tiempos. Eso es lo que refleja el proceso de creación en diversos países de «partidos católicos». Sus miembros querían hacer realidad los principios cristianos de libertad, y de igualdad aceptando las reglas de juego de la democracia. Ello era tanto más difícil cuanto que en ciertos países el liberalismo radical se había instalado en oposición a la Iglesia. Esa praxis política y la lucha de los cristianos junto con los no creyentes frente al totalitarismo, hacen posible que «tras un largo período de falta de confianza, el catolicismo haya sido considerado compatible con la democracia».

A pesar de eso, hay un caso que produce escándalo, y es el «*spanish test*», el caso español. «Tras las condenas pontificias al totalitarismo en sus varias manifestaciones, se hace difícil la conciliación entre una profesión de fe católica y el apoyo a regímenes totalitarios, por lo que católicos de tendencia reaccionaria intentan dar con una razón de compromiso con regímenes que no se autoproclaman totalitarios, sino que se autodefinen autoritarios, especialmente con sistemas autodenominados "corporativos", si bien en ellos no se constata la presencia de corporaciones realmente independientes». Esta es la «aberración» que

se imputa a esos católicos: «Desde el momento en que los regímenes totalitarios anticristianos se han hecho inaceptables al creyente, creen que el dictador es creyente y protege a la Iglesia, cayendo así por tierra en ese caso la objeción de la Iglesia al totalitarismo. Los que así piensan, están defendiendo tal vez los “intereses” materiales de la Iglesia, pero no puede decirse que sirven a la causa “espiritual” de la religión. Un “dictador cristiano” es una *contradictio in terminis*, ya que, si es realmente cristiano, no puede ser dictador, es decir, detentador de un poder absoluto y total, que desprecia y afrenta la dignidad de la persona al suprimir derechos esenciales».

Pero el caso español puede aislarse, y resulta tanto más anacrónico, cuanto que asistimos, tras la derrota de los totalitarismos, a un renacer de los partidos demócratacristianos. Se han desvanecido antiguos recelos y, si bien la religión está fuera y por encima de la política, sus principios pueden hacerse realidad a través de la actividad política de los creyentes. Así el malentendido del siglo pasado, tras la dura experiencia de los fascismos, se ha podido superar.

Ese entusiasmo de Mendizábal hacia 1946 quizá le diera alas para pensar en un futuro político distinto para su propio país, realizable en tiempo adsequible y suscitado por la presión exterior, por la marea democrática creciente. Puede incluso soñar: «Un día, cuando el régimen de Franco caiga derrotado, si es capaz de surgir en España un genuino movimiento democrático de inspiración cristiana estará en deuda con aquellos católicos que han mantenido siempre una decisiva actitud de oposición contra la dictadura, en defensa de la libertad». El sueño no fue realidad, ni siquiera tras la desaparición muy tardía del dictador. Alfredo Mendizábal, que para mantenerse había abandonado de hecho la tarea intelectual, siguió entre Ginebra y la costa mediterránea francesa, hasta que sólo y ya enfermo se refugió por poco tiempo en casa de un hermano suyo en Almería, donde murió en trágico y sonrojante silencio el 5 de abril de 1981.

IV
NOTAS

Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho

Por LUIS PRIETO SANCHIS

Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. La filosofía del derecho y la formación del jurista.—2. La filosofía del Derecho como crítica de la Dogmática.—3. Ciencia y filosofía en la teoría del Derecho.—4. Propuestas para una teoría de la Justicia.

1. LA FILOSOFIA DEL DERECHO Y LA FORMACION DEL JURISTA

La creciente especialización y, sobre todo, el culto a una suerte de tecnicismo pragmático que en los últimos tiempos parece extenderse entre los responsables de la política universitaria, quizá como reflejo de una demanda de ciertos sectores sociales o económicos, hace cada día más difícil justificar o simplemente explicar la presencia en nuestras Facultades de las llamadas disciplinas formativas, cuando no la existencia misma de algunas de esas Facultades y ello me parece especialmente cierto cuando la asignatura en cuestión corre el riesgo de aparecer como un cuerpo extraño en el organismo de un plan de estudios destinado principalmente a proporcionar otra clase de saberes, como creo que sucede con el «Derecho Natural y la Filosofía del Derecho» en las Facultades jurídicas. En este aspecto, no debe ser casual que cuantos imparten enseñanzas en estos centros sean con toda probabilidad los cultivadores de dicha disciplina quienes con mayor frecuencia se interrogan acerca del sentido, objetivos y límites de la asignatura (1), y, en verdad, su reflexión no versa sobre algún aspecto se-

(1) Tal vez ello obedezca a esa necesidad de justificarse que, en opinión de POPPER, pesa sobre la filosofía profesional. Véase su trabajo «Cómo veo la filosofía», en *La lechuga de Minerva. ¿Qué es filosofía?*, ed. de Ch. Bontempo y S. Jack Odell, Cátedra, Madrid, 1979, en especial, pág. 58. Para citar sólo las contribuciones más recientes de nuestra filosofía del Derecho que muestran esa preocupación sobre su propio estatus y atención docente recordemos el volumen colectivo *La filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, Granada, 1975; también el monográfico núm. 5 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1982; por último, e incorporando la opinión de autores extranjeros, el núm. 1 de la *Revista Doxa*, «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho», Alicante, 1984.

cundario de la organización o método docente, sino que implica aspectos sustanciales que condicionan desde la posibilidad misma de la reflexión filosófico-jurídica hasta la utilidad de su mantenimiento académico, pasando por la siempre abierta delimitación de unos contenidos en ocasiones bastante heterogéneos e incorporados para satisfacer nuevas exigencias que, por los motivos que fuese, no encontraban mejor ubicación en otros ámbitos.

Sin duda, ese esfuerzo de clarificación puede representar un signo de la vitalidad de quien no se conforma con seguir la inercia académica de lustros y busca su lugar en la cultura contemporánea; pero un exceso de autocontemplación hace sospechar también que un relativo desconcierto preside hoy la delimitación de tareas de la única disciplina que, bajo distintas denominaciones, se imparte en el primer y último curso de la Licenciatura en Derecho; quizá, más exactamente, no se trata de una fundamental falta de definición de las tareas, sino del sentido que las mismas pueden tener en la formación del jurista.

Desconcierto que, en mi opinión, se ha visto últimamente acentuado como consecuencia de la integración de la asignatura en esa multiforme área de conocimiento que se intitula «Filosofía del Derecho, moral y política», donde han encontrado acomodo especialidades de varios centros universitarios cuyo nexo de unión me parece más el resultado de una construcción ideal que de una meditada atención a los objetivos, preocupaciones y finalidades que la realidad académica ha ido decantando a lo largo de años. No voy a discutir las estrechas relaciones que enlazan la ética con la filosofía jurídica; al, contrario, como luego se verá, creo firmemente en ellas y confío en que puedan obtenerse valiosos frutos de su recíproca influencia, pero también es viable defender las vinculaciones con la historia de la filosofía o de las ideas políticas o incluso, si se quiere, la universalidad del saber, sin que ello postule su traducción administrativa en forma de «área de conocimiento». Porque el problema que se debate es distinto; dicho de una forma que confieso superficial y exagerada, desde la perspectiva de las Facultades jurídicas, la cuestión consiste en optar entre el Derecho como objeto de una reflexión crítica y el Derecho como disculpa para el desarrollo de una construcción ajena a lo jurídico. Es verdad que la prudencia está impidiendo que la filosofía del Derecho se transforme en algo parecido a la asignatura de Economía, valiosa suma de conocimientos suplementarios y útiles para el jurista, aunque ajenos a su propio saber; pero tampoco cabe ocultar que la nueva ordenación resta argumentos a la filosofía jurídica para desarrollar a fondo el único papel que, a mi juicio, puede desempeñar en las Facultades de Derecho: ser estímulo y conciencia crítica del Derecho y del saber dogmático (2).

Tal vez esta sea también la mejor explicación y, por qué no justificación, de la perenne introspección de la filosofía del Derecho en busca de su sentido y objetivos; porque, a diferencia de lo que sucede con

(2) Los argumentos sobre el problema comentado fueron debatidos en el curso del VI Encuentro de profesores de filosofía del Derecho celebrado en Zaragoza en diciembre de 1983.

la dogmática, aquí no se trata de actualizar los contenidos docentes para mejor responder a las nuevas situaciones o conflictos sociales, sino sencillamente de dilucidar la clase de jurista que debe formar un centro universitario de acuerdo con la tradición, pero atendiendo también a las condiciones económicas, sociales y políticas del momento histórico. Reconozco que es fácil caer en tentaciones hiperbólicas y grandilocuentes; no creo que de la presencia de una disciplina en el plan de estudios ni de sus contenidos dependa de modo fundamental el devenir intelectual de una comunidad y la verdad es que la evolución española ofrece algunos ejemplos de divorcio entre una pujante cultura y una decadente Universidad (3). Lo único que deseo indicar es que la posible utilidad de una filosofía del Derecho no responde sólo a consideraciones académicas o de peritaje profesional, sino que implica un planteamiento más general en el que no son indiferentes cuestiones tales como el carácter pluralista o democrático de la organización política.

En efecto, me parece que hoy es generalmente admitida la concepción del Derecho como forma específica de control social, esto es, como técnica diseñada para encaminar a los miembros de una comunidad de acuerdo con ciertos modelos de comportamiento y en vistas de determinados objetivos (4); por supuesto, el Derecho es además otras muchas cosas que ahora no procede discutir y, por otra parte, me interesa subrayar siquiera sea de pasada que el orden jurídico desempeña esa función de control no sólo con relativa eficacia, sino también con notable ventaja sobre otras formas o técnicas de condicionamiento de la conducta más sutiles y dulces, pero con frecuencia más totalizadoras y que dejan al individuo en mayor indefensión (5). Sea como fuere, no parece que puedan abrigarse dudas acerca de esa dimensión del Derecho como uno de los más vigorosos instrumentos de ordenación social y ello cualquiera que sean los postulados de justicia o los principios ideológicos que pretenda realizar.

En realidad, ello pone de relieve que las implicaciones políticas no sólo se hallan presentes en la definición de los estudios filosófico-jurídicos, sino que afectan en general a toda la enseñanza del Derecho.

(3) En este sentido, parece inevitable evocar el carácter no universitario de nuestra filosofía iluminista de la segunda mitad del siglo XVIII. Véase ABELLÁN, J. L., *Historia crítica del pensamiento español*, vol. II, Espasa Calpe, Madrid, 1981, págs. 576 y sigs. y la bibliografía allí citada.

(4) Véase DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, 2.^a ed., 1980, cito por la reimpresión de 1984, págs. 14 y sigs.

(5) En el ámbito del Derecho penal, que es donde la función de control social adquiere rasgos más vigorosos, periódicamente renace el ideal de sustituir los castigos por otros modelos más dulcificados; dicha opinión tiene su origen, al menos, en la teoría de los sustitutivos penales desarrollada por la filosofía de la Ilustración y llega hasta algunas corrientes de la criminología contemporánea, pasando, por ejemplo, por el correcionalismo representado en España por Dorado Montero. Véase como simple aproximación al problema mi trabajo «La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio», en *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 1985, págs. 287 y sigs.; BARATTA, A., «Criminología liberale e ideologia della difesa sociale», en *La Questione Criminale*, I, en especial págs. 55 y sigs.; PAVARINI, M., *La Criminología*, Le Munier, Florencia, 1980.

Como ha recordado recientemente Capella, «el derecho es un instrumento de poder político cuyo funcionamiento convierte en agentes suyos a sus operadores “técnicos” debido a que exige la adopción de decisiones de individualización y concreción por los juristas de las normas dictadas por el aparato jurídico político», y de ahí que el discurso hermenéutico de los juristas pueda ser considerado como un caso de especificación del discurso normativo del poder (6). Lo que sucede es que dentro del modelo de enseñanza del Derecho, la filosofía jurídica constituye tal vez el punto de referencia clave para conocer o juzgar, más allá de los aspectos técnicos, el tipo de jurista que se desea formar. Pudiera decirse que en la misma se dirime la dimensión ideológica de la docencia jurídica o, al menos, gran parte de ella.

Ahora bien, ¿en qué medida la naturaleza del objeto puede condicionar el modelo de conocimiento y en qué medida éste ha de desarrollarse con independencia de aquél?; si aceptamos que el Derecho es una técnica de control social ¿podemos definir a los juristas como técnicos de control social? La pregunta produce por sí misma suficiente inquietud, pero se hace más acuciante si tenemos en cuenta que el jurista no es sólo un receptor pasivo de cierta información, sino que, en mayor o menor medida, es un procesador de la misma o, en otros términos, es un operador jurídico. A veces se distingue, y es útil hacerlo, entre un punto de vista externo y un punto de vista interno (7) para aludir a la diferente posición de quien únicamente quiere describir la realidad jurídica —v. gr. lo que establece el Derecho norteamericano sobre la sucesión testamentaria— de quien pretende además invocarla o buscar en ella criterios para dictar una decisión. Pero, salvo ejemplos académicos, las corrientes de pensamiento más atentas al comportamiento efectivo de los tribunales y de la doctrina «científica» saben que no existe el puro punto de vista externo o, con terminología más tradicional, que no existe el jurista puro. Como dice Bobbio, cuando el jurista no se vea en la necesidad de construir las reglas jurídicas de la misma manera que el artesano fabrica con sus propias manos sus instrumentos, será señal de que algún otro jurista las ha construido y preparado con anterioridad (8). Más adelante nos ocuparemos del problema con algún detalle; baste decir ahora que la labor del jurista, incluso del teórico, versa sobre el Derecho, pero al mismo tiempo forma parte del propio Derecho.

En estas condiciones, la contestación a la pregunta que antes quedó formulada no sólo presenta una dimensión teórica, lo que ya sería

(6) CAPELLA, J. R., «La crisis actual de la enseñanza del Derecho en España», en *La enseñanza del Derecho*, seminario de profesores de la Facultad de Derecho, director J. J. Gil Cremades, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985, pág. 24.

(7) La distinción ha sido particularmente desarrollada por Hart con una riqueza de matices que no queda reflejada en el texto y que ahora no procede examinar. Véase HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (1961), traducción de G. Carrio, 2.^a ed., Ed. Nacional, México 1980, pág. 102 y sigs.; PARAMO, J. R., *Hart y la teoría analítica del Derecho*, C.E.C., Madrid, 1984, págs. 86 y sigs. y 323 y sigs.

(8) BOBBIO, N., «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), en *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, F. Torres, Valencia, 1980, pág. 211.

suficiente, sino también política. Si el Derecho es control social, ¿habrán de ser los juristas técnicos de control social, teniendo en cuenta que técnicos no significa sólo «conocedores de la técnica», sino también manipuladores de la misma? En principio, ninguna respuesta debe ser motivo de escándalo y, de hecho, la historia del saber jurídico registra numerosos ejemplos en que el estamento de «letrados» ha servido o se ha intentado que sirviese de un modo inmediato y directo a los designios del poder político. García-Pelayo ha estudiado con detalle la importante función desempeñada por el estamento de juristas en la formación del Estado moderno como «militia legum» junto a la «militia armata» (9) y, por lo demás, no es preciso recordar el empeño político de Napoleón por definir el carácter de las enseñanzas jurídicas tras la promulgación del Code (10).

Lo importante, a mi juicio, es comprender que el futuro de la filosofía del Derecho se halla estrechamente vinculado a la portura que se adopte ante el interrogante comentado, que postular un determinado tipo de jurista condiciona la presencia y el sentido de la reflexión filosófico-jurídica en las Facultades de Leyes. Si el objetivo es formar un técnico operativo y acrítico capaz de utilizar las normas a la perfección, pero ignorante de las implicaciones sociales y políticas de su labor, entonces bien puede pedirse para la disciplina un lugar en el museo de la historia o, lo que quizá sería peor por lo que tiene de encubrimiento, un puesto ornamental en el plan de estudios; y por ornamental no entiendo una posición devaluada de asignatura optativa, sino sobre todo un género de docencia desvinculada de las preocupaciones jurídicas, que en el mejor de los casos puede incrementar la erudición del profesional del Derecho, dejando intacto su saber dogmático. Que tal desvinculación no se produzca depende, sin duda, de los cultivadores de la disciplina, pero parece evidente que algunas decisiones administrativas pueden contribuir, siquiera sea psicológicamente, en uno u otro sentido; concretamente, pueden contribuir a que el filósofo del Derecho pierda la única virtud que M. Sacristán le atribuía en 1968: «no se presenta ante los estudiantes como enviado de una enigmática instancia titular de un saber sustantivo superior al de la ciencia jurídica» (11).

Me parece que esta concepción en cierto modo instrumental de la filosofía del Derecho como disciplina crítica y desintoxicadora de los estudios jurídicos, al menos en el plano didáctico, es hoy generalmente compartida por los especialistas, cualquiera que sea su posición ideológica o su actitud en el debate siempre abierto entre positivismo y ius-

(9) GARCÍA-PELAYO, M., «La idea medieval del Derecho» (1962), en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pág. 104 y sigs.

(10) Además de la clásica obra de J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en Droit civil*, París 1924, puede verse BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Lezioni raccolte dal Dott. N. Morra, Giappichelli, Torino, 1979, págs. 86 y sigs.

(11) SACRISTÁN, M., «Sobre el lugar de la Filosofía en los estudios superiores», (1968), en *Papeles de filosofía*, Icaria, Barcelona, 1984, pág. 372.

naturalismo, e incluso con independencia de que consideren a la filosofía en sí misma como un género de saber sustantivo; en estos casos, su presencia en las Facultades de Derecho ejerce presión suficiente para equilibrar las tentaciones autonomistas. Sin duda, no es pacífica la delimitación precisa de los contenidos y en ocasiones la polémica acerca del carácter científico o filosófico de determinada actividad cognoscitiva adquiere carácter bizantino, pero, en cambio, no parece discutirse que la función de la asignatura es contribuir a formar un jurista capaz de abrir su mente más allá de la normatividad empírica, atento a los intereses y valores sociales implicados en el Derecho, en definitiva, consciente del sentido último de la técnica que domina (12). Sin duda, tal labor no puede a su vez realizarse desde una posición dogmática o acrítica, sino que es preciso problematizar la propia perspectiva filosófica, es decir, no sólo preguntarse por las condiciones del saber dogmático, sino también por los presupuestos y posibilidades del saber filosófico (13).

Pero ¿qué clase de crítica?, y sobre todo ¿desde que parámetros o criterios? En mi opinión, ningún género de conocimiento puede entablar con éxito un combate con los datos o elementos de la realidad, ni en este caso creo que deba hacerlo. En concreto, pienso que la filosofía jurídica no puede proponerse como objetivo lesionar el modelo de jurista técnico, operativo y cientifista que parece requerir la sociedad contemporánea (14); su misión no ha de ser formar «extraordinarios razonadores y profundos metafísicos», cualidades que exigía Rousseau para conocer el Derecho Natural (15). Más bien al contrario, la reflexión filosófica ha de encontrar en ese modelo su punto de partida, no su negación, a fin de poner de relieve las insuficiencias, condicionamientos e implicaciones del trabajo dogmático y del mismo Derecho positivo. Recurriendo a las clarificadoras distinciones bobbianas (16), la filosofía jurídica puede resultar viable si enseña al jurista a hacer mejor lo que venía haciendo y no pretende que haga cosas distintas para las cuales, entre otras cosas, carece de preparación. Es más, creo que puede prescindirse de esa dimensión prescriptiva: al menos en principio, no se trata propiamente de perfeccionar los modos de tra-

(12) Me remito a las consideraciones de PECES-BARBA, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pág. 187. En un sentido análogo véase la reciente *Filosofía del Derecho*, de N. LÓPEZ CALERA, Comares, Granada, 1985, cuyo capítulo I se titula precisamente «La filosofía del Derecho como teoría crítica del Derecho», págs. 13 y sigs.

(13) Sobre ello ha llamado la atención R. MACÍA en «Crítica del conocimiento filosófico-jurídico», en *La filosofía del Derecho en España*, citado, págs. 151 y sigs.

(14) Es más, en ese cientifismo ve LÓPEZ CALERA un motivo del renacer de la reflexión jurídica. Véase «Filosofía del Derecho: crítica y utopía», en *La filosofía del Derecho en España*, citado, págs. 139 y sigs.

(15) ROUSSEAU, J. J., «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres» (1754), en *Escritos de Combate*, trad. y notas de S. Maso, introducción de G. Benrekassa, Alfaguara, Madrid, 1979, pág. 144.

(16) Me refiero a la duplicidad del saber de que habla BOBBIO ya en su artículo de 1950, «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, págs. 174 y sigs. Véase también su «Teoría della scienza giuridica», Giappichelli, Torino, 1950.

bajo, es decir, no se trata de producir mejores técnicos, sino de que éstos sean conscientes del carácter de su labor, en resumen, de mostrar el status y los límites del conocimiento y de la práctica jurídicas.

Dicho de un modo más directo, las Facultades de Derecho forman abogados, jueces, funcionarios de la Administración pública, etc., y a ese fin han de enderezarse «también» los estudios filosófico jurídicos si quieren conservar algún sentido en un centro docente que ha de proporcionar lo que exige el «mercado». La cuestión reside más bien en saber qué clase de técnicos se requieren, con qué capacidades y sensibilidades (17); y es aquí donde entra en escena la filosofía del Derecho, no para formar eruditos en un arte desvinculado de su propio arte, ni siquiera directamente para acumular saberes, sino para que aquellos sean conscientes de su función y del carácter e implicaciones de lo que constituye su material de trabajo. Como escribe Pérez Luño con cierta contundencia, «es evidente que tan sólo la organización didáctica de los estudios jurídicos que se proponga formar auténticos juristas precisará impartir disciplinas de carácter iusfilosófico. Mientras que para la producción de leguleyos, jurisperitos y rúbulas puede, perfectamente, omitirse toda referencia a la consideración crítico-valorativa que la perspectiva filosófica de los problemas jurídicos comporta» (18).

2. LA FILOSOFIA DEL DERECHO COMO CRITICA DE LA DOGMATICA

Venimos hablando de una función crítica, pero con ello apenas indicamos un género de aproximación que permite numerosos desarrollos; porque es evidente que una reflexión crítica, por ejemplo, sobre el Derecho positivo puede partir de una previa construcción metafísica, de un conocimiento que quiera presentarse como alternativa al conocimiento científico o, también, tomar como criterio de enjuiciamiento los dogmas de una religión, los objetivos de un programa político, etc. Tal vez alguna de estas tareas sea legítima, pero no parece que sea la perspectiva adecuada para una filosofía jurídica no presuntuosa que quiera evitar convertirse en un cuerpo extraño en el marco de la cultura moderna y particularmente en las Facultades de Derecho. Sin duda, deberá ofrecer algo distinto a la llamada ciencia del Derecho, pero no contradictorio con ella; éste habrá de ser el objeto de la crítica, pero también su punto de partida.

Aquí reside probablemente uno de los primeros retos que tuvo que enfrentar la moderna filosofía del Derecho, pues, como es sabido, ésta incluso recibe su denominación en el ambiente intelectual del positivismo, cuando pierde legitimidad toda actividad teórica que no fuese

(17) En este sentido CAPELLA, J. R., *La crisis actual de la enseñanza del Derecho en España*, citado, pág. 25.

(18) PÉREZ LUÑO, A. E., *La filosofía del Derecho y la formación de los juristas*, Sistema, 49, julio de 1982, pág. 90.

reflexiva o receptiva de los fenómenos y de sus relaciones causales, concretamente cuando pierde legitimidad una actividad constructiva como fue el Derecho natural racionalista; y asimismo en el momento en que la ciencia pretende agotar las posibilidades de conocimiento fiable o verdadero (19). Desde entonces la filosofía parece hallarse en un diálogo permanente con la ciencia, lo que tal vez explique esa necesidad de justificarse que fue observada por Popper (20) y que, desde luego, se ha transmitido a la filosofía del Derecho; con la particularidad de que esta última ha de dialogar con una ciencia tan *sui generis* que quizá no merezca esta denominación, como es la ciencia del Derecho, lo cual, por cierto, no supone un venturoso llamamiento a la filosofía para ocupar el puesto de aquélla, sino un síntoma preocupante que alcanza a cualquier reflexión sobre el Derecho (21).

Creo, sin embargo, que el problema no puede ser eludido y debe plantearse en estos términos, si se quiere pesimistas. Si no ha de construir un orden de convivencia ideal según el modelo iusnaturalista, si tampoco ha de ordenar e interpretar el material jurídico positivo, ¿qué aportación cabe esperar de la filosofía del Derecho? Desde la perspectiva neoempirista, la respuesta puede ser la siguiente: en el mejor de los casos (22), la reflexión filosófica se resuelva en una metodología, en el doble aspecto de teoría de la ciencia jurídica, esto es, de estudio del significado y alcance de los conceptos de la ciencia del Derecho, y de lógica de las concepciones de la justicia, es decir, de análisis de los juicios de valor empleados en las diversas concepciones de la justicia (23). La filosofía es así «crítica del lenguaje» (24) y, por tanto, la filosofía del Derecho será un metalenguaje que como máximo tendrá como objeto analizar las entidades lingüísticas que se presentan como Derecho o que, a su vez, hacen del Derecho el motivo de su reflexión, tengan o no carácter científico, se integren o no como elementos prescriptivos dentro del sistema jurídico.

No cabe duda que esta tarea puede aportar una cierta terapéutica

(19) Véase sobre todo ello GONZÁLEZ VICEN, F., «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea» (1950) y «La Filosofía del Derecho como concepto histórico» (1969), en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, págs. 47 y sigs. y 207 y sigs.

(20) Véase el trabajo polémico de G. BUENO, *El papel de la Filosofía en el conjunto del saber*, Ed. Ciencia Nueva, Madrid, 1970.

(21) Véase la reflexión de L. FRIEDMANN, *The legal system. A social Science Perspective*, 1975. He utilizado la versión italiana de G. TARELLO, Il Mulino, Bolonia, 1978, pág. 359.

(22) Digo en el mejor de los casos porque si adoptamos la posición rigurosa de Carnap y concebimos la filosofía como lógica de la ciencia no parece que sería viable una filosofía del Derecho. Para ello habríamos de aceptar que las concepciones sobre la justicia y la ciencia del Derecho presentan status científico, lo que, al menos en el primer caso, es más que discutible. De R. CARNAP véase *Filosofía y sintaxis lógica* (1934), trad. de C. Molina, UNAM, México, 1963, y parcialmente en *La concepción analítica de la filosofía*, ed. de J. Muguerza, Alianza, Madrid, 1981, págs. 294 y sigs.

(23) Un desarrollo de esta perspectiva puede encontrarse en E. PATTARO, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica* (1978), trad. y notas de J. Iturmendi, Reus, Madrid, 1980, págs. 82 y sigs.

(24) WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus* (1921), trad. de E. Tierno, 2.ª ed., Alianza, Madrid, 1973, pág. 203.

de la que el saber jurídico parece estar necesitado, en parte por la dimensión ideológica que presentan muchas de sus aparentes descripciones y en parte también por el horror al cambio de alguna terminología que ha sabido atravesar dos mil años de historia, desde el Derecho romano hasta nuestros días, pero con alteración profunda de su significado. La filosofía del Derecho cumpliría de este modo una función ordenadora y clarificadora, cuyo objetivo no sería dilucidar la verdad de una proposición, la validez de una prescripción o la justicia de una política jurídica, sino mostrar el significado de esos enunciados (25). Cuanto mayores sean las dificultades que presenta el lenguaje para cumplir su misión, más relevancia parece adquirir la filosofía, que es una reflexión sobre las posibilidades mismas de ese lenguaje.

Únicamente deseo formular dos precisiones en torno a esta tarea, al parecer hoy indiscutible, de la filosofía jurídica. En primer lugar, me parece dudoso que el objeto de reflexión deba circunscribirse necesariamente a entidades lingüísticas, sino que puede resultar enriquecedor, al menos en nuestro ámbito, verificar de modo conjunto algunos análisis empíricos capaces de mostrar el origen y las consecuencias prácticas del empleo de ciertas expresiones y significados o la coherencia entre éstos y el modo efectivo de comportarse de los operadores jurídicos; en mi opinión, si la filosofía jurídica quiere desarrollar a fondo su función crítica, no parece que deba automutilarse en atención a escrúpulos metódicos, siempre que diferencie con nitidez los diferentes planos de análisis. Pero, de otro lado, la virtualidad del empeño crítico requiere actuar con prudencia; la filosofía del Derecho podrá poner de relieve la distancia que separa el saber jurídico del paradigma científico y podrá también incluso orientar la labor del jurista hacia fórmulas más seguras o depuradas, pero no deberá proponer modelos inalcanzables o que, de alcanzarse, dejarían un hueco que sería inmediatamente cubierto por nuevos juristas. Como sugiere K. Baier aunque refiriéndose a un aspecto distinto, el problema de aplicar las matemáticas a la moral no es ya que sea imposible, sino que, de proceder así, no estaremos haciendo mejor lo que hacíamos antes, sino que estaremos haciendo otra cosa diferente (26).

En este sentido, y aunque el calificativo no me satisface, creo que la filosofía como teoría y crítica de la ciencia jurídica debe desempeñar ante todo una función desenmascaradora de algunos persistentes mitos que han dominado la doctrina de la interpretación jurídica, tanto científica como operativa y que han servido, entre otras cosas, para mantener el prestigio de una «doctrina» y de una jurisprudencia neutral y apolítica. Con ello, no se pretende deslegitimar la actividad del

(25) Escribía MORITZ SSCHLICK, «La actividad mediante la cual se descubre o determina el sentido de los enunciados: ésa es la filosofía. Por medio de la filosofía se aclaran las proposiciones, por medio de la ciencia se verifican. A esta última le interesa la verdad de los enunciados, a la primera lo que realmente significan...», «El viraje de la filosofía», en *El positivismo lógico*, compilado por A. J. Ayer, F.C.E., 2.ª reimpresión, 1981, pág. 62.

(26) BAIER, K., «The Moral Point of View», Cornell University Press, Ithaca, 1958.

jurista, pero sí mostrar su auténtico carácter, obligándole a salir del confortable refugio de la justificación técnica y a buscar la posición que le corresponde entre los titulares de un poder de decisión. Dicho en pocas palabras, la alternativa al primer positivismo jurídico empeñado en estirar las posibilidades de la lógica tanto como fuese necesario para amparar al científico del Derecho no es, a mi juicio, diseñar una nueva lógica, llámese tópica, retórica o hermenéutica, dirigida a justificar de otro modo idénticos resultados. Desde esta perspectiva, es preferible una teoría descriptiva que, tras mostrar la realidad de las cosas, enfrente al jurista a su propia responsabilidad.

No comparto, por ello, el sentido de algunos esfuerzos incluidos dentro del llamado saber problemático o nueva dogmática (27) que no se conforman con explicar las características y complejas operaciones del conocimiento jurídico, sino que traten de legitimar a través de un supuesto conocimiento supraindividual la función de un jurista, sobre todo de un juez, fuertemente desvinculado del derecho estricto, pero que, no obstante, mantiene su prestigio de órgano técnico no guiado por consideraciones subjetivas o ideológicas (28). En mi opinión, los elementos extrasistemáticos que se proponen para completar la ley e incluso, en ocasiones, para oponerse a ella, como la precomprensión que se orienta en búsqueda de un consenso general, la naturaleza de la cosa, etc., no sólo presentan serias dificultades de interpretación, sino que en todo caso no son más legítimos que los valorados por el legislador. De ahí que tampoco pueda sumarme a la teoría de la adjudicación de Dworkin (29) que paradójicamente, y partiendo de unas premisas distintas, alcanza resultados análogos merced a su concepción unitaria de Derecho y moral (30), donde el juez desempeña una función activista, aunque encubierta bajo el título de órgano aplicador de «la mejor teoría explicativa y justificadora del Derecho» (31). Desde luego, no cabe desconocer la importante contribución de este género de planteamientos para desentrañar el peculiar carácter del razonamiento jurídico, pero, en lo que tienen de justificación del papel del jurista, me parece más luminosa la siguiente afirmación, un tanto enigmática, con la que Kelsen finaliza su última gran obra: no existe una lógica específicamente jurídica; es la lógica general la que ha de ser

(27) Esta última denominación la emplea J. ITURMENDI, en «Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la filosofía del Derecho», en «Estudios de filosofía del Derecho y ciencia jurídica en memoria y homenaje a don Luis Legaz Lacambra», C.E.C., Facultad de Derecho, Universidad Complutense, vol. I, Madrid, 1983, págs. 604 y sigs.

(28) Véase, por ejemplo, ESSER, J., «Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del Diritto» (1972), trad. de S. Patti y G. Zaccaria, Ed. Scientifiche italiane, Ercolano, Napoli, 1983, pág. 201 y sigs.

(29) DWORKIN, R., «Los derechos en serio» (1977), trad. de M. Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984, en especial pág. 146 y sigs.

(30) Véase la crítica de HART, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo, Sistema núm. 36, mayo 1980, págs. 3 y sigs.

(31) He realizado un estudio más detallado sobre este tema en «Ideología e interpretación jurídica», Tecnos, Madrid, 1987, capítulo III.

aplicada tanto a las proposiciones descriptivas de la ciencia jurídica como a las normas prescriptivas del Derecho, «en la medida en que la lógica sea a las mismas aplicables» (32). Lo cual no significa, a mi juicio, que más allá se abra paso el puro arbitrio subjetivo. Cabe seguir hablando si se quiere de un proceso de decisión racional, al igual que en la legislación, pero del que no están ausentes los valores, la ideología, en definitiva, la necesidad de justificación (33).

Esta metajurisprudencia descriptiva que pone de relieve la presencia de juicios de valor en el conocimiento jurídico y la influencia ejercida por el jurista en el desarrollo del Derecho parece ser hoy un triunfo indiscutible de la perspectiva analítica, pero tampoco se trata de «prescribir el descriptivismo» (34). Es más parece inevitable que la tarea implique una toma de posición ante el comportamiento de los juristas académicos y prácticos que al final desemboca en un cierto prescriptivismo; porque si es cierto que los dictámenes de la dogmática suelen ser recibidos por el destinatario no sólo en función «semántico-representativa», sino también en función «sintomática» (35), puede suceder igualmente que las reflexiones de metajurisprudencia susciten en el jurista que las recibe una creencia u opinión de obligatoriedad, en el sentido débil de la expresión. Así, por ejemplo, un estudio dirigido a mostrar el carácter creativo de la jurisprudencia que al mismo tiempo exprese un cierto escepticismo ante los recursos extrasistemáticos, como el Derecho natural, la equidad, etc., lleva implícita una crítica y una recomendación; una crítica por la falta de legitimidad del intérprete y una recomendación para que éste se esfuerce en someter su decisión a las prescripciones legales (36).

Por otra parte, y asumiendo esa carga prescriptiva que incluso puede aparecer de forma explícita, la metajurisprudencia debe proceder con vigor, pero también con cautela a la hora de tomar un paradigma científico como punto de referencia. Ya hemos indicado antes que no tiene sentido proponer un modelo de ciencia del Derecho que nada tenga en común con el trabajo habitual de los juristas, y no se trata sólo de constatar la relativización del concepto o de los rasgos esenciales a la ciencia (37), sino también de mostrar que la dogmática se mueve en una zona de penumbra en la que es lícito dudar si conviene el califi-

(32) Kelsen, H., «Allgemeine Theorie der Normen» (1979), traducción de M. Torre, Einaudi, Torino, 1985, pág. 462.

(33) Véase el último trabajo de A. AARNIO aparecido en castellano «Algunas observaciones sobre la racionalidad jurídica», en *La enseñanza del Derecho*, citado, págs. 9 y sigs.

(34) Véase BOBBIO, N., «Ser y deber ser en la ciencia jurídica», citado, pág. 222.

(35) Véase SCARPELLI, U., «Le proposizioni giuridiche come precetti reitarati» en *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, XLIV, 1967, págs. 469 y sig.; PATTARO, E., «Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica», citado, págs. 354 y sigs.

(36) En líneas generales me parece que este sería el caso de A. RUIZ MIGUEL, con quien por lo demás coincido en lo sustancial. Véase «Creación y aplicación en la decisión judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, I, 1984, págs. 7 y sigs., y, más resumidamente, «Sobre la creación judicial del Derecho», *Poder Judicial*, núm. 16, págs. 47 y sigs.

(37) Véase DÍAZ, E., «Sociología y filosofía del Derecho», citado, pág. 296.

cativo de ciencia (38), o bien que da lugar a una «certeza no positivista», esto es, a una certeza que no se apoya en la observación empírica ni en la inferencia lógica, sino en el hecho de que en general los juristas comparten entre sí y con la sociedad una misma cultura jurídica (39). Seguramente, la dogmática y la propia aplicación judicial del Derecho viven en una permanente tensión entre el ideal cientifista y una función más o menos creativa. En mi opinión, un objetivo plausible para la metajurisprudencia será contribuir a diferenciar ambas dimensiones, así como proponer en la medida de lo posible instrumentos más seguros y depurados para que el razonamiento jurídico, que expresa esa certeza no positivista y que constituye un elemento de control, se aproxime al ideal que dice profesar.

3. CIENCIA Y FILOSOFÍA EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Este lenguaje de segundo grado sobre el lenguaje de la ciencia del Derecho, tal vez el único aceptable desde un riguroso neopositivismo, constituye en realidad el primer capítulo de una tarea más amplia que denominamos teoría del Derecho, cuya competencia se extiende a todo el lenguaje jurídico, desde el legislativo al doctrinal (40). No creo, sin embargo, que esta perspectiva represente un obstáculo insalvable para plantearse los problemas relativos al ser del Derecho. Seguramente la obra de Hart constituye un buen ejemplo de las relaciones entre el lenguaje y su objeto y de cómo un punto de partida analítico sobre el uso de los términos lingüísticos puede desembocar en afirmaciones sobre la estructura de los objetos mencionados (41); y es que, en mi opinión, resulta casi inevitable que si intentamos aclarar el lenguaje de los juristas, que coincide con el del legislador y que, a su vez, forma parte del Derecho, terminemos reflexionando sobre el Derecho mismo.

Ciertamente, el presente capítulo parece estar dominado por una cierta indefinición terminológica; se habla de ontología jurídica, de teoría del Derecho, de teoría general, fundamental, etc., y, lo que es más grave, resulta dudoso si con tales denominaciones se quiere aludir a un mismo género de actividad cognoscitiva. Por si ello fuese poco, nos encontramos en un terreno fronterizo entre la ciencia y la filosofía jurídicas y en la práctica académica disputado por distintas y heterogéneas «áreas de conocimiento». No creo que ésta sea sede adecuada para sumar argumentos gremialistas, aunque la impronta iusprivatista con que se han venido construyendo las «teorías generales», última-

(38) Véase NINO, C. S., «Introducción al análisis del Derecho», citado, págs. 319 y sigs.

(39) Véase PATTARO, E., «Filosofía del Derecho...», citado, págs. 377 y sigs. Sobre las posibilidades de fiscalización a través del razonamiento jurídico me he ocupado en «Ideología e interpretación jurídica», citado, capítulo V.

(40) Véase GUASTINI, R., «Lezioni di teoria analitica del Diritto», Giappicheli, Torino, 1982, págs. 3 y sigs.

(41) Véase DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la filosofía del Derecho en la actualidad en la filosofía del Derecho en España», citado, pág. 35.

mente en trance de sustitución por el iuspublicismo del Derecho Administrativo, podría ser argumento bastante para disuadir de los enfoques parciales y, en el fondo, mucho más empíricos de lo que dan a entender (42). En todo caso, comparto la opinión de Ross cuando escribe que «no hay criterios internos para determinar dónde termina la ciencia del Derecho, y dónde empieza la filosofía del derecho» (43) o, lo que es lo mismo, parece imposible trazar una nítida frontera entre filosofía y ciencia (44), cuyo carácter fluctuante es por lo demás bien conocido (45).

En mi opinión, un buen punto de partida puede ser el sugerido por Guastini al hilo de la distinción entre neústico y frástico. La teoría del Derecho o teoría general, como él prefiere llamarla, constituiría principalmente el análisis del neústico del lenguaje jurídico, esto es, no se ocuparía de lo que los enunciados jurídicos prescriben, no se ocuparía por ello de su frástico, sino de la prescripción en cuanto tal (46). Se trata, pues, de un análisis formal de los sistemas jurídicos en el que no se abordan problemas relativos al contenido o a la valoración de las reglas, aunque desde luego no impide su planteamiento en otra sede. Para concretar más y dada la multiplicidad de significados de la expresión formalismo, la teoría del Derecho es formal en el sentido de normativista, esto es, en el sentido de considerar el fenómeno jurídico desde una perspectiva normativa, en la que la norma y, mejor aún el ordenamiento constituyen una cualificación de la realidad y de los valores (47); por tanto, que la teoría es formal significa aquí que no es sociológica o axiológica, sino que concibe a las normas y al ordenamiento como una realidad susceptible de conocimiento.

En este sentido, la labor de una teoría del Derecho emprendida desde la filosofía ha de situarse en un punto equidistante entre la ontología iusnaturalista y la dogmática positivista. No se trata de construir un teoría del Derecho natural o del Derecho racional que resulte inservible para identificar un sistema jurídico positivo, pero tampoco de describir éste en un modo tan apegado a lo empírico que resulte hermosa como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, pero que, al igual que ella, carzca de seso (48). De ahí que haya de ser una teoría

(42) Véase PECES-BARBA, G., «Introducción a la filosofía del Derecho», citado, pág. 197.

(43) ROSS, A., «Sobre el Derecho y la Justicia» (1958), trad. de G. Carrio, Eudeba, Buenos Aires 1963, pág. 26.

(44) Véase DREIER, R., «Concepto y función de la Teoría General del Derecho», (1975), trad. de G. Robles, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 52, 1978, pág. 133.

(45) Véase RUSSELL, B., «Ma conception du monde», trad. francesa de «Bertrand Russell speaks his Mind», Gallimard, París 1962.

(46) GUASTINI, R., «Introduzione all'analisi del linguaggio normativo», en CASTIGNONE, S.; GUASTINI, R.; TARELLO, G., «Introduzione teorica allo studio del Diritto», *ECIG*, 4.º ed., Génova, 1984, pág. 52.

(47) Véase BOBBIO, N., «Formalismo giuridico» (1958), en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ed. di Comunità, 3.º ed., Milano, 1977, págs. 85 y sigs.; «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho» (1962), en *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, F. Torres, Valencia, 1980, pág. 98.

(48) «Una teoría del Derecho meramente empírica es, como la cabeza de madera

del Derecho positivo, pero de todo Derecho positivo o, haciendo las oportunas cautelas, del Derecho positivo de una determinada cultura jurídica. La respuesta a la pregunta «qué es el Derecho» exige por ello indagar en la realidad jurídica y dogmática a fin de dilucidar los criterios de pertenencia e individualización de las normas y de identidad y existencia de los sistemas jurídicos, iluminando asimismo los problemas de incoherencia, falta de plenitud y redundancia que presentan estos últimos.

Sin embargo, no creo que la teoría del Derecho pueda quedar cerrada en el castillo del estricto análisis normativo, porque, en realidad, éste no es completo si no intenta contrastarse con la realidad cultural y política de la que forma parte el propio orden jurídico. No es este lugar adecuado para un estudio detallado, pero pienso que la explicación del funcionamiento de un sistema jurídico que compete a la teoría del Derecho, no es incompatible con el reconocimiento de los elementos empíricos que constituyen la base del ordenamiento. Recogiendo una sugerencia de Passerin d'Entreves, seguramente «la última palabra no es tanto objeto de filosofía jurídica cuanto de filosofía política», pues tras la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart aparece una realidad política y social que recibe una denominación ambigua y con todo pertinente. «¿Acaso no es posible que determinando lo que entendemos por Estado podamos comprender más claramente lo que entendemos por Derecho? La filosofía política ¿puede ayudar a la culminación de la filosofía del Derecho?» (49).

Podemos responder afirmativamente sin temor a tener que suscribir también que el Derecho es pura fuerza o que se compone de un imprevisible conjunto de decisiones inconexas y más o menos arbitrarias. La alternativa a la ingenua confianza en la autosuficiencia y finitud lógica del Derecho y en la exactitud matemática de la ciencia jurídica no es una rendición incondicional ante la nuda facticidad. Como dice Bobbio, «poner como fundamento último de un orden jurídico positivo al poder, no quiere decir reducir el Derecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del Derecho» (50). Y, por otro lado, reconocer la naturaleza decisional y subjetiva de las operaciones de interpretación es compatible con una visión institucional y, por tanto, normativa del Derecho (51), en el que un sistema de normas secundarias, tanto formales como materiales, constituye el elemento de «cierre» e identificación del ordenamiento.

en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser hermosa, pero que no tiene seso», KANT, E., «Introducción a la teoría del Derecho», ed. de F. González Vicen, C.E.C., Madrid, 1978, pág. 79.

(49) D'ENTREVES, A. P., «Dos cuestiones en torno al Derecho» (1962), en *Derecho Natural*, trad. de M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, págs. 253 y sigs.

(50) BOBBIO, N., «Teoria dell'ordinamento giuridico», Giappichelli, Torino, 1960, pág. 62.

(51) Véase RAZ, J., «La naturaleza institucional del Derecho (1974), en *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*», traducción y notas de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1982, págs. 135 y sigs.

Dicho de un modo un tanto simplificador, la existencia del sistema es, ante todo, una cuestión fáctica, pero su identificación es un problema normativo.

Así pues, ni una norma última que al modo de llave maestra nos permita prever con absoluta certeza todas las expresiones de normatividad, ni tampoco una radical disolución del Derecho en el problemático mundo de las decisiones judiciales, políticas o administrativas. En mi opinión, los criterios de identificación de un sistema jurídico evolucionado son aquellos que definen la posición de sus órganos primarios: un sistema de reglas secundarias, integradas en la norma que determina los criterios de validez, definen el quién, el cómo y las circunstancias de los sujetos llamados a intervenir en el proceso de aplicación-creación del Derecho. De ahí que la producción jurídica que se desarrolla en la «textura abierta» del ordenamiento y en los propios límites de los criterios de validez establecidos por la regla de reconocimiento hartiana (52) no pueda concebirse como una cuestión radicalmente fáctica, sino como una operación jurídica en la que aparecen elementos de hecho, es decir, decisiones y valoraciones no previstas en el Derecho preexistente, pero encuadrables en el marco de la normatividad; de una normatividad que no está constituida únicamente por reglas de organización o atribución de competencias, sino también por reglas sustantivas que forman el horizonte axiológico del sistema, orientando y dotando de una cierta coherencia material al sistema de producción jurídica (53). Todo lo cual, insisto, es compatible con la afirmación de que la norma última que define los criterios de validez y organiza el régimen de aplicación-creación del Derecho descansa en última instancia en la efectividad del poder.

Ahora bien, seguramente esta perspectiva exige revisar el calificativo de normativismo que adoptamos como punto de partida. Normativismo moderado o normativismo realista (54) sería, quizá, la denominación más ajustada para una teoría del Derecho que considera a la norma y al ordenamiento como una realidad distinta y, si se quiere, intermedia entre el ser de los hechos y el deber ser de los valores, pero que no trata de construir una explicación autosuficiente de lo jurídico en una especie de horror kelseniano a la facticidad. Esa facticidad está presente en la base del ordenamiento e incluso, en ocasiones, penetra por todos sus poros, y la teoría jurídica debe dar cuenta de ello; lo que no supone que haya de conformarse con la contemplación del modo de actuar de los operadores jurídicos. Normativismo realista significa que el Derecho constituye un objeto susceptible de dar lugar a

(52) Véase HART, H. L. A., «El concepto del Derecho», citado, págs. 155 y sigs.

(53) Estoy pensando, sobre todo, en los valores superiores del ordenamiento jurídico tal y como los describe el artículo 1,1.º de la Constitución. Véase PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, en especial págs. 88 y sigs.; también mi trabajo «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 11, págs. 83 y sigs.

(54) Esta última expresión, que en su día me fue sugerida por el profesor Peces-Barba, la encuentro ahora muy utilizada en la obra de E. PATTARO, *Elementos para una Teoría del Derecho* (1985), trad. de I. Ara, Debate, Madrid, 1986.

un conocimiento autónomo distinto de la sociología, pero también que aquél tiene una base y unas conexiones empíricas cuya consideración puede resultar indispensable para explicar de modo satisfactorio determinados aspectos del funcionamiento de un orden jurídico. Precisamente, esto es lo que permite, con toda la flexibilidad que sea necesaria, concebir el Derecho como sistema y no como inconexa suma de problemas y decisiones; y la cuestión no es baladí, pues, como pregunta Elías Díaz, «¿el ataque a todo sistema no es, en cierto modo, el ataque a la Ciencia?... Concuero con quienes, por lo demás desde diferentes perspectivas, reafirman que la idea de sistema es irrenunciable para la ciencia, para el Derecho y para la Ciencia jurídica» (55).

4. PROPUESTAS PARA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA

Ahora bien, esa trascendencia de la teoría del Derecho hacia la filosofía política a través de la realidad del poder nos sitúa en el camino de una nueva y quizá más arriesgada superación de las estrictas fronteras del análisis jurídico entendido en clave positivista: la reflexión sobre el Derecho justo supone, en efecto, abrirse al mundo de la legitimidad y de los valores, donde el riesgo de especulación metafísica y de subjetividad ideológica parece elevarse considerablemente. Porque la crítica del razonamiento jurídico y la teoría del Derecho, aun cuando tareas diferentes, se presentan estrechamente vinculadas tanto por su objeto como por su método; por su objeto, dado que, según hemos visto, la dogmática y la interpretación judicial forman parte del propio sistema normativo; y, por su método, ya que ambas pretenden proporcionar un saber distinto al de la ciencia del Derecho, pero en modo alguno contrapuesto o alternativo al que se obtiene de una reflexión que se quiere guiada por un paradigma científico.

Precisamente, uno de los problemas de la actual filosofía jurídica reside en que no puede prescindir de un tercer enfoque que es y que debe presentarse como notoriamente distinto; pues, efectivamente, a mi juicio la llamada teoría de la justicia traiciona una premisa fundamental del positivismo al situarse más allá del «ser», del mundo fenoménico y externo y al tener que hacerlo, además, en un ambiente intelectual saludablemente influido por la razón analítica. Y, pese a ello, el objetivo parece irrenunciable, no sólo por una lealtad histórica a esa dimensión utópica que incorporó el Derecho Natural en algunos períodos o a esa «univocidad histórico-funcional del iusnaturalismo» en palabras de Pérez Luño (56), sino especialmente porque es aquí donde hoy la filosofía del Derecho dirime su razón de ser como reflexión crítica sobre el orden jurídico positivo, como filosofía práctica. Renunciar a esa reflexión es algo más grave que evadirse del universal «deber

(55) DÍAZ, E., «Sociología y filosofía del Derecho», citado, pág. 98.

(56) PÉREZ LUÑO, A. E., «El Derecho natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», en *Filosofía y Derecho. Escritos en honor del profesor José Corts Grau*, vol. II, Universidad de Valencia, 1977, pág. 204.

de volver a pensar» que explica y justifica no una filosofía perenne, pero sí el carácter perenne de la filosofía (57); supone un riesgo cierto de entregarse en los brazos del positivismo ético o, lo que es lo mismo, de identificar la justicia con lo realmente existente. Ello me parece particularmente exacto en las Facultades de Derecho, cuya enseñanza dogmática presenta una indudable dimensión persuasiva, tal vez porque, en el fondo, el «es» y el «debe» jurídicos no pueden sanarse por completo de una original carga moral.

Sin embargo, si hemos de atender a esa inexcusable obligación de prevenir frente a las exageraciones o las modas más o menos pasajeras, no resulta fácil encontrar un punto de partida para nuestra reflexión. Hace algunos lustros, sin duda, era lícito decir que la desazón provocada por la falacia naturalista aún no se había apagado e intentar perseguir a continuación una esperanza más allá de la razón analítica, aunque desde luego sin prescindir de sus enseñanzas (58); se trataba, en suma, de poner en guardia ante un rigorismo metaético que bien podía hacer peligrar la propia posibilidad del enjuiciamiento moral. Hoy las cosas parecen ser distintas en filosofía y, sobre todo, lo son entre los juristas para quienes los escrúpulos del neopositivismo y de la analítica apenas tuvieron significado. Tal vez ello justifique un nuevo llamamiento a la prudencia en las reflexiones axiológicas, al menos en el ámbito de las enseñanzas jurídicas.

Ciertamente, hace algún tiempo que resulta visible la apertura de la ética analítica hacia el problema de los contenidos morales (59), pero, sobre todo, es en las recientes contribuciones a lo que se ha llamado la «macrofilosofía del Derecho» (60) donde se aprecia el cambio de rumbo. Las obras de Dworkin o de Nozick (61), por ejemplo, se separan en muchos aspectos pero ambas son buena muestra de ese nuevo pensamiento que ha logrado superar los temores en su día sembrados por la filosofía analítica o por el neopositivismo; cuando en España se aprecia un cierto pudor para hablar de moralidad o de justicia, estos y otros autores lo hacen con perfecta desenvoltura. Así parece abandonarse la discusión acerca de las premisas, condiciones y límites que ha de reunir una teoría ética o de la justicia para emprender decididamente su construcción.

(57) Véase KORNER, S., *¿Qué es filosofía?*, trad. de Domenec Bergada, Ariel, Barcelona, 1976. Recojo la idea de E. FERNÁNDEZ, «Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en *Teoría de la Justicia y derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1984, pág. 20.

(58) Entre nosotros, esa actitud aparece con claridad en el libro de J. MUGUERZA, *La razón sin esperanza*, Taurus, Madrid, 1977, donde se recogen trabajos publicados a partir de 1970.

(59) Sobre ello llamaba la atención MUGUERZA en las «Últimas aventuras del preferidor racional», cap. VIII de la ya citada *La razón sin esperanza*.

(60) La expresión es de PÉREZ LUÑO, A. E., «La fundamentación de los derechos humanos», en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 161.

(61) DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984; NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974, reimpresión 1980.

Pero si hasta aquí hemos podido apreciar un cierto giro en el núcleo de las preocupaciones sobre la justicia, una especie de camino de regreso hacia los problemas sustantivos, en el mundo jurídico, al menos en el español, las cosas no parecen haber cambiado mucho y la aceptación teórica del Derecho natural sigue viva en numerosos cultivadores del Derecho positivo. Es verdad que juristas como Kelsen o Ross, que han ejercido una relativa influencia en nuestra cultura jurídica, compartían las posiciones analíticas: Kelsen calificaba al iusnaturalismo de mentira útil (62) y veía en la justicia un ideal irracional (63); para Ross «invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa», una «expresión emocional» que no tiene cabida en el examen racional del valor de las normas y que incluso puede conducir a la intolerancia (64). Pese a ello, no parece que las cautelas recomendadas por el normativismo y el realismo para aproximarse a estos problemas hayan sido asumidas por los juristas, que son muy capaces de desarrollar las más depuradas técnicas positivistas sin el menor planteamiento crítico y sostener al mismo tiempo las más idealistas visiones del Derecho Natural (65). Al menos en parte, sigue siendo certero el juicio que hace casi veinte años formulaba Manuel Sacristán sobre el científico docente: «Acrítico positivista inconsciente en las materias positivas de su especialidad y no menos acrítico creyente en las más peregrinas fantasías (incluida acaso la filosofía especulativa) por lo que hace al resto» (66).

De ahí que, en mi opinión, la modestia y prudencia en los juicios morales que propició la crítica a la falacia naturalista siga siendo un buen punto de partida para iniciar la reflexión sobre el Derecho justo o sobre el poder legítimo (67), aun cuando sea cierto que la razón analítica sea una razón sin esperanza. Su función terapéutica y depurado-

(62) KELSEN, H., «La doctrina del Derecho natural ante el tribunal de la ciencia» (1949), en *¿Qué es Justicia?*, trad. de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, pág. 112.

(63) KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado* (1944), trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1979, pág. 15.

(64) ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia* (1958), trad. de G. C. Carrio, Eudeba, Buenos Aires, 1963, págs. 267 y 273.

(65) Sin duda, sería una tarea interesante descubrir la «filosofía del Derecho» de la dogmática española. Recordemos ahora cómo comienza uno de los manuales de Derecho Civil más estudiados en España: Derecho natural es aquel «que es perceptible por la razón humana, que es congruente con la naturaleza del hombre, y que representa la perfecta Justicia o el ideal de lo justo», M. ALBADALEJO, *Derecho civil*, I, Introducción y Parte General, Bosch, 3.ª ed., Barcelona, 1975, pág. 17; a lo que añade otro tratadista «que el Derecho llamado positivo, esto es, establecido por la sociedad humana, es Derecho en tanto traduzca la idea de lo justo, subordinándose al Derecho natural, impuesto por Dios en la conciencia y el corazón de todos los hombres..., por esto, si en vez de fundarse en el Derecho natural fuese manifiestamente contrario al mismo, no sería verdadero Derecho...», D. ESPIN, *Manual de Derecho Civil Español*, I, Parte General, 3.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, pág. 4.

(66) SACRISTÁN, M., «Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores», citado, pág. 375.

(67) Como escribe L. KOLAKOWSKI, recordar el rigor del positivismo, «precisamente a título de una deontología específica del mundo científico, no será nunca un anacronismo», *La filosofía positivista* (1966), trad. de G. Ruiz-Ramón, Cátedra, Madrid, 1979, pág. 247.

ra es irrenunciable, particularmente en las Facultades de Derecho y en una disciplina como la filosofía jurídica, donde se entrecruzan consideraciones sobre el orden normativo y sobre la dogmática e interpretación y reflexiones deontológicas que presentan un diferente status epistemológico. En consecuencia, la primera tarea que compete a esta parcela de la filosofía del Derecho será una teoría ética acerca de la posibilidad y alcance de los juicios de valor, que pase revista y sistematice las diversas respuestas que pueden ofrecerse al interrogante sobre el carácter de los procedimientos dirigidos a justificar principios de moralidad o de justicia; en particular, quizá el aspecto central de este capítulo haya de ser para nosotros la revisión crítica del Derecho natural que, merced a una toma de partido administrativa, rubrica todavía las enseñanzas del primer curso de Licenciatura. Es preciso, pues, confrontar la fe secular en un orden jurídico supraempírico, ideal y cognoscible para la razón humana con la severa enseñanza de Hume en relación con la metafísica y con el imperceptible tránsito del «es» al «debe» (68), con la no menos severa crítica del positivismo jurídico (69) y, en suma, con la demoledora censura del positivismo lógico y la analítica (70).

El resultado parecerá quizá desalentador, pero ¿hemos de renunciar a volver a pensar, esto es, a la filosofía?, y, sobre todo, si callamos como recomendaba Wittgenstein, ¿podrá interpretarse ese silencio como aceptación conformista de cualquier sistema normativo?; de las tesis según la cual ningún sistema de moralidad puede pretender pleno fundamento científico o racional, ¿cabrá derivar que todas las morales son igualmente irracionales? El riesgo es lo suficientemente serio como para proseguir la reflexión más allá de las fronteras metaéticas, pero sucede además que no ofreceríamos una imagen exacta del actual panorama intelectual si situásemos la polémica entre un iusnaturalismo abstracto, ahistórico y constructivista y un positivismo científico aferrado a la idea de que todo lo que no es lógica formal ni comprobación empírica representa una suerte de poesía; en el peor de los casos, el debate se plantea en términos menos dramáticos, lo cual prueba seguramente una recíproca influencia entre la vocación de rigor metódico y la necesidad de crítica axiológica.

En efecto, al margen del empeño no siempre simbólico por man-

(68) El famoso fragmento de HUME se encuentra al final de la sección primera de la Parte Primera del Libro III del *Tratado de la naturaleza humana* (1740), trad. de F. Larroyo, Ed. Porrúa, México, 1977, pág. 304.

(69) A título de mero ejemplo puede verse BOBBIO, N., *Algunos argumentos contra el Derecho natural*, en KELSEN, BOBBIO y otros, *Crítica del Derecho natural*, introducción y traducción de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966, págs. 219 y sigs.

(70) Para una aproximación al tema, véase, además de los textos recogidos en *El positivismo lógico*, de A. J. AYER, ya citado; KRAFT, V., *El Círculo de Viena* (1950), trad. de F. Gracia, Taurus, Madrid, 1966; CARCATERA, G., *Il problema della fallacia naturalistica*, Giuffré, Milano, 1969; MUGUERZA, J., «Es y debe» (en torno a la lógica de la falacia naturalista) (1970), cap. II de *La razón sin esperanza*, citado; HIERRO, J., *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Tecnos, Madrid, 1970, en especial el cap. IV. GUI-SÁN, E., *Los presupuestos de la falacia naturalista. Una revisión crítica*. Universidad de Santiago de Compostela, 1981.

tener una terminología tradicional, ¿qué es lo que queda del Derecho natural? En opinión del Welzel algo tan modesto pero al mismo tiempo tan importante como esto: «Lo que queda del mundo de ideas del Derecho natural no es un sistema de principios jurídicos materiales eternos, sino la exigencia frente al Derecho positivo —una exigencia que hay que cumplir bajo condiciones siempre nuevas— de que la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica entre ideas, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre» (71). Para un normativista de formación kelseniana la idea tiene que resultar muy familiar: «la Justicia para mí —dice el maestro vienés— se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. “Mi” Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia» (72). Diríase, pues, que en los círculos más sensibles a la crítica positivista tiende a rescatarse la función histórica del Derecho natural y no tanto una noción ontológica y dogmática del mismo; al igual que, como veremos, el positivismo moderno se hace cargo del problema de los valores. Creo que esa perspectiva es clara en Passerin D’Entreves (73), pero también en elaboraciones que parten de una comparación más arriesgada, como esa utopía jurídica que nos propone E. Bloch cuando, haciéndose eco de una consigna de Marx, escribe que «el Derecho natural construye situaciones en las que dejan de existir los humillados y ofendidos: “Derrocar todas las situaciones en las que el hombre es un ser humillado, esclavizado, abandonado, despreciable”» (74).

Asimismo, el positivismo jurídico ha evolucionado hacia posiciones más atentas al mundo de los valores y ya hemos visto cómo el propio Kelsen manifiesta una concepción sobre el particular que coincide casi literalmente con la herencia que, en opinión de Welzel, nos ha legado el Derecho natural. Más articulada, pero de resultados análogos, es la posición de Bobbio, quien a partir de unas premisas emotivistas y de negación de la derivación lógica de los juicios morales (75) llega a conclusiones relativistas equidistantes del escepticismo y del dogmatismo (76), donde la racionalidad y las «buenas razones» juegan un papel importante en la configuración de las reglas de la convivencia:

(71) WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material* (1962), trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 2.ª ed., 1971, pág. 267.

(72) KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?* (1952), en el volumen del mismo título, ya citado, pág. 63.

(73) Véase D’ENTREVES, A. P., *Derecho Natural*, citado, en especial, págs. 224 y sigs.

(74) BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana* (1961), trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980, págs. X-XI.

(75) Véase, por ejemplo, «Ancora sul positivismo giuridico» (1962), en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, 3.ª ed., Milano, 1977, págs. 147 y sigs.; *Teoria dell’ordinamento giuridico*, lezioni raccolte dagli studenti L. Borgi, C. U. Sarasso e G. Witzel, Giappichelli, Torino, 1955, págs. 12 y sigs.

(76) Véase RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, C.E.C., Madrid, 1983, pág. 347.

no hay que sentir temor de un relativismo que se apoya en la constatación de la pluralidad de las concepciones religiosas y morales, pues «justamente este pluralismo resulta ser el argumento más fuerte en favor de algunos derechos del hombre, incluso de los más celebrados como la libertad de religión y en general la libertad de pensamiento» (77). Incluso desde ópticas positivistas rigurosamente asentadas en la separación entre Derecho y moral se ha podido escribir que «la doctrina del Derecho natural... contiene ciertas verdades elementales» que toda organización social ha de asumir para ser viable (78). El «contenido mínimo del Derecho natural» que nos propone Hart (79) supone, en efecto, un intento de obtener algunas «verdades obvias» de carácter normativo a partir de juicios de hecho sobre las necesidades humanas de convivencia y representa por ello la revitalización de una suerte de iusnaturalismo ontológico, sin duda discutible, pero que acredita la apertura hacia los problemas de la justicia por parte de una de las teorías del Derecho positivistas más articuladas de los últimos decenios.

Naturalmente, no es preciso decir que la dimensión axiológica de los sistemas normativos aparece especialmente acentuada entre quienes no aceptan las premisas del positivismo, cuyas tesis han obtenido, por otra parte, un éxito innegable en la literatura iusfilosófica más reciente. En particular, este es el caso de Dworkin, cuyo punto de partida es precisamente la conexión necesaria entre Derecho y moral y la imposibilidad de separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral (80); el Derecho, constituido tanto por normas como por principios de hondo sentido moral, forma parte del sistema de moralidad hasta el punto de que no puede ser entendido ni aplicado si no se ponderan los criterios últimos de filosofía política en que se apoya. Todo ello al servicio de una teoría de la función jurisdiccional que gira en torno al juez Hércules, «boca muda» que pronuncia con la misma desenvoltura las palabras de la ley y de la moral. El juez Hércules no es un órgano político o que decida según sus creencias personales, pero tampoco desempeña una función puramente mecánica en relación con las normas explícitas; ante una acción de gobierno que desprece los derechos, se pone en marcha el activismo judicial protector de las libertades. De ahí que el Derecho haya de concebirse como algo más que un conjunto de normas; los principios, morales y jurídicos a un tiempo, sabiamente administrados por el juez, ayudarán a resolver los

(77) BOBBIO, N., «Sobre el fundamento de los derechos del hombre» (1965), en *El problema de la guerra y la vías de la paz*, trad. de S. Binaghi, Gedisa, Barcelona, 1982, págs. 129 y sigs.

(78) HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrio, 2.^a ed., Ed. Nacional, México, 1980, págs. 239 y sigs.

(79) Véase CATTANEO, A., «Il diritto naturale nel pensiero di H. L. A. Hart», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965, págs. 673 y sigs.; DE PARAMO, J. R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, C.E.C., Madrid, 1984, págs. 371 y sigs.

(80) DWORKIN, R., «Los derechos en serio» (1977), citado, en especial págs. 61 y sigs.

casos difíciles y a tutelar los derechos fundamentales frente a los embates del utilitarismo (81).

No es momento de exponer con detalle ni de evaluar críticamente las contribuciones que en los últimos años parecen venir anunciando un resurgimiento de los problemas de la teoría de la justicia. Baste decir que, pese a la moderación de posturas, sería aventurado descubrir síntomas de cancelación de la polémica iusnaturalismo-positivismo o proponer un apresurado catálogo de puntos de unanimidad o amplio consenso entre las diversas corrientes; según creo, siguen abiertos numerosos interrogantes éticos y metaéticos dentro de la reflexión filosófica jurídica. Sin embargo, me parece que una visión de conjunto pone de relieve, al menos, un aspecto que es sumamente importante: la rehabilitación de la razón en la ética. Nos hallamos, en efecto, ante un conjunto de argumentaciones que tal vez no tengan la fuerza irresistible de las inferencias lógicas o de las demostraciones empíricas, pero que apelan a razones que quieren persuadir, no a las puras emociones del corazón. Ello ha sido destacado con acierto por Eusebio Fernández, cuya tesis comparto: es probable que no se pueda confiar plenamente, y a lo mejor tampoco es deseable, en la justificación racional de nuestros últimos y supremos juicios de valor, pero marginar a la razón es condenar a muerte a la teoría de la justicia. «La filosofía del Derecho no puede renunciar a tratar racionalmente el tema de la justicia, ni la teoría de la justicia puede abdicar de la racionalidad práctica» (82). Probablemente, será necesario ensayar una definición más precisa del papel de la razón en la ética que nos ponga a salvo del cientifismo sin caer en brazos del decisionismo; una razón que, como escribe Apel, nos permita navegar «entre la Escila de un ideal de fundamentación, que no otorga ningún espacio al libre albedrío de la persona, y la Caribdis del moderno decisionismo existencialista». Es más, ¿acaso la argumentación moral no supone ya reconocer que la razón es práctica, o sea, responsable del actuar humano? (83).

Ahora bien, ¿qué itinerarios puede seguir la razón en la ética?, ¿qué procedimientos racionales cabe proponer para alcanzar ciertos principios o criterios que sirvan como punto de referencia de la legitimidad del poder y de la justicia del Derecho? Para abreviar una exposición que no puede ser pormenorizada en esta sede, creo lícito remitirme a las líneas generales de una teoría de la justicia bien conoci-

(81) De todo ello me he ocupado con más detalle en «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14, mayo-agosto de 1985, págs. 353 y sigs.

(82) FERNÁNDEZ, E., «Filosofía del Derecho. Teoría de la justicia y racionalidad práctica» (1982), en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pág. 37. Como escribe también J. ESQUIVEL, «tanto en la ciencia como en la moral hay un campo intermedio entre la infalibilidad y el escepticismo, precisamente el de la discusión racional», «Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral», *Revista Crítica*, vol. 13, núm. 37, México, abril 1981, pág. 17.

(83) Esta es una de las tesis centrales del trabajo de K. O. APEL, «Necesidad, dificultad y posibilidad de una fundamentación filosófica de la ética en la época de la ciencia» (1980), en *Estudios éticos*, trad. de C. DE SANTIAGO, Alfa, Barcelona, 1986, págs. 105 y sigs., en especial, págs. 158 y sigs.

da como es la de J. Rawls: a partir de un modelo de legitimidad contractual, el escritor norteamericano intenta diseñar las condiciones de un razonamiento moral acerca de las reglas de la convivencia que, en cierto modo, ofrece el mismo grado de refinamiento abstracto que es propio del razonamiento matemático. A tal fin, idea una posición original en la que mediante una serie de requisitos se procura eliminar la subjetividad y los egoismos de los hipotéticos contratantes y dotar a la argumentación de una generalidad, universalidad y publicidad que haga de sus conclusiones principios que puedan ser aceptables por cualquiera que se sitúe en tal posición y sirvan para establecer una convivencia ordenada y justa (84). Entre nosotros, una idea muy semejante ha tomado forma corpórea en la figura del «preferidor racional», sujeto despersonalizado que representa a «la comunidad de sujetos humanos en tanto que sujetos racionales» (85) y que por su especial situación de información, libertad e imparcialidad sería capaz de «preferir» racionalmente un código moral, esto es, de justificar mediante razones nuestros principios de justicia. En resumen, se trataría de depurar un modelo de decisión racional apto para desenvolverse en el mundo del lenguaje evaluativo o de los juicios de valor con un grado de seguridad análogo o, al menos, no radicalmente opuesto al que se acepta en el ámbito científico.

No pueden dejar de admirarse este género de esfuerzos dirigidos a superar el puro y radical emotivismo, ni desconocerse que la vía del contrato social está hoy proporcionando las más numerosas y, tal vez, las más sólidas teorías de la justicia y de la legitimación política (86). No obstante, y sin hacerme eco de las polémicas, matizaciones o críticas, deseo al menos formular dos precisiones: primero, que comparto el juicio de Wolff cuando escribe que «Rawls concibe el punto de vista moral como una superioridad intemporal, desde la que contemplamos todo el tiempo y todo el espacio, ecuánime e isotrópicamente, como Lucrecio contemplaba el campo de batalla» (87); y segundo que,

(84) RAWLS, J., *Teoría de la Justicia* (1971), trad. de M. D. González, F.C.E., Madrid, 1979, en particular el cap. III. La bibliografía sobre Rawls es casi apabullante, pero como primera aproximación es útil la contenida en *Reading Rawls: Critical Studies of A theory of Justice*, editado por Norman Daniels, Basil Blackwell, Oxford, 1975, reimpresión 1983, Entre la bibliografía española más reciente puede verse VALLESPIN OÑA, F., «Nuevas teorías del contrato social: J. Rawls, R. Nozick y J. Buchanan», Alianza, Madrid, 1985; AGNA ROMERO, M. J., «J. Rawls: el sentido de justicia en una sociedad democrática», Universidad de Santiago de Compostela, 1985; MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «La teoría de la justicia en J. Rawls», C.E.C., Madrid, 1985. Para el tema de las posibilidades de conocimiento racional que aquí nos ocupa, creo que puede recomendarse el trabajo de BARBER, B., «Justifying Justice: Problems of Psychology. Politics and Measurement in Rawls», en el ya citado volumen dirigido por Daniels.

(85) Véase el ya citado trabajo de J. MUGUERZA, recogido en *La razón sin esperanza*, en concreto pág. 251.

(86) Véase HURTADO, M., «Legitimidad democrática del Derecho: el "Topos" del "Pacto social"», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 16, 1976, págs. 1 y sigs. Véanse también los trabajos de E. FERNÁNDEZ recogidos en su «Teoría de la justicia y derechos humanos», citado; del mismo, *Neocontractualismo y obediencia al Derecho* de próxima publicación y que he consultado por gentileza del autor. Asimismo, la bibliografía citada en nota 84 de la página anterior.

(87) WOLFF, R. P., *Para comprender a Rawls. Una reconstrucción y una crítica de la Teoría de la Justicia* (1977), trad. de M. Suárez, F.C.E., México, 1981, pág. 90.

pese a su alto grado de depuración argumentativa, temo que pueda seguir vigente la opinión de Rousseau: los filósofos «hablaban del hombre salvaje y describían al hombre civil». «Se empieza por buscar aquellas normas que... convendría que los hombres aceptasen de buen grado y conformidad; y luego se da el nombre de ley natural a la compilación de esas normas, sin otra prueba que el bien que se piensa que resultaría de su práctica universal» (88); tal vez porque en el gran libro de la naturaleza cada cual lee a su modo (89). Pero, ¿queda alguna alternativa? Aunque con suma brevedad, no voy a eludir la exposición de las líneas generales y provisionales que seguiría en mi respuesta.

En mi opinión, es preciso analizar con cautela las construcciones ideales y perfectamente desconectadas de la historia, en especial cuando examinando sus resultados nos encontramos al final con una descripción bastante exacta del desarrollo de los sistemas liberales o de cualesquiera otros sistemas (90). El responsable del «preferidor racional» lo ha visto así: «si la libertad, la información y la imparcialidad hubieran de ser las condiciones posibilitantes de un cierto género de racionalidad, el descontento provocado por la insuficiente racionalidad de nuestra vida social podría sin duda traducirse en un programa de acción en pro de la efectiva instauración de tales condiciones. Con lo que el planteamiento de esta cuestión habría salido del dominio de las meras construcciones analíticas para inscribirse en una nueva dimensión, incuestionablemente política» (91), es decir, si lo interpreto correctamente, en una dimensión histórica. Por lo demás, no puedo ocultar mis simpatías por el modelo que entre nosotros viene ensayando Pérez Luño y que «intenta ser una mediación crítica entre dos estimulantes corrientes del pensamiento marxista actual de inequívoco signo antidogmático y humanista», como son la escuela de Francfort y la escuela de Budapest» (92).

En efecto, sin incurrir en ningún género de relativismo escéptico

(88) ROUSSEAU, J. J., «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres», citado, págs. 150 y 144.

(89) La expresión es de BOBBIO, N., «Giusnaturalismo e positivismo giuridico», citado, pág. 169.

(90) He desarrollado este tema en mi trabajo *Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas* (en prensa), alguna de cuyas apreciaciones resumo en la exposición que sigue en el texto.

(91) MUGUERZA, J., «La razón sin esperanza», citado, págs. 260 y sigs. Asimismo, tras exponer su respuesta pragmático-trascendental a la cuestión de la norma básica de la ética, escribe Apel: «Naturalmente, en la medida en que se exige en la norma ética básica del discurso argumentativo que el discurso, en tanto discurso práctico, tiene que fundamentar la validez de normas concretas a través de la formación del consenso... en esta medida, no es en modo alguno irrelevante la circunstancia de que también el discurso ideal, que tenemos que presuponer ya en la argumentación en serio, tenga que ser institucionalizado bajo condiciones reales. Más bien aquí comienza el problema de la realización (política) de aquella comunidad ideal de comunicación...», «Estudios éticos», citado, pág. 168.

(92) PÉREZ LUÑO, A. E., «La fundamentación de los derechos humanos», en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citado, 1984, pág. 43.

para el que cualquier opinión es igualmente válida (93), creo que es cierta la siguiente conclusión de la teoría crítica: no es posible determinar de antemano la sociedad justa. Se podrá decir qué es lo malo de la sociedad actual, pero no qué habrá de ser lo bueno, sino tan sólo trabajar para que lo malo desaparezca finalmente. En esta situación, la única pauta firme es la actitud crítica de la ciencia con respecto a sí misma y con respecto a la sociedad de la que surge (94). Desde esta perspectiva, y si se puede formular en estos términos, ¿sería viable situar la noción de naturaleza no al comienzo de la historia, sino al final, como un objetivo de emancipación, confiriendo a la idea de contrato un significado dinámico y operativo, donde la información, la libertad y la imparcialidad sean condiciones reales? (95). De ser así, tal vez el problema de la libertad y de la dominación pudiera evadirse de la tensión estado de naturaleza-sociedad civil y, sobre todo, no sería preciso recurrir a un racionalismo abstracto que definiese de una vez y para siempre los principios de una sociedad justa. Sencillamente, la historia podría concebirse como un proceso abierto que resulta «tanto más humano cuanto más conscientemente son capaces los hombres de alterar sus condiciones de vida, sus circunstancias» (96). Y no se trata de huir del idealismo para rendirse ante la historia; como escribe Horkheimer, la filosofía carece de la receta que permita sustraerse al hechizo de lo existente, pero acaso sea posible que se imponga lo justo como resultado del conocimiento preciso de lo falso. La comprensión de las carencias, de las opresiones y de las amenazas que se ciernen sobre los hombres podrá tal vez ayudar a que los asuntos humanos se orienten por caminos de razón (97).

No puedo aquí detallar las implicaciones y consecuencias de este punto de vista, pero sí conviene subrayar que resulta trascendente para la teoría de los derechos fundamentales que, como dice Peces-Barba, constituye el contenido material de la teoría de la Justicia (98). De un lado, permite rescatar los derechos fundamentales del plano jurídico abstracto, delimitado por la libertad política y la autonomía de la voluntad, para generalizarse como derechos y como normas objetivas reguladoras del conjunto de las condiciones de existencia que aparecen irremediabilmente implicadas en el ejercicio real de la libertad y, por tanto, en el desarrollo del individuo. Y segundo, propicia una visión

(93) Sobre la conveniencia de no confundir tolerancia con relativismo y sobre las posibles implicaciones de este último véase LÓPEZ CASTELLÓN, E., «Supuestos teóricos de los relativismos éticos», Sistema 58, enero 1984, págs. 3 y sigs.

(94) Véase GEYER, C. F., *Teoría crítica. Max Horkheimer y Theodor W. Adorno*, (1981), trad. de C. de Santiago, Alfa, Barcelona, pág. 50.

(95) Así finalizaba E. BLOCH su «principio esperanza»: *La verdadera génesis no se encuentra al principio, sino al final* (1959), trad. de F. González Vicen, vol. III, Aguilar, Madrid, 1980, pág. 501. Véase un desarrollo de esta idea en A. HELLER, *Sociología de la vida cotidiana*, trad. de J. Ivars y E. Pérez, Ed. Península, Barcelona, 1977, pág. 7.

(96) HELLER, A., *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, trad. de M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1974, pag. 117.

(97) HORKEIMER, M., *Sobre el concepto del hombre* (1947), trad. de H. Murena y D. Vogelmann, Ed. Sur, Nuevos Aires, 1970, págs. 35 y sigs.

(98) PECES-BARBA, G., «Introducción a la filosofía del Derecho», citado, pág. 329.

unitaria y no escindida de los derechos humanos y de la participación democrática, de la libertad y el consenso. Kant tenía en el fondo razón cuando negaba la libertad política a los individuos no independientes, porque «en general cualquiera que se encuentre compelido a proveer a su existencia, no por medio de una dirección personal, sino según las órdenes de otro (excepto del Estado), carece de personalidad civil y su existencia no es en manera alguna más que un accesorio de la de otro» (99). Por ello, desatar los lazos de aquella dependencia constituye una condición para el ejercicio de la propia libertad; la conquista del sufragio universal, sin duda valiosa, eludió el enfrentamiento directo con el argumento kantiano e hizo de la libertad política y de la igualdad formal su único fundamento. Recuperar hoy el requisito de la independencia personal significa elevar la satisfacción de necesidades a pretensiones articulables en forma de derechos fundamentales; concretamente, al menos, de aquellas necesidades que determinan esa independencia.

En estas condiciones, un catálogo de derechos humanos no constituye la cima de una teoría de la justicia intemporal, algo así como el fin de la historia descubierta en una hipotética posición original de perfecta racionalidad e imparcialidad. La historificación de los derechos hace de éstos instrumentos, e instrumentos variables, que permiten y depuran la comunicación entre individuos racionales que acuerdan en un contrato social actualizado y real (100) las reglas de la convivencia. Se dirá tal vez que de este modo los derechos pierden objetividad o quedan sometidos al regateo político. No lo creo; más bien lo que desaparece es su carácter abstracto e inmutable, pero ello no significa que sea imposible alcanzar en la historia un consenso sobre los derechos suficientemente objetivo (101). Concretamente, el temor —que es muy claro en Rawls o Dworkin— a que las libertades individuales sean objeto de transacción o comercio a cambio, por ejemplo, de bienes materiales me parece infundado. No cabe olvidar que la definición de los derechos se alcanza en un proceso abierto de debate, y de la libertad no se puede prescindir sin prescindir también del debate y, por tanto, de cualquier género de derechos. La democracia política y las libertades que son su condición representan un «prius» sin el que resulta inviable plantearse siquiera la virtualidad de los derechos. No es que sean anteriores en el sentido iusnaturalista, sino que se hallan en la estructura de todo posible consenso (102); esto es, las libertades no se-

(99) KANT, E., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), parágrafo XLVI. Hay traducción de G. Lizarraga de 1873, en la editorial Americalee, Buenos Aires, 2.º ed., 1974, págs. 128 y sigs.

(100) Véanse las sugestivas páginas de N. BOBBIO, en *Contrato sociale, oggi*, Guida Editori, Napoli, 1980.

(101) No voy a detenerme ahora en este tema, pero para ello pueden ser útiles, por ejemplo, las propuestas de Habermas acerca de la situación ideal de diálogo. Véase la interpretación que con este fin presenta PÉREZ LUÑOZ, A. E., «La fundamentación de los derechos humanos», en *Derechos Humanos...*, citado, págs. 163 y sigs.

(102) Conviene recordar aquí los trabajos de E. DÍAZ recogidos en *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, en especial págs. 57 y sigs. y 127 y sigs.

rían objeto de comercio porque fuesen anteriores a toda voluntad humana, sino porque resultan imprescindibles para que los asuntos humanos puedan caminar por vías de razón.

En verdad numerosos aspectos de la reflexión filosófico jurídica han quedado sin una explicación suficiente, pero estas páginas tan sólo pretendían ser una aproximación a las preocupaciones e interrogantes que, a mi juicio, hoy merecen la pena ser planteadas para satisfacer esa vocación de conciencia crítica a que nos referíamos al comienzo; aproximación sin duda subjetiva o ideológica en los enfoques adoptados y en las propuestas de solución formuladas, pero que intenta ser fiel al objetivo de contribuir a formar técnicos de determinado tipo; nada distinto a juristas, pero juristas conscientes de que el Derecho es algo más que la suma de sus elementos empíricos, que el sistema normativo que aceptan como dogma forma parte de una cultura histórica y constituye un instrumento al servicio de un cierto punto de vista sobre la justicia y, por último, conscientes también del alcance, posibilidades y función social de su saber.

La obligatoriedad del Derecho

Por RAFAEL HERNANDEZ MARIN

Barcelona

El tema de la obligatoriedad del Derecho está inmerso en una gran ambigüedad. Pienso que la única manera de conseguir la claridad necesaria para poder opinar sobre el mismo consiste en analizar los diversos sentidos que puede tener el enunciado «Las disposiciones jurídicas son obligatorias» o «La disposición jurídica *d* es obligatoria». Este último enunciado será llamado enunciado *E*.

I. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL DERECHO

Para algunos autores, como K. Olivecrona, el enunciado *E* significa:

(1) La disposición jurídica *d* tiene fuerza obligatoria, entendiendo (1) como una aserción.

Para estos autores, *decir* que el Derecho es obligatorio significa *afirmar* que las disposiciones jurídicas tienen fuerza obligatoria o que hay algo que es la fuerza obligatoria de las disposiciones jurídicas.

A mi juicio, las mejores páginas que se han escrito sobre el tema de la fuerza obligatoria de las disposiciones jurídicas son el propio Olivecrona (pienso incluso que son las mejores páginas de Olivecrona (1)).

Olivecrona muestra que la fuerza obligatoria de una disposición jurídica *d* no consiste: 1) en el hecho de que el incumplimiento de *d* cause un perjuicio; 2) ni en el hecho de que exista otra disposición jurídica que prevea una sanción para el caso de que *d* sea incumplida; 3) ni tampoco en el hecho de que la gente se sienta vinculada o costreñida por *d*.

Después de estos intentos, infructuosos, de localizar la fuerza obligatoria de las disposiciones jurídicas, Olivecrona concluye su análisis con las siguientes palabras: «La «fuerza obligatoria» del Derecho es

(1) K. OLIVECRONA, *Law as Fact* (1939), Wildy & Sons, London, 1962, págs. 9-17 (*El Derecho como hecho. En apéndice: El imperativo de la ley*, traducción de Jerónimo Cortés Funes y José Julio Santa Pinter, Roque Depalma, Buenos Aires, 1959, págs. 1-7).

realidad solamente como una idea de la mente humana. No hay nada en el mundo exterior que corresponda a esa idea.»

Así pues, la consecuencia del análisis de Olivecrona, consecuencia que suscribo sin ninguna reserva, es que las disposiciones jurídicas no tienen fuerza obligatoria y que, por consiguiente, el enunciado (1) es siempre falso, cualquiera que sea esa disposición jurídica *d*.

II. LA OBLIGATORIEDAD DE LA OBEDIENCIA AL DERECHO

1. *De la fuerza obligatoria del Derecho a la obligatoriedad de la obediencia al Derecho*

En la actualidad, la mayoría de los autores identifican el tema de la obligatoriedad del Derecho con el tema de la obligatoriedad de la obediencia al Derecho.

Es posible que se haya realizado el siguiente razonamiento: es absurdo (falso, carente de sentido, etc.) decir que las disposiciones jurídicas (que son entidades lingüísticas) son obligatorias o tienen fuerza obligatoria. Aquello de lo que cabe decir, sensatamente, que es o no obligatorio son acciones humanas, por ejemplo, la acción de obedecer una disposición jurídica. Por consiguiente, el único sentido plausible del enunciado *E*, «La disposición jurídica *d* es obligatoria», es el siguiente:

(2) Es obligatorio obedecer la disposición jurídica *d*.

Desde este punto de vista hay que observar, antes de seguir adelante, que sólo las disposiciones jurídicas prescriptivas, no las disposiciones jurídicas cualificatorias (2), son susceptibles de ser obedecidas o desobedecidas. Luego, el tema de la obligatoriedad de la obediencia al Derecho, a las disposiciones jurídicas, ha de ser reducido al tema de la obligatoriedad de la obediencia a una parte del Derecho, a las disposiciones jurídicas prescriptivas. En consecuencia, entenderemos que la disposición jurídica *d* aludida en el enunciado (2) es una prescripción.

2. *La prescripción de la obligatoriedad de la obediencia al Derecho*

A propósito del enunciado (2), es oportuno citar un pasaje de otro autor escandinavo, A. Ross (3).

(2) Sobre la distinción entre disposiciones jurídicas prescriptivas y disposiciones jurídicas cualificatorias, véase mi libro *El Derecho como dogma*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 29-33.

(3) A. Ross, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural», traducción de Genaro R. Carrió y Oswaldo Paschero, revisada por los propios traductores, en A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, págs. 7-32, págs. 18-19.

Dicho pasaje comienza con las siguientes palabras: «¿Cómo obedecemos el Derecho? Cumpliendo nuestras obligaciones, por ejemplo, pagando nuestras deudas. De aquí se sigue que la obligación de obedecer el Derecho *no prescribe ninguna conducta que no esté ya prescrita por el Derecho mismo*» (subrayado por mí).

Este texto contiene dos ideas acertadas:

La primera es que el anterior enunciado (2) puede ser entendido en sentido prescriptivo, concretamente, del siguiente modo:

(2.1) Obligatorio obedecer la disposición jurídica (prescriptiva) *d*. (2.1) es un enunciado prescriptivo: no por el hecho de referirse a una disposición (la disposición *d*) prescriptiva, sino porque es él mismo una prescripción, una orden de comportarse de una manera determinada, concretamente, de la manera expresada (prescrita) en la disposición jurídica *d*.

Puesto que es una prescripción, (2.1) no es verdadero ni falso.

La segunda idea, también acertada, contenida en el anterior texto de Ross, es la siguiente:

Supongamos que un individuo *a* obedece la disposición jurídica *d*. Entonces *a* hace lo que (2.1) prescribe y, por tanto, obedece (2.1). Luego, si *a* obedece *d* entonces obedece también (2.1).

Y ahora supongamos que *a* obedece (2.1). Entonces *a* hace lo que (2.1) prescribe, esto es, obedece *d*. Luego, si *a* obedece (2.1) entonces obedece también *d*.

Por consiguiente, *a* obedece (2.1) si y sólo si *a* obedece *d*. De ahí la observación de Ross: la obligación de obedecer el Derecho [esto es, el enunciado (2.1) que prescribe obedecer una disposición jurídica *d*] no prescribe ninguna conducta que no esté ya prescrita por el Derecho mismo [que no esté ya prescrita por la propia disposición jurídica *d*].

En resumen: el enunciado *E*, «La disposición jurídica *d* es obligatoria», entendido en el sentido establecido en (2.1), es: 1) una prescripción, carente de valor de verdad, y 2) repetitiva, pues no dice nada que no diga ya la propia disposición jurídica *d*.

3. La aserción de la obligatoriedad de la obediencia al Derecho

3.1. Como aserción acerca de preceptos no positivos

A la vista de la conclusión anterior, Ross sugiere otra interpretación de *E* o de (2), diferente a (2.1), concretamente, la siguiente:

(2.2) Existe un precepto, jurídico o moral, no positivo (no establecido por el hombre), según el cual es obligatorio obedecer la disposición jurídica (positiva) *d*.

A diferencia de (2.1), (2.2) es una aserción, una aserción que, como dice Ross, no es una descripción de un ordenamiento jurídico [positivo]. Es una descripción de un ordenamiento no positivo, sea un ordenamiento jurídico no positivo (esto es, un Derecho natural), sea un ordenamiento moral natural. De ahí la observación de Ross de que la

tesis en cuestión es una aserción propia de la doctrina del Derecho natural o de la ética.

Como todas las aserciones (2.2) es susceptible de verdad o falsedad. Y puesto que pienso, al igual que Ross, que no existe ningún precepto no positivo, creo que (2.2) es falso.

3.2. Como aserción acerca de preceptos positivos

Pero (2) también puede ser entendido de esta otra manera:

(2.3) Existe un precepto ético positivo (establecido por el hombre), según el cual es obligatorio obedecer la disposición jurídica (positiva) *d*.

Respecto a (2.3) son válidas observaciones similares a las realizadas respecto a (2.2): (2.3) es un aserción y, por tanto, tiene valor de verdad. Y es en este contexto, donde hay que situar la polémica entre F. González Vicén y E. Díaz, polémica a la que últimamente se ha sumado J. Muguerza (4).

Para ser exactos, la polémica gira en torno a una tesis más precisa que (2.3), a saber:

(2.4) Existe un precepto ético positivo, establecido por la conciencia individual, según el cual es obligatorio obedecer la disposición jurídica (positiva) *d*.

González Vicén opina que (2.4) es siempre falso, cualquiera que sea la disposición jurídica *d*. E. Díaz piensa, en cambio, que (2.4) es verdadero en algunas ocasiones, según cual sea esa disposición jurídica *d*.

La explicación del desacuerdo entre ambos podría estar en la siguiente reflexión: *la conciencia individual no existe; sólo existen conciencias individuales, por ejemplo, las conciencias individuales de los participantes en esta polémica, González Vicén y E. Díaz se refieren, cada uno a su propia conciencia y hablan, por tanto, de cosas distintas.*

Sin embargo, ambos están de acuerdo en las dos tesis siguientes:

(2.5) Existe un precepto ético positivo p_1 , establecido por la conciencia individual, según el cual es obligatorio obedecer la disposición jurídica (positiva) *d*, en el caso de que *d* sea conforme a un conjunto *C* de preceptos éticos (podemos dejar a un lado la cuestión de si estos otros preceptos éticos, que integran el conjunto *C*, son también positivos, o bien no positivos, y si emanan de la conciencia individual o de alguna otra instancia).

(2.6) Existe un precepto ético positivo p_2 , establecido por la conciencia individual, según el cual es obligatorio desobedecer la disposi-

(4) F. GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al Derecho», en F. GONZÁLEZ VICÉN, *Estudios de filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, págs. 365-398. E. DÍAZ, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, págs. 76-95. F. GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al Derecho. Una anticrítica», en *Sistema*, 65 (marzo de 1985), págs. 101-105. J. MUGUERZA, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia. (Una intrusión en un debate)», en *Sistema*, 70 (enero de 1986), págs. 27-40.

ción jurídica (positiva) d , en el caso de que d sea incompatible con un conjunto C de preceptos éticos.

Esta circunstancia permite conjeturar que el desacuerdo entre González Vicén y E. Díaz se debe, más que al hecho de que ambos hablan de conciencias individuales distintas, al hecho de que han elegido distintos conjuntos de preceptos éticos como patrón de las disposiciones jurídicas positivas o a que sustentan concepciones distintas acerca de las disposiciones jurídicas.

Para González Vicén, cualquier disposición jurídica (positiva) es expresión de los intereses de una clase social, una clase social explotadora; y ese conjunto C de preceptos éticos, aludido en (2.5 y 2.6), prescribe precisamente la no explotación de una clase por otra. De ahí que, para él, ninguna disposición jurídica d sea conforme al conjunto C . Por consiguiente, ese precepto p_1 , al que alude (2.5), no obliga a obedecer disposición jurídica alguna. Es más, y ésta es la conclusión de González Vicén, ni ese precepto p_1 , ni ningún otro precepto de la conciencia individual obliga a semejante cosa y, por ello (2.4) es falso.

Lo que en realidad sucede, piensa González Vicén, es que toda disposición jurídica es incompatible con el conjunto C de preceptos éticos; de ahí que sea obligatorio, según ese precepto p_2 al que alude (2.6), desobedecer cualquier disposición jurídica.

Para E. Díaz, en cambio, el Derecho y el conjunto C de preceptos éticos están configurados de tal manera que hay disposiciones jurídicas que son conformes a C y otras que son incompatibles con C . Por consiguiente: 1) es obligatorio, según p_1 , obedecer las primeras y, por esta razón (2.4) es verdadero a veces, y 2) es obligatorio, según p_2 , desobedecer las segundas.



La fuerza en el Derecho

Por NORBERTO ALVAREZ

Alcalá de Henares

Cuando intentamos dibujar el concepto de Derecho, con frecuencia se forjan discusiones que parecen bizantinas. Pensemos en las clásicas discusiones, como la de si el Derecho es esencialmente justo o no, cuando ambos interlocutores se hallan de acuerdo en que el fin de la organización normativa —discutiblemente jurídica, si no cumple esta finalidad— es la Justicia; o si el Derecho es constitutivamente fuerza o, por el contrario, cabe entenderlo también como constituido por normas no dotadas de fuerza. Parecen carecer dichas discusiones de sentido, ante todo, desde la perspectiva práctica, porque lo socialmente operante no es que la normativa, discutiblemente jurídica, sea o no Derecho, si le falta el tender a través del cumplimiento al referido valor, o carece del medio fuerza como acicate importante de su cumplimiento; sino el que se la dote de un objetivo axiológico claro en lo que es su fin, y de una fuerza administrada con la mayor eficiencia. ¿Que esto no es el Derecho? Qué importa —podría contestarse pragmáticamente—; esto es lo que debe ser el Derecho, o mejor (llámese Derecho o no), la realidad normativa en la que pensamos comúnmente al pronunciar tal término.

Por otro lado, cualquier posible combinación de ideas simples forma un concepto complejo, y cualquier disociación de las mismas constituye varios conceptos igualmente lógicos. En tal sentido, la síntesis norma-fuerza-justicia forma un concepto lógico tan admisible como los que resultan de su separación. Si Derecho es uno —lo complejo— u otro —lo menos complejo, o lo simple— queda, desde esta perspectiva, reducido a una cuestión meramente terminológica.

Digo, sin embargo, que *parece intrascendente la polémica* desde el punto de vista teórico, porque cuando se plantea tal polémica afecta al fondo de la cuestión. En otros términos, no es simplemente una discusión filológica sino ontológica; las distintas tesis contrapuestas formulan juicios problemáticos referidos al concepto que se quiere expresar; afirmaciones como «el Derecho es esencialmente justo», «el Derecho es esencialmente coactivo», constituyen juicios que, como tales, atribuyen una cualidad-predicado a determinado sujeto: el concepto

de Derecho. La polémica aparece porque, al tratarse en gran parte de juicios analíticos, tales juicios reflejan un aspecto de la intuición del Derecho que tiene el analista; intuición que es, al menos parcialmente, resultado del influjo ambiental. En tal sentido es diferente la intuición que del Derecho tiene quien se formó en un ambiente escolástico, o en un ambiente neopositivista, sus respectivos análisis están motivados por su distinta intuición. Por eso, cuando el segundo lee la afirmación de que «el Derecho es esencialmente justo» le parece fruto de la obcecación, cuando lo es simplemente de una diferente intuición de la idea «a priori» del Derecho.

Si bien, pues, podemos mantener que, desde el punto de vista práctico, tales discusiones carecen de sentido; con frecuencia, desde el punto de vista teórico —como encaminadas a estructurar racionalmente un concepto Derecho a partir de una intuición uniforme— tienen todo el sentido.

Nuestro análisis estará referido, en parte, a la intuición «a priori» del Derecho, en cuanto constituida en su esencia por la referencia a la fuerza; pero sin descuidar tampoco otros aspectos, no ya apriorísticos, sino aposteriorísticos, que tocan, incluso, la dimensión sociológica del problema.

DIMENSION ONTOLOGICA

Iniciemos ya la exposición. Ciertamente, la voz «Derecho» nos lleva a pensar en una realidad uniforme, constituida por normas de determinadas notas que nos permiten diferenciarla de figuras afines. Con frecuencia un lego en Derecho sabe apuntar claramente a la realidad normativa entendida como jurídica: Sabe que la exigencia de dar limosna no es jurídica, aunque imagina una norma que la exige; que adoptar determinada compostura en las bodas distinta de la de los entierros lo regula también una normativa, la cual tampoco es jurídica; sabe, paralelamente, que la normativa que regula la letra de cambio es jurídica, o que cualquier relación de las por nosotros enmarcables en el campo del Derecho Administrativo, Penal, etc., goza de dicho carácter. Intuye, pues, lo que es el Derecho, pero no tiene su concepto. Ello sólo es posible cuando, de la mera intuición, se pasa a la conceptualización; en el caso del ejemplo, cuando, de lego en Derecho, se pasa a ser un jurista. En este caso, la referencia al concepto de Derecho —ya de manera racional— se hace a través de sus notas. Decimos, por ejemplo, que el Derecho son normas, que se presentan dotadas de coherencia, que regulan la convivencia, etc., y una de esas notas que definen tal concepto es la de la fuerza. Pero, ¿es realmente la fuerza un elemento esencial del Derecho?

1. *Coacción y sanción*

Tradicionalmente se ha venido defendiendo esta tesis. La fuerza es esencial al concepto de Derecho. Pero la fuerza en el Derecho puede estar presente al modo de *sanción* —castigo por realizar una conducta tipificada—, o de *coacción* —forzamiento de una conducta—. Simplificando que, mientras que en el caso de la sanción la fuerza se describe como un castigo por no haber realizado u omitido lo que el legislador pretende, en el caso de la coacción la fuerza se describe como impeliendo físicamente al cumplimiento de la norma. Esta aclaración podría situarnos ya en una posición crítica con respecto a un amplio sector de la doctrina, que, aceptando que la fuerza es elemento consustancial del Derecho, la entiende siempre como *coacción*. Podría salvarse tal posible error, entendiendo que, si bien la coacción y la sanción son diferentes, la descripción de una conducta sancionada implícitamente supone otra conducta coaccionada. Por ejemplo, el legislador dispone un determinado castigo para el hecho del homicidio, o para el de robo; ello supone, entre otros efectos, que en caso de preverse el homicidio o el robo, pueden —y deben— jurídicamente ser evitados por medio de la fuerza: los posibles homicida o ladrón pueden ser *coaccionados* a que realicen la conducta contraria. Sin embargo, esta postura pide, en cierto modo, sacar de la juridicidad las normas que en base a hechos prohibidos consumados exigen el castigo del infractor; pero tal dificultad puede salvarse entendiendo que la sanción como tal descrita en la norma es el contenido de la misma, y que la norma se dirige a los jueces, a los que exige la conducta de aplicar tal sanción en caso de infracción de las normas.

2. *Coacción y coercibilidad*

La doctrina ha presentado, además, algunas objeciones a la tesis de que la coacción es elemento esencial del Derecho. Escribe en tal sentido Recasens Siches, en un intento de sintetizar las mismas, pero defendiendo el carácter de consustancial al Derecho de la coacción: «Algunos dijeron que el Derecho es cumplido en la mayor parte de los casos espontáneamente sin que para nada intervenga una coerción inexorable. Esto es verdad; pero no significa objeción ninguna frente a la tesis de la imposición inexorable, pues dicha tesis no afirma en modo alguno que la manera necesaria de realización del Derecho sea el empleo de la fuerza, sino que sostiene que es esencial al sentido de la norma jurídica el que, para el caso de que no fuese cumplida voluntariamente, sea impuesto su cumplimiento mediante la fuerza. No se habla del hecho de la fuerza, sino de la esencial posibilidad de usarla cuando no se produzca el cumplimiento voluntario» (1).

Recasens refleja claramente en este párrafo la tesis de que la coer-

(1) LUIS RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, pág. 187, ed. Porrúa, México, 1975.

cibilidad es elemento esencial al Derecho; esto es, que, ante la imposibilidad de considerar la coacción como elemento esencial al Derecho por no encontrarse siempre presente en él, opta, coincidiendo con un amplio sector de la doctrina, por considerar como esencial al mismo, sólo lo que a su juicio se encuentra presente siempre en el mismo: la posibilidad de forzar (2). Pero yo noto en esto ya un primer inconveniente: Si no se pudo considerar la coacción elemento esencial del Derecho porque no siempre fuerza, considerar la coercibilidad (posibilidad de forzar) elemento esencial tampoco resulta atinado por la misma razón, porque, a veces no es posibilidad, sino realidad; es decir, porque, a veces la norma no mantiene la posibilidad de ejercer la fuerza, sino que la ejerce. Hay, a mi juicio siempre, es verdad, una cierta presencia de la fuerza en el Derecho, como veremos más adelante, pero no expresada ni como *coacción esencial*, ni como *coercibilidad esencial*, sino que estas son dos maneras de las varias a través de las cuales la fuerza se presenta en el Derecho.

Continúa Recasens, refiriéndose a otras razones que inciden en la dificultad de admitir la coercibilidad como esencial al Derecho, aunque no se refiere para nada a la razón que acabamos de apuntar: «Se objetó asimismo que hay casos en que la coacción resulta ineficaz, cual ocurre, por ejemplo, cuando no ha sido posible evitar la comisión del acto antijurídico, o también en determinadas relaciones en que no hay posibilidad de obtener por la fuerza la conducta debida (v. gr., la prestación de un servicio personalísimo como pintar un cuadro). Para mostrar la inconsistencia de esta objeción respecto del primer ejemplo, repetiré que la tesis coercitivistá, o la imposición inexorable, no alude al hecho, siempre contingente, de que la policía acuda a tiempo o llegue tarde para prevenir el comportamiento antijurídico, sino a la dimensión esencial de que pertenece necesariamente a lo jurídico el principio de poder y deber emplear la fuerza para vencer toda rebeldía» (3). Hasta aquí la exposición de Recasens supone una matización aceptable del concepto de coercibilidad: ante la falta de acierto, al entender siempre la misma como posibilidad de coacción, deja reducido dicho elemento esencial al Derecho a lo que, a su juicio, se presenta siempre unido a él: simplemente la posibilidad, en mayor o menor grado, de acudir a la fuerza, que, en ocasiones, es capaz de coaccionar y en otras sólo de intentarlo. Pero ¿qué posibilidad de acudir a la fuerza existe en el caso de incumplimiento de aquellas normas, cuyo contenido está constituido por un servicio personalísimo? Escribe Recasens: «Y en cuanto al segundo ejemplo, el del caso en que no es hacedero forzar a la realización de un servicio personalísimo, he de manifestar que tampoco constituye objeción, pues, de una parte, claro es que no se puede luchar contra la imposibilidad material de imponer una conducta personalísima (que sólo es posible con el concurso de quien debe ejecutarla), y de otro lado, cuando se produce tal situación entonces

(2) La misma postura es mantenida por HANS KELSEN en su obra *Teoría Pura del Derecho*, pág. 52, Editora Nacional de México.

(3) LUIS RECASENS SICHES, obra citada, pág. 187.

se sustituye el primitivo contenido de la obligación por una conducta sucedánea prevista subsidiariamente por la misma norma (por ejemplo, pago de una indemnización de daños y perjuicios), conducta que ya es posible imponer mediante la fuerza, a saber: mediante un procedimiento ejecutivo sobre el patrimonio. Y en caso de insolvencia pesará siempre sobre el patrimonio futuro del deudor la condena ejecutiva» (4).

3. La referencia a la fuerza en Ross

Como se ve, Recasens, que concluirá su exposición defendiendo la tesis de que la coercibilidad es elemento esencial al Derecho, va salvando las dificultades presentadas por la doctrina sobre la base de una modificación del concepto de coercibilidad. El Derecho es coercible en tanto y cuanto puede aplicar la fuerza, aunque esa fuerza no resulte eficaz y aunque esa fuerza se encamine a lograr el cumplimiento de una obligación subsidiaria en el caso del incumplimiento de la originaria obligación. Pero, con todo, exigir que la norma sea coercitiva para que sea jurídica, supone «excluir, como escribe Ross, del dominio del Derecho partes esenciales que se hallan conectadas de forma inseparable con las normas derivadas que tienen el respaldo de la fuerza» (5). Y continúa: «En primer lugar tal interpretación excluiría todas las normas de competencia, puesto que éstas no están respaldadas por la fuerza. El punto de vista que estamos criticando hace que siempre haya sido un problema saber cómo pueden considerarse Derecho grandes áreas del Derecho Constitucional y Administrativo que están compuestas por normas de esta índole» (6). Después de afirmar que una coherente conclusión desde tales premisas exige negar el carácter de jurídicas a tales importantes partes del Derecho, lo que «resulta absurdo», apunta una solución ecléctica al problema: siempre que haya referencia a la fuerza hay norma jurídica, «Tenemos que insistir —escribe— en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que están referidas a la fuerza» (7). La tesis de Ross, pues, hace radicar la juridicidad de la norma, no en *estar respaldada en la fuerza*, sino en *estar referida* a la aplicación de la fuerza; las normas de organización básicas de las instituciones del Estado no están respaldadas en la aplicación de la fuerza, pero están referidas a su aplicación, en la medida en que organizan instituciones que tienen como función la administración de la fuerza. La referencia a la fuerza, entendida así, permite a Ross subsumir en el concepto de Derecho normas que, desde la ya expuesta tesis de la coercibilidad, no lo estarían.

(4) LUIS RECASENS SICHES, obra citada, pág. 188.

(5) ALF ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, pág. 51, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.

(6) ALF ROSS, obra citada, pág. 52.

(7) ALF ROSS, obra citada, pág. 52. Recasens contesta negando el carácter jurídico de tales normas, doctrina que está en consonancia con la expuesta en este aspecto por GIORGIO DEL VECHIO en su conocida obra *Filosofía del Derecho*, 8.^a edición, 190.

Pero ¿cuál es, a partir de aquí, la correcta calificación del llamado Derecho Internacional?; tales normas, ni está basada su aplicación en el uso de la fuerza, ni están referidas a la misma, entendida dicha referencia en el sentido que hemos visto; Ross concluye que no tienen el carácter de jurídicas a pesar de la dimensión institucional que hace relacionarlas con el Derecho. Y escribe textualmente, explicando esto: «También el Derecho Internacional tiene carácter institucional. Hay métodos institucionales de procedimientos tanto para la adopción de normas generales como para la decisión jurídica de controversias. Por otra parte el Derecho Internacional como el derecho de las asociaciones, carece de reglas institucionales para la aplicación de sanciones mediante la fuerza física. En la comunidad de los Estados, por supuesto, no hay monopolio de la fuerza. Si la parte perdedora no acata una decisión en el campo del Derecho Internacional no hay más sanción que la desaprobación pública de su actitud» (8).

En esta línea Recasens Siches se refiere también a aquellas relaciones presentadas por la doctrina como jurídica y cuyo cumplimiento no puede estar motivado por la fuerza ni cabe tampoco su sustitución por una conducta sucedánea a la cual la fuerza sí puede serle aplicada, «cual ocurre cuando leemos, por ejemplo, aquel artículo de la Constitución española de 1812, en el que se decía que los españoles deben ser honrados y benéficos; o cuando algún código civil expresa que los hijos deben profesar amor a sus padres» (9). Para el autor de este texto las calificaciones de tales normas, aunque insertas en textos legales, es clara: «no constituyen normas jurídicas, ya que su cumplimiento no es exigible. Se trata de buenos propósitos de un legislador, que éste no acertó a convertirlos en auténticos preceptos jurídicos. Se trata de otra clase de reglas (morales, del trato) que el legislador quiso convertir en Derecho, pero sin lograrlo (10).

Ciertamente que ni las normas del Derecho Internacional ni las normas a las que Recasens se refiere en el último párrafo encajan en una concepción del Derecho elaborada desde la perspectiva de la exigencia de la fuerza; y esto, tanto si la presencia de la fuerza se entiende como coercitividad de la norma o simplemente como estar referida dicha norma a la aplicación de la fuerza en los términos en que hemos expuesto dicha referencia. Pero cabe entender tal referencia de la norma a la aplicación de la fuerza en un sentido ligeramente diferente: en el sentido de que la norma en cuestión esté, al menos, pidiendo ser dotada de fuerza, y que no existe más inconveniente que el técnico para que la norma se dote de la posibilidad de forzar. Esta exigencia diferencia, a mi juicio, las normas del Derecho Internacional y las normas a las que Recasens se refiere, de las normas morales o los usos sociales, puesto que, si bien no están dotadas de fuerza ni referidas a normas que lo estén, están pidiendo se las dote de la posibilidad de forzar.

Sintetizando: Caracteriza, a mi juicio, al Derecho el que el conjun-

(8) ALF ROSS, obra citada, pág. 59.

(9) LUIS RECASENS SICHES, obra citada, pág. 188.

(10) LUIS RECASENS SICHES, obra y página citadas.

to de normas que lo constituyen *hacen referencia a la fuerza*. Sin embargo, este *hacer referencia a la fuerza* no se entiende exactamente en el sentido expuesto por Ross. Para Ross —recordemos— este *hacer referencia a la fuerza*, lo era hacia una fuerza (física), actual, realmente existente, que operaba como medio de imposición del contenido de la norma. Excluía así, como lógica consecuencia, del concepto de Derecho, al Derecho Internacional. Según mi postura, este *hacer referencia a la fuerza*, lo sería hacia una fuerza física, no sólo actual, sino también potencial; esto es, que en ocasiones la fuerza existe como medio de imposición de la norma, y, en otras, la normativa está pidiendo su existencia. Desde esta segunda perspectiva decir que las normas jurídicas hacen siempre referencia a la fuerza supone incluir en el concepto de Derecho: 1.º) Las normas dotadas de fuerza. 2.º) Las normas de organización que se refieren a la administración de la fuerza. 3.º) Las normas no dotadas de fuerza actual, pero que piden estarlo y, en este sentido, también *hace referencia a la fuerza*; cual es el caso del Derecho Internacional (11).

4. *Apreciación crítica*

Puede plantearse, a partir de aquí, un juicio comparativo en relación con las posturas señaladas: ¿Son falsas las tesis de Recasens y de Ross a la luz de lo expuesto? A mi juicio, tanto la postura del primero como la del segundo constituyen un concepto de Derecho rigurosamente coherente si tenemos en cuenta la homogeneidad de los elementos que lo constituyen. Recasens toma como criterio diferencial la coercibilidad-no coercibilidad; Ross, la referencia a la fuerza-no referencia a la fuerza en el sentido antes expuesto. A partir de aquí, si *Derecho* no significara nada, otorgar tal denominación a una u otra realidad normativa constituiría un acto alógico, intelectualmente libre; el concepto estaría rigurosamente dibujado gracias a esa homogeneidad de elementos —caracterizados por la coercibilidad o por la referencia a la fuerza— que configurarían el concepto. Pero *Derecho*, como dijimos al principio, no es sólo un nombre, tiene ya un significado; y, al preguntarnos, ¿qué es el Derecho?, nos preguntamos por un concepto «a priori» desintegrable —configurable— a través de juicios analíticos; y, al preguntarnos si una determinada normativa es *Derecho*, *Derecho* aquí no es mero nombre, sino predicado, con un significado concreto, y la labor del intelectual no es sino indagar si en tal realidad normativa se dan, o no, los elementos constitutivos del predicado, esto es, del concepto de Derecho. ¿Cuándo pensamos, pues, en el Derecho, estamos pensando en una normativa coercitiva, como Recasens; referida a la fuerza, como Ross; o en todo esto más la referencia a la fuerza propia del Derecho Internacional, a la que ya nos hemos referido? Pienso que excluir una norma de organización o de Derecho Internacional del con-

(11) *Sobre la esencia del Derecho Internacional*, vid. KELSEN, obra citada, págs. 170 y sigs.

cepto de Derecho choca con nuestra idea —intuición— «a priori» del Derecho; aunque también es verdad que la evanescente presencia de la fuerza en tales normas hace que se empiece a dudar de su juridicidad, constituyendo las mismas el concepto límite de norma jurídica y, así, de Derecho. Nuestra tesis es, sin embargo, como ya dijimos, que también estas normas integran el concepto de Derecho, aunque ya muy tenuemente marcadas sus características; la fuerza se encuentra presente en ellas, aunque sea al modo simple de *referencia a la misma*, entendida como simple vocación de estar dotadas de la posibilidad de forzar.

Al preguntarnos, después de lo visto, si la fuerza es elemento esencial del concepto de Derecho, hemos de contestar que sí; y esto en un doble aspecto:

1.º La referencia mínima a la fuerza, como elemento común a la coacción, a la coercibilidad, a la sanción, o a la simple vocación de la norma de estar dotada de fuerza, se encuentra siempre presente en la norma jurídica, y, en tal sentido, es elemento esencial de la norma jurídica y también del Derecho en cuanto concepto complejo constituido por normas.

2.º Al concepto de Derecho, entendido como ordenamiento jurídico interno, propio de un país —*Ius Civile*, frente a Derecho Internacional— le son consustanciales también las otras formas de manifestación de la fuerza —la coercibilidad, la coacción, la sanción, y la referencia a la fuerza señalada por Ross— y ello a pesar de que sus normas no siempre coaccionan, sancionan, etc. ¿No contradice tal afirmación lo anterior? Estamos acostumbrados a entender como objeción a la tesis de que la coacción es elemento esencial al Derecho, el que éste no siempre es coactivo; y ciertamente, si así fuera, la coacción no sería elemento esencial del Derecho; pero tal apreciación es falsa, porque lo que no siempre es coactivo es la norma que integra el Derecho; el Derecho considerado como un todo orgánico, constituido por normas que, en parte, coaccionan, en parte son coercitivas, etc., constituyen un Derecho que es siempre coactivo o del que, al menos, podemos decir que *siempre el Derecho es periódicamente coactivo*; lo mismo que podemos decir que es *periódicamente sancionador*, o que *siempre gran parte de sus normas son coercitivas*, etc. No hace falta, pues, que la totalidad de sus normas conlleven tales cualidades, para que, de tales cualidades, se pueda decir que son esenciales al Derecho; eso sería, más bien, lo exigido para poder hablar de que las mismas son esenciales a la norma.

MANIFESTACIONES DE LA FUERZA EN EL DERECHO

Ante todo, y según vimos ya, la fuerza constituye siempre un actuar desde el Estado, según dispone el Derecho, sobre el sujeto que incumple la norma. A veces es aplicada, sin posibilidad de que logre cumplirse la norma; se aplica, pues, por haberse infringido y tiene el

carácter de sanción; pero otras veces se aplica para lograr ese cumplimiento de la norma, ésta es la llamada *coacción* y tiene distintas manifestaciones: puede consistir en una actuación sobre el sujeto que incumple, instrumentalizándole físicamente hacia la acción exigida por el Derecho. Esto es claramente imaginable sobre todo en las conductas negativas exigidas por el Derecho (no robar, respetar la vida ajena...). Pero puede consistir, también y esta es la forma ordinaria de procedimiento coactivo, en actuar sobre el patrimonio del infractor contra su voluntad (es el caso de quien no paga lo convenido en el contrato y se procede a la ejecución sobre sus bienes. Pero tal ejecución, que en el caso del ejemplo tiene un carácter primario en tanto y en cuanto se hace cumplir con ella la obligación contraída, puede tener también un carácter sustitutorio, como cuando se hace ejecución sobre los bienes del artista que no quiso pintar el cuadro que se comprometió a pintar. Todas estas manifestaciones además de la fuerza en el Derecho, motivan una nueva y diferente, caracterizada por la fuerza psicológica que derivada de la consideración de que las normas están dotadas de la fuerza ya señalada operan sobre el sujeto en forma de temor que le impele al cumplimiento de la norma. Es lo que comúnmente llamamos *coacción psicológica*; que cuando la imaginamos unida a la norma como mera posibilidad, puede entenderse también como *coercibilidad psicológica*.

FUERZA DEL DERECHO Y PODER POLITICO-ECONOMICO

Pero, si seguimos indagando en relación al carácter de la fuerza en el Derecho, notamos que, si bien es administrada por el Estado (Aparato), tal administración refleja la correlación de fuerzas sociológica, existente en una determinada formación social. Se contrapone esta tesis a la que viene siendo considerada como postura del marxismo clásico, en la que se defiende la total dependencia de las decisiones del aparato, y en ellas del Derecho y la administración de la fuerza, con respecto a la clase dominante (12); pero se contrapone también, como veremos, a la tesis defendida por Poulantzas de la cierta autonomía —«autonomía relativa»— que caracterizaba dicho aparato (13). En

(12) A esta estrecha vinculación entre el Derecho y la clase dominante es a la que se refiere P. I. STUČKA cuando escribe: «Si con el concepto de Derecho connotamos un determinado ordenamiento de las relaciones sociales, o sea de las relaciones interindividuales de la producción y del cambio (y a esta concepción ha llegado también la ciencia burguesa con la escuela sociológica); para nosotros quedará fuera de discusión el hecho de que este ordenamiento no puede ser eterno, inmutable, sino que cambia con la victoria de una u otra clase. El Derecho, al ser resultado de la lucha de clases sólo puede ser un Derecho de clase». *La Función Revolucionaria del Derecho y del Estado*, pág. 244, edit. Península, 1974.

(13) Véanse las obras de N. POULANZAS, *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*, edit. Siglo XXI de España, 1973; *Fascismo y Dictadura* de la misma edición, así como *Clases Sociales y Alianzas para el Poder*, que fue primero un artículo publicado en la revista francesa *Les Temps Modernes*, y más tarde editada por la editorial española ZYX.

efecto, Poulantzas entendía, frente a la tesis tradicionalmente admitida como marxista, que el Estado no era un mero instrumento de dominación al servicio de la clase dominante, sino que tenía como función organizar y mantener la hegemonía de aquélla. Para ello necesitaba una cierta independencia —autonomía relativa— con respecto a la clase dominante. Dicha autonomía relativa se hace necesaria para lograr tal objetivo de la clase dominante —Poulantzas prefiere hablar de *bloque dominante*— porque, no siendo posible obtener las renunciaciones pertinentes, las necesidades para mantener su hegemonía libremente, es preciso imponérselas (14). En tal sentido, por ejemplo, una determinada insurrección de la clase obrera exige, en ocasiones, para ser sofocada, determinadas reformas económicas, que a la clase burguesa habrán de serle impuestas en virtud de tal «autonomía relativa».

Pero, a mi juicio, como dije, más que de «autonomía relativa», deberíamos hablar de *relativa dependencia*; esto es, que, si bien es innegable la dependencia del Estado con respecto a la clase dominante, dicha dependencia se encuentra contrarrestada por una cierta dependencia, a su vez, con respecto a la clase, o clases dominadas. Volviendo al caso de la insurrección de la clase obrera que sólo es frenada desde unas reformas económicas pertinentes, la medida es impuesta por la categoría política, condicionada, tanto por la clase burguesa (dominante), como por la clase obrera (dominada), dado que acudir a la fuerza inmoderada, para sofocar una insurrección incipiente, puede empujar a la insurrección a un amplio sector de la misma clase hasta el momento no decidido a la lucha. Esta dependencia del Derecho y del Estado, y en ellos de la fuerza del Derecho, con respecto a la totalidad de las clases en lucha, que yo hago referible a cualquier forma de Estado, ha sido señalada por Engels, aunque referida tan sólo a aquellos Estados asentados en una estructura social determinada: la constituida por un equilibrio de fuerzas. Escribe Engels: «Sin embargo, por excepción, hay períodos en que las clases en lucha están tan equilibradas, que el poder del Estado como mediador aparente, adquiere cierta independencia momentánea respecto a una y otra. En este caso se halla la monarquía absoluta de los siglos XVII y XVIII, que mantenía a nivel la balanza entre la nobleza y el estado llano; y en este caso estuvieron el bonapartismo del primer imperio francés, y sobre todo el del segundo, valiéndose de los proletarios contra la clase media y de ésta contra aquéllos. La más reciente producción de esta especie donde opresores y oprimidos aparecen igualmente ridículos es el nuevo imperio alemán de la nación bismarckiana: aquí se contrapeza a capitalistas y trabajadores unos con otros y se les extrae el jugo sin distinción en provecho de los junkers prusianos de provincias venidos a menos» (15). Y coincidiendo quizá más con la tesis que yo aquí

(14) En este mismo sentido escribe K. MARX que la burguesía no es capaz de renunciar a sus intereses particulares en bien de sus intereses de clase. La tesis de Marx, sin embargo va a justificar, desde lo que es el sistema burgués, una forma concreta de Estado capitalista, que se presenta como autónomo en alto grado, cual es el bonapartismo.

(15) ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, pág. 175, edit. Ayuso, 1972.

defiendo, escribe Engels nuevamente: «Así, pues, el Estado no es de ningún modo un poder impuesto desde fuera a la sociedad. Es más bien un producto de la sociedad cuando llega a un grado de desarrollo determinado; es la confesión de que esa sociedad se ha enredado en una irremediable contradicción consigo misma y está dividida por antagonismos irreconciliables.» Y acaba el párrafo, incidiendo en la tesis que acabo de exponer: «Pero, a fin de que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna no se devoren a sí mismas y no consuman a la sociedad en una lucha estéril se hace necesario un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el choque, a mantenerlo en los límites del «orden». Y ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella cada vez más es el Estado» (16).

FUERZA DEL DERECHO Y LEGITIMIDAD

Esta fuerza que vemos como esencial al concepto de Derecho no lo es si carece de cierta legitimidad; esto es, que, cuando pensamos en la fuerza del Derecho, pensamos en una fuerza en cierto modo legítima; no hablo de una legitimidad objetiva, sino simplemente de *cierta legitimidad*, la cual captamos, al pensar en algo referido al Derecho: su contenido, su fuerza, etc.; legitimidad que deriva, quizá, de que todo ordenamiento jurídico se encuentra referido a un determinado criterio de justicia. Tal legitimidad hipotética es esencial para entender la existencia de fuerza jurídica como lo es para entender el concepto de Derecho. Pero, en cuanto constituida, como digo, por un juicio hipotético no tiene por qué ser racionalmente aceptada. Yo, por ejemplo, desde mi postura positivista del Derecho, no soy capaz de entender el concepto del mismo sin pensar en el ideal de Justicia —aunque no le reconozca validez objetiva— al que pretendidamente se refiere el conjunto de normas jurídicas; del mismo modo que no puedo entender el concepto de Religión sin pensar en la idea de Dios, a la que se refiere dicho concepto. A esta referencia a la Justicia por parte del Derecho y, en él, de la fuerza que le es esencial, se refiere a mi juicio Kelsen, al presentar su concepción de la norma hipotética fundamental. Escribe en este sentido: «La Teoría Pura del Derecho opera con esta norma fundamental considerándola como fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa. Confiere al acto del primer legislador y, por tanto, a todos los actos del orden jurídico que en él descansan, el sentido del *deber ser*, aquel sentido específico en que la condición jurídica está ligada con la consecuencia jurídica en la proposición jurídica». Y aclarando aún más el sentido de las precedentes palabras, continúa: «Sólo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse como Derecho, es decir, como un sistema de normas jurídicas, el material

(16) ENGELS, obra citada, pág. 175.

empírico que se ofrece a la interpretación jurídica» (17). Y refiriéndose ya a los juristas positivistas que, como tales, rechazan el Derecho Natural, termina escribiendo: «Con la formulación de la norma fundamental la Teoría Pura del Derecho no quiere en absoluto inaugurar un nuevo método científico de la Jurisprudencia. Solamente quiere hacer resaltar lo que hacen los juristas, casi siempre inconscientemente, cuando en la aprehensión de su objeto rechazan un Derecho Natural del que pudiera derivarse la validez del orden jurídico positivo, pero, no obstante, conciben este Derecho positivo como un orden válido, no como mero *factum* de nexos de motivación, sino como norma» (18). Y, ya, con mayor claridad: «Con la teoría de la norma fundamental la Teoría Pura del Derecho sólo intenta poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo, las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento positivo del Derecho, que se practica desde tiempo inmemorial» (19).

Todos estos juicios referidos al concepto de Derecho pueden considerarse también referidos a la fuerza como parte de él. Sin embargo, hasta el momento nos hemos ocupado de la legitimidad en relación con la fuerza del Derecho en tanto y en cuanto de alguna manera —y en el sentido arriba expuesto— configura el concepto de la misma. Mas no toda fuerza legítima —o, mejor, aplicable desde la normativa jurídica vigente y, como tal, referida a un criterio de legitimidad— constituye en rigor lo que entendemos como «fuerza del Derecho»; al emplear esta expresión en su sentido estricto nos referimos tan sólo a aquella fuerza que, contemplada en la normativa jurídica, es aplicable por los órganos del Estado; así cualquier manifestación de la legítima defensa es una manifestación de fuerza contemplada por la norma, pero que, aplicada por el simple ciudadano, no constituye una manifestación de la fuerza del Derecho en el sentido estricto.

Pero el tema de la legitimidad de la fuerza del Derecho, no sólo tiene una perspectiva antológica, que es la que venimos analizando, sino también sociológica, y así dicha fuerza ha de coincidir con las exigencias éticas sentidas por la sociedad. Dichas exigencias de fuerza legítima lo son en un doble sentido: Ante todo, la fuerza se legitima por su finalidad —no es legítima la fuerza que contribuye a aplicar el contenido de una norma éticamente inaceptable—; pero también por su carácter, por el tipo de medidas de presión que contempla o el grado de las mismas; desde esta perspectiva resulta hoy inaceptable la pena de muerte, la tortura o la censura. Sin embargo, los sistemas para mantenerse necesitan, con frecuencia de tales procedimientos que, aunque eficaces —proscritos por la legalidad vigente— no pueden institucionalizarse; se acude entonces a procedimientos sustitutorios, no menos inhumanos, pero encubiertos: La pena de muerte es sustituida por el procedimiento de «los desaparecidos», en el caso de la tortura se dificulta o impide la prueba, y la nueva censura es ejercida por la Administra-

(17) HANS KELSENS, obra citada, pág. 99.

(18) HANS KELSEN, obra y página citadas.

(19) HANS KELSEN, obra citada, pág. 100.

ción no en concepto de tal desde los poderes fáctico-políticos con total eficiencia: tanto a la hora de expresarse a través de los medios financiados por capital público o privado, como en el momento de obtener una plaza de profesor, el poder económico o/y político tiene la posibilidad, con frecuencia aprovechada, de seleccionar un personal idóneo con criterios a veces menos que inconfesables.

ORIGEN HISTORICO DE LA FUERZA EN EL DERECHO

En lo que hace referencia al origen histórico de la fuerza en el Derecho, estoy de acuerdo con Engels, cuando señala que coincide con el momento de aparición de la propiedad privada. Antes, en la época del comunismo primitivo, no existe, según Engels, necesidad de Derecho que incite al comportamiento socialmente pertinente, porque la necesidad de supervivencia del grupo obliga al reparto de bienes; en otras palabras, los entrega el individuo de manera libre y generosa, sólo porque es consciente de que, al ser tan escasa la producción, de no hacerlo así, gran parte de los individuos del grupo no podrían subsistir (20). Engels no explica, sin embargo, la razón de este interés por la supervivencia del grupo por parte de cada individuo; a mi juicio tiene una doble explicación: la necesidad de mantener un grupo lo más amplio y fuerte que ayude a la lucha contra los elementos exteriores al mismo —fieras, otras tribus, etc.—, y, por otro lado, los lazos de solidaridad entre los miembros del grupo nacidos precisamente de ese estado de necesidad común. Llega un momento, sin embargo —y vuelvo con esto a la explicación de Engels—, en que el rendimiento del trabajo se hace sobreabundante, siendo más que suficiente para el mantenimiento del grupo; aparecen así las primeras manifestaciones de propiedad privada y, con ello, las primeras formas de cambio; se hace necesario entonces un poder coactivo que proteja la propiedad: Es el momento, según Engels, de aparición del Derecho y del Estado (21). Pero, según se desprende, Engels, al hablar de Derecho, está haciendo referencia a normas con posibilidad de forzar; la aparición del Derecho, en consecuencia, según Engels, haría referencia a la dotación de las normas del medio fuerza; antes existían, sin duda, normas de convivencia, pero no estaban dotadas de este medio, por lo cual no tenían en rigor el carácter de jurídicas. Por otro lado, si bien admito con Engels que la fuerza en rigor no es un componente de la norma hasta el momento que hemos dicho, existían ya en la sociedad anterior —sociedad comunista— normas de convivencia dotadas de una cierta fuerza: es el caso de la presión social ejercida ante el incumplimiento de una norma de convivencia, o de la recriminación ejercida por parte de la autoridad del grupo; autoridad que tenía que existir, pues aun con-

(20) ENGELS, obra citada. Pero la tesis está defendida antes por Morgan en su clásica obra, *La Sociedad Primitiva*, editada en España por Ayuso en el año 1980.

(21) ENGELS, obra y página citadas.

cediendo que las normas de convivencia fueran espontáneas, siempre habría individuos en el grupo de mejores condiciones y así mayor respetabilidad, para hacerlas cumplir.

Con la disminución de los plazos de solidaridad en el interior del grupo por las razones ya señaladas y el aumento del egoísmo, consecuencia de la recién aparecida posibilidad de ser propietario, la presión social y el efecto psicológico de la recriminación pierden virtualidad, haciendo necesaria su sustitución por la fuerza organizada. El oprimido por el Derecho busca nuevas formas de defensa que son contrarrestadas por nuevos progresos en la aplicación de la fuerza del Derecho: Es la dialéctica continua, que, teniendo su origen en el referido momento, ha llegado en el presente a mantener técnicas de represión de sorprendente efectividad.

CONCLUSIONES

1. La fuerza en cualesquiera de sus manifestaciones, incluso la coacción, aun no encontrándose presente siempre en la norma, es elemento esencial del Derecho en tanto y en cuanto éste es un todo constituido por las distintas normas, de entre las que siempre alguna es coactiva.

2. No parece riguroso afirmar que la coacción no puede ser elemento esencial de la norma jurídica, porque no se encuentra siempre presente en ella, y afirmar en cambio que la coercibilidad sí es esencial, porque siempre la norma mantiene la posibilidad de coaccionar, cuando en realidad la coacción se da a veces y, con ésta, la coercibilidad, aunque sólo sea accidentalmente, desaparece, con lo cual la coercibilidad deja de ser elemento esencial de la norma jurídica.

3. Elemento esencial de la norma jurídica, en relación con la fuerza, es más bien una cierta presencia de la misma, aunque sólo sea al modo de exigencia de que se la dote de la posibilidad de coaccionar, cual es el caso de las normas de Derecho Internacional.

4. Al Derecho le es esencial una cierta legitimidad, entendida ésta como la pretensión de la norma de inspirarse en un criterio de Justicia, que la diferencia de otras figuras normativas.

5. Desde una perspectiva sociológica, la legitimidad socialmente vigente impide que el Derecho pueda acudir a determinadas técnicas de control, siendo éstas practicadas desde los poderes fácticos y políticos sin ninguna posibilidad de justificación jurídica y de forma encubierta.

Notas sobre la dimensión filosófico-política de las metáforas epistemológicas

A propósito de laberintos y Guerra Nuclear (Razón fantástica versus Razón Lógica)

Por JOSE CALVO GONZALEZ

Málaga

La evidencia de que la guerra atómica ha transformado cualitativamente los cuadros mentales y con ellos las estrategias y recursos de orden instrumental respecto al modo como los hombres vinieron resolviendo y satisfaciendo hasta hoy (esto es, violentamente) los conflictos de competencia, desconfianza y afán de fama ha incorporado al problema de la guerra y, por supuesto, al de la paz —y más aún si cabe a este último— una novísima y pocas veces explorada dimensión. En ella ha buceado Bobbio (1) desde el compromiso militante de una filosofía política concreta, la «conciencia atómica», renunciando además al cómodo —y siempre tranquilizador, me atrevería a decir también— sentimiento apocalíptico (de tan patético, cómico en alguna ocasión). De una finísima sensibilidad intelectual, el suyo resulta un discurso esencialmente argumental. Y así, es conclusión irrefutable que la guerra, a partir al menos de la irrupción de la potencialidad destructora termonuclear, ha pasado a representar para el movimiento porvenir de la historia un auténtico «camino bloqueado» porque:

a) se hace inservible para ventilar intereses contrapuestos entre cualquiera dos hipotéticos contendientes en una situación de controversia internacional, luego jamás será empleada y al cabo desaparecerá, y

b) se hace, ahora más que nunca, absolutamente indeseable y condenable, injustificada en suma, y por tanto, es preciso eliminarla para siempre.

La defensa de uno u otro argumento coincide con dos distintas concepciones de la paz: el pacifismo activo y pasivo, respectivamente. El

(1) N. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, pág.204.

uno como el otro consideran y reconocen la profunda irracionalidad de la guerra, pero a diferencia del primero el segundo se hunde y confunde con el propio proceso de irracionalidad al reenunciar lo que Hobbes había expresado como dilema violencia (libertad sin paz)-despotismo (paz sin libertad); la ventaja del terrorismo atómico es el equilibrio, de terror, pero —defenderán— equilibrio al fin. Bobbio ha denunciado esta vía de «paz» calificándola de típico producto de fause conscience. Tal equilibrio es asimilable al estado de naturaleza hobbesiano bien que con la esencial diferencia de que si éste fue una situación de la que los hombres decidieron en algún momento —por utilidad o por deber— salir, el «equilibrio de terror atómico» es en sí mismo paralizante y siempre precario, y el desequilibrio, liberando dosis de terror, puede inducir a la osadía, por no hablar de la eventualidad de que la ruptura del equilibrio suceda por error, por azar o por locura (pág. 46). De esta afirmación nos interesa aislar ese juicio de parálisis valorando en una dimensión filosófico-política su verdadero alcance, que a nuestro entender es, en realidad, muy otro.

Por su parte, el pacifismo activo se incardina en opinión de Bobbio en tres direcciones según que para la solución del problema —eliminación de la guerra e instauración de una paz perpetua— se actúe sobre los medios (instrumental), las instituciones (institucional) o los individuos (finalista). El instrumental abarca dos momentos:

1. Negativo, representado por el esfuerzo en destruir las armas o al menos reducir al mínimo su cantidad y peligrosidad.
2. Positivo, representado por todos los intentos dirigidos a sustituir los medios violentos por los no violentos y, en consecuencia, obtener con otros medios el mismo resultado.

El 1) expresa la teoría y práctica del desarme, mientras que el 2) la teoría y práctica de la no-violencia. Las diferencias son sustanciales, puesto que en la perspectiva negativa del pacifismo instrumental no se incide sobre las condiciones que posibilitan la guerra con lo que no se sobrepasa el techo de una política, la de menor esfuerzo, en tanto que el enfoque positivo propone ante todo una filosofía. El institucional se dirige contra el Estado como institución, adoptando preferentemente dos formas: la jurídica (la guerra va unida a la existencia de Estado) y la social (la guerra va unida a determinada forma de Estado). Las soluciones son, respectivamente, la creación del Superestado o Estado mundial y la transformación del orden social capitalista o tránsito del capitalismo al socialismo; hay, por consiguiente, una también distinta valoración de las alternativas, pues, el primero apuesta por un proceso gradual de estatificación de la sociedad, mientras el segundo pretende invertirlo en favor de nuevas formas de convivencia no gobernadas por la fuerza. El finalista, por último, se preocupa de modificar las motivaciones que han llevado al hombre a la guerra y que básicamente resultan de la necesidad y el interés. Es decir, lucha contra la concepción pragmática y utilitarista, ya sea sostenida en principios ético-religiosos (positivismo moral) o principios materialistas (naturaleza instintiva hostil del hombre). Las soluciones pueden venir a través de

una conversión o reconversión ético-moral (pedagogía) o de la profunda renovación (terapéutica). Bobbio se reconoce incapaz de tomar partido ante esta concreta alternativa (pág. 86).

Ello no obsta, sin embargo, para que puedan establecerse «criterios de juicio». Las tres formas de pacifismo activo se disponen entre sí en un orden progresivo de mayor complejidad y profundidad. ¿Qué gradación de preferencias debe entonces proponerse? A esta interrogante Bobbio responde: «El problema que afrontamos es el de la elección racional entre diversos medios que sirven todos para lograr el mismo fin» (pág. 87). Una elección de este tipo precisa tomar en consideración dos parámetros: practicalidad (posibilidad y facilidad de realización) y eficacia (poder del medio, una vez llevado a la práctica, para obtener los resultados esperados). La función de relación entre ambos parámetros se enuncia del siguiente modo: a medida que aumenta la profundidad aumenta la eficacia, lo que no significa sino que cada uno de los caminos es tanto más practicable, cuanto menos eficaz, y viceversa.

En códigos binarios el pacifismo instrumental es más practicable que el institucional, pero menos eficaz o de difícil estimación concreta en su eficacia si se trata de pacifismo instrumental positivo. El finalista es más eficaz que el instrumental, pero menos practicable. El institucional, se halla a mitad de camino de los dos anteriores ya que resulta más practicable, pero menos eficaz que el finalista y más eficaz, pero menos practicable que el instrumental, mediando entre la modalidad de pacifismo institucional jurídico respecto de la social una relación que es y funciona como paradigma de la fórmula de relación general, arriba mencionada, para los parámetros practicabilidad-eficacia. Si, por tanto, las opciones se mueven en relación inversa parece necesario concluir que «en la situación presente de la humanidad ninguno de los caminos imaginables hasta ahora es en máximo grado, al mismo tiempo, practicable y eficaz» (pág. 91). No conviene despreciar esta conclusión por el solo hecho de no permitir ir más allá de modelos abstractos de previsiones posibles que, como el mismo A. reconoce, distan mucho de ser una definida previsión. Y no conviene menospreciarla porque, de suyo, introduce un elemento sobremano esclarecedor; nos sitúa ya, tras de un amplio trayecto histórico lleno de vericuetos angostos, retorcidos, serpenteantes, con retornos imprescindibles ante «caminos bloqueados», luego en fin de un recorrido *laberíntico*, en la encrucijada de dos vías. Así, el «juego» debería quedar resuelto, nos dice: «como máximo otro intento más, y si luego también éste falla, sólo queda el camino que conduce al aire libre. Pero el laberinto de la historia tiene una peculiaridad que hasta ahora se nos había escapado y la hace más semejante a un juego de azar que a una diversión despreocupada: de los dos últimos caminos restantes, uno conduce a la salida, pero el otro, en lugar de ser un camino bloqueado (como tantos otros anteriores), termina en un abismo, o sea que es un camino *del que no se puede retroceder*. En el momento, en que la elección se ha convertido en algo tan sencillo, se ha vuelto también tremendamente comprometida: «aut-aut» (págs. 91-92).

A nuestro juicio, reside aquí uno de los mayores aciertos del trabajo, que es el que posee también la extensión mayor de entre cuantos la edición recoge (2) dando título a la obra. Y es, sin duda, la elección de la imagen del laberinto, es decir, el recurso a una de las más sugerentes tradiciones icónicas del género fantástico por el empleo de la alegoría estético-arquitectónica del laberinto (3). Bobbio, efectivamente, globalizando una conocida opinión de Wittgenstein (*Investigaciones filosóficas*), dispone el comienzo de su estudio señalando que la situación del hombre en el mundo puede ser tomada de tres maneras: como la de alguien que está en el interior de una botella (abierta), como la de un pez atrapado en la malla de una red, o, por último, como la de un ser extraviado y errante por las calles de un laberinto, siendo tarea de la filosofía enseñarle a hallar la salida siempre que ésta exista.

Pues bien, en principio, como decimos, nada de objetar, antes al contrario, acerca de la utilización, con carácter simbólico cultural «no

(2) El resto lo compone, 1) «Derecho y Guerra» (págs. 95-116); 2) «Sobre el fundamento de los derechos del hombre» (págs. 117-128); 3) «Presente y futuro de los derechos del hombre» (págs. 129-155); 4) «La idea de la paz y el pacifismo» (págs. 157-185), y 5) «¿Es una alternativa la no violencia?» (págs. 187-204). En 1) presentado como discurso inaugural en la Academia de Ciencias de Turín el año 1964-1965, Bobbio demuestra que la relación derecho-guerra es tan compleja como la de derecho-fuerza, permitiendo contrastes antitéticos. Se nos ofrece también un recorrido a través de las diferentes formas de pacifismo distinguiéndolas en razón de la diversa explicación que cada una propone sobre la causa principal de la guerra. Respecto a 2) el A. justifica su inclusión considerando que «tanto la guerra cuanto la dificultad de proteger internacionalmente los derechos del hombre, son dos expresiones características de la soberanía casi absoluta de los estados en sus relaciones recíprocas» (pág. 17 de la Introducción) y aborda en particular aspectos conocidos de su polémica con G. Pontara en torno a la posibilidad —que Bobbio no comparte— de establecer el criterio capaz de determinar ciertos derechos como fundamentales en relación con otras reglas de conducta. 3) Continuando en este enfoque, el A. estimará como auténtico problema «no el de fundamentarlos, sino el de protegerlos», por lo que no se trata propiamente de una cuestión filosófica, sino jurídica y, en sentido más amplio, política. En 4) Bobbio estructura en tres partes la temática anunciada: el concepto de la paz, el valor de la paz y concepto y formas del pacifismo. Por último, 5) da a conocer la ponencia presentada en 1975 al simposio sobre «Marxismo y no violencia» organizado en Florencia por el Movimiento no violento, y contiene algunas de las opiniones ya anteriormente sustentadas por el A. también en polémica con G. Pontara, para afirmar que no existe vínculo alguno necesario entre ambos fenómenos y si bien no en los medios, sí hay una clara oposición en los fines últimos por cuanto para el marxismo es la constitución de una sociedad de tipo comunitario y para el movimiento no violento una de tipo libertario.

(3) Para Borges el laberinto representaba un «símbolo de perplejidad», por quedar perdidos en él, al tiempo que por el hecho de haber sido construidos especialmente para lograr tal efecto, aflorando así primitivas inquietudes. Vid. R. ALIFANO, *Conversaciones con Borges*, Debate, Madrid, 1985, págs. 209 y sigs. Sobre la importancia que las estructuras laberínticas han ejercido en la narrativa borgiana, A. M.^a BARRENECHEA, «Los símbolos del caos y del cosmos. Los laberintos», en *La expresión de la irrealidad en la obra de Jorge Luis Borges*, El Colegio de México, 1957, págs. 57-60. La consideración global del pensamiento borgiano como un laberinto nominalista en J. REST, *El laberinto del universo. Borges y el pensamiento nominalista*, Ediciones Librería Fausto, Buenos Aires, 1976; J. RICARDOU, «The God of the Labyrinth», en *L'Herne*, París, 1964, págs. 125 y sigs; y E. RODRÍGUEZ MONEGAL, «Símbolos en la obra de J. L. Borges», en *Studies in Short Fiction*, Newberry College South Carolina, vol. III, 1, 1971, págs. 67-77.

particular», de la botella, la red y el laberinto. Si, no obstante, sobre el separado y hasta cierto punto incompleto tratamiento que tales representaciones reciben. Consideramos que en todas y cada una de esas tres figuras, universalizadas, el fondo viene dado por un único y mismo común denominador, la estructura laberíntica y, por tanto, todas y cada una de esas tres figuras son combinaciones de ésta. Tal afirmación nos obliga a una doble demostración; primero confirmándola como posible, probándola luego en todos los supuestos. Sirva decir pues, a lo uno, que la iconografía de lo laberíntico no se reduce a las formas en que habitualmente suele representársele. Cabría dudar, por ejemplo, que su fábrica y disposición haya permanecido invariada y estable a lo largo de épocas y lugares distintos. En los territorios del antiguo Egipto *biranta* o *labiranta* equivalía a torre o palacio, en suma, determinada construcción donde sus moradores —sacerdotes— oficiaban —más o menos críticamente al entendimiento de los no-iniciados— solemnes ceremonias relacionadas con la observación del movimiento de los astros, del aire o de las aguas y cuyos dictámenes, así como las reglas de la comunidad —más o menos misteriosas para quienes fueran ajenos a ella— revestían de bajorrelieves los muros de las edificaciones. Por las noticias y descripciones de Herodoto, Estrabón y Diodoro de Sicilia conocemos la existencia del laberinto de Mendes, atribuida su construcción a un remoto príncipe de este nombre y levantado en la isla del lago Moeris, en el Fayum, así como del llamado de los «doce señores o reyes» —compuesto de doce estructuras o torres y doce accesos o entradas, la mitad al Norte y la otra al Sur, además de por un enorme número de estancias, todas duplicadas sobre y bajo superficie— situado al sudeste de aquel mismo lago y cuyo inicio fue ordenado acaso por Amenemhat III, de la XII Dinastía, alrededor de 2.300 a. de C., rematándose quizá durante el reinado de Psanmetico, sobre el 600 a. de C. En Grecia, sin embargo, λαβυρινθος (*laberhnth*, *Labyritus* lat.) aludiría únicamente a las galerías de una mina o caverna como la que en Cnosos, según la *Biblioteca* de Apolodoro, excavó Dédalo por encargo de Minos II en el siglo II a. de C., o la que al pie del monte Ida, cerca de Gortina, menciona Estrabón entre las siete maravillas del mundo; también la de Clusium, utilizada para sepulcro de principales en los años finales del silo VI a. de C., y dispuesta para tal fin —esta vez a decir de Plinio el Viejo— por Porsenna, rey de los clusinos en la Etruria, y la de la Isla de Lemnos o, finalmente, la cueva laberinto detallada por Estrabón en las proximidades de Naupila, la Argolia, cuyas grutas fueron llamadas Cyclopea.

Con todo, el multiformismo del *laberinto* no se constata tanto a través de la variabilidad morfológica de modelos arquitectónicos —o la distribución posible de figuras en el pavimento de algunas iglesias durante el medievo, por ejemplo en la Catedral de Chartres— cuanto, principalmente, en las diversas variables que sobre aquellos pueden operar intelectualmente. Así, la biblioteca-laberinto y el *finis africae* en *El nombre de la rosa* de Eco funcionan, al igual que en *El milagro secreto* de Borges los fondos del

Clementiun (4), como una espléndida metáfora de los metalenguajes, las élites culturales y, de modo especial, el conocimiento (5). Es más, intelectualmente los laberintos pueden no requerir para su ideación elemento arquitectural alguno o como mucho sólo muy escasos y simples. Bástenos recordar de qué manera en la narrativa borgiana es posible detectar por la instrumentación literaria fantástica del sueño no menos de cuatro sucesivos laberintos, el último «invisible»: un desierto, una torre secreta, una biblioteca y, por fin, el tiempo («minucioso, inmóvil, secreto, urdió en el tiempo su alto laberinto invisible») (6). Repasando brevemente el asunto de *El milagro secreto*, Jaromir Hladík, judío polaco, tiene dos sueños fundamentales, el primero sobre una partida de ajedrez en el que recorre «las arenas de un desierto lluvioso» sin lograr memorar las figuras ni las leyes de juego; las piezas y el tablero se guardan en una «torre secreta». En el segundo, Hladík sueña la inmensa biblioteca y halla por azar la letra mágica que, contenida en un atlas a la página del mapa de India, le permitirá crear milagrosamente, invocando el nombre de Dios y su divina gracia, un laberinto en el tiempo. El último de tales sueños tiene lugar en la celda de una prisión, a la espera de ser ejecutado, y desde cuyo interior Hladík había previsto al otro lado de la puerta «un laberinto de galerías, escaleras y pabellones».

La verosimilitud y aceptación de estas formas «extrañas» o «heterodoxas» de laberinto exige, naturalmente, una condición intelectual y espiritual no corriente. Blanchot (7) se ha referido a

(4) «Dios está en una de las letras de una de las páginas de uno de los 400.000 tomos del Clementium.» Borges recoge aquí la tradición bíblica del verbogénesis y en particular talmúdica (*Sanhedrin*, 65, b) del Tetragramaton, combinada en la leyenda *Der Golem* de G. Meyrink (1965) y no desconocida a SCHOPENHAUER, *Sobre la voluntad en la naturaleza*, VII.

(5) Conviene recordar que no en balde a U. ECO debemos el concepto de «metáfora epistemológica». Vid., *Obra abierta. Forma e indeterminación en el arte contemporáneo*, Seix Barral, Barcelona, 1965, págs. 43-55 y 315-321.

(6) Vid. junto a «El milagro secreto» también «Las ruinas circulares», «La Biblioteca de Babel», «El jardín de los senderos que se bifurcan» y «Funes el memorioso», en *Ficciones* (1944). Con referencia a las estructuras laberínticas en esta obra, G. M. GOLOBOFF, «Sueño, memoria y producción del significante en Ficciones de Jorge Luis Borges», en *Asedio a Jorge Luis Borges*, ed. de J. Marco, Ultramar, Barcelona, 1982, págs. 131-159.

(7) M. BLANCHOT, *Le livre à venir*, Gallimard, París, 1971, págs. 139-140. Para M. ROSA, «Borges o la ficción laberíntica», en *Nueva novela latinoamericana*, 2, Paidós, Buenos Aires, 1972, pág. 147, «tan válido y veraz es el Laberinto de piedra (lo cerrado circular) como el Laberinto de arena (lo vasto infinito)». El desierto como estructura laberíntica aparece en la nota elaborada por Sir Richard Francis Burton para la traducción del *Quitab alif laila ua laila* (*Book of the Thousand Nights and a Nights*) o *Las mil y una noches*, titulada «Historia de los dos reyes y los dos laberintos», y fue referida por Borges en su colaboración crítico-literaria de 16 de junio de 1939 para *El Hogar*, revista de «Ilustración semanal argentina» (ahora en J. L. BORGES, *Textos cautivos. Ensayos y reseñas en «El Hogar» 1936-1939*, ed. E. Sacerio-Gari y E. Rodríguez Monegal, Tusquets Editores, Barcelona, 1986, págs. 329-330) y más tarde incluida en *El Aleph* (1949), con el mismo título en relación al relato «Abenjacán El Bojari, muerto en su laberinto».

ella en los siguientes términos: «Pour l'homme mesuré et de mesure, le chambre, le désert et le monde sont des lieux strictement déterminés. Pour l'homme désertique et labyrinthique, voué à l'erreur d'une démarche nécessairement un peu plus longue que sa vie, la même espace sera vraiment infini, même s'il sait-que'il ne l'est pas et d'autant plus qu'il le saura.»

Por lo que hace a la segunda parte de la proposición, la prueba se resolverá *in casu* sobre las tres variables indicadas: la botella, la red y el laberinto. La interrogante es, demostrado que todas ellas son formas laberínticas, qué estructura particular posee cada una. A nuestro parecer constituyen, respectivamente, aplicaciones alusivas e ilusivas del laberinto clásico o griego, moderno o rizomático «esquema Deleuze-Guattari» (8) y manierista o barroco —esquema trial and error procers— o laberinto propiamente dicho.

La situación de algo o alguien en el interior de una botella, como la mosca de Wittgstein a quien la filosofía enseña a salir, no difiere sustancialmente de aquella en que se viera Teseo ayudado del hilo de Ariadna. Es un laberinto con entrada y salida (la botella permanece abierta); se puede llegar al centro y desde allí retornar al exterior. La filosofía nos conduce. El único peligro consiste en el Minotauro que es como la representación más terrible de nuestro pensamiento, la sinrazón, y de quien se ignora cuando podrá aparecer y devorarnos. Simboliza la salvación, el triunfo de la razón a través del método, aunque la oscuridad de la duda haga posible también la falibilidad de éste (romper el hilo, iter, methodo).

La del pez atrapado en la malla de una red es típica del laberinto esquema rizomático evolucionando por movimientos desorientados. Una vez dentro desaparece la salida; no existe un centro definible. Cada camino, más que bloqueado, se conecta a un nuevo tramo, que a su vez lo está a otro y así sucesivamente, hasta el infinito. Cerrado por completo en toda su periferia, perfectamente entramada y circular, es potencial y virtualmente ilimitado. De él se sale sólo, como el pez, para morir. Simboliza el caos (9), caos primordial.

(8) Se trata del esquema de movediza praxis o anti-oedipo presentado por G. DELEUZE-F. GUATTARI, en *El anti-Edipo. Capitalismo y esquizofrenia*, Barral Editores, Barcelona, 1973. Vid. también G. DELEUZE, *Rizoma*, Pre-Textos, Valencia, 1971.

(9) La trasposición poética del esquema rizomático nos la presenta Borges con los siguientes versos: «No habrá nunca una puerta. Estás dentro / y el alcázar abarca el universo. / Y no tiene ni anverso ni reverso / Ni extremo muro ni secreto centro». *Laberinto en Elogio de la sombra*. G. K. CHESTERTON, en *The Head of Cesar*, ya empleó una estructura semejante haciendo comprender a su personaje que no hay nada tan aterrador como un laberinto sin centro. De igual modo, en el género novelístico A. BIOY CASARES, ideó para *Plan de evasión* (1945) una curiosa estructura rizomática a base de un conjunto de celdas tapizadas de espejos y los efectos de las alucinaciones psicológicas de la sinestesia producidas por las intervenciones quirúrgicas que el Gober-

Por tanto, lo que Bobbio llama «laberinto» corresponde de suyo al modelo manierista o barroco. En forma de árbol, con caminos bloqueados, ramales que se cierran en determinado lugar, tiene salida en el punto en que recorrida toda su estructura evolucionando en esquema trial and error procers, se abren al fin las dos últimas opciones. La particularidad, como bien advierte Bobbio, es que trasladado el modelo al problema de hallar la salida en la amenaza de una guerra nuclear, un error en la elección no permitirá ya desandar el camino. Ahora bien, ¿con qué carácter simbólico se manifiesta esta estructura laberíntica?, ¿qué simboliza el laberinto barroco?

Creo que la interpretación simbólico cultural a que esta modalidad se presta da oportunidad para algunas consideraciones de interés. Así, en general, precisamente por su carácter simbólico indiscutible y en parte también sin duda por su estructura gráfico ideacional, todo laberinto refleja y refracta condiciones y estados emocionales. En este sentido la literatura ofrece a veces sobresalientes muestras, por la combinatoria (reflexión-refracción) de juegos perifrásticos —cítese la creciente grieta en los muros de una casa y la progresiva decadencia de sus inquilinos en *La caída de la casa Usher*, de Poe (10)—, sobre la recíproca reverberación y correspondencia entre los cambios anímicos y los cambios fisiológicos. Pues bien, el recurso a la imagen del laberinto manierista, dotado —frente a los otros— de una peculiar identidad, refleja y refracta una disposición psico-espiritual esperanzada que habríamos de asimilar a una concepción antropológica optimista de la existencia. Efectivamente, en el laberinto barroco la esperanza no se ha perdido porque la salida existe, a la inversa de cuanto sucede en el rizomático que por lo mismo manifiesta el estadio final del caos y, en consecuencia, la fatalidad y el pesimismo antropológico.

La razón de aquel optimismo está en venir sujetado a lo humano, esto es, en pertenecer al hombre la autoría de la construcción laberíntica. El supremo hacedor, ni es el Destino, ni son los

nador de una colonia penitenciaria en las Islas de la Salvación lleva a cabo sobre los reclusos de la misma. El narrador-editor Antoine Brissac y el protagonista, Enrique Nevers, describen el lugar en que el Dr. Castel verifica su experimento como un complejo de edificaciones formado de cuatro celdas adyacentes entre sí, tres rodeando a una central —distribución que recuerda la del *Panopticon* de Bentham—, desde la que se generan las percepciones sensoriales de los prisioneros. Nevers descubre el horror de las imágenes propuestas en los muros de las celdas exteriores que, por la disposición de los espejos y la alteración de los sentidos de los prisioneros, figuran paisajes de bellas islas desiertas rodeadas de mar al tiempo que intervienen la posibilidad de captar toda realidad ajena o extraña a las propias celdas. El laberinto óptico en que se hallan quienes se alojan en ellas propone la siguiente visión: «por tres lados ven las otras islas: por los espejos su propia isla, las otras y las que reflejan los espejos de las otras». Más tarde Nevers enloquece por temor a quedar atrapado por los espejos —«había recordado que los cuartos de espejos eran infiernos de famosas torturas»— y en su paranoia trata inútilmente de alcanzar la sala central.

(10) Del mismo modo, la novela de N. HAWTHORNE, *La casa de las siete buhardillas*, donde el edificio de tejado a dos aguas con terminaciones góticas, apelmazadas chimeneas, enormes ménsulas y otros elementos arquitectónicos de aspecto espectral —tí-

Dioses; sólo al hombre incumbe su creación y su existencia. El laberinto barroco es el laberinto de los hombres, obra de éstos a su imagen y semejanza (11); así, patentiza sus conquistas y grandezas, no menos que sus miserias y desventuras, y, en todo caso, también su capacidad de rectificación. De esta evidencia cabría concluir en la secularización de la historia moderna y en el irrenunciable protagonismo del hombre ante su futuro. La historia sería potencialmente interminable y la presencia del hombre en ella no habría de tener fin. Esto, claro está, siempre que el hombre, dueño de todo y del todo, no decidiera la destrucción total; una hipótesis hasta ayer materialmente imposible, que aún a pesar de que hoy es bien probable, como señor de su porvenir podría alterar, reducir y eliminar no ya la probabilidad, sino hasta el posibilidad en sí misma considerada. Sin embargo, aunque el tanto por ciento de que lo uno o lo otro llegue a suceder es formalmente por mitad igual, sustancial y orgánicamente un sistema que incorpora idéntico número de errores y de aciertos posibles arriesgando en ello la conservación o desaparición del propio sistema no puede ser tenido nunca, lógicamente, como un buen sistema. Es por esto que ese altísimo factor de riesgo resultante en la última instancia —para nuestro comentario en la salida bifurcada al laberinto de la guerra, que es ahora, hoy, guerra nuclear absoluta— ha de plantear una permanente tensión esperanza-temor que, como no distinta psico-empíricamente de una reacción satánico-mística, debería producir el efecto del éxtasis, o en términos seglarizados parálisis.

La cuestión es a partir de aquí, finalmente, averiguar si con esta diagnosis podemos quedar satisfechos. Con Bobbio convendremos, a modo de prognosis, que la porcentualidad aparentemente análoga entre precariedad del equilibrio y riesgo de desequilibrio puede variar a

picos de las ciudades costeras de Nueva Inglaterra, anteriores a los de estilo georgiano o «colonial»— simbolizan la sombría maldad y decadencia final de los Pyncheon. Otro magnífico ejemplo se sugiere en *La letra escarlata*, también de HAWTHORNE, por la simbólica correspondencia entre el condicionamiento reflejo de toda una comunidad para con la rigidez de la estricta ley religiosa y la represión falsa y mezquina de los impulsos naturales, en el efecto psico-sociológico de una sanción de escarnio público. Por su parte, H. P. LOVECRAFT en *El horror en la literatura*, Alianza, Madrid, 1983, menciona el común empleo que de estos recursos se hace en algunas narraciones de Poe y la «aterradora torre de bronce», en *The House of sounds*, de M. Ph. Shiel, vid. págs. 64 y 77. Sobre esto último habría que añadir la referencia a G. K. GHESTERTON, en *El hombre que fue jueves* (cap. VI) al relatar la fábula de dicotomía Occidente (un árbol habitado por el Espíritu) Oriente (una torre cuya sola arquitectura sería el Pecado). De BORGES, recuérdese «Abenjacán El Bojari, muerto en su laberinto», cuando escribe: «Lo que importa es la correspondencia de la casa monstruosa con el ambiente monstruoso. El Minotauro justifica con creces la existencia del laberinto».

(11) Recuérdense las palabras de Borges en *Tlön, Uqbar, Orbis Tertiu*. «Hace diez años bastaba cualquier simetría con apariencia de orden —el materialismo dialéctico, el antisemitismo, el nazismo— para embelesar a los hombres. ¿Cómo no someterse a Tlön, a la minuciosa y vasta evidencia de planeta ordenado? Inútil responder que la realidad también está ordenada. Quizá lo esté, pero de acuerdo a leyes divinas —traduzco: a leyes inhumanas— que no acabamos nunca de percibir. *Tlön será un laberinto, pero es un laberinto urdido por hombres, un laberinto destinado a que lo descifren los hombres.*»

poco que la osadía, el error, el azar o la locura de uno cualquiera hipotéticos (cada día en mayor número) contendientes se extralimite produciendo el desastre universal. Pero no se agotan aquí, al menos para nosotros, las reflexiones sobre las prolongaciones psico-espirituales del laberinto manierista. En la encrucijada «aut-aut» y entre tanto no se elige una de las dos vías finales, la demora en resolver la disyuntiva no conduce a nuestro juicio a una situación real de parálisis, sino que subrepticamente se favorece un estado emocional que, como afirmábamos, introduce modificaciones en la fisonomía del laberinto. En concreto, éste irá transfigurándose de prisión en refugio. Esto representa tanto como una copernicana, y desde luego regresiva, reanudación de la existencia y de la función del hombre en el mundo. A modo de ejemplarización creo que podría acudir en equivalencia, de nuevo, a dos relatos borgianos; el de *Tlon, Uqbar, Orbis Tertius* y su antítesis *La casa de Asterión* (12) tal que, como en éste, el hombre abandonaría la búsqueda de la cifra, de la clave humana a su reclusión en el laberinto. No sería nunca más Teseo, sino el Minotauro, «pobre protagonista», que aguarda resignado y arrepentido un redentor.

Varios párrafos del último y brevísimo de estos dos cuentos son profundamente reveladores: «especie ridícula es que yo, Asterión soy un prisionero», por lo demás, algún atardecer he pisado la calle, si antes de la noche volví, lo hice por el temor que me infundieron las caras de la plebe» (el mundo de los hombres), «no me interesa lo que un hombre pueda transmitir a otros hombres». Y respecto a la predicción del futuro; «uno de ellos profetizó en la hora de su muerte, que alguna vez llegaría mi redentor. Desde entonces no me duele la soledad, porque se que vive mi redentor y al fin se levantará sobre el polvo... ¡Ojalá me lleve a un lugar con menos galerías y menos puertas!...» (13).

El significado ético-religioso y filosófico-político es tan patente como en la dialéctica amo-esclavo hegeliana. Un Dédalo inmortal nos ha dispensado la gracia del laberinto y al sentirnos Minotauro, damos sentido a su obra. Al cabo, en esa ilusión, en esa conciencia ideológica de resignación, es cuando el subsuelo nutricio de la irracionalidad hace brotar iluminados libertadores, Teseos portadores de la refulgente espada de bronce en la que el Minotauro sentirá, por el sacrificio (como el gozo, ahora sí, del éxtasis satánico-místico de la muerte-vida), la liberación definitiva. Se habrá regresado entonces a la praxis esquizoide del laberinto rizomático, del hombre atrapado en la red,

(12) «El mundo será Tlön» se lee en el primero. «La casa es del tamaño del mundo; mejor dicho, es el mundo» puede leerse en el segundo. Sobre éste último vid. E. ANDERSON-IMBERT, «Un cuento de Borges: La casa de Asterión» y J. ALAZRAKI, «Tlön y Asterión: metáforas epistemológicas», en J. Alazraki (ed.), *Jorge Luis Borges. El escritor y la crítica*, Taurus, Madrid, 1976, págs. 135 y sigs. y 183 y sigs., respectivamente.

(13) La trasposición poética de esta distorsión del laberinto clásico aparece también entre las composiciones de *Elogio de la sombra*: «Sigo el odiado / camino de monótonas paredes / que es mi destino...», «Nos buscamos los dos. Ojalá fuera / éste el último día de espera» (*El Laberinto*).

en un laberinto de donde sólo se sale para morir, de donde sólo se sale muriendo.

* * *

Las imágenes y las figuras proponen siempre una conclusión dual; es decir, permiten intuir (14) no sólo lo que *presentan* (significación presencial o lineo-lateral), sino también aquello que, bajo su apariencia, *representan* (significación simbólica). La interpretación y percepción del significado simbólico, con independencia de lo fantástica o fabulosa que haya podido ser su expresión formal, va pareja a contenidos culturales determinados y con ellos cambia a su mismo ritmo, pero no se rigen necesariamente por asociación racional de ideas empíricas, por razón lógica. Más bien obedece a estímulos subjetivos, animistas, de carácter emocional que operan, diríase, a través de «razones fantásticas» en las que las reglas lógicas de la razón científica resultan irracionales ante la profunda capacidad de metamorfosis que los símbolos pueden desarrollar. Para la categorización del símbolo debe emplearse el «razonamiento» prelógico típico de los procesos inconscientes de lo puramente emocional. Los procesos inconscientes de lo puramente emocional generan expresiones de emoción que, ciertamente, no son la emoción misma, pero sí la imagen de aquélla. Las imágenes de una emoción son equivalentes, por sus efectos de objetivación, a la emoción objetiva. Esta, entonces, puede ser estudiada socialmente.

En este sentido el universo de la praxis política en cuanto presenta una faz simbólica y admite una representación simbólica plantea dos direcciones de examen para la filosofía política. Una, donde la investigación de las manifestaciones simbólicas de la sociedad política se convierte en adecuado instrumento gnoseológico para captar plenamente, desarrolladamente, la praxis política (15). Otra, donde la investigación de la praxis política simbólicamente representada puede cooperar a reconstruir las formas más elementales de la experiencia psico-empírica del individuo (16). En esta última dirección las metáforas epistemológicas que esos símbolos incorporan poseen una dimensión filosófico política (positiva, normativa o descriptiva) del comportamiento humano profundamente aprovechable.

(14) E. CASSIRER, *Filosofía de las formas simbólicas*, F.C.E., México, 1971, págs. 105 y sigs., y *Esencia y efecto del concepto de símbolo*, F.C.E., México, 1975. G. DURAND, *L'Imagination symbolique*, P.U.F., París, 1968. T. TODOROV, *Théories du symbole*, Seuil, París, 1977.

(15) M. GARCÍA PELAYO, *Mitos y símbolos políticos*, Taurus, Madrid, 1964, págs. 200 y 206. Vid. también, E. CASSIRER, *The Myth of the State*, Garden City, Nueva York, 1950.

(16) E. CASSIRER, *An Essay on Man*, Garden City, Nueva York, 1953, págs. 102-103.

V
INFORMACIONES

MAS SEMINARIOS DE «SAN GIUSEPPE» EN ITALIA (II)

En el número anterior de esta Revista tuvimos ocasión de informar sobre ciertos seminarios italianos de teoría del derecho que, habiendo comenzado su andadura a mediados de los años sesenta, se vienen celebrando en los últimos tiempos (desde 1983) con una periodicidad bianual.

Despuntábamos entonces nuestra información con uno de estos seminarios que se había desarrollado el día 8 de marzo (de 1986) en Bolonia y la concluimos con el anuario del relator, tema, lugar y fecha del que presumiblemente le debía suceder. Del seminario de marzo ya nos hicimos eco, por lo que bastará con mencionar ahora que, tanto la relación presentada en el mismo por Letizia Gianformaggio titulada «Se la logica si applichi alle norme», como las principales intervenciones a que dio lugar en el debate (de A. G. Conte, T. Mazzaresse y E. Pattaro), se encuentran ya publicadas en el número 2/1986 de los «Materiali per una storia della cultura giuridica» (págs. 473 y sigs.). En cuanto al anuncio del seminario sucesivo, las informaciones previstas resultaron ciertas. Así, en noviembre (el 22), y en Génova, Paolo Comanducci sometió a la consideración de los numerosos asistentes (más de sesenta por la mañana) una relación sobre el concepto de derecho subjetivo a la que, en concreto, tituló «Diritti vecchi e nuovi: un tentativo di analisi». Esta ponencia, como las principales respuestas que originó, también vendrán publicadas en la revista hace un momento mencionada (presumiblemente en el número 1/1987 que verá la luz en junio), lo cual no obsta para que efectuemos aquí al menos una referencia genérica a las coordenadas en las que se situó y discutió el tema.

La exposición de Comanducci fue articulada recurriendo a una serie de problemáticas que, a juicio de este autor, hoy día giran en torno a la noción de derecho subjetivo. La primera de ellas es presentada como la consistente en el desfase producido entre el espacio cultural angloamericano y el italiano en el tratamiento de la materia: mientras en el primero se asistiría a una revitalización de las doctrinas *rights-based* (como las de Nozick y Dworkin), es decir, basadas en el sostenimiento de la prioridad a distintos niveles de los derechos sobre los deberes, y en la autonomía conceptual de aquéllos sobre cualquier otro tipo de nociones éticas, en el segundo (en el espacio italiano) no sólo se verían con desconfianza tales doctrinas, sino que, además, se destacaría la crisis del derecho subjetivo como categoría dogmática tradicional. Junto a esta problemática de carácter general se encontrarían otras más concretas planteadas con mayor fuerza en el medio anglosajón; tal sería, por ejemplo, la relativa a la posibilidad o no de concebir «nuevos» sujetos titulares de derechos (como los animales, vegetales, minerales, etc.). Estaría luego la aparición de teorías sustitutorias a las tradicionalmente contrapuestas del *benefit* y del *will*. De la concepción del derecho subjetivo sostenida a su vez por cada una de ellas dependerá la correspondiente identificación de los «verdaderos» derechos, cuestión ésta que incluye, por un lado, el problema de la *classification* (de la

definición o tipificación propiamente dicha), y, por el otro, el del *Classement* (de la inserción de los derechos en la anterior). Por último, Comanducci constata la tendencia de una extensión progresiva en el lenguaje ordinario del uso del vocablo «right» (en el área lingüística inglesa) y de «derecho» pero en el sentido del anterior (en el área lingüística italiana). A este respecto, es precisamente del lenguaje «ordinario» (aquel en el que no se utilizan redefiniciones o definiciones estipulativas, aquel que, por consiguiente es ajeno a los teóricos y metateóricos del derecho) del que el profesor de la universidad de Génova propone partir para llevar a cabo un análisis teórico sobre la noción de derecho subjetivo.

Las intervenciones a las que dio lugar la relación de Comanducci fueron muchas y variadas (Scarpelli, La Torre, Jori, Lazzaro, Guastini, Pattaro, Gianformaggio, Villa, Castignone, Pollastro...), en buena medida suscitadas precisamente por los términos en los que Comanducci había presentado su propuesta de análisis (fijarse en los usos del lenguaje ordinario). Por lo demás, no todas procedieron de estudiosos de teoría del derecho. Cabe destacarse en este sentido la intervención de Maria Vittoria Ballestrero, profesora de derecho laboral, quien planteó una interesante cuestión proveniente de problemas concretos a partir y en función de los cuales, con mucha mayor frecuencia de la que se da, tendría que desarrollarse la teoría (tal fue en este caso el interrogante relativo a la concepción del derecho subjetivo en el fenómeno de las *classe-actions*).

Pero, con todo, el alto nivel de asistencia y participación no logró atenuar el pesar reinante por la ausencia de Giovanni Tarello, quien, para desdicha de los asiduos a estos seminarios, tampoco asistiría al que seguidamente vamos a comentar.

Este último seminario italiano de teoría general del derecho se ha celebrado el día 19 del mes y año en el que escribimos (marzo del 87). En esta ocasión, la fecha de la reunión no ha resultado del todo casual pues, escogiendo ese día de marzo, se revitaliza la tradición: era precisamente la jornada del 19 de marzo la escogida para los primeros encuentros de este tipo que, debido a la coincidencia del santoral, fueron denominados seminarios de «San Giuseppe».

La elaboración de la ponencia prevista para esta ocasión corrió a cargo de Piero Pollastro, quien la tituló «Atti costitutivi nel discorso dei giuristi». El tema de la «constitutividad» en el derecho ha sido un argumento recurrente para algunos de los iusfilósofos presentes en el seminario. Esta razón, unida a la de la elección de Piero Pollastro para la redacción de la relación (este joven estudioso ha sido alumno y seguidor de Conte, también en cuanto a preferencias temáticas, y éste se ha ocupado de las «reglas constitutivas» en casi una veintena de publicaciones), hacían que el encuentro se presentara particularmente interesante.

Sin pretensión de exhaustividad, del contenido de la exposición de Pollastro merece destacarse la triple distinción definitoria que efectúa de la expresión «actos jurídicos constitutivos» dependiente de la variabilidad de uso de «constitutivo»: 1) como actos jurídicos a través de los cuales se constituyen en el ordenamiento «nuevos entes jurídicos»; 2) como actos de lenguaje a través de los cuales se constituyen, modifican o extinguen «estados de cosas normativos»; 3) como actos que producen *ipso iure* un cambio en el ordenamiento jurídico. (A nuestro juicio es cuestionable que esta triple distinción se funde en la variabilidad de uso de «constitutivo». Por el contrario, más parece depender del «objeto» constituido o del «efecto» producido, pero quizá este tipo de observaciones se escapen del tono cronístico de esta nota). De las tres definiciones apuntadas, para Pollastro, la más correcta resultaría la tercera (propia también de Carcatera en 1979), y así lo expresa a una sabiendas de las sospechas de metafísica que puede despertar en el ambiente que le rodea el hablar en términos de una «existencia especí-

fica» de los efectos de ciertos actos jurídicos (en efecto, no hay que olvidar a este respecto que la filosofía analítico-jurídica italiana se ha gestado en el seno de principios neoempiristas). Ciertamente, este tipo de objeciones parecen afectarle excesivamente a Pollastro quien, por lo demás, a este nivel se sentiría arropado por un sector importante de filósofos que hoy en día sostienen con fuerza que el derecho (como cualquier otro «hecho institucional») no puede ser explicado en términos de meros hechos físicos («hechos brutos»). Y es que, en el fondo, en la defensa de la acepción propuesta de «actos jurídicos constitutivos», se desinteresa de los hipotéticos principios filosóficos implícitos. Lo que verdaderamente dice importarle es abrir una vía de resultados fructuosos en orden a una teorización sobre los actos jurídicos en el ámbito de una más amplia teoría sobre la acción humana.

Al igual que en ocasiones anteriores, el debate surgido tras la intervención de este joven estudioso, no tuvo receso: el por qué hablar de «acto» y no de «norma» (Jori); el por qué del culto a las reglas constitutivas (Lazzaro); el por qué referir la constitutividad a los actos, y no a los «efectos», así como la necesidad de aclaración de la expresión «estado de cosas normativo» (Scarpelli); la sugerencia de acudir a la teoría de la acción de Habermas para iluminar una tipología de los actos (La Torre), etc., son sólo pocos ejemplos de las muchas y variadas cuestiones que se discutieron en el seminario de Milán.

Luego, tras la sesión vespertina del encuentro, la propuesta de una nueva convocatoria: probablemente en Pavía, y en noviembre, sea Tecla Mazzaresse la encargada de someter al parecer de los asistentes sus reflexiones sobre el tema de «la negación».

M.^a Angeles BARRERE UNZUETA

XXVIII CONGRESO MUNDIAL DE SOCIOLOGIA

Desde su fundación, en 1873, el International Institute of Sociology ha ido organizando sucesivos congresos mundiales. Su sede es la Universidad de Washington (USA). A raíz del último, celebrado en México, se había acordado celebrar el XXVIII Congreso en Valencia. Para ello, vino a la ciudad en la primavera de 1985 el Secretario General de dicho Instituto, Gioachino Santanche, a quien tuve el gusto de conocer entonces, para recabar las colaboraciones necesarias. Sin embargo, no hubo suerte en éstas, y no se pudo celebrar en España. Por eso se pensó en el vecino Portugal, en el centro turístico de Albufeira, bella localidad, que me ha recordado vivamente el desarrollo de nuestro Benidorm, pues de un antiguo pueblo de pescadores se ha convertido en centro turístico de primer orden. A cuatro kilómetros del pueblo se halla un complejo turístico, sobre cierta colina que domina el mar, en cuyo centro se alza el Hotel Montechoro, que fue el que albergó las sesiones del Congreso. En su planta décima hay un enorme salón de actos, con todos los servicios anejos, que permite esta clase de celebraciones. El salón se dividió en tres, mediante tabiques corredizos, y ello permitió se expusieran, a la vez, hasta tres Comunicaciones diferentes. La exposición de cada una de éstas estuvo presidida por un miembro del Instituto, que hacía de moderador en el diálogo posterior a la exposición del tema. Cada tema tenía fijado un turno de intervenciones programado previamente, sin perjuicio de la libertad de intervención de cada asistencia,

una vez terminada la exposición del tema. Había cada día dos sesiones por la mañana, entre las nueve y las trece horas; y otras dos por la tarde, entre las catorce y las dieciocho horas.

El XXVIII Congreso Mundial de Sociología comenzó en la mañana del 16 de junio de 1986 y concluyó al mediodía del 20 del propio mes. Idiomas oficiales fueron el inglés, el español, el italiano, el francés y el portugués. Es de subrayar la seriedad de los trabajos presentados y el interés manifestado por la numerosa asistencia a todos y cada uno de los temas estudiados. Al estudiarse simultáneamente dos o tres de éstos, nadie pudo asistir a todos ellos. Personalmente, opté por los temas del desarrollo socioeconómico y político, dado que asistí al Congreso en calidad de Director del Instituto Valenciano de Estudios Sociales (Colegio Oficial de Graduados Sociales de Valencia). Lo hice en compañía del Graduado Social valenciano y Consejero del Instituto, Manuel Soto Serrulla, quien presentó una Comunicación bajo el título de «Democracia formal y democracia real». También presentó una Comunicación la profesora valenciana Amparo Llombart, titulada «Reflexiones sobre la población rural española». Ambas se siguieron con mucho interés.

Al Congreso nos inscribimos, 61 norteamericanos, 19 portugueses, 11 italianos, 9 canadienses, 6 japoneses, 5 alemanes (R. Federal), 4 españoles, 3 noruegos, 2 suecos, 2 mejicanos, 2 hindúes, y un representante de cada uno de estos países: China, Corea, Australia, Polonia, Bélgica, Gran Bretaña, Grecia, Kenia, Nicaragua y Sudáfrica.

Dada la composición numérica de los asistentes, la mayor parte de las Comunicaciones se redactaron en inglés. Destacaron los siguientes títulos: «Modernization and development», bajo la presidencia de Jhon B. Williansson del Boston College de Boston (USA); «Sociology of sport and leisure», bajo la presidencia de S. K. Gupta, de la Universidad del Panjab, India; «Industrialization and the rich and poor nations», bajo la presidencia de Edouard Gross, de la Universidad de Washington; «Organizaciones sociales», bajo la presidencia de Antonio Augusto Silva, de la Universidad de Evora (Portugal); «La sociedad post-industrial», bajo la presidencia del profesor Adriano D. Rodrigues de la Universidad Nova de Lisboa; «Sociology of family», bajo la presidencia de Brian K. Barber, de la Universidad de Brigham Young (USA); «Neo-corporatism and technocratic forms of organization», expuesta por Wolf Heydebrand, de la Universidad de Nueva York (USA); «Política sociológica» expuesta por Gioachino Santanche, de Italia; «The notion of late capitalism post industrial society and post modernism», desarrollada por Fabio B. Da Silva de la Universidad de Notre Dame (USA); «Metodología sociológica», bajo la presidencia de Paulo Ammassari, de la Universidad de Roma; «Conflict resolution», bajo la presidencia de Piotre Sztompka, de la Universidad de Jagiellonski (Polonia). Cada una de las Comunicaciones citadas se desarrollaron y discutieron en una sola sesión. Algunas, en cambio, necesitaron dos. Así, la titulada «History of american Sociology», presentada por Barry V. Johnston, de la Universidad de Indiana (USA), y la titulada «Religion and social change», presentada por Enzo Pace y Roberto Cipriani, de la Universidad de Roma. Mención especial merece la Comunicación presentada por el profesor, chileno de origen, pero que profesa en la Universidad de Upsala (Suecia), Pablo Suárez, con su esposa Gladis Golborne, bajo el título «The electoral consequences of the enfranchisement of women». Asimismo, la que presentaron los profesores japoneses asociados, de la Universidad de Jashiro-Cho, Kato Gun, bajo el título «Social problems under industrialization in Japan». Ambas, muy fundamentales en datos sociológicos.

Aparte de las dos citadas anteriormente, escritas en lengua española, merecen destacarse otras dos Comunicaciones: la redactada en inglés, pero expuesta en español, por

el profesor de origen hispano, Darío Menanteau-Horta, de la Universidad de Minesota (USA), titulada «Solidaridad social e integración regional Latinoamericana», y la presentada en español por el notario mejicano, doctor por la Universidad de Salamanca, Hoffman Elizalde, bajo el título «La deuda externa: negociación y no confrontación». En las dos se trató de la ansiada unidad política iberoamericana, en el diálogo posterior a su respectiva exposición. Fue tema al que aludí personalmente en el diálogo, para captar el pensamiento de ambos autores, y en efecto, ellos comprenden esa unidad contando con España, como miembro formal de la misma. Darío Menanteau-Horta, en su «Comunicación», fundándose en datos sociológicos obtenidos mediante encuesta a estudiantes chilenos y bolivianos en especial, estudia la posible integración regional de Latinoamérica, bajo el prisma de la solidaridad social de sus pueblos. Roberto Hoffman Elizalde, analizó la premanente situación de deuda externa que padece México, desde el instante mismo que adquiere su independencia de España. Incluso la aventura imperial de Maximiliano no fue ajena a esta cuestión. Modernamente, la «estatización» de la Banca en 1982 no ha evitado el declive económico. Baste recordar que la deuda externa de México, en 1984, ha llegado a ser del 55 por 100 de la producción total del país. Es más, en 1985, la diferencia entre el aumento del PIP y la cobertura de los compromisos monetarios de la deuda externa, ha llegado a los 4.000 millones de dólares. De ahí sus conclusiones: a) necesidad de un acercamiento político con los países acreedores y subsiguiente negociación de la forma de pago; b) los países deudores (como soberanos) no pueden ser compelidos por la fuerza al pago de sus débitos; c) necesidad de aplicar la reducción de esos débitos y el reajuste de las tasas de interés; d) necesidad de preservar la vida de los Estados deudores, pues «los muertos no pagan»; e) en lo que respecta a Méjico, necesidad de «despetrolizar la economía», mediante el desarrollo de otras fuentes de riqueza. En cualquier caso, Hoffman Elizalde ponderó al papel básico y decisivo que en la resolución del problema ha de tener el factor humano.

Al mediodía del 20 de junio de 1986, quedó clausurado el XXVIII Congreso Mundial de Sociología. Previamente, se hizo memoria de las actividades del Instituto Internacional de Sociología en el tiempo transcurrido desde el anterior Congreso celebrado en México. Intervinieron su Presidente, Edgar F. Borgatta y su Secretario General Gioachino Santanche. Y se acordó celebrar el próximo Congreso en Roma, en la primavera de 1989.

I. PEIDRÓ PASTOR

EL PROFESOR DON JOAQUIN RUIZ-GIMENEZ, INVESTIDO DOCTOR HONORIS CAUSA POR LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE DEUSTO

En el marco de la celebración del Primer Centenario de la Universidad de Deusto, Bilbao, su Facultad de Derecho invistió Doctor Honoris Causa al Defensor del Pueblo y Catedrático de Filosofía del Derecho, Excmo. señor don Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, cumpliendo así el acuerdo de su Consejo de facultad que en votación secreta había decidido por abrumadora mayoría concederle este honor

«en razón de su defensa incansable, equilibrada y valiente de los valores cristianos de la convivencia social y política y en pro de la reconciliación».

En el acto de investidura, en que tomaron parte autoridades académicas, eclesiásticas, civiles, etc., tanto del país como del Estado, amén de un numeroso público, pronunció la Laudatio el Decano de dicha Facultad y Catedrático de Filosofía del Derecho Doctor don Ernesto Martínez Díaz de Guereñu, quien hizo una semblanza del homenajeado resaltando lo más destacado de su trayectoria académica, cultural, diplomática y política (v. pág. en este Anuario). El centro del acto lo constituyó la lección magistral del nuevo Doctor Honoris Causa sobre «Ética, Derecho y Política. Los derechos humanos», en que hizo un recorrido crítico, e histórico a la conquista doctrinal y política de los derechos humanos y abrió una perspectiva llena de esperanza sobre el porvenir y defensa de los mismos. El ritual de la investidura corrió a cargo del Vicecanciller de dicha Universidad Profesor Cincunegui asistido del señor Rector don Jesús M.º Eguíluz Ortúzar. El acto resultó, por encima de toda oficialidad y en gran medida gracias a la capacidad de irradiación humana del Defensor del Pueblo, inusitadamente grato y emotivo.

LAUDATIO DEL PROF. RUIZ-GIMENEZ

El sentimiento de fondo que me ocupa al comenzar esta laudatio es de una cierta perplejidad al comparar la precariedad de mi palabra con la magnitud del tema de mi discurso. Esta consideración, que puede parecer tópica y sin duda lo es en la mayoría de los casos, tiene esta vez para mí una apremiante realidad: la de tener que aprisionar en unos pocos minutos y en un verbo escaso el esplendor de un hombre cuya talla desborda las fronteras usuales del hombre ilustre. Emprendo, sin embargo, esta desproporcionada, a la vez que gratísima tarea, en la segura confianza de que sabréis prestar a mis débiles acentos el vigor y brillo de que sin duda carecen y que sabréis completar y llenar de realidad lo que está condenado a ser apresurado esbozo de una gran figura.

La contemplación y enjuiciamiento de alguien conspicuo, pero próximo a nosotros en el espacio, en el tiempo y en el común quehacer histórico, van acompañados indefectiblemente de una falta de perspectiva histórica, de esa necesaria perspectiva que dan la distancia en el tiempo y el enfriamiento de la pasión. Esta falta de perspectiva suele pecar característicamente, en lo que tiene de espontánea y no manipulada, no precisamente de abultamiento de la talla del personaje contemplado, sino muy al contrario, de achicamiento y relativización, de querer someter su dimensión real a los patrones ordinarios, al cliché del evento familiar y cotidiano.

Frecuentemente es el juego de intereses el que enturbia la visión de las dimensiones. Pero también en la visión supuestamente desinteresada parece como si, al negar al personaje las proporciones insólitas, quisiéramos justificar las exiguas dimensiones de nuestra común mediocridad, atribuyéndole proporciones tangibles, tal vez por una especie de innata iconoclastia frente a todo lo que sin licencia nuestra se yergue ante nosotros y nos interpela en nuestra medianía o indolencia.

No tenemos motivos para pensar que la figura de don Joaquín Ruiz-Giménez haya quedado a salvo de ese intento cercenador de sus contemporáneos y habré de referirme a ello más adelante. El propósito de esta breve alocución no es por cierto el de levantar un andamiaje encomiástico para adosar postizamente a la figura de don Joaquín una estucatura panegírica; no es el de interponer entre su imagen viva, entrañable y señera y el ilustre auditorio aquí presente una imaginería plateresca labrada de fingidos o abultados merecimientos, sino el de traer ante nosotros, en la tasada medida en que me es posible, un destello de su resplandor propio y genuino, dejándole brillar en su natural desnudez, la desnudez resplandeciente de un hombre con mayúsculas, de un incansable explorador de las vías de convivencia.

Pero al desgranar este elogio debo confesaros que estoy sufriendo al unísono con don Joaquín, pues conozco como vosotros su inmensa modestia e imagino certeramente lo que en este momento está sintiendo. Pero es mi deber el hacerlo, el deber por cierto jubiloso de este momento que se sabe acompañado del benévolo agrado vuestro al escucharlo, ya que de la acusación de lisonja me absuelve ya de antemano, como espero, mi manifiesta independencia.

Recordemos primeramente en brevísimos trazos los hitos de esta singular existencia en su descarnada, pero cautivadora facticidad.

Nace don Joaquín con sangre andaluza en la provincia de Madrid como hijo del Ministro liberal del mismo nombre. Junto a estudios de Filosofía en la Facultad de Letras, estudia y se licencia en Derecho y logra el birrete de Doctor en Derecho a los veinticinco años. A los treinta gana la Cátedra de Filosofía del Derecho en Sevilla y, tras un decenio de actividad política y diplomática, pasa en 1956 a la Cátedra de Salamanca, para acabar regentando desde 1960 hasta su jubilación la de Filosofía del Derecho de la Complutense. En total más de treinta años dedicados a la enseñanza universitaria y a la vida científica, como lo atestiguan sus numerosas e importantísimas publicaciones. Dos generaciones de juristas han tenido la suerte de recibir sus enseñanzas y la singular impronta de este gran educador.

Su trayectoria académica está entreverada o alternativamente salteada por su trayectoria cultural. A los veintiséis años es nombrado Presidente de la Organización Internacional de Estudiantes «Pax Romana» y en 1966, tras una larga vinculación con la misma, Presidente Internacional del Movimiento de Graduados. Por su parte el Papa Juan XXIII con ocasión del Concilio Vaticano II le nombra Experto en cuestiones sociales, jurídicas y políticas participando activamente en los trabajos de las Comisiones conciliares. Actualmente es Vicepresidente del Instituto Internacional de Derechos Humana-

nos de Estrasburgo. En 1975 es designado por el Director de la UNESCO para formar parte del «Grupo de Reflexión sobre los grandes problemas mundiales y la contribución de la UNESCO a su solución».

Si singular, universal y brillante es su trayectoria en lo cultural y académico, no lo es menos su trayectoria diplomática y política, que corre paralela o alternativamente a las ya mencionadas. A los treinta y cinco años es nombrado Embajador ante la Santa Sede, caso insólito de juventud, antes y después de él, en un representante diplomático ante una de las misiones más delicadas y honrosas del Occidente. De 1951 a 1956 es Ministro de Educación Nacional iniciando y potenciando en su mandato toda una serie de reformas tendentes a liberalizar la Enseñanza y hacer más democráticas las estructuras de la Universidad.

De esa época data el gesto que tuvo con el hoy igualmente Doctor Honoris Causa, por la Universidad de Deusto, don José Miguel Barandiarán, gesto decidido y valiente, de llamarle de su destierro a desarrollar un curso de Antropología en las Universidades salmantina y complutense y que significó el retorno definitivo del sabio desterrado.

Después del Concilio y convencido cada vez más de la necesidad y urgencia de una evolución democrática en España, comienza a trabajar en el seno de Izquierda Democrática hasta septiembre de 1977, en que cesa de toda adscripción a partidos políticos para consagrarse a la Universidad y al Instituto de Derechos Humanos.

Durante la última década del régimen franquista funda juntamente con otros intelectuales disidentes y dirige durante años la revista «Cuadernos para el Diálogo», creando con ella una plataforma de controversia y diálogo para el más amplio espectro de intelectuales y políticos en lucha por una efectiva apertura democrática.

Por fin, en 1982, a sus sesenta y nueve años, es decir a la hora en que el común de los mortales goza ya de un placentero y retrospectivo descanso, asume la descomunal tarea de Defensor del Pueblo, tarea suprema para la que es nombrado por una casi total unanimidad del Senado y el Congreso, y que sigue pesando hoy a sus setenta y tres años, sobre sus hombros insólitamente juveniles y animosos.

Hasta aquí el relato sucinto de su múltiple trayectoria pública.

Aludía al comienzo a las versiones achicadas y subalternas que el contemporáneo no tanto malévolo, cuanto superficial y mediocre, suele hacerse de personas constituidas en encubrimiento oficial o popular.

Una de esas versiones falaces sería la de considerar a don Joaquín como un hombre «converso», un hombre que abjura de su anterior ideología política como de su «peccatum iuventutis» y desemboca por evolución de las circunstancias externas en un credo democrático. No es esta ciertamente una versión maligna, ya que reconoce el derecho de toda persona a mudar sus convicciones, pues «errare humanum est» y de sabios el rectificar. No es ese el caso de don Joaquín. Nunca el desarrollo de sus convicciones evolucionó puramente en virtud de factores externos, ambientales y coyunturales como motor del cambio. Fue él precisamente quien se anticipó a esos factores externos y contribuyó poderosamente a su desencadenamiento y eclosión, convirtiéndose él mismo en impulsor y recolector de un nuevo alumbramiento democrático.

Don Joaquín es demócrata a nativitate, desde la médula misma de su ser. Su código genético espiritual, la marca indeleble y dinamizante de su espíritu, le ha llevado a buscar infatigablemente un equilibrio democrático en el ecosistema de la convivencia.

Igualmente falseada es la otra posible versión. Difícilmente habrá una vocación que tanto se preste a la distorsión como la del artífice de la paz. Situado el Mediador, necesariamente y por definición, entre dos o más frentes, concita a menudo sobre sí la sospecha de cada uno de los bandos de hacer el juego al adversario. Por otra parte el es-

pectador superficial o sin discernimiento del noble quehacer constructivo propende a tacharlo de oportunista. Ingrata y fatal fortuna ésta del hombre irénico, del hombre buscador de la paz que ve coinquinada su nobilísima tarea con esa sombra de duda. Cuán otra y cuán distinta es la actitud radical de don Joaquín, el latido más íntimo y persistente de su espíritu que le ha llevado a lo largo de su vida a buscar la verdad, la paz y la justicia en las circunstancias más adversas.

Y me estoy refiriendo capitalmente no a su labor en la última década del régimen anterior, cuando capitanéo y lideró valiente, equilibrado y responsable el cambio democrático, la apertura y desentumecimiento de las anquilosadas instituciones decrepitas, sino a aquella otra etapa que constituye todavía para algunos la piedra de tropiezo en el enjuiciamiento global de su persona: su colaboración como Ministro en el régimen franquista. No estoy mentando su etapa sombría. Estoy mentando aquello que constituye el más arriesgado acto de renuncia, la más sacrificada vocación de buscador de la paz y de la justicia in partibus infidelium, el supremo y arriesgado, a la vez que juvenil intento, de depositar en la masa inerte del triunfalismo intolerante el fermento y levadura de la libertad y la germinación de una doctrina social sin cercenamientos del poderoso. Si fracasó en su intento lo dirá la Historia, pero el haberlo intentado desde el mismo corazón de la estructura inicua es, a la vez que un acto de valentía, y acaso de juvenil temeridad, la prueba prematura y constante de su fe indestructible en la bondad radical del hombre.

Porque esa fe en lo bueno del hombre constituye una de las facetas más gratas, más relevantes y sorprendentes del talante humano y cristiano de don Joaquín. Por esa fe arriesgada en el hombre ha buscado y encontrado siempre, con brújula certera, en lo malo lo bueno, en lo errado lo recto, en lo exagerado la proporción justa y en la diferencia cicatera su complemento salvador. Esa fe es la que le ha llevado a ser constantemente conjuntador y propulsor de lo positivo e imantador de afinidades y convergencias en las polaridades contrapuestas.

Pero a la vez, esa fe en el hombre no ha sido una fe ciega o ingenua, desconocedora de la iniquidad o de la adversidad de las circunstancias, sino una fe atemperada y pilotada por el supremo arte de lo posible, por lo que en términos de la política clásica se llama la virtud de la prudencia.

En verdad que don Joaquín ha sido también un excelente maestro en la orfebrería de lo posible.

Estas dos excelencias, frecuentemente disoriadas de la fortaleza y la prudencia, es decir aquí, de fe aguerrida en el hombre y de sentido posibilista, son las que han convertido a don Joaquín en un momento vivo y vital de la pacificación y reconciliación. Don Joaquín ha cabalgado incansablemente hacia la paz contra cualquier inclemencia por el camino del Derecho. De un derecho no puramente legal, sino entendido como justicia, como derecho «humano», pero de una justicia que ha tratado de ser la justicia posible e intrépidamente propulsada en cada coyuntura histórica, y en cada jalón de la convivencia de los pueblos de España.

Jaun-andere-txit argiok, euskaldun herkieok: zin-zinez sinisten dut kristau fedeko eta lur-zabaleko zaldun hau pakearen eta elkarbiziaren bilaketa etengabe aren eredu pozgarria dugula, elkarrenganako begirunez betetako pakearen eredu, noski.begirune pakezale horrek ez du guk bezela pentsatzen ez dutenak gaitzesten, baizikan gizakume eta gizatalde bakoitzarengan heuren ekinaldiezkutuen mamirik onena azaltzen saiatzen den begiruneada. Egin ere bai egin eta egiten ditu don joaquinek pake ahal-eginak euskadiren alde. Betidanik izan bait du honen nortasun bereziarekiko eta asaben eskubi-dearekiko aditze eta maitetasuna.

Creo sinceramente que también nosotros, ciudadanos vascos, podemos ver en este caballero cristiano y universal un grato ejemplo en la búsqueda incansable de la paz y la convivencia, una convivencia basada en el mutuo respeto; un respeto que no condena al que no piensa como nosotros, sino que trata de encontrar en cada individuo y en cada grupo lo mejor y más ideal de sus más secretos impulsos. También por Euskadi ha hecho y sigue haciendo esfuerzos de pacificación y siempre ha tenido afecto y comprensión por la peculiar identidad y derechos históricos del pueblo vasco.

En fin, ilustre auditorio aquí presente; si abarcamos con la mirada su andadura vital no parece, sino que hubiera convertido en lema aquello que Isaías dijo proféticamente en su lengua hebrea: WEHAYA MAASEHASSEDAQA SHALOM: «y el oficio y menester del Derecho será la Paz». O aquel otro del salmo salomónico (págs. 45,5): «Cabalga por la causa de la verdad y de la clemencia en la Justicia.»

Ernesto MARTÍNEZ DÍAZ DE GUEREÑU
Decano de la Facultad de Derecho
Deusto-Bilbao, 31 de marzo de 1987

NOTICIAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

La Sociedad celebrará del 17 al 19 de diciembre de este año las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, cuya organización ha encargado el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, que dirige el Profesor don Manuel Atienza. Tres temas principales y una mesa redonda constituyen la base del programa. Los temas serán desarrollados por un ponente y un contraponente, dándose a conocer además las comunicaciones sobre los respectivos temas. Estos serán: *Argumentación jurídica y racionalidad práctica* (ponente: A. Aarnio, Helsinki; y contraponente: J. J. Gil Cremades, Zaragoza); *Ética, economía y criterios de legitimidad* (ponente: E. Garzón Valdés, Maguncia; contraponente: A. Calsamiglia, Barcelona); *¿Qué son los derechos humanos?* (ponente: F. Laporta, Madrid; contraponente: A. E. Pérez Luño, Sevilla). La mesa redonda estará dedicada a *Filosofía y Derecho en la obra de F. González Vicén*, y en ella intervendrán profesores de Filosofía del Derecho, Moral y Política de distintas Universidades españolas.

La Sociedad celebrará el día 19 de diciembre de 1987 su asamblea general. La convocatoria, con el orden de la misma, será enviada oportunamente a los socios por el Secretario.

NOTICIAS DEL «ANUARIO»

Respecto del volumen correspondiente a 1988 se concreta así la posible colaboración:

1. El tema de la sección monográfica, como ya se anunció, será: «*Problemas actuales de Sociología del Derecho*». Caben en ella trabajos de diversa índole, desde metodológicos hasta de sociología jurídica empírica.
2. La segunda sección contendrá trabajos de variada temática, a fin de atender las diversas líneas de investigación de nuestras Cátedras.

3. Se aceptarían de buen grado comentarios a algún libro reciente, preferentemente de autor en español, que pueda suscitar las respuestas del mismo. También son de interés los comentarios a bibliografía reciente sobre un tema o dirección científica.

4. Pueden enviarse informaciones sobre reuniones científicas celebradas por los distintos departamentos o a los que asistan los socios.

5. Sigue resultando difícil la sección que incluye breves reseñas bibliográficas, a pesar del interés que encierra. Serían, por ello, bien recibidas contribuciones individuales y sugerencias sobre la sección, como, por ejemplo que algunos Departamentos se encargaran de la bibliografía sobre la que principalmente investigan.

6. El plazo recomendado de entrega de originales expira el 30 de abril de 1988. La extensión de los trabajos debe ser moderada, dado el buen número de colaboraciones que actualmente llegan.

VI
DOCUMENTOS

ESTATUTOS DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL (*)

§ 1. NOMBRE, SEDE DE LA ASOCIACION Y DEL SECRETARIO

1. Esta Asociación, que fue fundada el 1 de octubre de 1909, se denomina «Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social» (en alemán: «Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie»; en francés: «Association Internationale de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale»; en inglés: «International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy» y en abreviación en las tres lenguas oficiales como «IVR».

2. La IVR tiene su sede en Wiesbaden, República Federal de Alemania.

3. La sede del Secretario de la IVR será determinada por el Comité Ejecutivo y hecha conocer en la revista *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*.

§ 2. FINALIDAD

1. La finalidad de la Asociación es el cultivo y promoción de la Filosofía jurídica y social a nivel nacional e internacional. Esta Asociación está abierta a todas las tendencias científicas.

2. La Asociación no persigue ningún objetivo económico. No sirve al beneficio económico de sus miembros. Ninguno de ellos puede beneficiarse de pagos o remuneraciones inapropiados.

3. Para la consecución de sus finalidades la Asociación utilizará todos los métodos de la actividad científica, así como los medios de difusión del conocimiento científico y de su pública discusión. En particular están previstas las siguientes modalidades de funcionamiento:

a) La revista internacional «Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie» (inglés: «Archives for the Philosophy of Law and Social Philosophy», francés: «Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale», abreviado: ARSP) será publicada por autorización de la Asociación. Aparecerá cuatro veces al año.

b) Ocasionalmente se publicarán *Beiheft* del ARSP.

c) El presidente, cuando sea necesario, publicará un periódico (*Newsletter*), que será enviado a las secciones nacionales.

(*) Traducción del texto oficial en alemán aprobado por la Asamblea General el día 26 de agosto de 1987 en Kobe (Japón).

d) La Asociación, así como sus secciones nacionales, organizarán congresos, conferencias y otras actividades de semejante naturaleza. Las secciones nacionales son autónomas con respecto a la organización de sus actividades y también absolutamente responsables de sus cargas financieras.

§ 3. MIEMBROS

1. Cualquier individuo interesado en Filosofía jurídica y social puede ser miembro de la Asociación. La cualidad de miembro se adquiere:

a) A través de la admisión en una sección nacional de acuerdo con las condiciones de admisión de esa sección.

b) A través de una solicitud a la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social y su aceptación por el Comité Ejecutivo de la IVR.

2. La cualidad de miembro se pierde por renuncia o muerte del miembro. Si un miembro no ha pagado sus cuotas durante tres años puede ser expulsado por el órgano que le admitió.

§ 4. MIEMBROS DE APOYO

1. Las Asociaciones, sociedades, instituciones, bibliotecas y otras personas jurídicas, en base a una declaración por escrito de que están dispuestas a fomentar con la correspondiente contribución los fines de la IVR, pueden recibir el *status* de «miembro de apoyo». El Comité Ejecutivo decide sobre dicho reconocimiento. Para aquellos solicitantes que pertenezcan al ámbito de actuación de una sección nacional, la admisión como tal miembro se producirá tras haber oído a la sección nacional. Una lista de los miembros de apoyo será publicada anualmente en la revista ARSP.

2. La condición de miembro de apoyo se pierde por la declaración a tal efecto del miembro de apoyo o a través de una resolución del Comité Ejecutivo de la IVR.

§ 5. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

1. La IVR es una asociación de acuerdo con las leyes de la República Federal de Alemania. La sección nacional de la República Federal de Alemania es una sección de la IVR; funciona y lleva sus asuntos de igual manera que otras secciones nacionales. Las secciones nacionales son asociaciones de acuerdo con las leyes de sus propias naciones.

2. El Comité Ejecutivo decide la aceptación de una asociación como sección nacional de la IVR.

3. Las secciones nacionales, si es necesario, pueden formar subsecciones. Estas subsecciones están conectadas con la IVR a través de sus secciones nacionales.

4. Las secciones nacionales pueden tener varios nombres; por lo menos en el subtítulo se deberá dejar claro su pertenencia a la IVR.

5. Las secciones nacionales entregarán anualmente a la IVR una parte de las cuotas que determine el Comité Ejecutivo.

6. Los órganos de gobierno de la IVR son:

a) La Asamblea General.

b) El Comité Ejecutivo.

7. Si es necesario, la Asamblea General puede establecer órganos para tareas especiales.

§ 6. LA ASAMBLEA GENERAL

1. La Asamblea General es el más alto órgano de la IVR. Se compone de la totalidad de los miembros de la IVR (§ 3, art. 1). Cada miembro presente en la reunión de la Asamblea General tiene un voto y el derecho a tomar la palabra. Las opiniones por escrito de miembros no presentes pueden ser leídas en la Asamblea General.

2. La Asamblea General ordinaria se reúne cada cuatro años, si es posible coincidiendo con un congreso mundial de la IVR.

3. La Asamblea General será convocada por el Comité Ejecutivo, publicando el orden del día en un número de la revista ARSP, que deberá aparecer al menos tres meses antes de la fecha de la Asamblea General.

4. La Presidencia de la reunión de la Asamblea General es asumida por el presidente de la IVR. En caso de su impedimento, la Asamblea General elegirá uno de los vicepresidentes u otro miembro para presidir la reunión.

5. La Asamblea General elige al presidente, a los vicepresidentes y a los otros miembros con voto del Comité Ejecutivo, así como dos auditores, quienes presentan un informe por escrito a la Asamblea General Ordinaria.

6. La Asamblea General decide por mayoría simple de todos los miembros presentes la organización del trabajo de la Asociación, los principios básicos del presupuesto, la elección y cese del Comité Ejecutivo, la elección de los auditores y la aprobación de las cuentas, así como el Reglamento de la IVR.

7. La Asamblea General decide, por tres cuartos de la mayoría de todos los miembros presentes, la reforma de los Estatutos y la disolución de la Asociación.

8. La Asamblea General trata sobre los asuntos incluidos en el orden del día y adopta las resoluciones necesarias. Está permitido delegar decisiones en el Comité Ejecutivo. La ampliación del orden del día está permitida sólo por dos terceras partes de la mayoría.

9. Se levantará acta de las reuniones de la Asamblea General, en la que se hará constar los resultados de las votaciones y todas las resoluciones aprobadas.

10. Los detalles sobre el funcionamiento de la Asamblea General, especialmente sobre votaciones y redacción de las actas, serán establecidos por el Reglamento.

§ 7. ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA

1. Una Asamblea General Extraordinaria será convocada por el presidente en el plazo de un año cuando:

- a) El Comité Ejecutivo lo acuerde por dos tercios de la mayoría.
- b) Lo pida un cuarto de las secciones nacionales.

2. La propuesta de celebrar una Asamblea General Extraordinaria debe ser razonada. El orden del día de la Asamblea General Extraordinaria será formalizado por el Comité Ejecutivo de acuerdo con la propuesta. El Comité Ejecutivo también determina el lugar y la fecha de la Asamblea General Extraordinaria.

3. No está permitida una ampliación del orden del día de la Asamblea General Extraordinaria.

4. La Asamblea General Extraordinaria conocerá de un informe contable sólo cuando haya asuntos económicos en su orden del día.

§ 8. EL COMITE EJECUTIVO

1. El Comité Ejecutivo es el más alto órgano ejecutivo de la IVR. Pertenecen al Comité Ejecutivo e incluye como miembros con voto:

- a) El presidente;
- b) cuatro vicepresidentes, como máximo;
- c) quince miembros, como máximo,

y como miembros sin voto:

- d) el Secretario General;
- e) el redactor-jefe de la revista ARSP, si no ha sido elegido al mismo tiempo miembro con voto.

2. El Comité Ejecutivo nombra a petición del presidente al Secretario General y al Tesorero. El Comité Ejecutivo dará autorización por escrito al Secretario General para gestionar los asuntos ordinarios de la Asociación, según determine el Reglamento, de acuerdo con las indicaciones del Comité Ejecutivo y las instrucciones del presidente. La autorización por escrito puede también incluir el cumplimiento de trabajos concretos que no estén dentro de los asuntos ordinarios. El Tesorero será autorizado por escrito para llevar a cabo las actividades económicas ordinarias. Este está obligado a llevar regularmente las cuentas financieras. Las decisiones económicas más importantes son incumbencia del presidente. El Presupuesto se establece conjuntamente por el presidente, el Secretario General y el Tesorero.

3. El Comité Ejecutivo nombra al redactor-jefe y a los miembros del Comité de Redacción del ARSP.

4. El Comité Ejecutivo puede decidir, si están presentes al menos la mitad de sus miembros con voto y entre ellos el presidente actual u otra persona autorizada por él para presidir la reunión.

5. El Comité Ejecutivo toma decisiones por mayoría simple. En caso de empate el presidente decidirá.

6. El presidente puede someter cuestiones concretas a la decisión del Comité a través de una carta.

7. El período de mandato del Comité Ejecutivo es de cuatro años. Este termina con la elección de un nuevo Comité Ejecutivo por la Asamblea General ordinaria (§ 6, art. 5).

8. Más de una reelección consecutiva de un miembro con voto del Comité Ejecutivo sólo es posible por el voto de dos tercios de la mayoría.

§ 9. EL PRESIDENTE

1. El representante legal de la Asociación es el presidente, al que le incumbe ejecutar las resoluciones de la Asamblea General y del Comité Ejecutivo.

2. En caso de incapacidad permanente del presidente el Comité Ejecutivo puede facultar a uno de los vicepresidentes para asumir sus funciones.

§ 10. PREPARACION DE LAS ELECCIONES

1. El Comité para la presentación de propuestas de elección será convocado por el presidente de la IVR antes de la Asamblea General y se reúne bajo su presidencia. El Comité se compone de los siguientes miembros con voto:

- a) Los miembros presentes del Comité Ejecutivo de la IVR (§ 8, art. 1 a) hasta la e)).
- b) Un representante de cada sección nacional no representada por ningún miembro del Comité Ejecutivo.
- c) Un representante de los miembros de la IVR que no sean miembros de ninguna sección nacional.

2. La misión de este Comité es la presentación de propuestas para la elección del presidente, los vicepresidentes, los demás miembros del Comité Ejecutivo y los auditores, así como los miembros de otros órganos, siempre y cuando tales miembros tengan que ser presentados y elegidos por la Asamblea General.

3. Las nominaciones tendrán en cuenta no sólo la necesidad de conservar el carácter internacional del Comité Ejecutivo y el máximo equilibrio en la representación de los intereses científicos y las diversas corrientes de opinión dentro de la Filosofía del Derecho y la Filosofía Social, sino también la necesidad de representación de los diferentes continentes y naciones. Las nominaciones tenderán, en cuanto sea posible, que al menos un tercio de los miembros del Comité Ejecutivo saliente continúen dentro del Comité entrante y que al menos un tercio sea renovado.

4. Las nominaciones pueden contener varias alternativas.

5. La competencia de este Comité, de acuerdo con estas disposiciones, no excluye el derecho de nominación por parte de los miembros asistentes a la Asamblea General.

6. El Comité puede también proponer candidatos para el nombramiento de presidentes Honorarios.

7. Los detalles del procedimiento para la nominación y propuestas para el nombramiento de presidentes honorarios se incluirán en el Reglamento de la IVR.

§ 11. TITULOS HONORARIOS

En base a una recomendación del Comité de Nominación, la Asamblea General ordinaria puede conceder el título de «Presidente Honorario» de la Asociación Internacional para la Filosofía del Derecho y Filosofía Social» según las siguientes condiciones:

- a) Al candidato que haya realizado especiales aportaciones dentro del ámbito de la Filosofía del Derecho y Filosofía Social.
- b) Candidato que haya prestado extraordinarios servicios a la IVR.

§ 12. REFORMA DE LOS ESTATUTOS

La Asamblea General ordinaria puede decidir una modificación de los Estatutos sólo cuando la modificación estuviera incluida como tema del orden del día en la convocatoria de la Asamblea General.

§ 13. DISOLUCION DE LA ASOCIACION

En el caso de disolución de la Asociación, el activo existente será, con el permiso de las autoridades financieras, transmitido a una sociedad científica, cuyo trabajo sea semejante a los propósitos de la IVR.

§ 14. ENTRADA EN VIGOR DE LOS ESTATUTOS

Estos Estatutos sustituyen a los Estatutos hasta ahora vigentes de 1 de septiembre de 1979. Entrarán en vigor desde (*).

Su texto será publicado dentro del año en el ARSP.

(*) La fecha queda supeditada al cumplimiento de los trámites previstos por la legislación alemana.

VII
CRITICA BIBLIOGRAFICA

DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES ENTRE PARTICULARES

JOSE MANUEL ROMERO

Madrid

Nos encontramos ante una obra de tesis (*) tan brillantemente expuesta como discutible. Una obra, así pues, necesaria y oportuna, tanto más cuanto que el supuesto que debate es tan vivo y cercano como las posiciones encontradas que concita a su alrededor. Una tesis que no es sólo una toma de posición sobre un aspecto técnico jurídico —por importante y delicado que aparezca—, sino la consideración crítica de un proyecto general de sentido sobre la virtualidad de los derechos fundamentales y la crítica militante de otro proyecto precisamente contrario.

1. LA TESIS

La tesis se refiere a la *Drittwirkung*, esto es, a la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas. La crítica se centra en:

a) Una orientación de nuestro Tribunal Constitucional:

«la tendencia al reconocimiento genérico de la *D* en los casos concretos... De esta liberalidad en reconocer y proteger los efectos entre particulares de los derechos fundamentales» (págs. 139-140).

b) Uná mediación utilizada en esta amplitud:

«... la doctrina de la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación “de los derechos fundamentales” por deficiente protección» (pág. 140).

c) El presupuesto ideológico que comporta:

«La *Drittwirkung*... no es un resultado de un proceso interpretativo *normal*, sino la elección de un horizonte hermenéutico, la libre posición de un proyecto de sentido... el *Richter-recht*, Derecho judicial o de juez, en definitiva del juez constitucional que es el que tiene el poder de atar y

(*) J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Cuadernos Cívitas. Madrid. Cívitas, 1986.

desatar... Es casi fatal... que el juez constitucional desborde los cauces y salte los muros “¿por qué?... porque el valor tiene su propia lógica, que puede llevar hasta el cambio constitucional en una escala sin parangón posible”. (FORSTHOFF)» (págs. 143-144).

2. LA DRITTWIRKUNG

Los autores parten de una descripción conceptual del término y realidad conocido como *Drittwirkung* («incidencia de los Derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas», pág. 11).

El tratamiento de la aparición de este fenómeno hace una primera evocación nostálgica a aquel idílico estado en el que la Constitución y el Código Civil se asentaban como básicos pilares de la sociedad liberal. Tanto más fundantes cuanto más estrictamente paralelos y sin encuentro posible se representaran esos dos vectores.

Los autores reconocen que en efecto las cosas ya no son así, pero a renglón seguido de este reconocimiento la nostalgia metódica plantea los fundamentos que científicamente abocarán en la añoranza del Estado liberal. Esos fundamentos son unos «puntos de principio», cuya *neutralidad* es discutible. En efecto, si como punto de partida se toma que *la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad son conceptos opuestos a la Drittwirkung*, se está hurtando otra afirmación que también puede aparecer evidente a quien no tenga el mismo *background* liberal de los autores: que *no puede haber real autonomía de la voluntad sin profundo respeto y protección de los derechos fundamentales en las relaciones particulares* precisamente para evitar que la insuperable primacía de la *autonomía de la voluntad del más fuerte* (Cfr. págs. 13 a 15).

Planteado con toda claridad el disentiendo de este punto de partida, no es posible, sino coincidir plenamente en los demás presupuestos del tratamiento del tema que se dan en el libro a:

— La necesaria distinción entre:

- primacía de la Constitución;
- ámbito de los derechos fundamentales;
- competencia del Tribunal Constitucional (págs. 15-17).

— La matización de la diferente entidad de los diferentes derechos fundamentales en relación con la posible atribución o no de un grado uniforme de *Drittwirkung* (págs. 17 y 18).

El discurso continúa con la exposición de la elaboración doctrinal de la *Drittwirkung* en Alemania y su aplicación por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Esta exposición de una precisión indudable y, lo que es más difícil, dotada de una gradación argumentativa que denota un estilo literario muy apreciable, suscita alguna reflexión. Puede afirmarse sin duda que la jurisprudencia alemana no ha acabado de zanjar doctrinalmente el tema de la *Drittwirkung* y que efectivamente ese concepto tan poético como poco preciso de la «irradiación» (*Austrahlung*) de los derechos fundamentales no alinea al Tribunal Constitucional en ninguna de las dos posiciones extremas sobre la *Drittwirkung*. Lo que ocurre es que un lector que se esfuerce con imparcialidad por interpretar adecuadamente la posición de García Torres y Jiménez Blanco podría pensar que ellos sí se alinean precisamente en una de las posiciones extremas —la de la negativa a admitir la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares— y por ello no pueden alegar en su favor la jurisprudencia alemana.

La impresión es tanto mayor cuanto que la muy matizada, dudosa y vacilante

posición de nuestro Tribunal Constitucional suscita una crítica cerrada por los autores del libro. En todo caso, lo que en ningún caso puede discutirse es que la jurisprudencia alemana jamás ha rechazado la posibilidad de esta incidencia inmediata y lo que sí ha discutido es, en cada caso, precisamente cuál de los derechos fundamentales que entran en juego en la situación conflictiva debería primar. No se niega la incidencia inmediata de los derechos fundamentales, lo que se hace es medir su peso específico respectivo para solucionar el conflicto. Se puede comprobar todo esto en la misma exposición que los autores hacen en las páginas 32 y 33 de algunas de las sentencias.

Atienden seguidamente los autores a la recepción de la *D* en la doctrina española. Al estudio pionero de Quadra-Salcedo se dedican, a mi entender, menos líneas y menos precisión de la que aquel trabajo merece.

De entre las cuestiones que podían haber merecido la atención de un comentario o una toma de postura se encuentran, por ejemplo:

1) La inapreciable distinción que hace Quadra-Salcedo sobre la cuestión del recurso de amparo ejercitable o no por los particulares contra otro particular, y la incidencia de la *Drittwirkung* en tales relaciones, pero manifestada primeramente como pretensión jurisdiccional en sede ordinaria y no constitucional. Esta distinción es olvidada como veremos por los autores, con un efecto negativo.

2) Un problema-doble de mucha incidencia en este tema: el de la prohibición de entrar en la revisión de los hechos declarados probados por el Tribunal «a quo» en los supuestos de recursos de amparo contra actos del correspondiente Tribunal, y a la vez la necesidad de que tales hechos supongan una «directa» e inmediata lesión a un derecho fundamental, y no simplemente un óbice o dificultad «indirecta» a su ejercicio.

3. LA POSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los capítulos IV y V constituyen el corazón de la obra que se comenta. Se dedica el primero de ellos a las posibilidades de interpretación de los enunciados constitucionales contenidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la CE.

Se centra aquí la crítica a una posible aplicación inmatizada de *D* de cada uno de los derechos fundamentales particulares. Los autores se inclinan en principio por una posición muy abierta:

«A nuestro juicio, la tesis más exacta es la de que una significativa porción de los preceptos constitucionales relevantes —artículos 14 a 29 y 30.2 CE— admitirían que se afirme su *Drittwirkung*.»

Una vez reconocido esto, y en un esfuerzo fundamentalmente argumentativo, tratan los autores de matizar la anterior afirmación, procurando infiltrar la idea de que no todo derecho fundamental tiene *Drittwirkung*. Para ello acuden a jurisprudencia constitucional que —en su opinión— abonaría esta tesis. La consideración que este repaso sugiere es más bien de efecto contrario: así, según se aprecia, lo que en realidad hace la doctrina jurisprudencial alegada es matizar que existen *aspectos* o *monumentos* de las declaraciones de los derechos que no atribuyen derechos subjetivos a los ciudadanos. Pero esta característica juega no sólo en las relaciones entre particulares, sino también frente a los poderes públicos. No cabe otra ampliación argumentativa más allá de estos precisos límites de las Sentencias del Tribunal Constitucional 93/83, 68/85, 66/82 ó 15/82.

a) *La doctrina de la imputación de la violación a los órganos jurisdiccionales*

El primer reproche que debería hacerse al capítulo V, central del libro, es que el tratamiento que en él se hace no es la incidencia de los Derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares. De lo que en él se habla es sobre la pertinencia de que puedan acudir al amparo constitucional —y no mantenerse en el amparo judicial— los ciudadanos que hayan sufrido la correspondiente violación.

Homologando el lenguaje de estas líneas con el de los autores, podríamos asegurar que su denuncia de la «finta alemana» constituye, a su vez, otra finta: veamos la razón de esta afirmación.

Puede que sea criticable la vía acogida por nuestro Tribunal Constitucional que, de modo semejante al alemán, estima que:

«Puede hablarse de una violación autónoma, directa e inmediatamente originada en la sentencia judicial e independiente de los hechos que dieron lugar al proceso fallado por aquélla (como exige e impone el artículo 44.1 LOTC) cuando el juez o Tribunal del Poder Judicial no ampara el derecho violado o, en otras palabras, cuando aquel juez o Tribunal ha entendido que la violación (por ejemplo, del empresario) no existe y el Tribunal Constitucional es de parecer contrario. Lo que vale decir: hay violación “autónoma” imputable directamente a un órgano jurisdiccional e independiente de los hechos cuando surge un conflicto de interpretación entre el Tribunal Constitucional y un juez o Tribunal del Poder Judicial sobre el significado y alcance del derecho fundamental “accionable” en amparo violado (originariamente) por un particular» (págs. 75 y 76).

Esta posición según los autores es rechazable por estas razones:

— La estricta consideración de que el sujeto de la violación *debe ser un poder público* (al examen de este concepto dedican muy importantes líneas).

— La estricta definición del artículo 44.1 LOTC sobre la accionabilidad en amparo contra las sentencias que exige que la violación tenga origen *inmediato y directo* en la actuación del Tribunal o juez, y no en la del sujeto particular que era parte en la contienda a la que la sentencia dio fin.

— La estricta doctrina de la *inatacabilidad de los hechos* en las revisiones que el Tribunal Constitucional hace de los actos del Poder Judicial.

Los autores llaman *finta alemana* a la ampliación del área de acción que en principio parece acotar legalmente esos estrictos márgenes. Volveremos después sobre esto, tras mostrar que la crítica de esta finta, supone a su vez, una técnica de persuasión.

Parece a primera vista que la posición de los autores, al *limitar su crítica* a la *accionabilidad en amparo constitucional contra las violaciones de los derechos fundamentales* en las relaciones jurídicas *entre particulares*, mantiene sin reproche la posible *accionabilidad* judicial de tales violaciones. Esto es, que un particular que estimara que en una relación jurídica con otro particular —ya sea la laboral (tan frecuente como reconocen los autores), ya de otro tipo (familia, libertad de expresión, etc.)— se ha violado un derecho reconocido por la Constitución podría exigir un pronunciamiento ordinario que recompusiera la relación de conformidad con aquel principio o valor fundamental.

La impresión de quien lee el libro es que los autores defienden una doctrina que niega esta posibilidad. No sólo cabe apreciar una «pulsión secreta» en la actitud del Tribunal Constitucional, que se esfuerzan en «desenmascarar» García Torres y Jiménez Blanco. También la tienen los dos magníficos profesores y en un sentido muy claro (cfr.

pág. 146): es peligroso que los derechos fundamentales sean moldes de la sociedad, puesto que su papel es el de ser solamente límites del poder político (págs. 141-142) y que en relaciones jurídicas entre particulares la incidencia de los derechos fundamentales debe ser «obra del legislador, no del juez» (pág. 127, nota 76).

b) *La justificación del amparo contra sentencias que resuelven conflictos entre particulares*

Si hay un reproche central que hacer al discurso —tan lúcido en la persecución de su argumento como brillante en su trazado literario— de los autores es en esta tesis final, en la que de modo inevitable se han encontrado: No es posible amparo judicial ni constitucional de las violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos producidos por otros ciudadanos en las relaciones jurídicas privadas; porque los derechos fundamentales sólo inciden en tales relaciones a través de la traducción normativa ordinaria del legislador.

Esta crítica se funda en que la conclusión a que llegan los autores no es el fruto de un irreprochable juicio técnico-jurídico o de política procesal de mantenimiento de las relaciones jurídicas. Ninguna de estas razones puede justificar que dada la posición de los autores se llegue a una conclusión diferente de la que se mantiene en este libro.

En este sentido, se puede y a mi entender se debe partir de una hipótesis diferente y seguir un proceso dialéctico igualmente irreprochable que contuviera los mismos elementos positivos que el analizado, pero llegando a una posición y conclusión diferente. No es este el momento de desarrollarlo por extenso, pero sí de indicar sumariamente los pasos de esa argumentación.

a) Los derechos fundamentales inciden en todas las situaciones y relaciones jurídicas por ser inspiradores del sistema jurídico total. Este sería el punto de partida precisamente opuesto al que mantienen García Torres y Jiménez Blanco.

b) Esa incidencia debe manifestar como «troquel» o molde (por utilizar la expresiva terminología de los autores) en la instancia legislativa y como «troquel» o límite en la instancia judicial de las violaciones de los derechos fundamentales que cometa cualquier sujeto, sea público o privado.

c) Las violaciones (o de modo más genérico «las lesiones». Cfr. Quadra-Salcedo, págs. 94-95) de los derechos fundamentales por los particulares no son amparables por acción constitucional directa, sino que es la jurisdicción ordinaria la competente para enjuiciar y reparar (si procede) la violación cometida. Así se ve que no es ésta una de las «posiciones extremas» a las que se refería la jurisprudencia alemana.

d) Si se aprecia por el justiciable que la violación de los derechos fundamentales no ha sido reparada, en sede jurisdiccional ordinaria, habría acceso al amparo constitucional en virtud del artículo 44.

e) La condición inexcusable será —como reconoce nuestra jurisprudencia— no afectar a los hechos aceptados por la instancia, sino a la calificación jurídica directa, inmediata y específica, de violación o no violación del derecho fundamental de que se trate.

f) El ámbito de la violación cometida por el juez que no aprecia una violación real de un derecho fundamental puede no venir determinada sólo por el marco normativo procesal, sino también por los datos materiales o de fondo.

No hay así, pues, «finta», sino inversión dialéctica, que hace caminar el discurso por el recto camino de la deducción lógica.

4. UNA REFLEXION FINAL

Hay además de todo lo dicho, un último apunte que hacer al capítulo final sobre la jurisprudencia concreta del Tribunal Constitucional referido a los diferentes supuestos materiales de hecho sobre los que se ha desplegado tal jurisprudencia. Creo que ese capítulo hubiera sido el lugar adecuado para comentar las modificaciones que en la regulación de diferentes relaciones jurídicas privadas se han producido por la indudable incidencia de la función limitadora de los derechos fundamentales sobre tales relaciones.

No me refiero fundamentalmente a la corrección que los mismos jueces han realizado, ante una pretensión procesal congruente, de la normativa sobre, por ejemplo, filiación, régimen del quebrado, sistema de notificaciones, aun antes de que se modificaran las correspondientes leyes. Me refiero a un estudio material sistemático de lo especialmente significativo, que para el Derecho privado español ha sido el despliegue de la acción del Tribunal Constitucional en el campo, por ejemplo, de las relaciones laborales, o de la libertad de cátedra en centros privados, o de condiciones ilegítimas puestas por el testador o la protección de la intimidad al enjuiciar lesiones de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares.

Se echa de menos un tratamiento más detenido de estos aspectos. Esta falta contrasta aún más con el tono caricaturesco con el que se analiza con un envidiable desparpajo literario, casos de recursos de amparo no justificados, ni justificables por la levedad de las motivaciones aducidas.

En definitiva, ese comentario o revisión de doctrina hubiera puesto de manifiesto el efecto benéfico de tal incidencia. La sensata actuación del Tribunal Constitucional ha matizado muy cuidadosamente este instrumento de la *Drittwirkung*. Entre tales efectos no ha sido el menor el cuidar precisamente de que la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de pacto tuvieran un área de auténtica y transparente igualdad en la que «el más fuerte» no impusiera —con la excusa de «su» libertad— «su» propia ley.

Quede como reflexión final el alborozo que produce la lectura de esta obra. La oportunidad del tema tratado, la viveza del razonamiento y la actitud activa que induce en el lector se unen a un estilo literario tan jugoso como infrecuente en nuestras obras científicas. Nuestra enhorabuena a los autores que saben mezclar dosis, a veces dispares y discutibles, pero siempre renovadoras, de casticismo, humanismo y ciencia.

REPLICA A JOSE MANUEL ROMERO

JESUS GARCIA TORRES Y ANTONIO JIMENEZ BLANCO

Nuestro brillante colega y buen amigo José Manuel Romero Moreno ha tenido la amabilidad de reflexionar sobre una reciente obra nuestra y poner por escrito sus ideas. Partiendo de la base de que sus criterios no siempre coinciden con los nuestros, nos invita a que, en turno de réplica, volvamos a manifestarnos.

Recordemos las dos ideas-fuerza de nuestro libro: primera, son cosas distintas el plano material o sustantivo (si los derechos fundamentales rigen o no en las relaciones entre particulares) y el plano procesal (si el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional puede servir para conocer de eventuales violaciones de derechos fundamentales en tales relaciones); y segunda, y en cuanto al indicado plano material o sustantivo, la respuesta no puede ser global, sino que ha de resultar de un análisis singular para cada uno de tales derechos.

Frente a ello se alza Romero con las siguientes ideas básicas:

— El núcleo del libro, que en su capítulo V, se dedica casi en exclusiva al plano procesal, olvidando las cuestiones de fondo.

— En cuanto a éstas, los autores en última instancia tienen una irrefrenable tendencia a la respuesta negativa genérica, de manera que nos alineamos con claridad, nosotros sí, en una «posición extrema».

— En fin, somos nostálgicos de un momento idílico ya desaparecido en el que la «autonomía de la voluntad» recubría (o recubre) el poder del fuerte sobre el débil, y hacemos gracia de que, en nuestra Constitución, los derechos fundamentales son inspiradores del sistema jurídico total.

Vayamos por partes.

Es cierto que nos hemos dedicado en buena medida a cuestiones procesales y es cierto que el trabajo es gran parte un análisis de jurisprudencia constitucional. En el tema que nos ha ocupado tal material es de una gran importancia y su estudio y exposición constituyen hito obligado para todos. Es posible que nos sea reprochable no haber agotado el objeto hasta la saciedad, como sin duda se merece. Pero tal vez hayamos preferido dejar las cosas en un punto que permita que el debate siga abierto y que otras plumas (entre otras, sin duda, la de Romero) profundicen en la materia y lleguen a culminarla.

En lo que hace a lo segundo, tal vez nuestro docto exégeta exagera algunas de las cosas que decimos y busca arrojarnos a una posición extrema con el objetivo de ser él quien aparezca situado en las siempre cálidas zonas centristas. Que Romero tenga sobre este o aquel punto una opinión diferente a la nuestra constituye, como es natural, algo perfectamente normal en cuanto manifestación de la libertad del pensamiento, en especial cuando se trata de debatir sobre un tema que aún no conoce un mínimo de consen-

so, y en el que, por tanto, no podemos nosotros pretender sentar de una vez por todas un criterio de validez universal.

Y en el último punto, de nuevo es perceptible la «pulsión secreta» que mueve a Romero: la autonomía de la voluntad, y en general una cierta concepción de la libertad, no son sino pura ideología que encubren el dominio de la voluntad del fuerte, y de todo ello seríamos vicarios nosotros. Por supuesto nos movemos aquí en ideas prejurídicas, en las que de nuevo la discrepancia es lo normal y, más allá de ello, lo saludable. Pero también ahora quizá se haya ido demasiado lejos en la suposición de nuestro pensamiento. Que la sociedad española sea una sociedad justa o injusta y que en ella determinadas diferencias económicas alcancen límites de no fácil justificación es un punto sobre el que se puede y se debe discutir (y aquí tal vez el consenso sí que sería mayor), pero que no tiene nada que ver con el tema de los derechos fundamentales y las relaciones entre particulares. Los derechos fundamentales son una institución muy noble de nuestra cultura jurídica y política desde hace ya varios siglos, y, por supuesto, decir que sin un determinado «minimum» de cobertura económica sus contenidos pueden devenir mera «imago sine re» es algo hoy ya casi obvio. Pero, insistimos, pretender utilizarlos como «troquel» de las relaciones sociales es olvidar sus fundamentos y sus funciones y, sobre todo, despreciar otros instrumentos de los que los poderes públicos pueden valer-se y de hecho se valen para tender a «una distribución de la renta regional y personal más equitativa», como dice la propia Constitución.

Todo esto en cuanto la recensión de Romero tiene de discrepancia con nosotros, que son las cosas en las que uno siempre se fija más. Hay otras veces en que habla de «una obra de tesis (...) brillantemente expuesta», «exposición de una precisión indudable», «discurso (...) lúcido en la persecución de su argumento», «el alborozo que produce la lectura de esta obra» y frases similares que, con toda evidencia, sólo se explican por debilidad de amistad.

Por supuesto nosotros mismos —y, estamos seguros, el propio Romero— seríamos los primeros interesados en abrir en España un debate científico sobre la cuestión. Si, por acaso, ya lo hemos abierto sólo con la publicación de nuestro libro, no podemos dejar de confesar con cierto pudor que nuestras más altas ambiciones han quedado amplísimamente satisfechas.

¿QUE SCHMITT SE LEE EN LOS OCHENTA?

Dos intentos de rehabilitación de Schmitt

JOSE ANTONIO ESTEVEZ ARAUJO

Barcelona

Que Schmitt fue un jurista comprometido con el régimen nacionalista es un hecho sobre el que no cabe abrigar duda alguna. El propio título de dos artículos escritos durante el período nazi lo pone claramente de manifiesto: «El Führer defiende el Derecho» (1) y «La ciencia jurídica alemana en lucha contra el espíritu judío» (2). Que a pesar de eso Schmitt ha tenido siempre un núcleo de seguidores incondicionales, no es tampoco novedad alguna. Lo que sí resulta novedoso es que estén teniendo lugar intentos de rehabilitación de Carl Schmitt en ámbitos nacionales en los que Schmitt no había tenido influencia relevante hasta ahora (como Italia o Estados Unidos) o en tradiciones de pensamiento en las que resulta insólito sólo el pensarlo (como el marxismo).

El origen de estos intentos de rehabilitación, centrados ambos en la producción weimariana de Schmitt, cabe situarlo en la década anterior, concretamente en el libro de un autor norteamericano (3) y en la traducción italiana de una antología de escritos de Carl Schmitt (4). Sin embargo, en nuestra década es posible evaluar ya los frutos que ambos intentos han dado.

El primero de estos intentos de rehabilitación tiene carácter político y su fruto más importante lo constituye la biografía intelectual de Carl Schmitt obra del historiador norteamericano Joseph W. Bendersky: *Carl Schmitt, Theorist for the Reich* (5). El objetivo central de este trabajo es el de demostrar la fidelidad de Carl Schmitt al régimen de Wei-

(1) «Der Führer schützt das Recht», en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 19, 1 de agosto de 1934, págs. 945-950.

(2) «Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist», en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 20, 15 de octubre de 1936, págs. 1193-1199.

(3) Me refiero al libro de George SCHWAB: *The Challenge of the Exception. An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlin, Duncker und Humblot, 1970. Angelo Bolaffi cuenta cómo Kirchheimer intentó que este trabajo de Schwab fuera rechazado como tesis doctoral para evitar una rehabilitación de Carl Schmitt en Estados Unidos (v. BOLAFFI, A.: *Introduzione a KIRCHHEIMER, Otto, Costituzione senza sovrano*, Bari, De Donato, 1982, págs. ix-cxix, pág. xi, nota 1. Esta oposición de Kirchheimer puede ser quizá la explicación de que el libro no encontrara editor en Estados Unidos y tuviera que publicarse en Alemania.

(4) SCHMITT, Carl: *Le Categorie del «Politico»* (a cura di Gianfranco Miglio y Pierangelo Schiera), Bologna, Il Mulino, 1982.

(5) BENDERSKY, Joseph W.: *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, Princeton University Press, 1983.

mar, tanto en sus primeras obras de este período (*La Dictadura* o *la Teología Política*) como en la etapa final de la República.

Para demostrar su tesis, Bendersky recurre al procedimiento de ofrecer una visión falseada del pensamiento de Carl Schmitt a un público que, en el momento en que Bendersky escribe, dispone de la traducción a su idioma de una única obra de Carl Schmitt (*El Concepto de lo Político*). La muestra más patente del falseamiento la constituye la interpretación que Bendersky hace de *La Dictadura*, obra de 1921. Según Bendersky, Schmitt interpreta los poderes que el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar atribuye al Presidente (6) como un mecanismo de defensa de la República: «... este artículo (el 48) establecía que el Presidente del Reich podía adoptar las medidas necesarias para restablecer la situación normal de las cosas cuando el orden público y la seguridad fueran puestas en peligro, Schmitt se refiere a estos poderes como los de una dictadura comisarial que, en contraste con una dictadura soberana, estaba diseñada para preservar el orden existente.» (pág. 33). Y a modo de prueba de esta afirmación cita un paso del propio Schmitt:

«The [commisarial] dictator is not a tyrant and the [commissarial] dictatorship is not an absolute form of rule, but an exclusively republican and constitutional method of preserving freedom» (ibid.).

Esta frase inglesa pretende traducir la siguiente afirmación del original alemán:

«Denn der Diktator ist kein Tyrann und die Diktatur nicht etwa eine form der absoluten Herrschaft, sondern ein der republikanischen Verfassung eigentümliches Mittel, die Freiheit zu wahren» (7).

Aparte del intercalado «commissarial», perfectamente señalado por medio de corchetes, existe una diferencia importante entre una y otra cita: la cita original alemana considera la dictadura como «un medio característico (o “peculiar” como traduce José Díaz García (8) de la Constitución republicana», sin embargo, la versión inglesa de Bendersky presenta la dictadura como un «método exclusivamente republicano y constitucional».

Recordemos el contexto en que Bendersky introduce esta cita: la utilidad para sustentar su tesis de que Schmitt considera que los poderes «dictatoriales» atribuidos al Presidente del Reich por el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar únicamente pueden

(6) Artículo 48, párrafo 2: «Cuando en el Reich Alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, puede el Presidente del Reich tomar aquellas medidas que sean necesarias para su restablecimiento, apelando a la fuerza armada si el caso lo requiere. A este objeto puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 123, 124 y 153.»

La posición dominante respecto a la interpretación de este artículo era la de que la segunda fase constituía una limitación al apoderamiento contenido en la primera. Schmitt, por el contrario, considera que el artículo 48.2 contiene dos apoderamientos diferentes: uno, general, para adoptar todas aquellas medidas de hecho necesarias para restablecer el orden; otro, especial, para suspender determinados derechos reconocidos en la Constitución (libertad personal, inviolabilidad de domicilio, secreto de la correspondencia, libertad de prensa, libertad de reunión, libertad de asociación y propiedad privada). (Cfr. *Die Diktatur*, pág. 229.)

(7) SCHMITT: *Die Diktatur*, 4.ª ed., Duncker und Humblot, 1978, pág. 6.

(8) Cfr. *La Dictadura* (trad. cast. de José Díaz García), Madrid, Revista de Occidente, 1968, pág. 37.

ser utilizados en defensa del régimen republicano. Esta cita presenta el atractivo de asociar los términos «dictadura», «constitucional» y «republicano» y en el contexto en que se introduce lleva inmediatamente al lector a asociar esos términos con la República de Weimar. Sin embargo, un lector avisado podría sorprenderse de que Schmitt afirmase que la dictadura es un «medio característico» (*eigentümlich*) de la Constitución de Weimar, cuando el término «dictadura» ni siquiera aparece en dicha Constitución. La extrañeza resultante podría llevar a este lector a descubrir el misterio que se oculta tras esta cita: Schmitt no está hablando en absoluto de la República de Weimar. La cita está extraída de un contexto en el que Schmitt se ocupa del análisis que Maquiavelo hace de la dictadura romana en los *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*. Cuando Schmitt dice que la dictadura es un medio característico de la constitución republicana se está refiriendo a otra república: la romana.

La cita utilizada por Bendersky está, pues, descontextualizada y manipulada para que el lector no se percate de la descontextualización. Todo podría, sin embargo, considerarse producto de un malhadado error si no fuera porque Bendersky falsea también sistemáticamente el sentido del resto de la producción schmittiana de la primera etapa de la República.

Así, Bendersky ofrece una visión de la noción schmittiana de soberanía como si ésta consistiera en la competencia atribuida por la Constitución a un órgano estatal de suspender determinados preceptos constitucionales en situaciones de excepción:

«Aunque una crisis puede impulsar al soberano a ir más allá de las normas existentes e incluso forzarle a suspender temporalmente partes de la Constitución, aún opera dentro de un marco legal. Su autoridad emana únicamente del sistema legal existente. Las desviaciones constitucionales están permitidas sólo en tanto cuanto van dirigidas a preservar la constitución y establecer la seguridad bajo la que el orden legal puede funcionar» (pág. 38).

Los lectores castellanoparlantes, que sí disponen de una traducción a su idioma de la *Teología Política* de Carl Schmitt pueden comprobar la falsedad de esa versión de Bendersky con sólo echar un vistazo al texto. Valga, a modo de ejemplo, el siguiente paso:

«[el soberano] Cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución debe ser suspendida «in toto»» (9).

Por otro lado, Bendersky interpreta el prefacio a la segunda edición de *La situación histórico-espiritual del parlamentarismo contemporáneo* como una contribución de Schmitt a los esfuerzos para encontrar un nuevo «fundamento espiritual» (una nueva legitimidad) al Parlamento (cfr. págs. 72-4). Sin embargo, Bendersky, tan cuidadoso siempre por lo que respecta a las referencias bibliográficas, se olvida aquí de citar el título de ese prefacio, título que pone suficientemente de manifiesto cuál es el auténtico sentido del mismo: «Sobre la contraposición entre democracia y parlamentarismo» (10).

Bendersky nos presenta, pues, al Schmitt de los primeros años de Weimar como un

(9) SCHMITT, Carl: *Escritos políticos* (trad. de Francisco Javier Conde), Madrid, Doncel, 1975, pág. 37.

(10) Cfr. SCHMITT: *Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin, Dunker und Humblot, 5.ª ed. (reimpresión inalterada de la 2.ª ed. de 1926), 1979, pág. 5.

firme defensor del orden «republicano y constitucional», interesado únicamente en dotar a la República de mecanismos de defensa para hacer frente a sus enemigos. Sin embargo, para valorar correctamente la actitud de Schmitt durante esos primeros años hay que tener en cuenta dos cosas: en primer lugar, que el fracaso del golpe de Estado de Kapp en 1920 puso de manifiesto que sólo la República era capaz de contener el impulso revolucionario (11). En segundo lugar, que los mecanismos de defensa propuestos por Schmitt desvirtúan el régimen republicano al desplazar el centro de gravedad del sistema político hacia el Presidente del Reich. Por consiguiente, la actitud de Schmitt durante esos primeros años tiene que ser entendida como una actitud de defensa del «status quo» frente a la «amenaza revolucionaria». Que ese objetivo implicase la defensa de la República era algo única y exclusivamente coyuntural, como lo pone de manifiesto la posición adoptada por Schmitt durante los últimos años del régimen republicano.

Bendersky sigue manteniendo su tesis de la fidelidad republicana de Schmitt por referencia a esa etapa final. Sin embargo, los datos biográficos que aporta el propio Bendersky son extraordinariamente útiles para fundamentar precisamente la tesis contraria. Así, Bendersky demuestra cómo el artículo de Schmitt *El Guardián de la Constitución* fue utilizado como cobertura jurídica para justificar que el Gobierno pasara a depender única y exclusivamente de la confianza del Presidente y no de la del Parlamento (pág. 123). Pero además revela que el propio Schmitt elaboró por encargo del Gobierno un dictamen jurídico favorable a la atribución de facultades legislativas al Presidente del Reich (págs. 124-126). Schmitt habría tenido, pues, un papel de activo impulsor de la transformación del sistema político parlamentario en uno presidencialista acaecida en 1930.

El segundo episodio relevante de este período en el que Schmitt interviene directamente es el golpe de Estado en Prusia. Bendersky nos revela que la destitución del Gobierno legal del SPD y el nombramiento de Papen como comisario en julio de 1932 no fue sino un gesto conciliador de Hindenburg hacia los nazis, ante el propósito del Gobierno socialdemócrata prusiano de prohibir las SA. Schmitt escribirá un artículo al respecto señalando el peligro de permitir que una parte del juego político (el SPD) elimine a otra «parte» (los nazis). Una medida consistente en la expulsión del juego político de uno de los contendientes únicamente la podría adoptar, según Schmitt, la autoridad «neutral» del Presidente (que eliminó el Gobierno prusiano y no a las SA nazis). Schmitt asumiría, además, la defensa del Reich en el proceso que el Gobierno socialdemócrata prusiano entablaría ante la Suprema Corte de Leipzig (págs. 154-66).

La incongruencia consistente en presentar a Schmitt como defensor de la República y, a la vez, facilitar los datos que permiten demostrar la implicación de Schmitt en el proceso de desmantelamiento de la forma parlamentaria y federal de Estado y del incipiente Estado social sólo puede explicarse en base a la simplificada visión que de la historia republicana tiene Bendersky. La ausencia de una caracterización precisa del régi-

(11) El putsch tiene lugar en el contexto de la puesta en práctica de las medidas de desmilitarización previstas en el Tratado de Versalles. El Tratado preveía la reducción de los efectivos militares alemanes a 100.000 hombres. Los aliados mantenían la tesis de que en el cómputo debían ser incluidos los «Cuerpos Francos» y el Gobierno alemán se vio obligado a decretar su disolución. Algunos de estos Cuerpos Francos, que habían participado activamente en la represión contrarrevolucionaria —como la brigada Erhardt—, se negaron a acatar la orden de disolución. Marcharon sobre Berlín, obligaron al Gobierno a huir de la capital e instalaron a un alto funcionario prusiano —Knapp—, como dictador. La huelga general, que se declaró en Berlín, hizo fracasar el putsch. A los pocos días, las brigadas tuvieron que irse por donde habían venido y Kapp huyó al extranjero.

men republicano acaba llevando a Bendersky a identificar «defensa de la República» con «defensa de la autoridad estatal» a pesar de que llegó un momento en que la autoridad del Presidente Hindenburg se sustentaba única y exclusivamente en el ejército y la burocracia.

De todas formas, el libro de Bendersky no parece haber alcanzado el objetivo de rehabilitar políticamente a Schmitt, dada la escasa resonancia que ha tenido en el ámbito académico norteamericano. De las dos reseñas que han aparecido del mismo en revistas norteamericanas, una de ellas (la de Kenneth Dyson, en *Political Studies*, XXXIII, 1, 1985, pág. 174), no es más que una breve nota en la que es cierto que se admite sin problemas la tesis de la «cesura» defendida por Bendersky (Schmitt habría sucumbido en 1933 al miedo y a la vanidad intelectual, marcando este año una cesura respecto de su producción teórica anterior). Pero del grado de familiaridad de Dyson con el pensamiento schmittiano da idea el hecho de que en la nota ninguna de las veces aparece el apellido «Schmitt» correctamente escrito (aparece «Schmidt»). El autor de la otra reseña, por su parte (Stephen Holmes, en *The American Political Science Review*, vol. 77, 1983, págs. 1066-1067), no se deja en absoluto convencer por Bendersky: Holmes critica la tesis de la cesura señalando que Bendersky no reconoce los vínculos entre la producción de Weimar y la producción nazi (pág. 1066) y concluye que se trata de un libro tendencioso y que Bendersky ha escrito un «trabajo cariñoso, repleto de apenas velado respecto y admiración» (pág. 1067).

Más éxito que este intento de rehabilitación política habría tenido el intento de rehabilitación «científica» de Schmitt en cuyo origen habría que situar la antología de escritos schmittianos aparecida en Italia en 1972 con el título de *Le Categorie del «Politico»*, traducida por Pierangelo Schiera y con una introducción de Gianfranco Miglio. A ese proyecto de rehabilitación habría que asociar también el artículo de C. Galli titulado «Carl Schmitt nella cultura italiana», que su propio autor considera como un homenaje a Schmitt en su noventa cumpleaños (12).

La característica fundamental de este proyecto de rehabilitación es la de rechazar la interpretación exclusivamente política de la obra schmittiana para destacar su valor «científico». De entre todas las obras de Schmitt interesan especialmente a estos autores aquellas en las que Schmitt configura la categoría de lo político: *El Concepto de lo Político*, *la Teología Política* y también el texto de una conferencia pronunciada por Schmitt en Barcelona en 1929 e incluida en la antología de Miglio y Schiera: *La época de las neutralizaciones y las despolitizaciones*. El valor de estas obras de Schmitt residiría en haber puesto de manifiesto la estructura y la dinámica autónomas de lo político. Y estos autores consideraron en su momento que podía resultar fecundo profundizar en la línea sugerida por Schmitt.

La puesta en práctica del programa «científico» dirigido a estudiar lo político autónomamente, a descubrir la dinámica propia y peculiar de lo político siguiendo las huellas de Schmitt, conducirá a estos autores a «descubrimientos» como que la exclusión es inmanente a toda asociación política (13) o que la dinámica propia de lo político es el resultado de una tensión entre los mecanismos de integración y la enemistad (14) o que

(12) GALLI, Carlo: «Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año IX, núm. 1, junio de 1979, págs. 81-160.

(13) GALLI: *Op. cit.*, pág. 150.

(14) SCHIERA, Pierangelo: «Dalla costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt», en DUSO, GIUSEPPE (a cura di): *La Politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Venezia, Arsenale Cooperativa Editrice, 1981, págs. 15-24, pág. 19.

esa dinámica es el producto de una tensión nunca resuelta entre decisión y enemidad (15). Se trata de formulaciones genéricas, indeterminadas, que resultan tan vacías de contenido como una proposición que afirmara que la dinámica propia de lo político es el resultado de la tensión entre un principio de orden y uno de desorden.

Esa «autonomía» de lo político se transforma, además, en una independencia absoluta, desde el momento que estos autores admiten la posibilidad de explicar la evolución de lo político nada menos que durante los últimos cuatro siglos en base a su dinámica o dialéctica propia, sin tener en cuenta factores como las transformaciones económicas, técnicas, sociales, etc. De ahí el interés que suscita una obra como *La época de las neutralizaciones y las despolitizaciones*, en la que Schmitt «explica» la evolución de lo político desde el siglo XVI hasta nuestros días como consecuencia de sucesivos cambios en el «centro de referencia» del que nacería la enemidad entre los hombres (por ejemplo, la religión en el siglo XVI y la economía en el XIX).

Por último, la independencia acaba manifestándose como un nuevo «centralismo» de lo político en virtud del cual no sólo puede explicarse la evolución de lo político en base a la dinámica que le es propia sin atender a ninguna otra consideración, sino que esa dinámica propia de lo político determinaría incluso cambios en otras esferas, como por ejemplo, la económica. Así, frente a la «subalternidad de la política respecto de la economía propia del marxismo vulgar» (16), estos autores parecen sugerir que la transformación contemporánea del papel del Estado respecto de la economía no sería el resultado de factores económicos, y ni siquiera el resultado de una combinación de factores políticos y económicos, sino el producto de ciertas transformaciones acaecidas en la dialéctica propia de lo político (17).

En *El Concepto de lo Político*, la categoría central de la concepción schmittiana —la enemidad política—, no designa sino el grado de intensidad adquirido por un antagonismo. En concreto, aquel grado de intensidad que conlleva un peligro de enfrentamiento armado. De este modo, lo político no designa un sector específico de la actividad humana, sino únicamente el hecho de que un antagonismo por motivos económicos, religiosos, nacionales, etc., ha alcanzado un grado de intensidad determinado. Lo político se convierte, así, en una categoría en cierto modo superflua: decir «este antagonismo tiene carácter político» significaría lo mismo que decir «este antagonismo conlleva un peligro de enfrentamiento armado» (18). En cualquier caso, Schmitt no proporciona en *El Concepto de lo Político* una explicación de por qué hace un determinado antagonismo ni de por qué es un antagonismo determinado y no otro el que alcanza intensidad política. La teoría de lo político de Schmitt dice, pues, bien poco. Todo lo más, que a la política subyace un enfrentamiento. Y eso es lo que determina que seguir el camino propuesto por Schmitt no conduzca a resultados más fecundos que aquellas formulaciones genéricas a que se hacía referencia más arriba y que cifraban la dinámica propia de lo político en una tensión entre un elemento de orden y uno de desorden.

En otros contextos, Schmitt ofrece una explicación idealista si no de la conflictividad

(15) GALLI, Carlo: «La teología política in Carl Schmitt: proposte per una rilettura critica», en DUSO: *Op. cit.*, págs. 127-137, págs. 129-130.

(16) GALLI, Carlo: «La teología política...», *cit.*, pág. 134.

(17) Cfr. por ejemplo las afirmaciones de Portinaro, acerca de la pérdida contemporánea del monopolio de lo político por parte del Estado. PORTINARO, Pier Paolo: *La crisi dello Jus Publicum Europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982, págs. 261 y sigs.

(18) Cfr. SCHMITT, Carl: *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker und Humblot, 1979, págs. 26-28.

—a la que parece considerar como un rasgo inherente a la naturaleza humana—, sí del hecho de que sean un determinado tipo de antagonismos y no otros los que alcancen intensidad política. El trasfondo idealista de los planteamientos schmittianos resulta especialmente perceptible en *La época de las neutralizaciones...* En este breve trabajo, Schmitt «explica» el hecho de que los hombres se enfrentaran en el siglo XVI por motivos religiosos y en el XIX por motivos económicos en base a cambios acaecidos en el «centro espiritual de la época». Es un elemento ideal, el centro espiritual, el que explica por qué un siglo son un tipo de enfrentamientos y no otros los que alcanzan intensidad política. El proceso que va de la autonomía al «centralismo» de lo político acaba desembocando, pues, en el idealismo en el momento en que Schmitt explicita su creencia de que son las ideas las que conducen a los hombres a enfrentarse. No es de extrañar, por consiguiente, que uno de estos autores empeñados en transitar la «fecunda» senda schmittiana acabe afirmando que el verdadero motor de la dinámica política sean las ideas y, en último extremo, los intelectuales que las crean (18 bis).

Es posible contabilizar también como fruto de este intento de rehabilitación científica de Carl Schmitt, la monografía de un discípulo de Bobbio, Pier Paolo Portinaro, titulada *La crisis dello Ius Publicum Europaeum* publicada en 1982 (19).

Por lo que el autor dice en el prólogo, este trabajo parecía pertenecer más bien a la familia de monografías que han pretendido articular la producción teórica de Schmitt en torno a una categoría identificada como central. El hecho de que Portinaro señale en el prólogo de su libro que se propone llevar a cabo una reconstrucción de la «intrínseca sistematicidad» del pensamiento schmittiano (págs. 9-10), permite adscribirle al conjunto de autores que pretenden llevar a cabo un análisis interno del pensamiento de Schmitt más bien que aquellos que analizan la obra de Schmitt desde un punto de vista externo. Hablar de «intrínseca sistematicidad» de la obra schmittiana como hace Portinaro constituye, desde luego, una afirmación más débil que hablar de «cientificidad» como hacía por ejemplo Galli en 1978. Portinaro detecta incluso los círculos viciosos en que incurre Carl Schmitt. En concreto, Portinaro, aunque sin citarle, recupera una crítica de Heller señalando que Schmitt incurre en un círculo vicioso al tratar de las relaciones entre la política y el Estado. Por un lado, Schmitt afirma explícitamente que el concepto de Estado presupone el de lo político, pero, por otro lado, como la categoría central de lo político es la enemistad y ésta debe tener carácter público, parece que lo político presupone a su vez lo estatal; ¿cómo si no es por referencia al Estado, puede determinarse lo que es público?, se pregunta Portinaro (cfr. págs. 258-259).

Sin embargo, Portinaro no parece andar tan alejado de las posiciones de los «rehabilitadores científicos» desde el momento en que concluye su trabajo con una cita de la introducción de Miglio a la antología italiana de la obra de Schmitt. Precisamente, una cita en la que Miglio afirma que Schmitt «es el punto de partida elemental para toda una serie de investigaciones complementarias y la rudimentaria cabeza de puente hacia un territorio vastísimo y desconocido aún por explorar» (pág. 265). Cita que parece poner de manifiesto claramente la confianza de Portinaro en la fecundidad de los planteamientos schmittianos.

(18 bis) MIGLIO, Gianfranco: «Oltre Schmitt», en DUSO: *Op. cit.*, págs. 45-46.
 (19) V. nota 17.

SCHMITT Y EL PENSAMIENTO DE TRADICION MARXISTA

Estableciendo un paralelismo con el apartado anterior se hará referencia aquí, en primer lugar, a un análisis externo, político, de la obra schmittiana, aunque de signo contrario *Der Staat im Bürgerkrieg* (20). A renglón seguido se evaluará el impacto que ha tenido el intento de rehabilitación científica de Schmitt en el marxismo italiano.

La monografía de Neumann parece poner claramente de manifiesto que en Alemania resultaría impensable hoy en día una recuperación por la izquierda de Carl Schmitt. Esta obra contiene un análisis de toda la producción schmittiana desde sus primeros escritos anteriores a la Gran Guerra, hasta los posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Se trata, como ya se ha señalado, de un análisis externo que pone en relación la producción teórica de Schmitt con su posición política. Por lo que respecta a la producción de la etapa weimariana —que es la que ocupa aquí nuestra atención primordialmente—, Neumann presenta las obras del primer período como un todo coherente dirigido a un propósito netamente contrarrevolucionario. Por lo que se refiere a las obras de la etapa final, Neumann no llega a aportar tantos datos para documentar los propósitos antirrepublicanos como los que «malgré lui» aportará Bendersky unos años después.

El mérito más relevante del análisis de Neumann lo constituye el mostrar que obras como el *Romanticismo político* de 1919, *La Dictadura* de 1921, la *Teología Política* de 1922 y una obra cuya versión definitiva como libro es de 1932 (*El concepto de lo Político*) conforman una teoría de la contrarrevolución. Así, el *Romanticismo político* constituiría una llamada de atención dirigida a la burguesía acerca de su incapacidad de distinguir entre amigos y enemigos y, por consiguiente, de sobrevivir en la lucha política. Esta incapacidad derivaría, según Schmitt, del hecho de que durante el siglo XIX el compromiso habría constituido la forma específica de ejercicio de la actividad política por parte de la burguesía: compromiso con la monarquía en ciertos momentos para defender la propiedad ante la amenaza del proletariado; compromiso con el proletariado en otros momentos para defender la libertad frente a las amenazas monárquicas (cfr. págs. 47-50 y 71).

Sin embargo, como puso de manifiesto Donoso Cortés, un autor español al que Schmitt dedicará especial atención, el año 48 habría dejado translucir claramente la inminencia de un enfrentamiento definitivo entre el socialismo (la «dictadura del puñal» como Donoso Cortés lo denominaba) y las fuerzas del orden (la «dictadura del sable» en palabras de Donoso Cortés). La burguesía no debe seguir, pues, apoyándose ora en unos ora en otros, sino que es necesarios atraerla definitivamente al seno de las instituciones conservadoras (la monarquía, la aristocracia, el ejercicio, la iglesia...) (págs. 72-73). La referencia de Schmitt a la dictadura del proletariado contenida en *La dictadura* cumpliría, según Neumann, la función de una sacudida destinada a sacar a la burguesía de su letargo, mostrarle quién es el verdadero enemigo y cuáles son sus auténticos propósitos y llevarla a redil de las fuerzas del orden (págs. 52-54).

Schmitt aportaría, según Neumann, una serie de elementos para hacer frente a ese enemigo «carente de escrúpulos». En primer lugar, un refuerzo ideológico: la teoría de la distinción entre amigo y enemigo. Esta teoría schmittiana, núcleo de su concepto de lo político, sería, según Neumann, la respuesta de Schmitt a la teoría marxista de la lucha de clases y su objetivo sería el de reagrupar las fuerzas y desalentar los intentos de

(20) NEUMANN, Volker: *Der Staat im Bürgerkrieg. Kontinuität und Wandlung des Staatsbegriffs in der politischen Theorie Carl Schmitts*, Frankfurt, Campus Verlag, 1980.

compromiso (págs. 95-99). En segundo lugar, una propuesta de refuerzo del ejercicio del poder estatal articulada en torno al concepto de dictadura. De acuerdo con Neumann, Schmitt asimilaría las organizaciones del proletariado a los «cuerpos intermedios» de la etapa preabsolutista. De mismo modo que entonces el monarca se sirvió de mecanismos dictatoriales para acabar con esos cuerpos intermedios y reafirmar el poder estatal, debe ahora utilizarse la dictadura para acabar con las organizaciones proletarias (pág. 57-59).

Con la teoría de la soberanía contenida en la *Teología política*, Schmitt iría incluso más allá y se convertiría, según Neumann, en apologista del golpe de Estado: no se contentaría con los mecanismos extraordinarios —dictatoriales— previstos por la Constitución de Weimar, sino que al configurar fácticamente la posición soberana dotándola, sin embargo, de valor jurídico estaría elaborando una «teoría del golpe de Estado triunfante» (pág. 61). La valoración de la soberanía que hace Neumann contrasta, pues, abiertamente con aquella versión desleída que ofrecía Bendersky, presentándola como la competencia de suspender determinadas normas constitucionales en situaciones de crisis. Sin embargo, la afirmación de que Schmitt abogaba por el golpe de Estado en 1922 no deja resultar problemática, pues con la experiencia del «putsch de Kapp», quedó claro en 1919 que un golpe de Estado militar estaba abocado al fracaso y mientras tanto no había tenido lugar ningún cambio que permitiera hacer una valoración distinta.

Neumann no parece, pues, abrigar duda alguna acerca del sentido contrarrevolucionario de la producción schmittiana del período de Weimar. En otro escrito posterior «*Versfassungstheorien politischer Antipoden: Otto Kirchheimer und Carl Schmitt*» (21), Neumann se planteará, sin embargo, la cuestión distinta de si sería posible o no poner determinados planteamientos de Carl Schmitt al servicio de objetivos políticos radicalmente contrapuestos. En concreto, Neumann se referirá a la relación entre política y teoría política tal como Schmitt la entiende: ¿No sería posible aceptar la tesis schmittiana de que toda teoría política es elaborada con la vista puesta en un antagonismo concreto y tomando partida en ese antagonismo y a la vez adoptar una posición política contrapuesta a la del propio Schmitt? Neumann pone el ejemplo de un discípulo directo de Schmitt-Kirchheimer—, que compartiría con su maestro esa concepción de la teoría como un elemento más de la lucha política, pero que llevaría a cabo esa lucha desde una posición situada en las «antípodas» de la de Schmitt (cfr. 236).

Para percibir las consecuencias que tendría una tal postura hay que entender en toda su extensión el significado de la tesis schmittiana acerca de la relación entre teoría (política) y política. Lo que Schmitt está negando es la posibilidad misma de que ante un conflicto concreto quepa una actitud consistente, por ejemplo, en intentar averiguar las causas que dan lugar a ese conflicto o, en general, la raíz de los conflictos políticos. La única actitud que cabe es la de tomar partido. De este modo, la teoría política perdería su carácter de teoría propiamente dicha para convertirse en propaganda. Por ello afirma Neumann que la puesta en práctica de la tesis schmittiana da lugar a textos de agitación política que impresionan, motivan, sorprenden, provocan, etc., pero que renuncian de antemano a proporcionar conocimiento objetivo acerca del mundo (págs. 236-238).

Otro autor también alemán, Jürgen Seifert, rechaza asimismo la posibilidad de un schmittianismo de izquierdas por el trasfondo irracionalista que subyace al decisionismo de Carl Schmitt. Aceptar ese decisionismo, significaría renunciar a cualquier intento de

(21) Publicado en *Kritische Justiz*, 1981-1983, págs. 235-254.

legitimar el propio proyecto político-social y aspirar únicamente a imponerlo por la fuerza (22).

Estos autores alemanes parecen tener, pues, perfectamente claras no sólo las intenciones de Schmitt (el artículo de Seifert se titula «Carl Schmitt teórico de la contrarrevolución»), sino también la imposibilidad de una recuperación por la izquierda de sus tesis —especialmente de las relativas a la concepción de la política—. Sin embargo, en Italia se da el caso de algunos autores marxistas que se han visto involucrados en ese intento de rehabilitación científica de Carl Schmitt, a que más arriba se hacía referencia.

Puede encontrarse una exposición de las razones de ese interés por Carl Schmitt en el ámbito del marxismo italiano en las contribuciones de Giuseppe Duso a un volumen colectivo, dedicado a Carl Schmitt y editado por la sección véneta del Instituto Gramsci en el que se encuentran también contribuciones de Gali, Miglio y Schiera a las que ya se ha hecho referencia (23). En la introducción a este volumen, Duso se hace eco del desconcierto de los pensadores de tradición marxista ante los fenómenos políticos contemporáneos (pág. 8), desconcierto que les habría llevado a «explorar nuevas vías» (pag. 9). Esta afirmación hecha por un autor marxista no deja de ser una muestra de honestidad intelectual. Sin embargo, lo que resulta sorprendente es que entre esas «nuevas vías» a explorar se encuentre la teoría política de Carl Schmitt.

Ante la actitud de Duso cabría decir que una cosa es reconocer el propio desconcierto y otra muy distinta olvidar lo que uno ya sabía. Aplicado al caso concreto: una cosa es reconocer las insuficiencias del análisis marxista de la política y del Estado y otra distinta analizar la política como si de una esfera independiente de la realidad se tratara o, aún más, propugnar un nuevo reduccionismo politicista en virtud del cual la dinámica social se explique única y exclusivamente en base a una supuesta dinámica autónoma de lo político.

En un artículo publicado en 1982, Umberto Cerroni pondrá de manifiesto la insuficiencia, tanto del análisis consistente en la plena subsunción de lo político-jurídico en lo económico, como de la autonomización de lo político hasta el extremo de pretender explicar la unidad social a partir única y exclusivamente del poder del Estado. Aunque las críticas van dirigidas a Habermas y Luhmann, respectivamente, la alusión contenida en el trabajo a las «apelaciones a Carl Schmitt», permite hacer pensar también en quienes mantienen posiciones como las de Duso (24).

Y, en efecto, los frutos de la «exploración» por esa «nueva» vía que representa Carl Schmitt se ponen de manifiesto en el artículo del propio Duso incluido en el volumen a que antes se hacía referencia. En él, Duso aparece encerrado entre los dos polos de cuya tensión resulta la dialéctica propia de lo político. Por un lado, la constitución —entendida en sentido material o absoluto—, como terreno en el que tiene lugar el enfrentamiento político (pág. 55, cfr. t. pág. 11). Por otro, la decisión (el elemento de orden). No es de extrañar que encerrado dentro del horizonte de una perspectiva en virtud de la cual la conflictividad «tiene lugar», sin que se sepa por qué, Duso se incline hacia el lado del elemento de orden y propugne una reducción de la «complejidad social» mediante decisiones autoritarias (cfr. págs. 57-9). Con ello, está abogando a favor de un

(22) SEIFERT, Jürgen: «Theoretiker der Gegenrevolution. Carl Schmitt 1888-1985», en *Kritische Justiz*, 1985/2, págs. 193-200, págs. 198-200.

(23) V. nota 14.

(24) CERRONI, U.: «Democrazia: problema della società di massa», en *Crítica Marxista*, 1982/4, págs. 53-94. V. esp. págs. 59-64. La referencia a las apelaciones a Schmitt se encuentra en la nota 6 de la página 58.

mecanismo autoritario de selección de las demandas sociales que pueden ser satisfechas o, incluso, de selección de las demandas que pueden expresarse. Es lo que da de sí esa «nueva vía» que Duso se decidió un buen día a explorar.

SCHMITT EN ESPAÑA

Dos monografías de los años ochenta acerca de Carl Schmitt, obra de autores españoles (José María Beneyto y Germán Gómez Orfanel) aportan gran cantidad de datos acerca de las vías de penetración de este autor en nuestro país (25). Ambos autores señalan que ya durante la República había tenido lugar una cierta recepción del pensamiento schmittiano en España. Sin embargo, serían el final de la guerra civil y la instauración del régimen franquista los que marcarían el inicio de una recepción en gran escala.

Una de las vías de penetración del pensamiento de Carl Schmitt fue el Instituto de Estudios Políticos especialmente a través de cuatro de sus directores (Fueyo, Conde, Legaz y Lacambra y Fraga), bien fuera por la influencia que Schmitt ejerció en sus obras, bien porque le abrieran las puertas del Instituto o las páginas de su revista, bien porque Schmitt fuera nombrado miembro de honor del Instituto —como ocurrió durante el mandato de Fraga—.

Otra de las vías de penetración fue un núcleo de intelectuales monárquicos articulados en torno a la revista «Arbor», la editorial Rialp y la Universidad de Navarra: Alvaro d'Ors, Calvo Serer, Florentino Pérez Embid, Angel López Amo y Gonzalo Fernández de la Mora. Como señala Beneyto, tanto en el caso de los autores ideológicamente más vinculados al régimen —Conde— como en el de estos intelectuales que abogaban por una «restauración integral» de la monarquía, se aceptarían las críticas de Schmitt al liberalismo y al parlamentarismo, pero se rechazaría de plano el carácter «puro» del decisionismo Schmittiano, la ausencia de «fundamento ético» de la decisión soberana tal como Schmitt la entiende (cfr. págs. 29, 35 y 42-43).

Aparte de estas dos vías de penetración, tanto Gómez Orfanel como Beneyto subrayan el hecho de que buena parte de los profesores españoles de Derecho Político de la posguerra hayan sido influidos por Carl Schmitt. Así, Gómez Orfanel detecta influencias schmittianas en Lucas Verdú, Sánchez Agesta, Ollero, García Pelayo y Tierno Galván (págs. 23-26). Beneyto, por su parte, destaca la afirmación de Lucas Verdú de que junto con el kelsenianismo y el institucionalismo, el pensamiento de Schmitt fue una de las influencias dominantes en el ámbito del Derecho Político hispánico (pág. 21).

Sin embargo, durante los años setenta, la presencia de Carl Schmitt en España parece decaer notablemente hasta llegar a la situación actual en la que —si resulta que la polémica entre García de Enterría y Lucas Verdú a la que Gómez Orfanel hace referencia tiene valor sintomático—, el adjetivo «schmittiano» habría adquirido un carácter peyorativo en el ámbito del ahora derecho Constitucional. El hecho de que «influencia schmittiana» se haya convertido en una expresión descalificadora está relacionado —de acuerdo con los datos que aporta Gómez Orfanel— con la juridificación del Derecho

(25) GÓMEZ ORFANEL, Germán: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

BENEYTO, José María: *Politische Theologie als politische Theorie. Eine Untersuchung zur Rechts- und Staatstheorie Carl Schmitts und zu ihrer Wirkungsgeschichte in Spanien*, Berlin, Dunker und Humblot, 1983.

Político y su conversión en Derecho Constitucional a partir de la promulgación de la Constitución española. Schmitt sería el símbolo de esa vinculación entre Derecho y Política que por el momento parece repudiarse en el ámbito del derecho constitucional (26).

Ante este panorama, cabe considerar las dos monografías de Beneyto y Gómez Orfanel como dos fenómenos aislados, sin conexión entre sí, no vinculados a ninguna operación rehabilitadora de Carl Schmitt y que ni siquiera pueden ser considerados como expresión de un renacimiento del interés por Schmitt en nuestro país —lo que no significa que no hayan empezado a manifestarse síntomas de ese interés con posterioridad a la elaboración de ambas monografías—.

El trabajo de José María Beneyto se centra en la «Teología Política» y constituye un análisis sumamente riguroso del significado que este concepto tiene en Carl Schmitt. El contenido del libro queda perfectamente reflejado en su título (*Teología Política como Teoría Política*). El subtítulo resulta, sin embargo, un tanto pretencioso, pues presenta el trabajo como una investigación sobre la teoría del derecho y del Estado de Carl Schmitt lo que no se puede considerar en absoluto que sea: no incluye ni un análisis de la *Teoría de la Constitución*, ni de las obras del período final de la República, ni de las del período nazi, ni establece conexión alguna entre la producción schmittiana y la circunstancia histórica en la que se genera.

Uno de los significados de la Teología Política tal como Schmitt la entiende pone de manifiesto el trasfondo netamente idealista de los planteamientos schmittianos. Se trata del paralelismo que Schmitt establece entre la concepción metafísica propia de una época y las instituciones políticas de esa misma época. Aun cuando el planteamiento pueda aparecer atemperado en ciertos contextos, no deja de quedar claro que para Schmitt —y Beneyto lo pone claramente de relieve— las instituciones políticas de una época determinada son como son porque la metafísica propia de esa época es como es (págs. 73-74). La pretendida autonomía de lo político desemboca, pues, en último extremo, en una posición idealista en virtud de la cual las ideas —bien en cuanto entidades independientes, bien en cuanto sustentadas por los hombres—, constituyen el punto de referencia último del análisis de las instituciones políticas.

Sin embargo, la Teología Política es, sobre todo, un intento de legitimación del poder estatal. En cuanto construcción legitimadora de la autoridad del Estado, la Teología Política consta de diversos elementos: un fundamento teológico-metafísico, una autoridad con capacidad de decisión incondicionada y un mecanismo de representación que permita aparecer a esa autoridad como encarnación de ese fundamento teológico-metafísico (ver, por ejemplo, págs. 17-18 y pág. 85).

La función de la decisión soberana sería la de crear el medio homogéneo en el que fuera posible instalar una autoridad teológico-política de este tipo. Dicho en términos más explícitos, la función de la decisión soberana sería la de terminar con el enemigo (págs. 71-2). De ese modo, parece quedar claro que aquella supuesta tensión dialéctica que generaría la dinámica política tiende a resolverse en uno de sus polos. El de la autoridad, la decisión, el elemento de orden. El objetivo de Schmitt no sería tanto el de intentar «explicar» la dinámica propia de lo político en base a una tensión insuperable

(26) De acuerdo con los datos que aporta Gómez Orfanel, tal polémica estaría contenida en los siguientes escritos: LUCAS VERDÚ, Pablo: «El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (la «ideología constitucional» del profesor García de Enterría)», en *Revista de Derecho Político*, núm. 13, primavera 1982, págs. 7-52 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El Derecho Constitucional como Derecho», en *Revista de Derecho Político*, núm. 15, otoño 1982, págs. 7-20.

entre la decisión y la enemistad, sino más bien ofrecer una justificación para que recaiga una decisión que acabe de una vez por todas con esa enemistad.

Beneyto ve en el régimen franquista una excelente aplicación de la teología política schmittiana. La «Cruzada» es un ejemplo de esa decisión capaz de crear el medio homogéneo en el que implantar una autoridad fundada teológico-políticamente. Finalizada la Cruzada, la autoridad franquista se presenta a sí misma como la encarnación de los auténticos valores de la Patria y, en cuanto tal, puede excluir autoritariamente de la «comunidad» a todos aquellos que no reconozcan dichos valores (págs. 167-69 y 175-6).

Por lo que respecta a la monografía de Gómez Orfanel, si atendiéramos únicamente al plan de la obra contenido en la introducción, habría que clasificarla entre aquellos trabajos que pretenden efectuar un análisis «interno» de la obra schmittiana, articulándola en torno a algún concepto considerado como central (cfr. pág. 29). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con el trabajo de Portinaro; aquí no se descubre —ni en la introducción ni en el cuerpo del libro— atisbo de esperanza alguno en la «fecundidad» de los planteamientos schmittianos: la exposición de Gómez Orfanel es eminentemente descriptiva.

A diferencia también de otros trabajos que intentan una reconstrucción interna de la obra schmittiana, el libro de Gómez Orfanel no pretende articular la producción schmittiana en torno a *un* concepto identificativo como basilar, sino en torno a *un par* de conceptos: el par excepción-normalidad (pág. 29). Uno de los argumentos que se ofrecen en favor de este modo de proceder es el de que Schmitt no construye conceptos aislados, sino pares de conceptos antitéticos. Gómez Orfanel señala en la pág. 32 una larga lista de conceptos enfrentados la mayoría de los cuales se dejarían reconducir a ese par antitético excepción-normalidad que Gómez Orfanel elige como leitmotiv de su trabajo.

Ese par excepción-normalidad no deja de ser una forma más de designar aquellos elementos de orden y desorden cuya tensión daría lugar a la específica «dialéctica» propia de lo político. No obstante, Gómez Orfanel no desarrolla el tema de la autonomía de lo político que tanto interesó a los italianos y, por consiguiente, ni considera fecundo ni criticable el planteamiento schmittiano. En general, por lo que respecta al tema de la tensión excepción-normalidad, cabe afirmar que el planteamiento de Gómez Orfanel es eminentemente descriptivo, causando sorpresa al lector la notable desproporción entre lo apabullante de la documentación aportada y lo escaso de las tesis propias contenidas en el texto.

Afortunadamente, sin embargo, el desarrollo del trabajo no se limita únicamente al plan de reconstrucción interna anunciado en la introducción. Una buena parte del libro la dedica Gómez Orfanel a hacer un análisis «externo» de la producción schmittiana de la etapa de Weimar, poniéndola en conexión con el contexto en el que esa obra se gesta y con la posición política del propio Schmitt. En la parte del libro dedicada a este análisis externo, las tesis del autor aparecen mucho más perfiladas y rotundas.

En radical contraste con la interpretación de Bendersky, Gómez Orfanel considera que el propósito de Schmitt fue el de minar el sistema instaurado por la Constitución de Weimar, desplazando al Parlamento del centro del sistema político y situando en su lugar al presidente del Reich (cfr., págs. 268-271). Si alguna fidelidad puede descubrirse en Schmitt, no sería respecto del régimen weimariano, sino respecto del presidencialismo de su fase final.

Gómez Orfanel defiende una versión de la «cesura» en consonancia con esta valoración política de la producción schmittiana: a diferencia de Bendersky, que utilizó la tesis de la cesura para salvar la producción schmittiana anterior a la etapa nazi, Gómez

Orfanel la utiliza en refuerzo de su tesis de la hostilidad de Schmitt hacia el sistema político instaurado por la Constitución de Weimar. Así, por ejemplo, con el advenimiento del nazismo, Schmitt abandonaría uno de los instrumentos teóricos más contundentes de ataque contra el Estado de Derecho: el decisionismo jurídico (págs. 49-51). Sin embargo, habría que señalar también que Gómez Orfanel peca de una cierta ingenuidad al aceptar en parte la interpretación de *Legalidad y legitimidad* fomentada por el propio Schmitt. La advertencia contenida en esa obra del peligro de que una de las partes utilizara la posesión legal del poder para acabar con las demás no era una llamada de atención acerca del peligro nazi (cfr. págs. 261-262). Como ya se vio, en base a los datos que aporta Bendersky, puede afirmarse que esa advertencia la hizo Schmitt pensando en el propósito del SPD de abolir las SA nazis en Prusia.

CONCLUSION

De este rápido repaso de las lecturas que de Schmitt se hacen en los 80, se pueden extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, la de que resulta imposible una rehabilitación política de Schmitt. El fracaso del intento de Bendersky lo ha puesto de manifiesto. Es cierto que Schmitt no tuvo vinculación alguna con los nazis durante la etapa weimariana, pero tampoco puede considerársele como un hombre fiel a la República. El calificativo que mejor corresponde a la posición mantenida por Schmitt durante los años 20 es: «contrarrevolucionaria».

En segundo lugar, la de que resulta insuficiente todo intento de análisis meramente interno de la obra de Carl Schmitt, especialmente de los trabajos de la etapa de Weimar. Esa obra tiene que ser insertada en el contexto en el que se gesta y al cual responde. Sin embargo, resultan también insatisfactorios los intentos de explicar la producción schmittiana única y exclusivamente en función de la posición política del propio Schmitt.

Sería necesario un enfoque que fuera capaz de combinar el análisis interno con el externo. Esto no implica tanto intentar una reconstrucción de la «sistematicidad intrínseca» del pensamiento schmittiano, como detectar los elementos ideológicos subyacentes a los planteamientos schmittianos.

La identificación del componente ideológico del pensamiento schmittiano permitiría explicar por qué Schmitt reacciona como lo hace frente a las circunstancias que percibe. Haría posible, también, identificar los elementos aprovechables de la producción schmittiana. Pero el haber dejado sentado el carácter ideológico de sus presupuestos obligaría a acercarse a Schmitt con la suficiente prevención como para evitar caer en la trampa en que los «descubridores» italianos parecen haber caído.

APUNTES SOBRE EL IMPERATIVO CATEGORICO Y LOS DERECHOS HUMANOS

(A propósito de recientes interpretaciones de Kant) (*)

JOSE M.^a ROJO SANZ

Valencia

«El que se miente a sí mismo y escucha su propia mentira, llega a no distinguir la verdad en sí ni en torno suyo, perdiendo entonces el verdadero respeto para él y para los demás. Al no respetar a nadie, deja de amar, y para ocuparse y distraerse en la ausencia de amor, se entrega a las pasiones y a los goces groseros, llegando hasta la bestialidad en sus vicios, lo que proviene de mentirse constantemente a sí mismo y a los demás.»

(F. DOSTOIEWSKI, *Los Hermanos Karamazov*.)

El hecho mismo de que se haya organizado un Simposio internacional, cuyo tema sea la actualidad de Kant en la Filosofía del Derecho, es un claro exponente de que el pensamiento del filósofo de Königsberg permanece vivo y no sólo, precisamente, en la filosofía jurídica. En efecto, del mismo modo que se ha dicho que toda la filosofía posterior a Hegel consiste de alguna manera en un diálogo con él, también se podría afirmar, sin temor a equivocarse, que el influjo de Kant se deja sentir aún en todo el ámbito filosófico y que nadie que quiera profundizar en el pensar filosófico podrá dispensarse del diálogo con él. En el ámbito jurídico este «diálogo» viene exigido sobre todo a partir del momento histórico en que comienza a llevarse a cabo la positivación de los derechos humanos (1). Todo estudio sobre estos derechos, si trata de ser de carácter fun-

(*) Comunicación presentada al Simposio Internacional sobre «La actualidad de Kant en la Filosofía del Derecho» (mayo de 1985).

(1) Acerca de la positivación de los derechos humanos, puede verse: G. PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, Ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980, y *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Ed. Mezquita, Madrid, 1982. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, sobre todo págs. 52 y sigs., y *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, sobre todo apartados 1.2 y 2; A. MONTORO, *Sobre el proceso de positivación de los derechos humanos*, *Persona y Derecho*, 11, 1984, págs. 293-343. También puede verse AAVV, *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1979.

damental, va a exigir una referencia más o menos explícita a Kant (2), cuya influencia en materia jurídica, como es sabido, fue inmediata a la aparición de sus obras fundamentales, alcanzando posiblemente su auge hacia 1785, incluso cuando aún Kant no había escrito su *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), ni su *Zum Ewigen Frieden* (1795), en donde por vez primera se trata con cierta amplitud del problema del derecho, si bien de forma más incompleta que en la *Rechtslehre* de 1797 (3).

Sería de mayor interés, realizar un estudio en donde se trataran todas las influencias que el pensamiento kantiano ejerce en la actualidad, porque el ser un «humanismo», lo cierto es que, hoy día, se constituye en muchos ámbitos incluso como una auténtica «ideología popular» (4). Al mismo tiempo, el carácter apológico de sus escritos respecto a la razón y a la libertad, la sistematización, e incluso las mismas probables contradicciones internas de su teoría (5), pero sobre todo la máxima intuición kantiana que, a nuestro parecer, se encuentra en la segunda formulación del imperativo categórico, y sobre el cual versará este estudio, convierten el kantismo, como se ha afirmado, en una auténtica «incitación a ir más allá de él, al mismo tiempo que (supone) una conquista irrenunciable», al menos en algunos de sus esfuerzos (6).

(2) Cfr. S. COTTA, *Le probleme du fondement des droits de l'homme*, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, UNAM, México, 1982, vol. VI, pág. 49: «La question du fondement des droits de l'homme est donc ineliminable. De mon avis, elle exige pour être résolue qu'on se réfère à la structure ontologique de l'homme, à sa nature qu'il ne faut pas identifier à sa structure matérielle ni à cette sensibilité (Sinnlichkeit), de l'influence de la quelles Kant voulait libérer la raison pure et la morale.»

(3) Cfr. F. GONZÁLEZ VICEN, Introducción a la selección realizada por él mismo de escritos de Kant titulada *Introducción a la teoría del derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, págs. 15 y sigs., que recoge y traduce la introducción general a la *Metaphysik der Sitten* y la introducción a la primera parte de aquélla, publicadas conjuntamente por Kant en 1797 en sus *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, según el mismo autor explica (pág. 32). V. t. la obra fundamental sobre el tema de nuestro trabajo de M. A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Giufre Editore, Milano, 1981, págs. 69 y sigs. Autor que, recientemente, ha publicado en la misma editorial *Metafísica del diritto e ragione pura: studio sul «platonismo giuridico di Kant»* (1984).

Para las obras mencionadas del propio Kant, véase *Werke, Im Insel-Verlag Wiesbaden*, 1960-1964; Frankfurt am Main, respectivamente: t. VI, págs. 125 y sigs. y págs. 191 y sigs.; y t. IV, págs. 307 y sigs.

(4) Cfr. A. LLANO, *Fenómeno y trascendencia en Kant*, EUNSA, Pamplona, 1973, págs. 365-366.

(5) Sobre las posibles contradicciones o incoherencias del pensamiento kantiano, puede verse, entre otros, J. J. GIL CREMADES, «Razón Práctica y Razón Jurídica, en *Derecho, Razón, Práctica e Ideología*, ACFS, 17, 1977, págs. 1-24, así como las respuestas dadas por este autor en el coloquio que siguió a la mencionada ponencia, págs. 34-35. V. t. M. A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, págs. 319 y sigs. En adelante, esta obra será citada con las siglas DUK.

(6) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «El formalismo ético de Kant y el positivismo jurídico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1962, pág. 50. V. t., N. BOBBIO, *De Hobbes a Marx saggi di storia della filosofia*, Morano Editore, Napoli 1965; F. GONZÁLEZ VICEN, *La filosofía del Estado de Kant*, Universidad de La Laguna, 1952, recogido recientemente en *De Kant a Marx (estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres-Editor, S. A., Valencia, 1984, págs. 13-97.

Que la vuelta a Kant es constante —independientemente de que sea fruto de una mayor o menor consciencia— se puede ver incluso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, sin que me atreviese a aventurar si responde directamente a la personal formación iusfilosófica de los magistrados, de la posible influencia ejercida a

El valor de la dignidad del hombre y su necesaria consideración al referirnos a los derechos humanos, como puntos centrales de la filosofía moral y jurídica de Kant, son precisamente los parámetros en los cuales querríamos desarrollar nuestro trabajo. Los textos fundamentales son conocidos: «Nuestra propia voluntad en la medida en que sólo actuaría bajo la condición de una legislación general posible a través de su máxima, esa voluntad para nosotros, en idea, es el objeto específico del respeto; y la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa facultad de legislar en general aunque con la condición de estar sometida ella misma a esa legislación». «Actúa de tal modo que tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro emplees siempre la humanidad como fin y nunca como medio.» «La humanidad misma es una dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni por sí mismo) como un simple medio, sino siempre a la vez como un fin y en ello precisamente estriba su dignidad» (7).

Es evidente que la idea central de los derechos humanos y de toda ética natural es el valor de la dignidad del hombre, independientemente del fundamento que se haya dado a la misma a lo largo de la historia: ya sea a través de la Revelación, o en el supuesto de que esté escrita en el corazón del hombre y se manifieste de «todo el que tiene rostro humano» precisaba ya una diferenciación respecto de los animales, no sólo por «el lenguaje y la inteligencia técnica», sino sobre todo por sus posibilidades ideales, capaces de fundamentar por sí solas el que «todo ser con rostro humano» tiene en principio un derecho a la libertad por su itinerante y gradual capacidad de proyectarse, de hacerse a sí mismo y de perdurar (9).

Como certeramente ha señalado Kriele (10), la ilustración política —movimiento tan

través del estudio y consideración de otras jurisprudencia constitucionales, especialmente la de la República Federal Alemana, o simplemente al hecho de que como hemos apuntado —el pensamiento kantiano se ha convertido en lugar común de numerosos pensadores y juristas—. Nos referimos en concreto a la sentencia del 11 de abril de 1985, en la que podemos leer: «Nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que (...) se halla íntimamente vinculado con el libre desarrollo de la personalidad» (fund. jdco. 8); «indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona» (fund. judco. 3). «La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás» (fund. judco.); «la dignidad de la mujer excluye que pueda considerárselo como instrumento» (fund. judco. 11b), dignidad humana que adquiere pleno sentido en todo momento teniendo en cuenta, además, que «la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando en corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el “status” jurídico público y privado del sujeto vital» (fund. judco. 5).

(7) Los dos primeros textos, tomados de la *Einleitung in der Metaphysik der Sitten*, cit. por M. KRIELE en *Brefeiung und politische Aufklärung*, Verlag Herder, Friburgo de Brisgovia, 1980 (trad. cast. de Claudio Gancho, Herder, Barcelona, 1982, pág. 250, nota 6). El tercer texto pertenece a la *Metaphysik der sitten, Werke*, cit., t. IV, pág. 600... Así, por ejemplo, para Maihofer, «el principio kantiano de no tomar a otro como medio, sino como fin en sí mismo, se convierte en el principio fundamental de todo derecho natural existencial» (cfr. L. GARCÍA SANMIGUEL, *La ontología jurídica del Profesor Maihofer*, AFD, 1961, pág. 147).

(8) Cfr. A. E. PÉREZ-LUÑO, *Derechos humanos...*, cit., pág. 142.

(9) Cfr. M. KRIELE, c.c., pág. 53.

(10) *Ibid.*, págs. 49-53.

importante cara a la positivación de los derechos humanos— se desarrolló desde la doctrina ideal del derecho natural, advirtiendo que el fundamento para que pudiera darse una obligación respecto al hombre lo constituía precisamente la dignidad humana: el hombre no podía ser manipulado, sino que debería ser considerado «sujeto» frente a la naturaleza, que era observada como «objeto» por excelencia. La condición para que el hombre desarrollara sus «mejores posibilidades» sería la libertad. En efecto, la consideración exclusivamente empírico-biológica del concepto «dignidad-humana» le hubiera hecho perder su contenido específico y carecería de fundamento el deber incondicionado de respetar dicha dignidad. Por ello, Kant señaló que el hombre como hombre merece una consideración respetuosa y que nadie debe verle nunca como simple medio, sino siempre como fin en sí mismo, suponiendo —fundamento sobre el cual levantaría su imperativo categórico— el deber de respetar la dignidad humana; y, al mismo tiempo, la fundamentación de la dignidad humana supondrá la obligatoriedad del imperativo categórico. Nos sería imposible comprender, ya no sólo a Kant, sino a toda una época de la historia del hombre, sin ver esa conexión entre dignidad humana y moralidad. Incluso si admitiéramos tan sólo la validez negativa del planteamiento kantiano, nos bastaría en principio, ya que la desaparición o negación de la validez general de la ética en aras de una pura consideración naturalista del hombre llevaría a nuevos Auschwitz y Gulag, pues no podríamos contar con ningún fundamento objetivo para no considerar al hombre como un simple medio (11).

La dignidad humana se expresaría a través de la consideración justa y libre del otro, lo cual exige a su vez la consideración del respeto a la gravedad y el cuidado (*Sorge*) (12), permitiendo reconocer al otro como ontológicamente libre e igual a uno mismo y no como un objeto más *in commercium*. En efecto, la moralidad es entendida por Kant como sinónimo de libertad, al considerar como «persona» a «aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación. La personalidad moral —dice Kant— no es por tanto, otra cosa que la libertad de un ser racional bajo leyes morales, mientras que la personalidad psicológica es la mera capacidad de ser consciente de la identidad de su existencia en los distintos estadios vitales, de donde se deduce que una persona no está sometida a otras leyes que aquellas que ella misma se da, bien sola o bien al menos de consumo con otras»; en contraposición a «cosa», que es «un cuerpo que no es susceptible de imputación; todo objeto del arbitrio libre que carece, a su vez, de libertad, se denomina, por eso, cosa (*res corporalis*)» (13). Así, frente al precio de las cosas, valor externo (*Marktpreis* o *Affektionpreis*), el hombre tiene «dignidad», valor interno (*Würde*), por ello sólo él puede no ser tratado como medio, sino que al no tener «precio» no puede ser sustituido por algo equivalente, que es lo propio de las cosas sometidas a «precio». Ese tener que ser tratado como «fin en sí» es, pues, exigencia irrenunciable de toda ética y también de todo derecho (14). En base a esta dignidad —antes que por razones económicas o políticas y, aunque en este punto, no aceptemos, la evolución del discurso kantiano—, la segunda formulación del imperativo categórico sienta las bases para poder rechazar cualquier atentado contra la vida humana: aborto, pena de muerte, mutilación, tortura o guerra, ya que sólo tendría sentido hablar de «dignidad», incluso en el sentido que Kant otorga a esta palabra, dentro del marco de una auténtica y total

(11) Cfr. S. COTTA, texto citado en nota 2.

(12) Cfr. J. DE LUCAS y E. VIDAL, «Los principios básicos de la Constitución (II); el Título I», en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, pág. 49.

(13) *Werke*, t. IV, págs. 329-330.

(14) Cfr. DUK, pág. 9.

cultura, política y económica «de vida». Asimismo, el principio kantiano de la dignidad humana nos permite rechazar también, las diversas formas de colectivismo, las doctrinas mesiánicas del Estado, cualquier tipo de esclavitud, un sistema penal terrorífico, los sistemas en los que «el hombre está hecho para el mercado» así como todo tipo de marginación y discriminación (15).

Frente a lo hasta aquí dicho, pensamos que no cabría objetar el que Kant prescriba honrar a la humanidad en cada hombre en la medida en que entiende no la idea de hombre concreto, sino la de especie humana (16), ni tampoco el hecho de que pretenda derivar de la segunda formulación del imperativo categórico una cerrada defensa de la pena de muerte y, en cierto modo, también de la ley de talión, no sólo porque en estos puntos Kant se nos descubre como incapaz de superar su propio tiempo, sino porque posiblemente, arrastrado por su propio sistema cayese en el error de elevar la ley penal a imperativo categórico, llegando a derivar el derecho penal de la moral y no a través del común origen de la moral y del derecho, cual sería el principio de la dignidad humana en la formulación aquí estudiada, pudiendo haber deducido, sin embargo, la noción de pena de su propio concepto de coacción jurídica, lo que hubiera parecido más coherente tal y como ha señalado Cattaneo (17).

Si se acepta que el hombre no se puede reducir a simple medio, resulta imposible entonces negarle ser sujeto libre, ya que respetar al hombre como fin implica necesariamente tener en cuenta su libertad y, por consiguiente, el respeto a ésta. La consideración del hombre como fin en sí mismo, en efecto, tiene sólo sentido si aquél es concebido como capaz de auténtica moralidad y, por tanto, como libre en su voluntad, porque la libertad deriva del hecho mismo de ser hombre (18). En 1764 lo había advertido Beccaria, cuando en su conocida obra *Dei delitti e delle pene* afirma que «no hay libertad cuando las leyes permiten que, en algunos casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa» (19). Igualmente, para Rousseau el hombre sería «un ser demasiado noble para deber servir simplemente de instrumento a los demás» (20). Kant podría afirmar también no sólo que el principio «no hagas a los demás lo que no quieras que otros te hagan a ti» se encontraría incluido en su principio de la dignidad humana, sino incluso en quien violase el derecho a la libertad de otra persona la trataría como medio, al no considerar que los otros como seres racionales que son deben ser tratados siempre como fines, «como en grado de asumir en sí el fin de tal acción», ya que la naturaleza racional, por ser racional, existe como fin en sí misma (21). El hombre, en cuanto sujeto de moralidad, es un bien absoluto, un fin en sí mismo, hasta el punto de que, como ha señalado Ballesteros, «Kant destacó con acierto cómo la dignidad personal va unida a la aceptación del dolor inevitable y por tanto al rechazo del hedonismo» —el cual convierte al hombre en medio—: para Kant, en efecto, « si para escapar a una si-

(15) *Ibid.*, págs. 55-56. V. t. J. BALLESTEROS, «La violencia hoy: sus tipos, sus orígenes», en *Ética y Política en la sociedad democrática*, Espasa Calpe, Madrid, 1980, págs. 265-315 y la *Marginación como desequilibrio entre lo público y lo privado*, en las actas de las Jornadas Internacionales sobre pensamiento comunitario, Centro de Estudios Comunitarios, Mérida, Venezuela, 1984, págs. 189-202.

(16) Hasta Ortega advirtió claramente que «yo, en mi soledad, no podría llamarme con un nombre genérico tal como Hombre». Cfr. «El hombre y la gente», en *Obras*, 7, 1969, pág. 148.

(17) Cfr. *DUK*, págs. 2 y 319 y sigs.

(18) Cfr. M. KRIELE, *op. cit.*, págs. 62-63.

(19) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, pág. XXVII.

(20) J. J. ROUSSEAU, *La nouvelle Héloïse*, 1761, V partie, lettre II.

(21) Cfr. *DUK*, págs. 6-7.

tuación dolorosa se destruye él (el hombre) a sí mismo, hace uso de su persona como puro medio» (22).

Una idea semejante la expresa Spaemann cuando, al afirmar que el derecho natural no puede concebirse hoy ya como un código de normas, ni como una especie de Constitución, sino que es más bien «una mentalidad», advierte que le sirve de base el que la libertad total contraria a la naturaleza es algo totalmente ilusorio: «No podemos admitir razonablemente —concluye— la posibilidad de huir de la naturaleza. Únicamente podemos elegir si debemos tenerla presente en el recuerdo o relegarla al olvido» (23).

Si para Kant el hombre es fin solamente cuando se tiene en cuenta la constitución subjetiva de nuestra razón, en cuanto que tiene un actuar libre sujeto a leyes morales, no se puede olvidar que el concepto de deber moral kantiano exige objetivamente que la acción sea conforme con la ley y subjetivamente que el respeto por la ley, precisamente porque obrar teniendo como motivo el respeto por la ley es el elemento constitutivo de la moralidad que sirve para distinguirla de otras formas que «simplemente» sean acordes con la ley moral (24).

La consideración de la dignidad humana y del hombre como fin en sí mismo nos conduce a la idea de «respeto» (*Achtung*). En *Eine Vorlesung über Ethik* (25), Kant señala que «la más grande y repetida forma de miseria a que están expuestos los seres humanos consiste en la injusticia, más bien que en la desgracia». Podemos afirmar con Kriele que la obligación de respetar la dignidad humana se ha convertido en la norma de las instituciones políticas y jurídicas y que con esta norma se enfrenta constantemente con la lucha por el poder azuzada por ideologías, sistemas, degeneraciones de la democracia, burocracias e injusticias, así como a la derogación totalitaria de dicho principio o a su total neutralización (26). Pero todo lo dicho hasta aquí carecería de sentido si no tuviéramos en cuenta que el respeto de la dignidad humana es también base del orden jurídico y requiere, como único modo de preservarla universalmente, de la apertura al sentido de lo sagrado gozando de una validez perenne la afirmación de Heidegger de que «más esencial que establecer reglas es que el hombre encuentre el camino de la verdad del ser» (27).

Incluso para el pensamiento ilustrado —señala Kriele— resonaba en el concepto de dignidad humana un recuerdo religioso, de un mundo en el que el hombre era indestructible en su espiritualidad y cuya vida tenía sentido trascendente a lo terreno: «Lo que sostuvo la ilustración política fue ese recuerdo o, al menos, el recuerdo del recuerdo: una metafísica atenuada hasta un mero “presentimiento”, hasta el respeto y la doctrina del deber moral, pero que, en su núcleo último, jamás fue desechado por comple-

(22) Cfr. J. BALLESTEROS, *Derechos humanos: ontología versus reduccionismos*, *Persona y Derecho*, 9, 1982, págs. 241, nota 8. Para el texto de KANT, véase *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke*, IV, pág. 61. En este sentido, v. t., V. E. FRANK, *Ein Psychologe erlebt das Konzentrationslager* (trad. cast. de Diorki, Herder, Barcelona, 1979).

(23) Cfr. *Crítica de las utopías políticas*, EUNSA, Pamplona, 1980, pág. 340.

(24) Cfr. A. LLANO, *op. cit.*, pág. 360. V. T. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Derecho y ética*, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 35.

(25) Cfr. *DUK*, pág. 23, nota 25: «estas Lecciones fueron impartidas en la Universidad de Königsberg, entre 1775 y 1780-81 y fueron publicadas por vez primera en 1924, en Berlín, por Paul Menzer». La cita corresponde a la pág. 161 de esta edición.

(26) *Op. cit.*, pág. 48.

(27) M. HEIDEGGER, *Gelassenheit*, Pfulligen, Neske, 1959, *passim*; *Was heisst Denken?*, Tübingen, Niemeir, 1954, págs. 91 y *sisg. cit.* por J. BALLESTEROS, en *Derechos humanos... cit.*, pág. 240 y nota 4.

to» (28). Parece haberlo intuido claramente Kant mismo, al advertir que la humanidad como ley debe ser la suprema condición limitadora de todos los fines subjetivos y que, por ello, debe derivarse de la pura razón sin que pueda hacerlo de la experiencia (29). Sin embargo, aunque «no parece que podamos llegar a preservar el principio misterioso que se encuentra en el corazón de la dignidad humana más que con la condición de llegar a explicar la realidad propiamente sagrada que les es propia», esta cualidad aparece con mayor realce «cuando nos aproximamos ante todo el ser humano considerándolo en su desnudez y en su debilidad, al ser humano descarnado que encontramos en el niño, en el anciano, en el enfermo, en el pobre» (30).

Ahora bien, para Kant la legislación universal proveniente de la voluntad racional es la fuente, el origen, de una «dignidad» (*Würde*) para la cual es particularmente adecuado el empleo del término «respeto» (*Achtung*), al actuar nuestra voluntad sólo bajo la condición de una legislación universal, consistiendo la dignidad del hombre precisamente en esta capacidad de ser universalmente legisladora, siempre que sea puesta, al mismo tiempo, ella bajo esta legislación (31).

De esta forma, el deber se configura como la necesidad de una acción originada por respeto hacia la ley (32). Sin embargo, el problema que se plantea pienso que obligaría a interpretar estas palabras en el sentido de que el deber consiste realmente en una acción originada, si por respeto hacia la ley, pero en donde «ley» debiera ser sinónimo de «hombre», o, al menos, de «ley del hombre», para evitar caer en contradicción con la segunda formulación del imperativo kantiano, puesto que se podría decir con Spaemann —recordando también las anteriores palabras de Marcel— que «si el derecho natural sólo lo entendemos como derecho de libertad y de razón, los no nacidos, los niños pequeños y los enfermos mentales» no se contarían «entre los seres cuya vida es justo proteger por naturaleza» (33). Si el respeto por la ley moral es un sentimiento producido por un fundamento intelectual, este sentimiento sería el único que plenamente podremos conocer *a priori* e intuir su necesidad —siempre que no fuera de forma puramente inmanente— pues sólo así podríamos dar un sentido pleno, no sólo al principio del hombre como fin, sino a que la humanidad misma pueda ser límite de todo fin subjetivo y, además, fundamento de la ley. En definitiva, y como resumen de todo lo dicho, la idea de dignidad en sí resultaría incomprensible sin referencia a sus raíces metafísicas y religiosas (34).

Quizás haya sido, como explicaba Ortega, la excesiva importancia y extensión que ha logrado la idea de Nietzsche acerca del «presentimiento de peligro ante los demás» (35), uno de los factores determinantes de la inversión del imperativo kantiano en tantos lugares en los que vemos a los seres reducidos a «material de trabajo», a «simple instrumento» (36). Es evidente que, siempre, si bien con mayor eficacia en los últimos tres siglos, «el dominio del espíritu y la eliminación del *ethos* tiene como requisito y

(28) *Op. cit.*, pág. 54. Cfr. t. J. de LUCAS, *La pregunta fundamental*, Persona y Derecho, 9, 1982, págs. 121-125.

(29) Cfr. *Grundlegung, Werke*, IV, pág. 64.

(30) Cfr. G. MARCEL, *La dignité humaine et ses assises existentielles*, Aubier, París, 1964, pág. 168, cit. por J. BALLESTEROS en *Derechos humanos*, cit., pág. 240, nota 3.

(31) Cfr. *Grundlegung, Werke*, IV, pág. 69.

(32) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *El formalismo ético...*, cit., pág. 42.

(33) *Op. cit.*, págs. 338-340 y nota 16.

(34) Cfr. DUK, págs. 26 y sig. y M. KRIELE, *op. cit.*, pág. 54.

(35) Cfr. *El hombre y la gente*, cit., pág. 137.

(36) Cfr. R. SPAEMAN, *op. cit.*, pág. 327.

como objetivo político la extinción de las ideas de dignidad humana y la reducción naturalista del hombre en el plano espiritual», lo que obligaría a admitir que el hombre no tiene por qué ser siempre la meta final necesariamente, sino que puede, al menos en ciertas ocasiones, convertirse en medio. Sin embargo, el resultado inmediato es claro: Se elimina la «dignidad humana» y el hombre queda reducido a «una estructura de necesidad y a la inteligencia técnica». Como advierte Kriele, es en la idea moderna y reciente de «liberación» en donde no sólo la elección de los medios no tiene en consideración alguna la dignidad humana, ni las obligaciones morales derivadas de la misma, sino que «la misma “liberación” discurre en definitiva de tal modo que desaparece hasta el recuerdo de la idea de dignidad humana y sus fundamentos espirituales» (37).

Al considerar la humanidad como fin en sí misma, Kant entiende que en ella se fundamenta precisamente la autonomía, el carácter autónomamente legislador de la voluntad de cada ser racional: razón práctica, libertad moral, ley moral, autonomía de la voluntad, principio del hombre como fin. En esta autonomía, al mismo tiempo que fundamento de la dignidad del hombre y de todo ser racional, la que implica una auténtica y plena libertad moral al traducirse en la capacidad de ser legislador por «sí mismo», excluyendo cualquier interés externo o empírico de observancia de la ley: porque soy libre, puedo decir que poseo una ley moral; porque tengo una ley moral conozco que soy libre; la ley moral es pensada claramente por nuestra razón; si no hubiese libertad no encontraríamos nunca ninguna ley moral. Por eso, libertad, ley moral y dignidad humana son, para Kant, postulados. Sin embargo, el principio de la dignidad del hombre es un principio racional *a priori* de la razón pura práctica, conocido por la conciencia del hombre en sentido moral y racional y no por su conciencia psicológica empírica. Por este motivo, ello no puede referirse exclusivamente a un individuo empírico, o mejor aún, a un ser en el que «empíricamente» observemos su libertad y moralidad: su autonomía; sino que se ha de encontrar en toda humanidad, en todos los hombres en cuanto que participan de la común naturaleza moral y racional. Hoy, parecería difícil a la mentalidad más extendida, que se pueda hablar de una autonomía absoluta de la voluntad, incluso no necesariamente en un sentido propiamente kantiano, allí donde existe el deber de someterla voluntariamente a la ley moral. Lo que es evidente es que para Kant no es concebible ni ley sin libertad, ni libertad sin ley: autonomía de la voluntad sin imperativo categórico y viceversa (38).

Importante, en este punto, resultaba la observación de Welzel (39), acerca de que cuando Kant habla de la voluntad que se da la ley a sí misma, no entiende la voluntad del hombre empírico, sino la voluntad necesaria de la persona en cuanto miembro de un mundo inteligible, porque la autonomía, en sentido kantiano, supondría un orden inteligible de las cosas, un «reino de los fines» (*Reich der Zwecke*). La autonomía es la incorporación de la voluntad individual en la legislación moral general, en el sentido de que las personas, en base a la propia comprensión del contenido de valores de aquellos que está moralmente mandado, prescribe dicho mandato a sí misma. De ahí que la autonomía sea el principio de la libertad moral de la voluntad pues designa la particular relación existente entre obligación y libertad en el acto moral; la autonomía es libre auto-obligación a la legislación moral objetiva, «no asumiendo la voluntad la ley ciega-mente como mandato externo —lo que sería heteronomía—, sino en cuanto que ella la asume reconociendo su justicia y validez y la prescribe a sí misma». La autonomía, la

(37) *Op. cit.*, págs. 36-41.

(38) Cfr. *DUK*, págs. 8-14, 22-23 y 38.

(39) Cfr. H. WELZEL, *Gesetz und Gewissen*, cit., en *DUK*, págs. 59-60.

dignidad humana, presupone las leyes objetivas del orden inteligible de las cosas, y su conexión con ellas, y esto, aunque la voluntad rechace consciente o inconscientemente esas leyes objetivas, o aunque esté tan sumamente influenciada por la propia realidad física o psíquica —como por ejemplo en los niños y en los enfermos mentales—, que le sea difícil reconocerlas. Se puede afirmar que «es autónoma la misma ley moral puesta por Dios en la razón humana, porque lo que cuenta para Kant no es tanto quién es el autor de la ley moral, cuanto el principio por el que la ley moral debe ser obedecida por sí misma. Kant pretende garantizar la interioridad y autenticidad de la moral defendiendo los principios del racionalismo ético» (40).

Tradicionalmente, se ha pensado que el concepto de autonomía moral —en consecuencia el de dignidad humana— se fundaba para Kant en los siguientes supuestos: la exclusión o no demostrabilidad de la existencia de Dios y la libertad moral; sin embargo, no parece desacertada la opinión de que Kant no los entienda como presupuestos del concepto de autonomía moral y del de la dignidad humana, sino que considere ambos no demostrables —así como sus contrarios, habría que añadir— en el plano de la pura razón teórica. La existencia de Dios y la realidad de la libertad moral son, por el contrario, postulados de la razón práctica. De ahí, se puede concluir que, al desarrollarse el concepto de autonomía de la voluntad moral y el principio de la dignidad humana en el plano de la filosofía práctica, tienen necesariamente como presupuestos la realidad de la libertad moral y la existencia de Dios (41).

Habría que añadir que debe ser reconocida la personalidad, por tanto, siempre allí donde se presente la capacidad de determinarse en base a leyes elegidas por nosotros mismos de entre las leyes objetivas del mundo inteligible de las cosas. Sin embargo, la existencia de este mundo inteligible y su íntima conexión con la personalidad y la moralidad no deja lugar alguno a duda acerca del tratamiento que, como personas, deben recibir los seres en los que la presencia de semejante capacidad sea problemática, tal como ocurre, con los niños y enfermos mentales. En efecto, esta apariencia no podría nunca autorizar a una legislación a tratar a un hombre de modo distinto que como persona, puesto que la misma formulación del imperativo kantiano que nos ocupa exige «que jamás pueda ponerse en el peligro de desconocer la moralidad». En efecto, el reconocimiento de todos los derechos del hombre y el principio de la dignidad humana en su formulación kantiana como raíz de todos ellos es el hecho un presupuesto general de validez moral de toda legislación (42).

El acto más libre de un ser humano, de una persona, en el sentido kantiano, no proviene radicalmente de la sucesión exterior de causas y efectos, ni de la inclinación a ser feliz, sino de la propia razón al determinar la actitud de la voluntad. Es, precisamente, cuando la razón actúa de ese modo, haciendo de «altavoz» de la conciencia moral, cuando incluso el «porque quiero» es un deber, cuya moralidad general o universal, necesaria y válida para todos los hombres, se traduce en la fórmula del imperativo categórico aquí tratada. Cada vez que, en nuestra conducta, una persona es objeto de nuestra acción, no podemos olvidar que no la debemos tratar sólo como un medio, porque no se trata sólo de que el hombre sea capaz de ser legislador universal, sino además de que la humanidad que reside en el hombre, en todo el hombre, legisla universalmente sin

(40) DUK, págs. 60-61. En contra de esta opinión se manifiestan Dentice D'ACCARDIO y KAUFMANN y SANTELER.

(41) *Ibid.*, pág. 65.

(42) *Ibid.*, pág. 77. Cfr. J. B. ERHARD, *Über das Recht des Volks zu einer Revolution*, Jena und Leipzig, págs. 15-16.

cesar y, al hombre, a todo hombre, le es posible de hecho admirar y administrar esa facultad y esa legislación de sí mismo (43).

Si prescindir de los fines de las acciones implica prescindir de los contenidos propios de la ética, es obvio que el pensamiento de Kant lleva a un formulismo ético, a un formulismo teórico y a un formulismo jurídico. Como advierte Cattaneo, en la tercera formulación del imperativo categórico el concepto de derecho toma en consideración la «forma» de la relación entre los arbitrios prescindiendo de los fines materiales (44).

Este formulismo planteó, sin embargo, graves problemas de coherencia interna al pensamiento kantiano, tales como la explicación de cómo el hombre puede cometer injusticias y tener la capacidad de actuar contra la libertad y la racionalidad de sí mismo y de los otros como, por ejemplo, ha señalado Bagolini, incluso de no considerar personas a quienes no sean capaces, de ser conscientes de esa capacidad legislatora universal a la que nos venimos refiriendo (45).

Posiblemente, sin embargo, la segunda formulación del imperativo categórico se salvaría de esta acusación de formalismo, por hacer referencia al contenido de los preceptos morales: el respeto de la dignidad del hombre, con la idea de fin como elemento central de su contenido, al tomar al hombre como fin en sí mismo. De esta forma, el contenido de la moral kantiana vendría dado por el deber de respetar en la persona de uno mismo y en la persona de los otros, la humanidad como fin y como valor en sí. Parecería como si el mismo Kant comprendiese que la pura forma de la ley no es suficiente para determinar actos conforme a moralidad. Las aspiraciones jurídicas concretas se derivarían «de la existencia del hombre corporal en la multiplicidad de sus implicaciones mundanales e incluso en la limitación de la situación histórica de la época, antes que del principio ético-jurídico» (46).

Si, por una parte, al formular el principio de la humanidad como fin en sí misma, Kant formula la raíz común de la moral y del derecho, la distinción entre ambos será establecida desde la posibilidad de la coacción externa (47).

En efecto, el deber de respetar la humanidad cuando se refiere a nosotros mismos (*in deiner Person*) es principio de los deberes específicamente morales. Cuando aquel deber se refiere a los demás (*dir Person eines jeden anderen*) es también jurídico, pues exige respetar los derechos de los otros (48).

No parece que se pueda afirmar, por tanto, que derecho y poder de coacción son en Kant una misma cosa, puesto que la persona lo que tiene no es el forzar el ánimo del obligado, sino tan sólo la posibilidad de exigir el cumplimiento exterior, sin olvidar que el monopolio del poder coactivo no se encuentra en el imperativo, ni en la persona, ni en el deber, sino en el Estado; de forma que todo el planteamiento kantiano no podría derivar en la consideración del imperativo como una «remisión en bloque» de todos los

(43) *Ibid.*, pág. 33.

(44) *Ibid.*, págs. 24-25.

(45) Cfr. *La giustizia nella crisi*, RIFD, 1, 1980, págs. 11-13. Nos parece, sin embargo, una crítica excesiva por lo que creemos que podría servir de cierta aclaración la que aporta Cattaneo acerca del adverbio *bloss* en *DUK*, págs. 275 y sigs.

(46) En este sentido: ANDERSON, COHEN, METZGER, DUNNHaupt («imperativo práctico»), DEUGGIERO, BATTAGLIA, WELZEL, GIMBERG, SHREIBER, VIALATEUX, SECHI y, con ciertas reservas, PAUL y LAMANNA. V. *DUK*, págs. 26-36.

(47) Además del mismo CATTANEO, consideran el carácter jurídico de este principio, entre otros, JANET, VLACHOS, AHRENS, DELBOS, DEL VECCHIO, BATTAGLIA y SOLARI. V. *DUK*, págs. 44-50.

(48) Cfr. *Grundlegung, Werke*, IV, pág. 61.

deberes jurídicos a la ética (49). Como certeramente ha dicho Spaemann, para Kant el derecho natural no es una instancia jurídica en competencia con el titular del monopolio del poder. Antes bien, «la primera exigencia del derecho natural es que todos se sometan a una coacción pública común, desde la cual únicamente es posible que se pueda plantear de una manera eficaz la cuestión de lo justo por naturaleza. Es ésta la explicación más acertada, en nuestra opinión, acerca del por qué para Kant no tiene sentido derribar por la fuerza un Estado de derecho existente apelando al derecho natural, lo que supondría una vuelta a la «fuerza» y al derecho como expresión fortuita de la respectiva situación del poder en la cual nadie es bastante fuerte como para permitirse el lujo de preguntar por la justicia (50).

Hablar de coacción, obliga a hacer una referencia, aunque sea breve, a la pena, tema que plantea también problemas de difícil resolución en la teoría kantiana (51). Baste con apuntar aquí, y dentro del tema que se estudia, que si cada uno tiene derecho a hacer valer los propios derechos frente a los otros mediante la exigencia de una coacción, en cuanto que ésta pueda darse según una ley universal y, por lo tanto, sin poder ejercerse exclusivamente al arbitrio de uno, igual que si ninguno tiene derecho a ofender al otro, de todo ello se derivaría: 1) Que toda coacción jurídica está limitada por la universalidad de la ley; 2) que ninguno puede tener derecho a una coacción absoluta e ilimitada hacia los otros, puesto que entraría en contradicción con la segunda formulación del imperativo; 3) que ninguno tiene un deber coactivo ilimitado de obedecer a otro de modo incondicionado, pues tal derecho coactivo ilimitado transformaría a una persona en cosa, lo cual es absurdo (52).

Tal planteamiento es difícilmente reconciliable con la defensa que Kant hace de la pena de muerte. Ahora bien, parece evidente que el principio del hombre como fin vale siempre y en cualquier caso, al menos, «negativamente», es decir «como demostración de la inadmisibilidad de las teorías (penalistas) relativas y, en particular, de la concepción intimidatoria (53).

Otra cosa es la conocida utopía penal kantiana referente a la ideal y gradual desaparición de las penas cuanto más se aproxime un Estado al modelo de concepción kantiana, un Estado al modelo de una concepción fundada sobre la máxima libertad humana (54). No deja de ser interesante apuntar aquí, incluso por lo que a la pena de muerte se refiere, la conocida afirmación de Welzel de que el principio de la dignidad del hombre «no sólo serviría como criterio para juzgar cuando una ley es injusta, sino también como determinante de que una norma que no se acomode a esa exigencia pudiera dejar de ser derecho obligatorio o simplemente derecho» (55). Por todo ello, no puede admitir, en nuestra opinión, que aunque fuese cierto que Kant presta atención sobre los derechos humanos a raíz de la Revolución Francesa (1789), ya en la segunda formulación de su imperativo categórico (1785), se encuentra la fundamentación moral de tales de-

(49) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Derecho y ética*, cit., págs. 35 y 97.

(50) *Op. cit.*, págs. 331-332.

(51) Sobre la «pena» en la filosofía práctica de Kant véase el capítulo III de la obra de CATTANEO mencionada.

(52) Cfr. DUK, 75-76. Así L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle, 1795, I Teil, IV, Abschnitt, págs. 91 y sigs., 60 y sigs.

(53) *Ibid.*, pág. 292.

(54) *Ibid.*, pág. 326. Esta postura expuesta por KANT en su *Kritik der reinen Vernunft* parece más coherente que la mantenida en la *Metaphysik der Sitten*.

(55) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *El formalismo ético...*, cit., pág. 50.

rechos, porque para Kant el que viola los derechos del hombre usa la persona de los otros como un mero medio (56).

Si nos atenemos a actos jurídicos concretos, éstos no pueden tener una fundamentación ética directa, ya que el obrar por esta motivación caracteriza el acto moral. En cambio, Kant mismo advierte que «convertir en principio inmediato de actuación el obrar conforme a derecho es una exigencia que proviene de la ética» (57). Así, el derecho puede ser objeto del obrar moral y la moral fundamento de la obligatoriedad del derecho, a lo que habría que añadir, como señala Spaemann, que «al menos desde un punto de vista político, el derecho de la razón y de la libertad privado del concepto de naturaleza no significa nada más que la exigencia de la coherencia y la consistencia de un sistema político». En efecto, «cualquier derecho de la libertad que prescinde de la vinculación a una naturaleza previa, si no quiere caer en la negación anárquica de lo existente, sólo puede interpretarse de forma sistemático-inmanente o sistemático-formal», lo cual Kant intuía perfectamente en la misma formulación del imperativo, pero arrastrado, sin embargo, por la grandeza de su intuición y la enormidad del sistema, se verá abocado a un abandono de la teleología teniendo que tomar como un equivalente «provisional» su «Reino de los fines» (58).

Hoy día, una atenta consideración de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano desemboca necesariamente en la consideración de los derechos humanos.

Kant hablará de un «contrato originario» en cuanto fuente de derecho que determina incluso lo que es el derecho, así como si la ley promulgada por el legislador es justa o no. El legislador ha de preguntarse si un pueblo se podría dar a sí mismo una ley tal como la que él le propone. Kant habla incluso de un «tener derecho» para así apartar el peligro de una ley que todos quisieran pero que contradijera los principios fundamentales del derecho, porque para Kant, por ejemplo, «ningún pueblo puede decidir no seguir progresando en el conocimiento —en donde “poder” tiene un claro sentido de “tener derecho”— porque ello sería contrario a la humanidad inherente a su propia persona» (59). Este planteamiento que evita absolutizar los derechos y caer en la degradación de la idea misma de derecho, al rechazar la voluntad de poder, el dominio y la autoafirmación ilimitada, exige otros parámetros que fueron elaborados por la ilustración y el pensamiento posterior. Así, por ejemplo, la eficacia real de los derechos humanos que supone al mismo tiempo su validez jurídica, del principio kantiano de la dignidad del hombre exige la eficacia real de los derechos humanos, que supone al mismo tiempo su validez jurídica, que, a la vez, exige la división de poderes. Y así, la libertad de cada pueblo para la configuración de sus propias leyes y para el control público de los tres poderes independientes exigirá que derechos humanos, división de poderes y democracia constituyan una unidad jurídico-institucional, sin la cual hoy día se haría imposible la aplicación del principio kantiano en el ámbito de la política. En efecto, sólo si en un Estado todos los hombres tienen un mismo derecho al respeto de su dignidad humana, puede admitir en su seno la convivencia de todas las concepciones del mundo, y en él los derechos humanos darán sentido al compromiso democrático (60).

(56) Cfr. *DUK*, pág. 54.

(57) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ, *El formalismo ético...* cit., pág. 38.

(58) *Op. cit.*, págs. 324-329.

(59) Cfr. K. LISSER, *Der Begriff des Rechts bei Kant*, Verlag, von Reuter & Reichard, Berlin, 1922 (trad. cast. Alejandro Rossi, UNAM, México, 1959, pág. 120).

(60) Cfr. M. KRIELE, *op. cit.*, págs. 42-47. Kriele llega a afirmar que la división de poderes es más importante incluso que el catálogo de los derechos humanos, en el sen-

Como recuerda Kriele, «la tradición de la filosofía estatal democrática hablaba del *sensus communis*, del sentido común, el *common sense* inglés; es decir, de la capacidad de juicio práctico y moral, de la que se puede suponer que es propia de cada uno de los hombres. Desde la antigüedad se consideraba como tiranía imponer al pueblo una voluntad que contradecía su juicio ético. La democracia tenía como meta última llevar a término y mantener la concordia del derecho con la moralidad vigente. Así el juicio ético del pueblo debía ser la instancia suprema de decisión y necesitaba para ello de un derecho de elección igual y universal» (61).

No está de más señalar que, el principio que da sentido a todo este planteamiento es, precisamente, la segunda formulación del imperativo que, hoy, exige una especial atención, no sólo por los problemas económicos y culturales que tiene planteada la humanidad, sino porque a nivel político, sólo existen dos sistemas vigentes: democracias y dictaduras. Sin la vigencia efectiva de aquel principio, también en las democracias ocurriría lo que, entre otros, advertía Ortega en *Una interpretación de la historia universal*, que «la destrucción del derecho no puede suponer sino el envilecimiento del hombre» (62). Y resulta evidente que la negación de hecho del principio de la dignidad humana lleva, tal y como se ha intentado exponer en este estudio, a la destrucción no sólo del derecho, sino de cualquier planteamiento ético posible.

tido de que aquélla mantiene la vinculación jurídica de la autoridad estatal y sólo entonces, de apelaciones morales, los derechos humanos se pueden convertir en derechos efectivos. Que sólo cuando el gobernante está ligado por completo al derecho, puede estar también vinculado a los derechos humanos, a la libertad y a la igualdad. Hoy, podríamos afirmar que, por ejemplo, la existencia de un Estado democrático y social de Derecho sería asimismo más importante que dicho catálogo, en el sentido de que aquél se compromete a crear las condiciones necesarias para el efectivo ejercicio de los derechos humanos. Lo cierto es, que, en la actualidad y en la práctica, la existencia de la división de poderes, del Estado social y democrático de Derecho y el propio catálogo de los derechos humanos protegidos constitucionalmente se ha hecho un logro difícilmente separable. Véase sobre este interesante tema, por ejemplo, J. BALLESTEROS, *Los principios básicos de la Constitución (I): El Estado social y democrático de Derecho, sin Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, págs. 37-44 E. DÍAZ, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Ed. Debate, Madrid, 1984, pág. 73, nota 47.

(61) *Op. cit.*, Pág. 64.

(62) Cfr. *Obras*, IX, 1965, pág. 228.

VIII
RECENSIONES

Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, 548 págs.

Constituye esta obra el trabajo de habilitación de su autor en la Universidad de Göttingen. Se propone elaborar una teoría que proporcione una respuesta racionalmente fundada a las cuestiones sobre los derechos fundamentales. Pretende ser una «parte general de la dogmática de los derechos fundamentales» (pág. 18).

Se mueve Alexy en el marco del ordenamiento alemán, y el tipo de teoría de los derechos fundamentales que pretende se caracteriza por ser jurídica, general y referida a la Constitución alemana. Busca una teoría estructural y analítica que tenga como eje último la cuestión de la correcta decisión sobre derechos fundamentales y su fundamentación racional.

Lo primero que Alexy fija es el concepto de norma de derechos fundamentales o *Grundrechtsnorm*. Siempre que alguien posee un derecho fundamental es en virtud de una tal norma (pág. 39). Por norma en general entiende «el significado de una proposición normativa» (pág. 43). Por tanto, una norma puede expresarse mediante distintas proposiciones normativas. El concepto de norma es anterior al de proposición normativa, y el criterio identificador al respecto viene dado por las «modalidades deónticas» de deber, prohibición y permisión. Toda norma se puede formular en una proposición deóntica (pág. 46). Este «concepto semántico» de norma es independiente de la noción de validez normativa y compatible con los diversos criterios al respecto (págs. 49-50).

Por *Grundrechtsnorm* entiende aquella proposición que contiene determinaciones de derechos fundamentales. Son, en principio, proposiciones normativas contenidas en la Constitución. Ahora bien, estos preceptos constitucionales necesitan ser precisados y desarrollados para hacerse operativos, lo cual sucede en una medida importante por obra de la Jurisprudencia constitucional. Surge así la categoría de las «normas añadidas de derechos fundamentales» (*zugeordnete Grundnormen*). Por tanto, las *Grundrechtsnormen* se dividen en dos grupos: las estatuidas de modo inmediato por el texto constitucional y las añadidas a aquéllas (pág. 60). El criterio de admisibilidad de estas últimas es la existencia de una correcta fundamentación (pág. 61).

Desde el punto de vista de su estructura, las *Grundrechtsnormen* o normas de derechos fundamentales se dividen en reglas y principios. Recalca Alexy que unas y otros son normas, y que la clave de la distinción estriba en que los principios son mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*), es decir, normas que propugnan la realización de algo en la mayor medida posible a tenor de las posibilidades fácticas y jurídicas, y que, por tanto, pueden ser satisfechas en grado distinto. Por contra, con las reglas no existe este margen gradual de realización e imponen exigencias concretas que sólo pueden ser cumplidas o no cumplidas (págs. 75-76). Toda norma, según Alexy, es una regla o un principio.

Los conflictos entre reglas sólo se resuelven mediante una cláusula de excepción o declarando una de ellas inválida. Por contra, las colisiones de principios dan lugar me-

ramente al establecimiento de prioridades entre ellos en cada caso, mediante la ponderación de bienes. A la vista de las circunstancias, uno u otro principio gozará de preferencia en función de las razones con las que su mayor peso se justifique. De nuevo estamos abocados a la argumentación. Y esta preferencia para el caso origina una regla aplicable a ese caso («las condiciones bajo las cuales un principio prevalece frente a otro forman el supuesto de hecho de una regla que contiene la consecuencia jurídica del principio preferente», pág. 84), regla que es una norma añadida, en el sentido antes expuesto, y bajo la cual el caso se subsume. Y tanto aquellos principios como estas reglas son normas de derechos humanos. Los principios son «las garantías inmediatamente establecidas por las determinaciones constitucionales de los derechos fundamentales», mientras que las reglas «surgen del establecimiento de condiciones de preferencia como resultado de ponderaciones» (pág. 104). Su diferente grado de concreción hace que, en tanto que fundamentos de la decisión sobre derechos, los principios sean siempre fundamentos *prima facie* y las reglas fundamentos definitivos (pág. 90). Siempre que un principio se constituye en fundamento determinante para un derecho, en virtud del establecimiento de una relación de preferencia frente a otros principios concurrentes, ello ocurre a través de la fijación de una regla que dispone un fundamento definitivo mediante un juicio concreto de deber ser.

Propone Alexy un modelo mixto llamado «modelo regla/principio». Tanto una visión de las normas de derechos fundamentales compuestas sólo por principios o sólo por reglas es insuficiente. En el primer caso, porque conduciría a una parálisis práctica en todo caso en que los principios colisionan entre sí. En el segundo, porque concebir las determinaciones de derechos humanos como reglas directamente aplicables llevaría a privar de efectividad a todos los derechos fundamentales cuyas garantías no vienen suficientemente determinadas en el texto constitucional. La noción clave está para Alexy en la idea de ponderación o *Abwägung*. Siempre la concreción práctica de un derecho fundamental precisa de esa operación de sopesar o medir el alcance de los principios o los derechos en concurrencia, que es tanto como decir que se han de fundamentar las correspondientes declaraciones normativas concretas. Con esto, el tema se reconduce al campo valorativo. Es imprescindible, para concretar los principios, la aplicación de *criterios de valoración*, pero éstos no se han de entender como establecedores de una jerarquía definitiva, sino como «susceptibles de ponderación» y argumentación. El resultado de esa ponderación serán las reglas. No cabe un orden definitivo intersubjetivamente vinculante de los principios a partir de ningún tipo de valores. Lo que sí es posible es un orden producto de la ponderación, resultado de una serie de preferencias *prima facie* hacia ciertos principios y de una red ulterior de concretas decisiones de prioridades. Lo primero queda fijado en las determinaciones normativas de derechos fundamentales de la Constitución; lo segundo es, ante todo, obra de la Jurisprudencia constitucional y sus concretas ponderaciones. Y «una ponderación es racional cuando el enunciado de preferencias a que conduce puede ser racionalmente fundamentado» (pág. 144), esto es, cuando se ofrecen argumentos, que pueden ser desde argumentos jurídicos generales, como los cánones de la interpretación, hasta argumentos específicos referentes a la importancia relativa y el grado de realización posible de los principios en concurrencia. Con ello no se ofrece una pauta conducente a una decisión única, sino la delimitación de lo que precisa ser razonado para permitir decisiones racionales. Será una vez que se opte por una de esas decisiones posibles y se formule la correspondiente regla, cuando se imponga en favor de ésta y para el futuro la carga de la argumentación, en razón de los principios de generalidad, seguridad e igualdad.

A continuación desarrolla el autor sus tesis sobre los derechos fundamentales como

derechos subjetivos. La expresión derecho subjetivo la usa como concepto abarcador de diferentes posiciones, caracterizadas siempre por su índole relacional y tripartita: «... tiene frente a... un derecho a...» (pág. 164). Estos derechos subjetivos fundamentales o «posiciones jurídicas fundamentales» son divididos por Alexy en tres tipos: «derechos a algo», «libertades» y «competencias».

Los primeros tienen por objeto una acción del destinatario, ya sea negativa (omisión) o positiva (hacer). Los derechos a acciones negativas o *Abwehrrechte* se dividen en derechos a que ciertas acciones del titular (movimientos, expresión...) no sean obstaculizadas o impedidas, a que el Estado le respete ciertos estados o situaciones (vida, salud, vivienda...) y a que el Estado no le prive de ciertas posiciones jurídicas (propiedad...). Los derechos a acciones positivas se dividen según tengan por objeto una acción fáctica (ej., derecho a plazas educativas), o una acción normativa (ej., medidas legislativas posibilitadoras de la participación en el gobierno de la institución universitaria).

Por su parte, las libertades jurídicas se estructuran por referencia al titular, al obstáculo a evitar y al objeto (pág. 197). Pueden ser reforzadas o no reforzadas. Las primeras son meras permisiones de hacer o no hacer. Las segundas llevan aparejadas garantías específicas para su aseguramiento.

Por último, las competencias suponen para el titular la posibilidad de emprender acciones modificadoras de la situación jurídica (ej., contraer matrimonio, adquirir propiedades), lo cual las diferencia de las meras permisiones. Presuponen la existencia de reglas que hacen de su ejercicio una acción institucional.

Según Alexy, quien habla de un derecho fundamental se refiere a un haz de tales «posiciones jurídicas fundamentales», y lo que da a éstas su común adscripción en torno a un derecho fundamental es su incardinación con una *Grundrechtsnorm* constitucional. Lo que llama el autor «un derecho fundamental como totalidad» es un haz de posiciones *prima facie* y definitivas, es decir, determinadas respectivamente por principios y reglas.

En cuanto a las limitaciones a los derechos fundamentales, entiende Alexy como tales «normas que limitan posiciones fundamentales *prima facie*, es decir, limitan el ámbito de los derechos derivados de los principios» (pág. 254), lo cual supone, otra vez, una ponderación. Los propios principios en su interrelación dan lugar a respectivas limitaciones, expresadas en cada caso en las correspondientes reglas. «Una limitación de un derecho fundamental sólo es admisible cuando en el caso concreto corresponde un mayor peso a principios enfrentados» (267), dejando siempre a salvo el «contenido esencial» cuya preservación impone el artículo 12.2 GG. Toda limitación ha de ser fundamentada por referencia a la ponderación entre los principios en concurrencia.

Sentadas estas delimitaciones generales, Alexy pasa a analizar los derechos fundamentales generales de libertad e igualdad y los derechos a prestaciones estatales o *Leistungsrechte*.

El punto de partida para el examen del derecho de libertad es la norma general que al respecto se contiene en el artículo 2.1 GG, que, según el Tribunal Constitucional Federal, establece un derecho subjetivo ligado al libre desarrollo de la personalidad. Se trataría de un principio, en el sentido antes explicado, y, como consecuencia, todo lo que obstaculiza su realización ha de ser objeto de ponderación y examen. Para proporcionar el criterio al respecto se pone en relación este principio con el de dignidad humana contenido en el artículo 1 GG. El principio de libertad negativa tiene carácter formal y es materialmente completado por el de dignidad, del cual aquélla es condición necesaria, aunque no suficiente. Como resultado de la ponderación del principio de libertad negativa junto con otros principios en concurrencia se puede hablar de la distin-

ción de diversas esferas o ámbitos de protección por el principio, de mayor a menor: la más íntima la privada y la social del individuo. La tensión entre libertad individual y exigencias sociales se resuelve en la concreta ponderación de los principios enfrentados, con su correspondiente fundamentación.

El derecho general de igualdad ante la ley reenvía según Alexy a la necesidad de criterios valorativos, pues su aplicación se hace siempre respecto de «parciales igualdades fácticas» y en relación a «tratamientos determinados». Aquellos criterios nos tendrán que habilitar para juzgar en ese contexto qué es igual y qué desigual. Cuando se interpreta este derecho como interdicción del trato arbitrariamente desigual por el legislativo o los jueces, se alude a la necesidad de un fundamento suficiente para justificar la desigualdad. Aquí aprecia Alexy una asimetría, pues cuando no hay una razón suficiente para el trato desigual se impone la igualdad de trato, mientras que la desigualdad de trato se impone solamente en caso de razón suficiente. De ahí que la norma constitucional que sienta este derecho sea interpretable como un principio que *prima facie* exige una igualdad de trato y para lo contrario exige una adecuada fundamentación (pág. 373). Con ello se establece una regla de carga de la argumentación, que es un primer elemento de racionalización. La cuestión de cuando una razón es suficiente para justificar una desigualdad es valorativa, pero es racionalmente controlable tanto por las reglas generales de la argumentación jurídica racional como por las reglas ligadas a los valores constitucionales, al valor prejudicial de los precedentes de la Justicia constitucional y a las exigencias sistemáticas del ordenamiento (págs. 376-377).

Por lo que se refiere a los derechos a prestaciones estatales, la problemática específica de la Constitución alemana viene dada por la casi total carencia de estipulaciones al respecto, por lo que tales derechos son sobre todo obra jurisprudencial, apoyada en principios como el de dignidad, Estado social, protección de la familia, etc. Para Alexy es un *Leistungsrecht* todo derecho a un hacer del Estado (pág. 402). Los divide en tres grupos: derechos a protección, a organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.

Estos derechos sociales responden a la visión de los derechos fundamentales como posiciones que desde el punto de vista constitucional gozan de tal relevancia que su garantía o no garantía no queda a disposición del legislador ordinario. Por tanto, la cuestión de qué derechos sociales rigen es (no se olvide la peculiaridad mencionada de la Constitución alemana) respondida mediante la ponderación entre principios: el principio democrático de decisión legislativa, por un lado, y principios materiales, por otro (pág. 465).

No sólo analiza Alexy los derechos humanos como operantes en la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino también como condicionantes de las relaciones entre ciudadanos. Es la famosa problemática del *Drittwirkung* o efecto horizontal de los derechos fundamentales.

Finaliza Alexy con un apartado referido a la argumentación jurídica sobre derechos fundamentales. Recalca de nuevo que el carácter de las normas de derechos fundamentales como principios implica la necesidad de ponderaciones. Estas constituyen un proceder que no lleva a una sola solución correcta posible para cada caso. La decisión depende por tanto de valoraciones no controlables por el propio procedimiento de la ponderación, por lo que el sistema se muestra abierto frente a la moral, y se plantean problemas de razón práctica. Al respecto, la pauta para el control de racionalidad de las valoraciones es situada por Alexy en la «teoría de la argumentación jurídica», y remite, en cuanto a ésta, a su capital obra anterior, *Theorie der juristischen Argumentation* (Frankfurt, 1978). En este marco, para abarcar la especificidad de la argumentación so-

bre derechos fundamentales hay que distinguir, según Alexy, entre la «base» y el «proceso» de tal argumentación. La base viene constituida por la incidencia que sobre la argumentación en esta materia y su control, sobre todo cara al reparto de la carga argumentativa, tienen el tenor literal y la voluntad del legislador constitucional, los precedentes y las teorías materiales, es decir, doctrinales, de los derechos fundamentales, en cuanto facilitadoras o expresivas de opiniones dominantes.

Con esta base de la argumentación se avanza un nuevo paso en la delimitación de las posibilidades de control racional. Para el margen que aún resta entra en juego como mecanismo controlador el proceso argumentativo, como discurso práctico, con las reglas y formas de la argumentación que Alexy dejó diseñadas en su otro libro antes mencionado.

En suma, en este libro aplica Alexy las tesis de su obra anterior sobre la argumentación jurídica racional a un campo particular en que esa problemática se plantea, mostrando así su operatividad en este ámbito concreto de la práctica jurídica. Pero, al mismo tiempo, consigue desarrollar la que sin duda es una de las más completas y perfectas elaboraciones dogmáticas de los derechos fundamentales que en los últimos años, o tal vez décadas, se han llevado a cabo. De su riqueza y extensión real apenas si puede quedar testimonio en una simple recensión como ésta.

Juan Antonio GARCÍA AMADO

José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, 539 págs.

J. J. Gomes Canotilho, oportunamente, publicó hace un lustro lo que fue su «tese de doutoramento» y la habilitación docente en la prestigiosa Universidad de Coimbra. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* fue el título que recibió en su bautismo literario este estudio ejemplar sobre la fuerza dirigente de la constitución en los estados de Derecho Democrático. Ahora bien, quien conoce la particular permeabilidad del mundo académico portugués, y especialmente del jurídico, sabe que este hecho, el hecho de que este voluminoso libro tenga la doble naturaleza de tesis doctoral y de habilitación, no es un hecho baladí, ni su mención es ociosa. Es de sobra conocido cómo las rancias costumbres que gobiernan la cultura académica en Portugal hacen de tupido tamiz y favorecen que se eleve la producción de tesis a niveles de auténtico vértigo. En fin, este extremo a la postre confiere un mayor mérito a la obra de estos autores solitarios. Pero, por si alguien tuviera alguna duda acerca de esto, Gomes Canotilho no ha parado en mientes y ha continuado trabajando arduamente sobre el mineral jurídico que es la constitución en los estados de sistema político democrático. Así, ha publicado, entre otros estudios sobresalientes, un excelente manual de *Direito Constitucional*, en dos volúmenes, de los más citados en y fuera de Portugal y que es algo parecido a la biblia políglota del pensar constitucional portugués. Es de notar también que, con referencia expresa a los trabajos preparatorios de la Constitución de 1976, surgida de la «revolución de los claveles», ha salido de las prensas su *Constituição da República Portuguesa Anotada*, investigación conjunta realizada en estrecha colaboración con Vital Moreira, como él jurista de renombre y autor del libro *Economia e Constituição*, con quien ade-

más comparte asiduamente las tareas decisorias del Tribunal Constitucional portugués.

Pero más allá de las circunstancias que rodean siempre a un trabajo de envergadura, resulta ser este libro, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, de una actualidad pavorosa en el panorama de la práctica constitucional, siempre que no se intente reducir su actualidad a su superficie. Y ello, ni es casual, ni se debe el azar de la elección tomada por el autor que engendra el libro. De alguna forma esto es lo que viene a afirmar Tomás y Valiente, el hoy presidente de nuestro Tribunal Constitucional, cuando dice que el objeto de la técnica jurídica constitucional es analizar la «realidad como problema», y no «el sexo de los ángeles», y entiende que el método adecuado es la juridificación de los conflictos políticos, o sea, esa realidad problemática, a través de esta institución. Por esta misma senda puede aventurarse que discurre la insistencia de García de Enterría, insigne monopolizador de la razón jurídica en nuestro país, y su confianza en el «imperio del Derecho» para resolver las tensiones que aparecen en la estructura social. Pero, de todo esto sólo se deduce la oportunidad del libro, que no la identidad de sus planteamientos; oportunidad, pues siempre surge en toda cuestión de inconstitucionalidad más o menos veladamente el estatuto de la fuerza dirigente de la constitución y el esquema referencial de los actos normativos. Como dice Gomes Canotilho, parece inevitable que en nuestros flamantes estados de Derecho el debate constitucional, esto es, la discusión doctrinal sobre la función y estructura de la constitución, se centre, paradigmáticamente, en una disyuntiva: «¿Es la constitución una ley del Estado y sólo del Estado o es un estatuto jurídico de lo político», un «plano global normativo» del Estado y la sociedad? (pág. 12). Es decir, o bien es una ley fundamental, una *norma normarum*, que «juridifica» el modelo de «sociedad constitucional», ignorando los problemas de «legitimación» y de «dominio» de esa misma sociedad —constitución jurídica—; o bien la constitución reconducida a un «orden político» «politiza» ese modelo solventando el problema de «legitimación interna» del derecho —constitución política—. Una pregunta, en suma, que deja translucir un aspecto importante del problema: el que no hay una postura firme ante la constitución sin plantear «cuestiones previas» sobre el método; el que el discurso sobre la *compreensão* de la constitución como *Grundnorm* requiere abordar una investigación de su *pré-compreensão*. Sin duda, aquí es donde el libro de Gomes Canotilho, conocedor minucioso de la *Deutsch-Literatur*, encuentra una de sus apoyaturas más fuertes para su teoría de la constitución.

Una vez más la pregunta por la constitución —la constitución como realidad y como problema, por recoger las mismas palabras de Tomás y Valiente— es inseparable del modelo de sociedad y del papel conformador que atribuyamos a la norma superior. De su comprensión como una «constitución dirigente» que englobe la función programática del derecho, pero que sea considerada también como instrumento de garantía del contenido normativo de sus preceptos (pág. 14). Gomes Canotilho insiste precisamente en que la comprensión de la «constitución dirigente» corre pareja a una explicación de los fundamentos de la *dignidade de reconhecimento* de un orden constitucional. Quizá porque a través de esta vía pretende desenvolver una *teoría da constituição constitucionalmente adequada* su visión de la normatividad constitucional tenga más vuelo que alguna de las apadrinadas por estos pagos; es el caso del autor antes mencionado que, en la óptica propia de su posición en el Tribunal Constitucional, contempla la normatividad de la constitución desde una postura de defensa a ultranza mal comprendida, llegando incluso a una actitud tajante: o la Constitución o el caos, como si una espada de Damocles planease amenazadoramente sobre nuestras cabezas. Pues bien, esta tesitura con tintes tan dramáticos es rechazada de plano por Gomes Canotilho, que, como ya adelantamos, colabora junto a Vital Moreira en el Tribunal Constitucional portugués. El

concepto de «constitución dirigente» en la pluma de este autor, que no tiene parentesco con la idéntica noción de Lerche, «es entendido como el bloque de normas constitucionales en el que se definen fines y tareas del Estado, se establecen directivas y se estatuyen imposiciones» (págs. 19, 224 y *passim*). Pero, un bloque normativo cuya dirección programática es indiscernible de una fundamentación material de la libertad de conformación legislativa. Así, se explica que rechace el parangón, tan querido entre nosotros, entre una supuesta discrecionalidad del legislador y la ya tradicional discrecionalidad del administrador sometida al principio de legalidad (págs. 226 y sigs.). Con ello, Gomes Canotilho está pensando en una pragmática de la constitución basada tanto en la fuerza conformadora del derecho como en su función promocional. Lo que se plasma en una imaginería constitucional de indudable valor simbólico: la constitución, como *law in action*, alcanza su sentido direccional cuando se considera una «realidad como tarea», como un *continuum* de regulación, e, inserta en una determinada situación histórica, como un «problema abierto». O como una propuesta de «transformación de la sociedad por los hombres», tomando así la terminología marxista —según alguno, paleomarxista— en su sentido tradicional.

Este es, un tanto resumido, el modelo de constitución dirigente. A partir de esta fijación, el autor penetra más seguro en las interioridades de las relaciones problemáticas entre la *Grundnorm* de los estados democráticos y la ley ordinaria, en el esquema referencial de los actos normativos, en su campo competencial y en las consecuencias de las omisiones legislativas, en sus consecuencias para el estatuto de los derechos fundamentales y en las decisiones de la política práctica. En este «íter» inquisitivo puede decirse que Gomes Canotilho procede con un común denominador metodológico. No basta con definir en abstracto el esquema conceptual de la teoría sobre la constitución, sino que, en una labor de *bricoleur* puntilloso, hay que concebir y pulir un *instrumentarium* hermenéutico que sirva para detectar el «pensar abierto», no dogmático, de la constitución. Bajo la superficie normativista de la noción esgrimida por Gomes Canotilho —de fácil etiqueta sin una reflexión sistemática sobre el «mundo ambiente» de las precomprensiones— interesa señalar que la arquitectura del discurso y de la ideología de *Constituição dirigente e vinculação do legislador* esconde una metodología compleja que, utilizando la actitud gadameriana y el sutil estilo foucaultiano, liga fuertemente una *hermenéutica crítica* y una *arqueología del sentido*.

Una metodología que implica una cuestión de fondo: como dice Gomes Canotilho, «esclarecer que el discurso constitucional está condicionado por una *episteme* de relaciones materiales y de prácticas discursivas» (tesis 1.2). Una «episteme», esto es, una cara de la verdad que es captada a través de la tecnología del sentido en los «espacios», «juegos», «estrategias», «formas históricas» y «técnicas de dominio» del poder y del saber, que se enquistan tenazmente allá donde la fuerza simbólica de los conceptos se realiza con una eficacia pavorosa —en la legitimación liberal y democrática, en la racionalidad formal del derecho, en una antropología preconcebida y circular...; o en los arquetipos y tópicos constitucionales como los referidos al «proceso», «consenso», «unidad constitucional»...—. Foucault se sirve de la palabra *grille* para representar figuradamente la estructura comprensiva de esta «episteme»; Deleuze habla de «rizoma» para describir el mapa descentralizado de sus relaciones discursivas; y Gadamer induce al análisis de sus precomprensiones. Mas, Gomes Canotilho constata, genéricamente al principio del libro, más pormenorizadamente en el desarrollo, su localización, sus transformaciones temáticas que, como puntas de iceberg, aparecen en toda la extensión de la discusión constitucional.

Un libro sobre la constitución dirigente no puede desvelar su sentido sin un análisis

de otras comprensiones. Gomes Canotilho recoge en uno de sus capítulos hasta once formas de comprender una teoría de la constitución en los estados occidentales —desde Forsthoff hasta Krüger, Burdeau, pasando por Luhmann y otros teóricos alemanes—. Pero la guillotina de la tecnología hermenéutica no perdona. No es éste el momento de expresar una a una todas sus opiniones. Sin embargo, Gomes Canotilho pone un especial énfasis crítico al examinar aquellas teorías que basan la idea de la constitución en una naturaleza «abierta» (Habërle, Hesse) o en su exclusivo sentido programático (como *instrument of government*). El *topos* de la «constitución abierta» acapara la atención de una significativa corriente iuspublicista al uno y al otro lado de la frontera. La idea del hombre «abierto al mundo», y «vinculado al mundo», a los procesos de transformación, a los *tempos de mudança* que sitúan a los hombres en un proceso de realidad justifica la consideración de la constitución como «sistema abierto», incompleto, que admite espacios libres a la decisión política y traslada los problemas de legitimación del proceso político a las argucias interpretativas. En cambio, el *instrumentarium* hermenéutico que utiliza Gomes Canotilho como tecnología del sentido contempla la cuestión de la aplicación-interpretación-concretización de las normas constitucionales como *Rechtsfindung* y no como *Rechtschöpfung*. Como tal se afirma positivamente como materialista, pero antipositivista, asigna a la «instancia económica» una función determinante en la estructura epistémica del discurso constitucional. Y así, la tecnología hermenéutica reivindicada por Gomes Canotilho no puede renunciar a la «ponderación» de intereses y de los bienes en conflicto y sí a la tiranía de los valores que produce un «vaciamiento», a través de «slogans» e ideas «standards» importadas, del contenido normativo del orden constitucional.

La riqueza conceptual y el problematismo de las ideas de *Constituição dirigente e vinculação do legislador* impide que se pueda proseguir una descripción y un resumen detallado, o que se pueda intentar una crítica sin penetrar con más tino en los vericuetos de su arquitectura. Sólo resta añadir un comentario: que sería deseable el trasvase a los odres castellanos del bagaje de esta obra, y de la posterior, de Gomes Canotilho. Aunque el estilo esgrimido y la terminología usada sean excesivamente tudescos.

José MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO

Riccardo GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, Giappichelli, 1985, 179 págs.

Como es sabido, mérito o no, se ha debido a la filosofía jurídica de orientación analítica la difusión de una aceptación de «derecho», según la cual este término designa únicamente un tipo de «lenguaje» llamado prescriptivo, como opuesto al descriptivo.

A través de esta concepción del derecho, que en su día representó casi un descubrimiento, y a través de las nociones a ella aparejadas, los filósofos analíticos intentaron, por un lado, limpiar el discurso de los juristas y teóricos del derecho de los que se consideraban innecesarios compromisos de carácter ontológico-metafísico, a la vez que, por otro, y no sin una uniformización un tanto forzada, trataron de extender el modelo del lenguaje prescriptivo a todo el discurso jurídico en sentido amplio. Una tal actividad filosófica dio, y sigue dando, preciados frutos; sin embargo, a partir de la década de los 60, y de autores como J. L. Austin, el segundo Wittgenstein, y luego J. R. Searle (por

citar a los más nombrados), la evolución de la filosofía analítica efectúa un cierto *viraje* que no tardará en hacerse notar en el ámbito jurídico. Aunque de manera harto esquemática, se puede decir que el mencionado viraje va a poner en entredicho tanto al empirismo como al prescriptivismo de aquella «primera» filosofía analítica, a la vez que, la puesta en cuestión del prescriptivismo, va a presentar dos variantes: Una, según la cual este cuestionamiento no afecta al concepto de significado (prescriptivo), y otra, para la que, por el contrario, se ve también la necesidad de una revisión del mismo. Pero lo curioso del caso, y que merece ser destacado, es que la evolución se va a producir sin necesidad de que sufra alteración, al menos aparentemente, el objeto del análisis filosófico como tal, que seguirá siendo el lenguaje (jurídico). Y decimos «al menos aparentemente» porque, a nuestro juicio, son las distintas concepciones que en sentido amplio se tienen «del lenguaje» las que van a polarizar la recepción y desarrollo de la «segunda» filosofía analítica.

Y, aun cuando tarde, llega el momento de justificar la inclusión de esta especie de prolegómeno al comentario del volumen que nos ocupa. La razón del mismo es la de su utilidad a la hora de enmarcar una tesis que recorre constantemente la obra guastiniana, y que inspira las aportaciones, tanto estrictamente teóricas como metateóricas, contenidas en la misma. Así, en el fondo de la filosofía del autor genovés se puede apreciar, a la luz de lo dicho: 1) Un rechazo a la puesta en cuestión de la concepción del derecho (y por lo tanto del lenguaje) como realidad empírica, y 2) una asunción del antiprescriptivismo únicamente en la medida en que no afecte al tema del significado.

Pasando ya a una exposición más concreta del contenido y estructura, se trata de un volumen dividido en dos partes (*Norme y Discorsi su norme*), con nueve capítulos en total, en los que se recogen, con las oportunas variaciones destinadas básicamente a evitar repeticiones inútiles, los principales escritos de teoría del derecho publicados por el autor a lo largo de los dos años anteriores a la aparición del mismo, es decir, durante 1983 y 1984.

Obviamente, no es esta la sede apropiada para pormenorizar detalles sobre el fino y cuidado trabajo de Guastini, caracterizado, en lo que respecta a las teorías ajenas, por un análisis desglosado y perspicaz de los problemas, y en lo que respecta a la propia, por un esfuerzo en dotar al jurista de instrumentos que hagan de su discurso algo, en la medida de lo posible, claro y controlable. Nos contentaremos por ello con enunciar a grandes rasgos la temática de los capítulos, haciendo quizá un mayor hincapié en aquellos que, desde una apreciación inevitablemente subjetiva, suscitan mayor interés.

Entrando ya en el contenido del capítulo primero (*Sul concetto di norma*), merece la pena destacarse el empeño puesto por Guastini para consolidar una serie de distinciones conceptuales que en su discurso van a adquirir una importancia capital. Resultan tales las de «norma» (o significado prescriptivo atribuible a una disposición), «disposición» (o enunciado prescriptivo que «es parte» de un documento normativo), «documento normativo» (o conjunto de disposiciones que resultan de un acto normativo), y «acto normativo» (o proferimiento de los enunciados prescriptivos que forman parte del documento normativo). De todas estas distinciones, una se nos presenta como fundamental: La que separa a las normas de las disposiciones, pues con ella vehicula Guastini el empirismo lingüístico, a tenor del cual no se puede decir que existe una norma si no hay una disposición que la exprese (en otras palabras, a tenor del cual no se puede hablar de la existencia de «normas implícitas»). Asimismo, se incluye también en este primer capítulo una clasificación de las «disposiciones» según criterios de objeto y estructura, así como un breve balance de la repercusión de la teoría de los performativos en relación a las normas jurídicas.

Siguiendo las palabras del propio Guastini, en el capítulo segundo (*Tre teorie delle regole costitutive*), se abordan, en un análisis comparativo de metajurisprudencia descriptiva, las ideas de Searle, Carcaterra y, aunque marginalmente, también de Ross, en materia de reglas constitutivas. El estudio de dichas ideas reflejará que, a pesar de la similitud lexical, las «reglas constitutivas» de Searle (y Ross), difieren de las «normas constitutivas» de Carcaterra (para ser precisos, Guastini atribuye mercedamente la primicia de la distinción a Conte), lo cual no obsta para que se encuentren en los mencionados autores seis tipos de afinidades relativas, tanto a los conceptos señalados, como al contexto teórico de su aparición.

Por lo demás, el tema de las reglas constitutivas aparece de nuevo en el capítulo tercero (*Regole costitutive e grande divisione*), esta vez en relación a (o mejor, como punta de lanza contra) una de las principales tesis de la «primera» filosofía analítica, consistente en la defensa de la exclusividad e irreductibilidad de —sólo— dos tipos de lenguaje, el descriptivo y el prescriptivo, con su respectivo contenido de significado, las proposiciones en sentido estricto y las normas. Ahora bien, en este caso, y a diferencia del anterior, Guastini no se contenta con situarse a un nivel puramente expositivo de los argumentos de Searle y de Carcaterra contra la gran división, sino que, por el contrario, se va a empeñar en una salvaguarda de la misma a través de la discusión puntual del alcance de una serie de nociones elaboradas por dichos autores, entre las que habría que incluir los binomios «regla regulativa»/«regla constitutiva» y «hechos brutos»/«hechos institucionales» del primero, y la de la «constitutividad» legislativa del segundo.

Pone fin a la primera parte del volumen un capítulo cuarto (*I briganti e lo Stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto*), en el que Guastini nos presenta una afortunada reformulación de la teoría de *Sollen* objetivo, elaborada por Kelsen para distinguir a una norma jurídica de la orden de un bandido, en los términos empleados por Carcaterra para explicar la performatividad del discurso legislativo.

Refiriéndonos ya a la segunda parte, nos encontramos con un primer capítulo (*I discorsi dei giuristi. Un inventario di problemi*) en el que nuestro autor apunta brevemente y de forma salpicada su visión crítica ante una serie de temas y nociones de teoría general del derecho, como si hay una lógica de las normas, antinomias y lagunas, principios del derecho, etc. A este capítulo le sigue otro dedicado íntegramente a la interpretación (*Elementi di teoria dell'interpretazione*), del que merece mencionarse un apartado dedicado a las particularidades propias de la interpretación de la Constitución.

Por lo demás, afronta Guastini en el tercer capítulo de esta segunda parte (*Disposizioni e norme nel discorso dottrinale*), el esbozo crítico de las que, a pesar de que sueñen a algo ya viejo, resultan «dos tesis muy difundidas en la metajurisprudencia contemporánea», a tenor de las cuales, el discurso dogmático-jurídico: 1) es un metalenguaje cuyo lenguaje objeto son —recalca el filósofo genovés— las «normas» del discurso legislativo, y 2) expresa proposiciones en sentido estricto a las que, como tales, les corresponden los juicios de «verdad» y «falsedad». (Señalamos entre paréntesis que, aunque el dato no aparezca ahora recogido en el libro, en la publicación original del ensayo —aparecido en *Lo spirito del diritto civile*, I, Ecig, Génova, 1984, págs. 257-269—, Guastini respaldaba ambas tesis en un nombre, L. Ferrajoli, quien, a su vez las había formulado en *La semantica della teoria del diritto*, escrito íntegramente del volumen colectivo *La teoria generale del diritto, Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, págs. 81-130.) Sobre este particular, resulta sin embargo digno de mención el tono de especial prudencia con el que Guastini formula su crítica; crítica que funda principalmente en la ya citada distinción entre disposiciones y normas y, a resultas de ella, en las diferencias entre el predicar la validez de las primeras («formal») y

de las segundas («material»), así como en la distinción entre el uso directo y el indirecto de los enunciados deónticos.

Al análisis de la parte motivadora de las sentencias dedica Guastini el siguiente capítulo (*Uno schema per l'analisi del discorso giudiziale*), en el que, a través de una serie de enunciados ejemplificativos, se intentarán poner de relieve, tanto las falaces consecuencias que conlleva el adscribir genéricamente la motivación judicial al discurso cognoscitivo (que la actividad motivadora del juez es absolutamente controlable), como las que podrían derivarse de la tesis opuesta (que la actividad del juez es absolutamente discrecional).

Y llegamos así al capítulo que cierra el volumen (*Teoria, ontologia, e politica del diritto in Dworkin*). Como explícitamente queda recogido en el mismo título, sus páginas van a parcelar el pensamiento de uno de los filósofos anglosajones con mayor eco en los últimos tiempos. Para Guastini, el querer otorgar al «principio» liberal de legalidad carta de naturaleza empírica, le habría llevado al filósofo anglosajón a tener que zambullirse en aguas metafísicas, reconociendo la «existencia» de una serie de normas («principios») que carecen de formulación lingüística correspondiente. Esto, como ya pusimos en claro al comienzo de este comentario, iría en contra de uno de los pilares fundamentales (por no decir el fundamental) de la filosofía de Guastini, por lo que no es de extrañar el tono crítico de su análisis.

Por lo demás, no es difícil de entrever en las posturas de Dworkin y Guastini un debate de fondo de interesantes implicaciones también en el estudio del derecho, en torno a lo que podríamos denominar el «*status* ontológico del lenguaje prescriptivo» en el que, más o menos abiertamente, se encuentran empeñados los filósofos analíticos. Pero, con cuestiones de este y otro tipo (por ejemplo, la relativa a la determinación del «significado», poniendo en relación la teoría de los actos lingüísticos con las tres dimensiones clásicas del lenguaje, que también asoma problemáticamente en el discurso guastiniano), tememos alejarnos excesivamente del propósito de una recensión.

Así, y para terminar, vamos a volver al cauce exigido en este tipo de trabajos diciendo que el libro del profesor italiano representa un meritorio repaso, con la correspondiente adaptación a la teoría general del derecho, de las aportaciones de la filosofía analítica más reciente y autorizada. Sirve en parte para corroborar este juicio el elenco bibliográfico utilizado y que se incluye al final del libro.

M. BARRERE UNZUETA

Lino RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *Filosofía y Filosofía del Derecho*, Bogotá —Colombia—, Editorial Temis Librería, 1985, XVI-246 págs.

Este nuevo libro del Profesor Rodríguez-Arias Bustamante ha sido concebido al calor de la actividad docente, está destinado primordialmente a los estudiantes y, en consecuencia, se desarrolla bajo el condicionamiento general que imponen las exigencias de su funcionalidad didáctica. Es, pues, con toda evidencia un libro de texto. Un libro que continúa la línea de «*Ciencia y Filosofía del Derecho*» (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, XXXII-746 págs.), aunque reduciendo considerablemente la gama de cuestiones analizadas y ampliando al mismo tiempo la profundidad de los análisis.

El autor ha estructurado la obra en torno a tres núcleos temáticos generales: Filosofía (Parte Primera), Filosofía del Derecho (Parte Segunda) y Axiología Jurídica (Parte Tercera). Esta decisión no es casual. Obedece a varias convicciones muy arraigadas en el autor, mereciendo destacar entre ellas el principio de que la filosofía es la matriz, no sólo de la filosofía del derecho, sino también de la ciencia jurídica, y la tesis de que el tema axiológico constituye el problema central de toda filosofía jurídica. Obviamente estos supuestos son discutibles, como también lo es la determinación temática que el autor incluye en cada una de las partes de su obra. Pero ambos aspectos caracterizan muy especialmente su posición yusfilosófica y deben ser asumidos como un dato objetivo no manipulable. Yo respetaré, por tanto, este planteamiento y me limitaré a dar cuenta del desarrollo interno pormenorizado de cada uno de los tres temas centrales.

Dentro de la parte dedicada a la filosofía se exponen algunos aspectos relativos al concepto y al objeto (Capítulo I, págs. 3-38), a la filosofía de la comprensión (Capítulo II, págs. 39-58), a las relaciones entre filosofía y la ciencia (Capítulo III, págs. 59-70) y al positivismo y neopositivismo (Capítulo IV, págs. 71-86). A lo largo del desarrollo de esta parte y sin abandonar la necesaria objetividad expositiva, el autor muestra con toda claridad su adscripción al realismo espiritualista cristiano que se nutre en la corriente de la filosofía aristotélico-tomista. Puede seleccionarse como postulado significativo el siguiente: *que tanto la filosofía individualista de Descartes, que concibe al hombre como espíritu puro disociando así el conocimiento de la sociedad, como la filosofía de Marx que contempla al ser humano como expresión de la clase social, quedan como eslabones de la historia de la humanidad que se encamina hacia una concepción filosófica que, sin sustraerse a su sentido metafísico, conserva su amplitud universal dentro de una visión comunitaria de la vida que ve en el hombre un ser personal con capacidad no tan sólo para relacionarse con los demás hombres, sino de llegar a compartir con ellos bienes y servicios* (pág. 14).

Dentro de la parte centrada en el examen de la filosofía del Derecho se analizan varias cuestiones generales de carácter primordialmente introductorio que aparecen vinculadas a los lemas de «el jurista y el pensamiento jurídico» (Capítulo V, págs. 89-101) y «la Filosofía del Derecho, la Teoría General y la Ciencia Jurídica» (Capítulo VI, págs. 102-130). En el contexto de una concepción tradicional de la filosofía jurídica como parte de la filosofía ética (rama, a su vez, de la filosofía práctica) que se caracteriza por desarrollarse como axiología, ontología y epistemología jurídicas (págs. 96, 125 y 126), el autor proclama la misión transformadora y revolucionaria del jurista y la función constitutivamente utópica de la propia filosofía del Derecho (págs. 89 y 96). Consecuentemente, caracteriza a la filosofía del Derecho como *la ciencia suprema que se remonta al ámbito de lo universal, mediante un doble proceso cognoscitivo intuitivo y racional, que lleva a comprender el mundo de los valores jurídicos y las exigencias de la realidad social, tratando de ajustarse esta última a los cánones del derecho natural, para que de este modo predomine el bien común en todas las actividades de la sociedad humana* (pág. 129).

Dentro de la parte correspondiente a la axiología jurídica se someten a examen algunos de los problemas importantes de los siguientes temas: «los valores y el derecho» (Capítulo VII, págs. 133-146), «en torno a las concepciones de la justicia» (Capítulo VIII, págs. 147-183), «la justicia social» (Capítulo IX, págs. 184-196) y «el derecho natural: la vía para la transformación del derecho positivo» (Capítulo X, págs. 197-232). En relación con los valores, y asumiendo básicamente la concepción de M. Scheller, el autor afirma el carácter objetivo y absoluto de los valores sin perjuicio de subordinar su funcionalidad orientadora a las posibilidades del conocimiento humano a través de la intuición emocional. A su vez, la referencia a la justicia, que «es el tema central de

la Filosofía del Derecho» (pág. 147), incorpora la consideración de las concepciones o teorías más representativas, aunque insiste especialmente en la vocación personalista y comunitaria de la misma y destaca consecuentemente la importancia que la justicia social tiene para la construcción de la sociedad comunitaria. Y, finalmente, la exposición relativa al derecho natural, tras pasar revista a la doctrina de algunos autores actuales y de posiciones históricas clásicas, apunta levemente el intento de formular una «teoría del derecho natural comunitario».

Esta obra del Profesor Rodríguez-Arias Bustamante se proyecta hacia la exposición y defensa sistemática de unas cuantas tesis centrales radicadas en un profundo sentido humanista y en una fe firme en la Justicia, la Libertad y el Derecho. Es, pues, un libro con una honda vocación educadora. Ahora bien, este destino conformador de la conciencia jurídica, no sólo se ve enriquecido con una responsable y actual información doctrinal, sino que se desarrolla a través de constantes planteamientos críticos de carácter integrador, que contribuyen a la racionalidad de su eficacia moralizadora. Se trata, por tanto, de una publicación muy útil para lograr un conocimiento motivado de los problemas fundamentales de la filosofía del Derecho.

B. DE CASTRO

José M.^a RODRIGUEZ PANIAGUA, *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 1985, 2.^a ed., 213 págs.

Pocos libros son, como éste, fruto de un largo proceso de maduración de ideas por parte de su autor. A pesar de que el catedrático de la Universidad Complutense redactó esta obra pensando en los estudiantes y en el programa de las asignaturas de Filosofía del Derecho y, preferentemente, de Derecho Natural (de ahí su título) ha conseguido una obra que trasciende en mucho esas intenciones.

Así se incluyen interesantísimos planteamientos sobre el concepto de Derecho, sus ideales, fines y fundamentación; todo ello con un lenguaje claro, expositivo y muy asequible para el estudiante del primer curso de licenciatura. Para el lector ya familiarizado con el Derecho el libro se lee con interés, pues sugiere a cada momento nuevos enfoques o perspectivas de unos temas sobre los que parecía que estaba todo planteado.

A captar este interés contribuye la estructura de los capítulos, que se inician o con una introducción histórica o con una exposición de doctrinas que nos sitúan directamente en el punto central del problema o, en ocasiones, en otros puntos próximos al mismo pero de imprescindible conocimiento. A continuación contrasta opiniones de autores, plantea problemas, resuelve dudas y no evita darnos su opinión crítica antes de finalizar aquéllos. Contienen multitud de citas de autores, cuidadosamente escogidas y adecuadamente expuestas, así como abundante bibliografía a pie de página.

El índice del libro divide a éste en dos partes (El concepto de Derecho y Doctrinas éticas y Derecho) y añade un apéndice sobre el artículo 10,1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos (principal innovación que incorpora la segunda edición de este libro).

I

En esta primera parte se atiende preferentemente a los ideales del Derecho, junto con la diferenciación entre Derecho, Moral y Usos Sociales.

En cuanto a las concepciones sobre los ideales del Derecho nos dice que hoy se impone de manera avasalladora la concepción sociológico-realista en cuanto que se orienta a conectar el Derecho con la sociedad, con sus necesidades y aspiraciones; siendo imposible desconocer la conexión entre el Derecho y el carácter social de los fines a que se orienta.

Pero el autor deja constancia de la compatibilidad de esta corriente con las otras dos también expuestas. Así, la Justicia es una de las exigencias sociales más universalmente compartidas (ideal de la corriente óntico-valorativa) y el Derecho, entre otras aspiraciones, trata de realizar la Certeza y Seguridad (ideales de la corriente estatal-formalista).

En cuanto al problema ontológico Moral-Derecho, y después de exponer la evolución de las distintas corrientes sobre el tema nos dice que no se trata de diferenciar el Derecho y la Moral como si de dos realidades separadas se tratara, sino, más bien, de determinar las correspondientes perspectivas de ambos. El Derecho contempla las acciones humanas desde un punto de vista social, es decir, atendiendo a su valor o trascendencia social, mientras que la Moral las contempla desde el punto de vista del sujeto, de su actitud o disposición de ánimo (para el autor desde esta diversidad de perspectivas de la Moral y el Derecho es fácil integrar todos los otros rasgos o elementos que se presentan como distintivos o diferenciadores, y entre ellos, por supuesto no olvida la nota de la coercibilidad). Pero, en orden a la participación en la formación del contenido del Derecho por parte de la Moral distingue en ella tres clases: la de la Conciencia individual, la Moral de los sistemas religiosos o de otras concepciones generales del mundo y la Moral social; correspondiendo el grado de influencia mayor a la Moral social y menor a la Moral individual. Pero, a pesar de ello, el Derecho trata, según expone el autor, de ser respetuoso con las conciencias que responden a la Moral individual o a la Moral de los sistemas o doctrinal (por ejemplo la regulación de la «objeción de conciencia» o «derechos de las minorías», entre otros).

Sobre el Derecho y los Usos Sociales, el profesor Rodríguez Paniagua cree que no es posible asignar una caracterización o diferenciación conceptual precisa entre ambos, sino que hay que considerar al Derecho como una especie o clase más de los Usos Sociales (posición próxima a Ortega, como él mismo señala).

II

En esta segunda parte del libro, que el autor denomina «doctrinas éticas y Derecho», nosotros vemos dos grandes encuadres a los efectos de nuestra exposición. El primero de ellos de Filosofía Moral, así se incluyen temas sobre doctrinas de la Justicia, el Derecho Natural, los Derechos Humanos y repercusión en el Derecho de una serie de doctrinas éticas (ética Kantiana, Utilitarismo y ética del Derecho, ética de los Valores). Los tres últimos capítulos nos parecen propios de Filosofía Política (problemas en torno a la usurpación, tiranía; injusticias en las elecciones, nombramientos, leyes y actos de Gobierno y administración; la ética política; la desobediencia civil).

Creemos interesante resaltar una serie de cuestiones, que el autor nos presenta en clave histórica y que obviarlos sería desvirtuar la obra recensionada, así:

1.º El autor, después de dar luz sobre el término «Derecho Natural» nos dice que

la doctrina del mismo puede ser considerada como válida siempre que no se la entienda como Derecho, sino como ideal del Derecho, y no se la entienda tampoco como «natural», sino como racional.

Dentro del recto entendimiento que el autor realiza del Derecho Natural, nos dice que la doctrina de éste no fundamentó la teoría de la legitimidad divina de los monarcas, ni la propiedad privada, sino que, al contrario, sentó las bases a la democracia moderna, la función social de la propiedad privada, e incluso su posible socialización o colectivización; así, igualmente destaca cómo el Derecho Natural se expresa hoy a través de los llamados derechos naturales, o derechos del hombre, o derechos humanos.

2.º Un capítulo de especial interés es el del estudio de la ética de los valores (Sche-ler, Hartmann, Husserl..., los cuales enlazan, en cierta manera, con la ética Kantiana), aquí debemos poner de manifiesto la postura del autor: «No debemos estar encerrados en la órbita de lo placentero y de los bienes útiles, pues en este caso la posición humana fundamental será de lucha y enfrentamiento...», la superación de ello se conseguirá con una perspectiva de valores que no dividan, sino que unan, «porque puedan ser compartidos sin competición, sin necesidad de excluir a otros posibles partícipes» (págs. 121-122). El que los valores unan es algo que el autor ya apuntó en «Derecho y Sociedad» (Madrid, Tecnos, 1979).

La preocupación por el tema de los valores late en toda la obra «... puesto que están llamados a realizarse o incorporarse a la realidad», son un deber ser, exigencias que permanecen como tales, independientemente de que se realicen o no, de que se den o no en la realidad.

3.º Pero esta preocupación se vierte esencialmente en los VALORES PARA EL DERECHO, en la Axiología Jurídica como el recensionado prefiere decir; este término es preferible al de ética o teoría de la Moral, pues la ética propiamente dicha no se puede pretender que dé la fundamentación del Derecho, ésta vendrá dada por la Filosofía Jurídica. Y todo ello porque, como señala el autor, la fundamentación del Derecho no puede equivaler a una fundamentación moral. El profesor Rodríguez Paniagua afirma que existen valores propiamente jurídicos, valores propios del Derecho.

Y es que la ética se ha presentado con fines absolutistas intentando suplantar a la axiología jurídica, tanto en orden a esta fundamentación, como a la determinación de su contenido (y esta pretensión no es cierta por dos grandes razones: la primera, expuesta en las páginas recensionadas: Que el Derecho se orienta también a ideales moralmente neutros como son la seguridad y el bienestar social; la segunda, señalada implícitamente: es que en la formación del contenido del Derecho se da también una importancia fundamental a los medios para la realización de los diversos ideales).

4.º En el capítulo de la Justicia y su relación con el Derecho, y tras informar detalladamente al lector de la evolución doctrinal (con especial detenimiento en Aristóteles, Santo Tomás y en el nacimiento y significado del término «justicia social») plantea la discusión con respecto al «mérito», a lo que hay que distribuir entre las personas y a lo que hay que atribuir a la colectividad y a las tres tendencias que lo afrontan: supraindividualismo o universalismo, individualismo y personalismo. El tema del reparto de cargas y participación en los beneficios nos lleva al estudio de los dos sistemas sociopolíticos hoy fundamentales: el colectivista o socialista-autoritario y el capitalista o burgués. En la exposición de los principios de estos sistemas, el autor destaca que las exigencias de la justicia tienen que ser respetadas, deben intervenir corrigiendo, aunque sólo sea marginalmente ambos sistemas; y en este sentido la justicia exige que se asigne siempre un mínimo vital a cualquiera, incluso a los que no intervengan para nada en el proceso económico de producción o distribución de bienes.

5.º En este punto debemos resaltar un cambio en el panorama temático del libro. Si hasta este momento se han tratado doctrinas y exigencias en torno a la Justicia, ahora le corresponde el turno a la Injusticia. Nos introducimos, con ello, por la senda de la Filosofía Política.

En orden a las situaciones de injusticia, el autor plantea diversas cuestiones resueltas todas ellas con un rigor técnico-jurídico, que agradece, sin duda, todo estudiante de Derecho. Así, la Tiranía es dividida en dos clases (falta de legitimidad del Poder o Usurpación y tiranía de régimen o de ejercicio) y, entre otras cuestiones, aborda el de la resistencia popular a ella, ¿es un derecho o una obligación?; condiciones, requisitos, efectos; ¿qué supone en este contexto el tiranicidio ayer, terrorismo hoy? ¿Cabe la tiranía por defecto: anarquía?

Cuando realiza el planteamiento de estas cuestiones, el profesor Rodríguez Paniagua denota una formación kantiana (la moral imbuida de carácter absoluto), y en cuanto a los interrogantes formulados parece inclinarse por la utilización de medios pacíficos como solución. Además, el problema de cualquier medio no pacífico en la actualidad es que es obra de personas aisladas cuando realmente el único árbitro debe ser el Pueblo en su totalidad.

Sería de nuestro agrado comentar detalladamente la problemática en torno a la injusticia en las leyes y en los actos concretos de gobierno o de ejecución de la Ley, pero nos debemos conformar a los efectos de esta recensión con decir que el autor destaca el que la denuncia y persecución de las injusticias por vías meramente jurídicas o institucionales deja mucho que desear. La moral, la opinión pública son, normalmente, medios de control, pero «sin una moral compartida por el conjunto de una sociedad, ésta se disuelve o está en trance de disolución» (pág. 162).

6.º El profesor Rodríguez Paniagua también se ocupa de la operación de creación del Derecho, es decir, de la Política, pero fijándose en ella como actividad y como ciencia o arte referente al ejercicio y a la consecución del Poder.

Nos muestra los posibles enfoques de estudio de la política, de los medios de actuar en política, del maquiavelismo y antimachiavelismo, de la postura que considera a la política una moral especial, en definitiva, de la peculiaridad de la ética aplicada a la política. Este capítulo se lee con rapidez y atención, pues es presentada la política en sus dos facetas: técnica y moral. Objetiva (efectividad, logro de las aspiraciones) y subjetiva (servicio a la comunidad, de entender la política como una actividad esencialmente orientada a los demás). El recensionado recurre aquí también a argumentos sociológicos para exponer adecuadamente su postura: frente a actitudes políticas como el dominio y abuso de los demás o móviles como el propio interés, la única garantía eficaz es la publicidad, el esclarecimiento, la diafanidad; la honradez y la veracidad en la información.

7.º Con este punto cerramos las consideraciones sobre la obra recensionada. Es para plantear una forma de actuación política que se sale de los cauces de la democracia representativa: La desobediencia civil (término que alude a una infracción o violación de la legalidad, pero dentro de ciertos márgenes, los dados por la propia sociedad civil). El profesor Rodríguez Paniagua ofrece un concepto estricto de la misma, la define «como la infracción manifiesta, y generalmente no violenta, del Derecho, que afecta sólo a determinada(s) norma(s), con intención de mejorar esa(s) misma(s) norma(s) (desobediencia directa), o bien otra(s) diferente(s) (desobediencia indirecta)» (pág. 184).

A través de la exposición del autor no sólo conocemos posturas de teóricos (Bedau, Rawls, Raz), sino la de aquellos que unieron la teoría a la práctica. Así, Thoreau (cuyo

libro «Desobediencia civil» confunde desobediencia civil y objeción de conciencia); Gandhi (desobediencia civil no es anarquía, no se abandona al Pueblo a sí mismo y a sus caprichos, sino que es controlado y dirigido por unos jefes que encarnan la moralidad); M. Luther King (que con su movimiento de «los derechos civiles» insiste más en los caracteres formales de la desobediencia civil que en las limitaciones de su contenido).

La justificación de la desobediencia civil está amplísimamente tratada. De los cinco supuestos planteados, a nosotros nos parecen especialmente atractivos el cuarto, ¿cabe apelar a la desobediencia civil frente a una democracia?, y el quinto (la desobediencia civil como táctica revolucionaria).

No debemos, como sería nuestro deseo, prolongar esta recensión, por lo que realizamos unas últimas y necesarias consideraciones:

A) La presencia de Kant es patente en toda la obra, se le dedica un capítulo, y su ética se encuentra en la raíz de las formulaciones sobre Derecho y Moral (moralidad como sinónimo de libertad; validez universal y objetiva de la verdad y de los valores) o de la doctrina de los derechos humanos (el hombre en cuanto objeto de la moralidad es un fin en sí mismo, es un bien absoluto) o de la misma consideración del Derecho.

B) Como ya dijimos, esta segunda edición incluye un apéndice sobre el artículo 10,1 CE, aquí debemos destacar que el profesor Rodríguez Paniagua critica que en el Texto español, a diferencia del alemán en el que se inspira (arts. 1,1; 1,2 y 2,1 Ley Fundamental de Bonn) la dignidad de la persona deja de ser el fundamento de los derechos humanos para pasar a ser un elemento más en una enumeración; o que no se recoja, con tanta claridad como lo hace el germano, la conexión con el Orden Moral.

Han quedado temas en el tintero (así, contenido real del Derecho, papel de las ideologías, resistencia armada a la tiranía, terrorismo, objeción de conciencia...), pero esta recensión sólo es noticia de una obra, crítica sobre el Derecho, que a nosotros ha obligado a replantearnos la visión del mismo.

Jesús Primitivo RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

Antonio SERRANO, *Michel Foucault: Sujeto-derecho-poder*, Zaragoza, Prensas Universitarias, 1987, 157 págs.

Lo que en un inicio era la tesina de Licenciatura en Derecho del profesor Antonio Serrano González se ha convertido en un libro sobre el pensamiento de Foucault. Preferentemente en un ensayo sobre el pensamiento jurídico del autor francés, aunque adobado convenientemente por los problemas epistemológicos que suscita esta metodología, así como en destacada conexión con el resto de las ramas de las otras «ciencias humanas».

Con el palpable cambio, el libro en cuestión ha salido, indudablemente, ganando. Y eso que la tesina del Profesor Serrano no era farragosa, pero sí desmesuradamente abigarrada. Podía pasar perfectamente por una de esas tesis a la antigua usanza, de aquellas que se trabajaban durante años sin la premura del escalafón ni los agobios por entrar en éste. Poseía el carácter del, llamémosle así, discurso-río. Muy bien redactada, hipnotizada, o, mejor, y ya que se trata de Foucault, seducida por el objeto de su in-

investigación y algo también por su sujeto. Todo ello hacía que el lector se perdiera —en ocasiones— en este ejercicio de navegación fluvial. Una pérdida nada grave, pues la coherencia de la ruta emprendida y su brújula venían ya dadas de antemano. La tesina tenía también un lenguaje algo magnetizado por la fantástica composición gramatical francesa de Michel Foucault. Tampoco era grave este pequeño extravío estilístico, ya que no empañaba en absoluto una cabal comprensión de lo allí abordado.

La tesina en cuestión sufrió el examen correspondiente, alcanzando posteriormente un «premio extraordinario». Entre los recuerdos de este examen figuran, sin embargo, las perplejidades y el asombro de algunos juristas miembros del tribunal sobre la osadía foucaultiana de atreverse a criticar los fundamentos ilustrados del Estado de Derecho. Y es que el asombro, contra lo que creían los antiguos griegos algo ingenuamente, no siempre es fuente del conocimiento. Puede convertirse, si de juristas se trata, en estímulo para el cultivo del pensamiento hermético.

Pero, este estupendo libro, ya no es, afortunadamente, aquella tesina. En palabras de Antonio Serrano, la distancia metodológica, la conveniente distancia, le obligó «a reescribir completamente el texto». Felizmente, este objetivo ha sido logrado con provecho por el autor, quien, en una visión muy a lo Fernand Braudel, declara que su ensayo es «una primera aproximación global a la obra del pensador francés desde el campo del derecho». Y ciertamente se trata de una «aproximación» muy gráfica y muy braudeliiana.

El libro está bien estructurado y, aunque en ocasiones el pensamiento de Foucault se ha prestado a ello, en este caso no es ningún *pastiche*. Se comienza por las pautas foucaultianas del nexo entre «saber y poder» y por las convenientes reflexiones epistemológicas sobre el método («arqueología y discontinuidad»), para terminar con un detenido examen de la «normatividad» y con el tránsito del «poder sin rey» al «poder pastoral». Hasta cuando se habla del nacimiento de la medicina clínica se incluye cuidadosamente en el mismo capítulo el estudio de la «verdad y la práctica judicial». De particular interés para la historia del pensamiento jurídico y su metodología es el contenido de las páginas 120 y siguientes sobre «el discurso humanista» y «la disciplina frente a la norma jurídica», donde el sujeto de derecho cede el paso a las teorías del ejercicio del poder objetivadas en el *cuerpo*. Además, y al margen de todo economicismo, es particularmente clarividente la visión foucaultiana, bajo el prisma historiográfico, de asociar el ejercicio del poder a la «utilización económica del cuerpo», pues, como observa Serrano siguiendo a Foucault, «su constitución como fuerza de trabajo sólo es posible si se halla prendido —el cuerpo— en un sistema de sujeción», que controla desde la manera de sentarse en un pupitre hasta las formas convenientes de manejar las herramientas de trabajo en una fábrica o el uso del mosquete en el servicio militar.

El ensayo posee otra ventaja y no precisamente suplementaria: la claridad. Sin ser un estudio meramente descriptivo, puesto que estamos ante el resultado de un diálogo del autor con la producción foucaultiana y no ante una simple exposición de ésta, el lector puede hacerse fácilmente una idea de conjunto, puede extraer una síntesis útil del ideario del pensador francés. Pues a este filósofo le ocurre en parte lo que a Niklas Luhmann. Que todo el mundo puede hablar de él sin comprenderlo, y, por tanto, quedándose con retazos de sus concepciones, que es lo mismo que mutilar o desvirtuar una metodología, aunque ésta se presente con la apariencia que sea, bien de «globalidad» o bajo el rostro de lo «fragmentario».

Incluso, en un ejercicio de confesión de bajas pasiones profesoras, en un ataque de egoísmo de profesor, esta obra puede contemplarse, valga la ironía, como un uten-

silio adecuado para hablar de Foucault, con cierto conocimiento de causa, en conferencias, clases o coloquios varios en los que se participe.

Sin embargo, y a pesar de todas las virtudes expuestas en el final del libro, y que conste que esto es tan sólo una impresión y no una crítica científica, cuando se habla del «poder pastoral», no parece que este capítulo esté debidamente ensamblado con el desarrollo temático anterior. No hay por qué esperar, en un libro de estas características, el manido «colofón». Pero tampoco un volapié. Y ese «poder sin rey» asemeja quedarse ahí como algo recóndito, porque aunque se presente como continuación de lo anteriormente sostenido da la impresión de ser un tanto «discontinuo». ¿No hubiera quedado mejor situándolo en el eje, en el corazón del ensayo? Que conste, una vez más, que esta observación es el ejercicio de una duda efectuada desde la inexperiencia foucaultiana, que en nada empaña la excelente factura de este trabajo.

Decía hace poco, y a propósito de este libro, un crítico aragonés habitualmente bastante exigente, el profesor Guillermo Fatás, que la Filosofía del Derecho es una «de las disciplinas más complejas e intrincadas de cuantas pueden practicarse en las facultades humanísticas». Y no se crea que esta afirmación se hacía en son de loa a nuestra asignatura, pues el profesor Fatás advierte certeramente que ejercer de iusfilósofo hispánico requiere «una demostración permanente de valía para no caer en la rechifla». Conclusión: porque a veces se cae en la rechifla. Por eso, este libro no es ningún ejercicio de regodeo frívolo y así lo advierte este mismo crítico diciendo «que merece los recibidos honores académicos» porque es «un disciplinado discurso de espectadores implicados».

Finalmente, hay que hacer notar también que la edición a cargo de «Prensas Universitarias» de la Universidad de Zaragoza está muy bien cuidada, con una bien pensada portada, y demostrando que las instituciones universitarias también pueden servir para fomentar publicaciones con decoro, buen gusto y seriedad.

José Ignacio LACASTA ZABALZA

Peter SINGER, *Democracia y desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1985, 161 págs.

En filosofía moral y política resulta a veces en verdad indicativo no sólo comprobar en qué medida, por un ir y devenir constante, determinadas preocupaciones reverdecen luego de algún tiempo, cuanto también —e incluso puede que más— el momento preciso en que lo hacen. Las analogías, afinidades y correspondencias son, por ello mismo, siempre posibles. Así, nada parece impedir las respecto, por ejemplo, al enclave histórico y económico que en 1848 sirvió, por ocasión de la guerra entre América del Norte y México, al famoso discurso sobre la Desobediencia Civil de Thoreau, y la contestación que argumental e instrumentalmente dialectizada —teach-ins, fórums, mítines, conferencias, concentraciones, marchas, pertinaces «peaceniks» y abundantes manifiestos y publicaciones (N. Chomsky a la cabeza; recuérdese *Objectivity and liberal scholarship*, *American Power and the New Mandarins*, o *El pacifismo revolucionario*)— se originó por la intervención militar estadounidense sobre territorios vietnamitas. Con todo, es también evidente que aquellas posibilidades de relación no tienen por qué agotarse en este punto; el propio hecho de la presente traducción y edición castellana de la obra de Singer (Oxford, 1983), permite un género de reflexiones colaterales —históricas, políticas o científicas— diverso y bien distinto al mencionado. Tal valdría al caso de esta-

blecer los motivos que durante el régimen anterior equilibraron el desinterés por el problema de la desobediencia —salvo puntuales referencias de L. Legaz Lacambra, «La obligatoriedad jurídica», *A.F.D.*, 1, 1953, págs. 5-89, esp. 65 y sigs.— con el interés ninguno puesto en recibir fuentes extranjeras, y las razones que puedan asistir a que en lo que hasta hoy lleva funcionando entre nosotros el sistema parlamentario constitucional, se hayan suscitado en torno a la desobediencia una pluralidad de tratamientos científico-críticos (1), antes incluso que sirva a explicar esto último la efectiva divulgación o suficiente penetración de la bibliografía internacional (2), donde estudios como éste de Singer ocupan un lugar fundamental.

Ambos datos deberían ser convenientemente confrontados, cuidando siempre no extralimitar sus perspectivas. Desde luego, es claro, por el primero no se prueba la apología de obediencia a las leyes en un sistema autoritario, de la misma manera que con el segundo, ciertamente, no se cuestiona la legitimación democrática del Derecho en uno constitucional. Antes bien, cabría afirmar que el último de ellos deja constancia de ser posible y natural asumir la desobediencia en relación a determinados procedimientos mayoritarios de legitimación de las protestas «ilegales», justamente dentro de un sistema democrático, lo que sin duda sí está lejos de suceder cuando se trata de un sistema autoritario. Por consiguiente, al contrastar las respectivas situaciones científicas y políticas interesaría, sobre todo, atender el salto cualitativo que de una a otra parece haberse producido.

Desde esta perspectiva puede decirse que el enfoque actual del tema de la desobediencia ha mostrado tres orientaciones: preocupación por determinar si existe obligación política fundamental de obediencia a las leyes, si tal fundamento hace absoluta-

(1) F. GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al Derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Publicaciones de la Universidad de La Laguna, 1979, págs. 365-398; E. DÍAZ, «La obediencia al Derecho», en *De la maldad estatal a la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, págs. 76-94; J. M^a. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «La desobediencia civil», *REDC*, 1982, 5, págs. 95-114, también en *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, págs. 179-201; F. GONZÁLEZ VICÉN, «La desobediencia al Derecho. Una anticrítica», *Sistema*, 65, 1985, págs. 101-106, y J. MUGUERZA, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia. (Una intrusión en un debate)», *Sistema*, 70, 1986, págs. 27-40.

(2) Vid. H. BEDAU (ed.), *Civil Disobedience: Theory and Practice*, Pegasus, Indianapolis-Nueva York, 1969; C. COHEN, *Civil Disobedience: Conscience, Tactics and Law*, Columbia University Press, Nueva York, 1971; C. J. MACFARLANE, *Political Disobedience*, MacMillan, Londres, 1971; M. R. KADISH & S. H. KADISH, *Discretion to Disobey: A Study of Lawful Departures from Legal Rules*, Stanford University Press, Stanford, California, 1973, etc., o las concretas referencias contenidas en H. ARENDT, «Civil Disobedience», *The New Yorker*, 12 septiembre 1970, págs. 70-105, con variantes en *Crisis of the Republic*, Nueva York, 1970, y en *Is Law Dead?*, E. Rostow (ed.), Nueva York, 1971, págs. 213-243; J. RAWLS, «The justification of Civil Disobedience», en R. A. Golwin (ed.), *On Civil Disobedience. Essays old and new*, Chicago University Press, 1969, págs. 247-258 y *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971 (traducción al castellano FCE, México, 1979); R. DWORKIN, «On Not Prosecuting Civil Disobedience», *New York Review of Books*, 10, 1968, 6 y *Taking Rights Seriously*, G. Duckworth, Londres, 1977 (traducción al castellano, Ariel, Barcelona, 1984); J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979, etc. Aparato crítico, pues, predominantemente angloamericano al que conviene añadir las aportaciones de U. SCARPELLI, «Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico», *Rivista di Filosofia*, 1972, págs. 291-299; G. COSI, *Saggio sulla Disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in Democrazia*, Giuffrè, Milano, 1984, además de la *Presentazione* de T. Serra a H. ARENDT, *La disobbedienza civile e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1985, págs. 1-22.

mente a todo sistema político y, finalmente, con qué parámetros deba calibrarse la justificación de la desobediencia al Derecho en una democracia de corte liberal. De entre ellas, la que concierne a los criterios de valoración es todavía la menos desarrollada, por más que su importancia exceda o remate de un modo práctico lo definido en conclusión a las dos primeras. (Más cuando la experiencia constitucional española ha ofrecido ya comportamientos altamente ilustrativos por relación a sutiles invocaciones a la desobediencia mediante la utilización frecuente, y a veces hasta contumaz y obstinada, de los controles de legalidad, en un juego de intenciones tan eficaz como injustificable.)

En cuanto a las dos primeras orientaciones, la posición crítica de los autores no resulta del todo coincidente. González Vicén, y por aproximación también Muguerra, se han decantado hacia la no existencia de una obligación política, en tanto que moral y como fundamento ético, de obediencia al Derecho. Elías Díaz cree posible sin embargo hallar razones típicas para la obediencia a través de los procedimientos democráticos que garanticen realmente la libertad e igualdad fundamentales. Rodríguez Paniagua, por su concepción tridimensional de la realidad jurídica, esto es, normativa, sociológica y axiológica, mostrándose partidario de «limitaciones» tanto a la obediencia necesaria como a la desobediencia posible de las leyes.

De fondo a este debate, la posición de Singer puede resumirse (tercera parte de la obra) del modo siguiente: La obediencia constituye obligación *prima facie* que, empero, no descarta la existencia de razones morales más fuertes en contra, aunque más difíciles de hallar en un sistema democrático constitucional por presentar éste, peculiarmente, dos razones especiales en favor de la obediencia: 1) Que una sociedad democrática, en donde todos tienen igual poder y donde no hay tendencia de la mayoría a tratar a la minoría con menor que igual consideración, representa un compromiso justo entre pretensiones de poder concurrentes y de otra manera irresolubles, y 2) que la participación en un procedimiento de decisión, haciéndolo de buena fe, origina una obligación de actuar como si se hubiera consentido en quedar vinculado por el resultado que el proceso de decisión arroje. A la conclusión de obligación *prima facie* de obediencia con cláusula de excepción llega Singer a partir de la comparación de dos tipos de organización política (autoritaria y democrática), desarrollando los tres modelos hipotéticos que pasamos a exponer (primera parte de la obra):

Modelo 1.º, características: A) Aquella asociación en la que todas las decisiones importantes son tomadas por un solo hombre, el líder; B) tales decisiones se toman por la fuerza; C) existencia de periódicos en el common-room association al servicio de todos los miembros, con la expresa prohibición de llevarse los diarios; D) un miembro (disidente) plantea objeciones a un concreto periódico "The News" porque la publicación lleva a cabo una campaña difamatoria contra la minoría negra del país; E) el disidente pide al líder que reconsidere su decisión, y F) el líder permanece inalterable en su criterio y el disidente se lleva el periódico. *Modelo 2.º*, características: A) Una asociación en la cual quien toma las decisiones es también un solo hombre: el socio más antiguo; B) las decisiones se toman en base a su mayor experiencia sin emplear violencia ni intimidación, C) y D) *ídem* al modelo anterior; E) el disidente plantea en vano su objeción al socio más antiguo, y F) el disidente se lleva el periódico. *Modelo 3.º*, características: A) Las decisiones se toman por votación; B) en el voto de la asamblea prevalece la opinión mayoritaria; C) el disidente concurre a la asamblea y vota de acuerdo con sus opiniones; D) en una de las reuniones de la asamblea se propone que la asociación se suscriba al citado periódico; E) el disidente se opone, pero no consigue ganarse la mayoría, y F) como consecuencia de ello, se lleva el periódico.

Por el análisis de estos tres modelos, Singer aísla dos razones para la obediencia de

las leyes, válidas en cualquiera de los tres: 1.^a Que cualquier acto de desobediencia puede constituirse en un ejemplo o precedente para posteriores actos de desobediencia, lo que conduciría a la ruptura de la ley y el orden. 2.^a El hecho de haber recibido beneficios de las leyes de una sociedad. En adelante, tratará de hallar razones para la obediencia válidas sólo respecto del modelo 3.^a, modelo de sociedad democrática, y no para los dos primeros. Los supuestos contemplados son:

La posibilidad de derogación. Partiendo de las razones expuestas por T. H. Green (*Lectures on the Principles of Political Obligation*, 1907) para obedecer las leyes y concretarlas en: a) El gobierno popular, y b) métodos institucionalizados para dictar y derogar las leyes, Singer considerará el b) no exclusivo de la democracia. En democracia, la utilización de estos medios supone una posibilidad teórica de modificar las leyes, puesto que se trata de cambiar la opinión de varias personas (mayoría), al igual que en los dos primeros modelos se trata de cambiar la del autócrata. En función a ello, Singer concluye que b) no constituye una razón importante para obedecer las leyes, siéndolo sólo la posibilidad real (que no teórica) de cambio por vía legal, pudiéndose, al contrario, acudir a la ilegal.

La soberanía popular y el consentimiento. Singer toma como base la que para Green representaba la otra de las razones para la obediencia al Derecho: el gobierno popular, es decir, la soberanía popular, el gobierno del pueblo. En definitiva, autoridad legitimada por el pueblo o consentimiento de los gobernados. Aplicándolo a cada uno de los tres modelos, resulta no cumplirse en el primero al venir dado allí el consentimiento por intimidación, en el segundo es el socio más antiguo quien decide y el disidente no presta su consentimiento y, al cabo, en el tercero, aunque decide la mayoría, el disidente tampoco presta su consentimiento ni aun habiendo votado.

Igualdad y Justicia. Dado que el consentimiento no basta, Singer acude al supuesto de la igualdad en el derecho a ser gobernados. Según esto, el tercer modelo incorpora el método más justo, basado en la igualdad de decisión (un hombre, un voto). Es decir, en el tercer modelo el poder está dividido más igualitariamente que en los otros.

La Justicia y el Compromiso. En el modelo 1.^o y 2.^o, la pretensión del disidente se opone a la del líder y a la del socio más antiguo. En el modelo 3.^o, la pretensión del disidente se opone a la del resto de los miembros. Existen, no obstante, algunas diferencias.

En los modelos 1.^o y 2.^o, la naturaleza del procedimiento de toma de decisiones no concede al disidente ninguna razón válida para abandonar sus pretensiones y aceptar la pretensión del líder o del socio más antiguo. En el modelo 3.^o, el disidente puede hallar razones válidas para refrenarse a la hora de actuar siguiendo su propio criterio. Estas serían: I) El procedimiento de toma de decisiones en el modelo 3.^o, donde todos los miembros tienen igual grado de participación, es el paradigma de un *Compromiso Justo*, que es igual a un compromiso benéfico (resolver pacíficamente las disputas es mejor que resolverlas por la fuerza); II) la justicia del compromiso origina una razón más fuerte para aceptar el procedimiento que para rechazarlo; III) hay que entender como arreglo justo no aquel que lo sea absolutamente, sino el justo dadas las condiciones en que se alcanza el arreglo, y IV) en el modelo 3.^o el procedimiento de toma de decisiones es un compromiso justo entre pretensiones concurrentes porque no concede ventaja a ninguno de los que participan en la disputa (un hombre, un voto). Es por ello que la desobediencia a un sistema de compromiso justo no puede encontrar fácil justificación ya que representaría el intento de obtener por la fuerza mayor influencia de la que tienen otros sobre lo que se debe hacer. Al contrario, cuando no existe compromiso justo se

podrá desobedecer con el fin de obtener un procedimiento de toma de decisiones que constituya un auténtico compromiso justo.

Podría objetarse que en el modelo 2.º existe un procedimiento pacífico de toma de decisiones. Ciertamente, sin embargo, no hay un compromiso justo y por ello está mucho menos justificado que se pida obediencia al disidente. En este caso la obediencia implicaría pedir que abandone por completo su pretensión, sin que se produzca a la recíproca concesión alguna.

Por lo demás Singer manifiesta tres principios en el curso de acción obediencia/desobediencia. Si se desobedece un procedimiento de toma de decisiones que represente un compromiso justo, es mayor el riesgo de consecuencias indeseables que si se desobedece otro que no satisfaga esta condición. Si la desobediencia conduce a desvirtuar el compromiso justo, el compromiso debe ser aceptado; es decir, hay razón para obedecer (depende, pues, de que la desobediencia conduzca o no a desvirtuar el compromiso). El acto de desobediencia que se opone a una decisión que el disidente considere mala, pero que otros consideran buena, puede inducir a éstos a desobedecer una decisión que el disidente considere buena.

En consecuencia, la desobediencia es siempre más grave en el modelo 3.º

Problema de las minorías. Hace referencia no ya a la justicia del compromiso, sino al funcionamiento justo del compromiso. Singer establece en el modelo 3.º la hipótesis de la existencia de una minoría (de negros). Se toman decisiones que ponen en situación de desventaja a los negros, quienes no consiguen que tales leyes se deroguen precisamente por estar en minoría. En este caso el que cada miembro tenga un voto no es suficiente para que el sistema funcione como compromiso justo. Efectivamente, la forma en que los blancos tratan a los negros es injusta y éstos tienen menos razones para respetar el procedimiento de toma de decisiones que si los hubieran tratado con justicia. En consecuencia, si un procedimiento de toma de decisiones es un compromiso justo, no deberá haber una tendencia de decisiones que sea injusta para con un grupo determinado; si éstas se dieran, es necesario que también puedan producirse respecto de otros grupos, es decir, que exista siempre una «distribución justa de la injusticia».

Participación. Es una de las características del modelo 3.º, no así de los demás. La esencia del compromiso justo equivale a que cada uno renuncie a su pretensión, para poder tener influencias. Ello supone para el disidente la obligación de aceptar prima facie las decisiones. Tal obligación existe también en los otros modelos, pero en ellos las decisiones no provienen de discusiones entre partes. Esto puede conducir a la idea de consentimiento; sin embargo, para Singer es impropio hablar de consentimiento real o tácito, sino de cuasi-consentimiento. La voluntaria participación del disidente en la votación induce a los demás, sostiene Singer, a creer razonablemente que ha aceptado el proceso democrático (independientemente de si consintió o no), es decir, a aceptar la validez de la votación. Si alguien vota sin expresar que su voto no conlleva consentimiento, éste existirá siempre. Entre votar y consentir existe una conexión conceptual, pues qué sentido tiene votar si jamás se fuera a aceptar el resultado. Después de haber votado nadie podrá defender que jamás consintió; bastará que sepa que el propósito de la elección era llegar a una decisión por convenio. Se puede alegar que en ocasiones la gente vota sin aceptar la legitimidad del procedimiento, y que lo hace sólo porque no ve otro camino. Ciertamente, pero se ha establecido que la obligación que origina la participación no depende del consentimiento real, sino del propio acto de la participación. Participar en una elección indica que se apoya el sistema electoral y genera la obligación de aceptar sus resultados. Votar y negarse a considerarse en modo alguno obligado por el resultado de la votación es injusto; da un margen de ventaja sobre quienes

están dispuestos a aceptar la decisión mayoritaria. La existencia de una democracia depende de que todos subordinen su deseo a actuar de acuerdo con esta creencia. De aquí deduce Singer el que existan argumentos razonables para excluir de la participación a quienes renuncian de antemano a que el resultado sea vinculante. Finalmente, el hecho de la participación establece de dos maneras una diferencia en cuanto a las consecuencias de la desobediencia: 1) La obediencia pública dará apoyo al procedimiento de toma de decisiones, y la desobediencia pública lo debilitará, intensificándolo cuando la participación es conocida por todos, 2) la participación moviliza en los otros la expectativa de que uno aceptará el resultado del proceso en el que ha participado. Así pues, la participación es una razón válida para el modelo 3.º y no para el 1.º y 2.º, en los que la necesaria participación falta. La desobediencia, por tanto, está menos justificada en los sistemas (sociedades democráticas) que prevén una participación voluntaria.

En cuanto a la segunda parte de la obra, Singer se ocupa de los más conocidos argumentos en favor de la desobediencia civil «limitada». Esto es, derechos fundamentales que actúan como límite al poder de decisión de la mayoría y cuya violación justifica la desobediencia (Dworkin); desobediencia civil como recurso de publicidad y propaganda frente a la acción de los mass-media (Russel); desobediencia civil como alegato frente a la mayoría, dirigido a hacer reconsiderar una decisión incorrecta (Rawls) y desobediencia civil del objetor de conciencia. Una vez examinadas, todas resultan de un valor relativo. De entre todas la más endeble —por cuanto dialécticamente más diabólica— parece a su juicio la defendida por el objetor de conciencia; las razones que para la obediencia se derivan del Derecho y de la Democracia le obligan a no usar medios ilegales para frustrar el intento de la mayoría en llevar a la práctica la decisión que objeta, pero son insuficientes para lograr superar las objeciones morales que le impiden «prestarse a la injusticia que condena»; «en una sociedad democrática, el objetor de conciencia se encuentra en una situación incómoda».

La obra concluye con unas reflexiones acerca de la desobediencia en el territorio de Irlanda del Norte. Aparte de ellas, hubiera sido deseable encontrarlas también en torno a la relación desobediencia-información política pasando revista a variantes como el mutismo informativo, las filtraciones informativas, el rumor de las «fuentes generalmente bien informadas», el distinto carácter performativo de la reacción pragmática ante mensajes e informaciones que los mass-media moldean de un modo u otro (ejemplo: «no aumenta el desempleo» en vez de «no aumenta el empleo») o la desinformación por hiperinformación. De otra parte, la estructura de la obra presenta quizás un excesivo apego a la presentación de la obediencia «privada» sin contemplar el fenómeno de la desobediencia «funcionarial», de lo que puede hallarse alguna noticia en el Kadish & Kadish, *cit.*, G. C. CHRISTIE, *Law, norms and authority*, G. Duckworth, London, 1982, págs. 147-169 y en la reciente traducción al castellano de D. LYONS, *Ética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1986, cap. VII, «El sistema judicial».

José CALVO GONZÁLEZ

Rolando TAMAYO y SALMORAN, *El Derecho y la Ciencia del Derecho*, Méjico, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1984, 239 págs.

La obra de Tamayo y Salmorán tiene la pretensión de constituirse como una introducción a la ciencia jurídica. Por consiguiente, sólo se abordan problemas directamente

relacionados con el trabajo propio de los juristas sin que en ningún momento se haga referencia a otras cuestiones como, por ejemplo, la justicia del Derecho o su fundamento. El libro está dividido en tres partes claramente diferenciadas. En la primera parte se analiza el concepto del Derecho y para ello el autor sigue un camino muy parecido al de Hart. En efecto, no se trata de llegar a captar la esencia ni la naturaleza del Derecho; para comprender qué «cosa» sea el Derecho habrá que descubrir cuál es su significado, es decir, el punto de partida se encuentra en el uso de la expresión Derecho. Hay que señalar —porque no es nada usual— que en el análisis etimológico que se realiza del término Derecho, se hacen referencias a la cultura babilónica y egipcia, estudiándose las palabras con las que en aquellas culturas se designaba la realidad jurídica. Después de referirse a lo que significaba el término Derecho en sus orígenes, Tamayo llega a la conclusión de que se puede sostener que «el Derecho presenta normalmente como uno de sus aspectos ser un conjunto de normas (órdenes o mandatos) respaldados por amenazas habitualmente denominadas penas o sanciones» (pág. 31).

Como puede observarse, esta definición tiene bastantes similitudes con la propuesta por Austin, al que precisamente está dedicado el capítulo siguiente. La razón por la que se desarrolla la teoría del Derecho de Austin se encuentra en que ésta representa uno de los ejemplos más significativos de las teorías imperativas. Esta primera parte se cierra con el estudio de dos temas de la máxima trascendencia: el derecho subjetivo y la persona jurídica. El autor distingue entre facultad jurídica y derecho subjetivo considerando que se trata de conceptos diferentes. A través del análisis de estos conceptos se pretende demostrar la insuficiencia de las teorías imperativas para explicar toda la realidad jurídica. Aunque las teorías imperativas sirven para describir determinados rasgos del fenómeno jurídico, hay otros aspectos que no pueden ser explicados satisfactoriamente desde un enfoque estrictamente imperativo porque para éste es fundamental la noción de obligación y, desde luego, la realidad jurídica no se agota en la imposición de obligaciones, sino que también hay «facultades» y «derechos».

La segunda parte del libro aborda los problemas específicos de la ciencia jurídica. Se pretende determinar, en primer lugar, ¿qué es la ciencia?, o, mejor dicho —utilizando el mismo método que se había aplicado al concepto del Derecho—, ¿qué significa el término ciencia? Se estudia el modelo clásico de ciencia representado por la concepción aristotélica ya que este modelo fue el que siguieron los juristas romanos para la elaboración de la Jurisprudencia y se realizan algunas consideraciones sobre el carácter «emotivo» del término ciencia. Para Tamayo el objeto de la Jurisprudencia viene representado por el Derecho positivo que el jurista acepta sin poner en tela de juicio su validez. Precisamente, por esto, uno de los rasgos fundamentales de la Jurisprudencia es su carácter dogmático. La misión de la ciencia del Derecho se reduciría a describir el Derecho existente, pero, naturalmente, al realizar esta descripción ordena los distintos materiales jurídicos y construye un sistema.

Por lo que se refiere a la concepción de la filosofía del Derecho que sostiene el autor, no podemos estar de acuerdo. Según él, la filosofía del Derecho se reduciría a teoría de la ciencia; el filósofo del Derecho sólo debe preocuparse de analizar la actividad de los juristas. Desde nuestro punto de vista, también es competencia propia de la filosofía del Derecho la elaboración de una teoría de la justicia; si la filosofía se justifica es, precisamente, por su actitud crítica y valorativa. Además, creemos que tampoco es cierto —como sostiene Tamayo— que esta concepción de la filosofía del Derecho (como teoría de la ciencia jurídica) sea hoy la dominante.

Esta segunda parte concluye con un capítulo dedicado a la interpretación jurídica. Se distinguen dos tipos de interpretación: la orgánica, que es la que realizan los órganos

que aplican el Derecho, y la no orgánica, que es la realizada por aquellas personas que no aplican el Derecho (por ejemplo, los juristas o los profesores). En definitiva, estos dos tipos de interpretación responden a las diferencias existentes entre la autoridad jurídica (que establece el Derecho utilizando un lenguaje prescriptivo) y los científicos del Derecho (que no crean el Derecho, sino que solamente lo describen).

La última parte del libro es, sin ninguna duda, la más original y sugestiva. Está dedicada al estudio del proceso jurisdiccional en Grecia y a la jurisprudencia griega. El autor utiliza una serie de argumentos bastante convincentes para rebatir una de las tesis más clásicas sobre el origen del proceso jurisdiccional en los pueblos primitivos. La opinión tradicional al respecto ha sido la de considerar que «la administración de justicia se originó en el viejo hábito de resolver disputas entre los individuos por el voluntario abandono del uso privado de la fuerza y el sometimiento al arbitraje» (pág. 169). Pues bien, para Tamayo el arbitraje privado y el proceso jurisdiccional no son dos estadios de un mismo proceso de evolución. Ambos se desarrollaron como fenómenos paralelos, pero básicamente diferentes. E incluso puede decirse que el arbitraje privado se utilizó ampliamente al lado de la jurisdicción obligatoria. Además, en la Grecia antigua la resolución de las disputas no es competencia del «rey» —como tradicionalmente se venía sosteniendo—; a éste sólo le corresponde mantener la paz, pero los conflictos son resueltos por otras personas. Para argumentar su tesis, Tamayo hace referencia a muchos ejemplos que se encuentran desarrollados en la *Ilíada*.

El último capítulo se dedica a la jurisprudencia griega. Aunque el autor considera que, en sentido estricto, la jurisprudencia aparece en Roma, cree que es posible hablar de una jurisprudencia en Grecia, siempre que este término sea entendido en un sentido amplio. El análisis que realiza el autor comprende desde los tiempos homéricos hasta el período helénico.

En conclusión, se trata de un libro interesante muy apropiado para los que inician los estudios jurídicos y que, al mismo tiempo, proporciona una información adecuada sobre un buen número de problemas. Sólo echamos en falta el tratamiento de un tema que, a nuestro juicio, debería estar presente en una introducción a la ciencia del Derecho: se trata de la validez y eficacia de las normas jurídicas.

Manuel SEGURA ORTEGA

Renato TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987, XV-354 págs.

Ni Renato Treves, ni la obra que voy a comentar necesitan ser presentadas. La *Sociologia del diritto* del profesor Treves es la culminación de una vasta empresa cuyos resultados han sido expuestos a lo largo de una amplia bibliografía. Además, son de sobra conocidas las primeras versiones de esta obra con el título de *Introducción a la sociología del derecho* cuya primera versión fue traducida al castellano por Atienza en 1978. A estas alturas, pues, no es necesario insistir sobre su importancia y su utilidad como introducción a la sociología del derecho en las tareas docentes. En consecuencia, me limitaré a dar cuenta de las novedades más sobresalientes de esta edición y a dejar apuntadas unas breves notas sobre la «nueva fisonomía» de la sociología del derecho que nos presenta Treves en la última edición de su obra.

En la primera parte del libro, se ha profundizado en torno a los orígenes teóricos de la sociología del derecho prestándose atención a algunos autores y corrientes que antes

quedaban fuera o cuya relevancia había sido meramente insinuada. Como consecuencia, el panorama de las teorías que han contribuido a la fundamentación de la sociología del derecho como disciplina se ha perfilado con una mayor nitidez y amplitud. Aunque suponga adelantar acontecimientos, quizá es importante constatar la escisión que se produce entre un ayer tan próximo que tiene claras prolongaciones en el hoy y la «actualidad» de la sociología del derecho que nos presenta Treves centrada, por una parte, en las investigaciones empíricas y, por otra parte, en una nueva presentación de los problemas teóricos generales que tienen su origen en un ayer que —tal vez, es lo importante— escapa a los titubeos de la fundamentación. Como sea, hay que destacar en esta primera parte la incorporación, junto a los precursores, de algunas aportaciones relevantes en la genealogía teórica de la sociología del derecho que se hacen desde el campo de la ciencia jurídica —Ihering, Kirchmann, Kantorowicz— y algunos autores señeros de la tradición realista y sociológica de Norteamérica. La importancia de alguno de estos autores y corrientes se había insinuado anteriormente en la segunda parte del libro al hilo de la distinción entre la sociología del derecho de los juristas y la sociología del derecho de los sociólogos. Treves hacía hincapié al hablar de la sociología del derecho de los juristas en aquellos autores que habían protagonizado la denominada «revuelta contra el formalismo legal, conceptual o jurisprudencial». Ahora, Treves agrupa en un solo capítulo las contribuciones al desarrollo de la sociología del derecho que tienen su origen en el campo de la ciencia y la teoría jurídica. Lo cual redundará en una mejor sistemática para el estudio de los orígenes de la sociología del derecho en tanto en cuanto se esclarecen las tres grandes fuentes de aportación teórica y de fundamentación de la misma: la teoría sociológica, la teoría política y la ciencia jurídica. Por lo demás, al igual que ocurre con las aportaciones de la ciencia jurídica, también se completan, respecto del cuadro de autores y corrientes considerados inicialmente, las contribuciones a la sociología del derecho desde la teoría sociológica y la teoría política. En lo que atañe a esta última, se incluyen, junto a las teorías marxistas, las doctrinas de autores como Lassalle, Renner y otros representantes del socialismo jurídico. Por último, en un capítulo aparte, Treves ha revisado y ampliado considerablemente la exposición de las doctrinas de Weber, Gurvitch y Geiger. Autores que, según se señala, han sido seleccionados por su importancia en la «fundación» de una teoría sociológica del derecho en la que se equilibran las perspectivas macrosociológicas y microsociológicas de la disciplina. Es decir, se trata de autores que consideran y estudian tanto «el derecho en la sociedad» como «la sociedad a través del derecho». En una mínima valoración de conjunto, puede decirse que en esta edición el estudio de los orígenes de la sociología del derecho se completa considerablemente y gana en claridad sistemática. Por lo demás, creo que el planteamiento metodológico de Treves sigue siendo válido. El estudio de los «orígenes» de una disciplina es, quizá, el mejor camino para llegar a una buena comprensión de sus objetivos y sus métodos. La exploración genealógica contribuye a dar una visión dinámica y crítica de la disciplina. Posiblemente, la propia revisión de alguno de los planteamientos iniciales de Treves en la segunda parte de este libro tiene bastante que ver con esa visión dinámica y la necesidad de prestar atención a los desarrollos más recientes de la sociología del derecho.

En la segunda parte, más que la ampliación o revisión, entiendo que se puede hablar de un cierto cambio de orientación en los objetivos y el perfil de la sociología del derecho como disciplina. Más arriba, con mayores cautelas, había apuntado que en esta nueva edición de su obra la sociología del derecho cobra una fisonomía mejor definida y más amplia. Como anunciaba, voy a tratar de explicar brevemente el sentido de estas afirmaciones. Al respecto, opino que, sobre todo si miramos hacia atrás, la importancia

y el significado de la obra de Treves en la construcción de la sociología del derecho como disciplina autónoma han de buscarse en los frutos de su insistencia en conducir los estudios de la sociología del derecho hacia la investigación empírica. La fisonomía de la sociología del derecho cobraría nitidez precisamente al escorarse ésta como disciplina orientada hacia la investigación empírica. De otra manera, la sociología del derecho más que complementar a la filosofía del derecho hubiese seguido confundida con ésta. Pues bien, a la luz del trabajo que comentamos, Treves, aunque insiste en la importancia de las investigaciones empíricas estudiando su desarrollo, método y campo de aplicación, va a dar entrada en su caracterización de la fisonomía actual de la sociología del derecho a los «problemas teóricos generales» de la misma. Pienso que no se trata tan sólo de hacer justicia a las relaciones entre la teoría y la práctica o entre los valores y la investigación empírica, sino también de dar respuesta a problemas —como el estudio de las funciones del derecho— que exigen un desarrollo teórico específico de la sociología del derecho. Incluso, si se me apura, me atrevería a apuntar que detrás del reconocimiento y la investigación de los problemas teóricos generales late la voluntad de reivindicar una *sociología crítica del derecho* y hacer frente al desarrollo teórico descompensado de una sociología del derecho conservadora o, con mayor precisión, hacer frente a una teoría sociológica que se limita a certificar y en cierto modo a legitimar la crisis del estado social. Como se anunciaba más arriba, es sintomático al respecto que las teorías sociológicas funcionalistas dejen de ser origen y aparezcan situadas en el centro de los problemas actuales de la sociología del derecho. Como sea, en cualquier caso, en la segunda parte de su *Sociología del derecho*, Treves no se limita a presentarnos una metodología adecuada y un horizonte del desarrollo y los campos de la investigación empírica de la sociología del derecho. Al contrario de lo que ocurría en sus anteriores ediciones, en esta última la fisonomía de la sociología del derecho se completa con el estudio de los problemas teóricos generales vinculados al estudio de las funciones del derecho, la crítica de funcionalismo y sus desarrollos más recientes y un capítulo en el que reivindica —quizá con un cierto aire de nostalgia— la vigencia de una ideología socialista liberal o liberalsocialista en la atribución de fines al derecho.

Manuel CALVO GARCÍA

AA.VV., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Trad. castellana de G. Baravalle. Barcelona, Ed. del Serbal/Unesco, 1985, 376 págs.

I

Nos encontramos ante un libro singular. Singular por su planteamiento y singular por el contenido de las distintas aportaciones, en un momento en que la literatura filosófico-jurídica y política sobre los derechos humanos es abundantísima.

El origen del contenido de este volumen surge por iniciativa de la UNESCO al encomendar al Instituto Internacional de Filosofía, presidido por Paul Ricoeur, un estudio de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos que se estiman subyacentes «a las relaciones entre la práctica y las oportunidades disponibles para la promoción de es-

tos derechos en las diferentes comunidades» (pág. 5) y cuya razón estribaría, como ha señalado dicho autor, en la evolución que ha sufrido la misma idea de derechos humanos desde la Declaración de 1948.

II

El Instituto Internacional de Filosofía preparó unos «Prolegomena» (págs. 34-51) que fueron redactados por V. Mathieu, en los que se ponen de relieve algunos de los problemas que se desprenden del concepto «derechos humanos», y que sirvieron de guía a los distintos autores invitados a participar en esta iniciativa, si bien se les dejaba un amplio margen de discrecionalidad, de forma que pudieran proponer otros problemas no incluidos en los «Prolegomena», o considerarlos desde diferentes perspectivas a las propuestas. El hilo conductor del trabajo de Mathieu sería intentar «deducir los problemas filosóficos, cada vez que resultaba oportuno, de un examen lo más cercano posible a los textos legislativos ya aprobados», haciendo hincapié en que «el estudio y la puesta en vigencia de los derechos humanos sólo podrá progresar por medio de un enfoque interdisciplinario» (pág. 34). En noventa y tres puntos y cuatro recomendaciones se desarrolla el sumario de los «Prolegomena»: I. ¿Cuál es la especificidad de los derechos humanos respecto del derecho en general? (núms. 1-16; págs. 35-37). II. ¿Cómo se debe concebir la naturaleza humana para que sea posible la noción de «derechos humanos»? (núms. 17-32; págs. 37-40). III. Intento de clasificación de los derechos humanos (núms. 33-56; págs. 40-44). IV. ¿Cómo superar las diferencias en el modo de interpretar los derechos humanos? (núms. 57-70; págs. 44-46). V. ¿Cómo pasar del derecho natural a un derecho positivo en el campo de los derechos humanos? (núms. 71-93; págs. 46-50).

Para poder hacernos una idea del marco en el que se podrán desarrollar los trabajos sobre una fundamentación filosófica de los derechos humanos, podríamos resumir el contenido de los «Prolegomena» en los siguientes puntos que consideramos como más centrales: El hombre es el único ser considerado poseedor de derechos (núm. 1). La definición formal de un derecho humano (en el sentido subjetivo) como el derecho a tener la posibilidad de tener derechos (núm. 5). El problema de los derechos humanos se refiere a las modalidades de la existencia concreta del ser humano y no sólo a su cualidad abstracta de sujeto en general (núm. 6). Atención que se ha de prestar a las «fuentes» de las posibles violaciones de estos derechos, tales como los mismos individuos, el estado y otros organismos diferentes a éste e incluso asociaciones privadas (núms. 13-16). El ser humano, al poseer una capacidad de proponer objetivos a su libre voluntad, debe ser considerado como un fin en sí, aludiendo así a la fórmula kantiana (núm. 19). Las diferentes violaciones de los derechos humanos se clasificarían en relación con las diferentes condiciones, cuya ausencia hace al hombre incapaz de disponer de su propia voluntad (núm. 21). Los derechos humanos «subjetivos» son señal de un derecho objetivo esencialmente humanitario (núm. 24). Se adopta la opinión de algunos autores que, como Bobbio por ejemplo, consideran que el derecho actual tiende a adoptar cada vez más prescripciones positivas para que nuestras aspiraciones legítimas sean satisfechas, en lugar de limitarse a prohibir las acciones contrarias al orden, sugiriendo Mathieu que los derechos humanos podrían considerarse dentro de esta tendencia (núm. 25). Al ser lo propio de los derechos humanos el establecer que cada uno deba tener la posibilidad real de desplegar su personalidad y su capacidad de elegir, lo cual presupone precisamente el hecho de que disponga de ciertos medios (núm. 29), la clasificación que se pro-

pone, parte de la idea de que el objetivo global de los derechos humanos es asegurar al hombre la posibilidad real de ejercer su libre voluntad, siendo entonces necesario investigar cuáles son las condiciones de ese ejercicio para comprender así cuáles sean los derechos humanos (núm. 33), admitiendo que existirán derechos humanos que no dependan de tal o cual condición particular de la libertad, sino que reflejan más bien la condición fundamental misma: que el ser humano sea tratado como un sujeto libre, capaz de tener derechos en general (núm. 40) —como por ejemplo sería el de no ser explotado (núm. 41)— y admitiendo como «derecho humano absoluto», sobre todo en edades a las que aún no se haya llegado a la madurez de juicio, ser protegido contra la eventualidad de que la voluntad sea presa de una dependencia que la despoje de la posibilidad de elección (núm. 43). Aunque admitiéramos que los derechos humanos se derivan de la naturaleza humana como inmutable, su determinación debe tener en cuenta que esta naturaleza está inserta en diferentes situaciones históricas y étnicas (núm. 60). Se podría hablar de un «espíritu personal», de un «espíritu de las épocas», de un «espíritu de las leyes» y de un «espíritu de los derechos humanos» (núm. 64). Es necesario reflexionar acerca de cada interpretación que se nos propone para juzgar si cumple o no con las exigencias de la naturaleza humana en la situación dada («juicio reflexivo» kantiano) (núm. 66). La interpretación de los derechos humanos no se limita a interpretar normas dadas (como sería el caso de una interpretación del derecho positivo), sino que apunta más bien a «encontrar» normas a partir de unas situaciones que aún no son en sí mismas normativas —lo cual podría ponerse en relación con la afirmación de Ricoeur acerca de que, para una nueva evaluación de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, es más importante la «insatisfacción» que produce en muchos casos la consideración actual de los mismos (pág. 29)— (núm. 68). Aunque las diferencias de interpretación de los derechos humanos en relación al lugar y a la época sean legítimas, el ideal sigue siendo hacer «converger» todas las interpretaciones de una doctrina y en una práctica común a todos los hombres y reconocidas por todos los países (núm. 69). Necesita admitir que existen derechos que no derivan de la legislación positiva de los Estados, ya que el mismo concepto de «derechos humanos» es un desafío al iuspositivismo (núms. 71 y 75). Necesidad de proporcionar una eficacia a los derechos humanos para que no se queden en un mero deseo o reivindicación moral (núm. 77), al ser, además el poder de coacción, uno de los problemas siempre candentes de la filosofía del derecho y sin el cual el derecho no adquiere su pleno valor (núm. 82). La existencia de una presión moral de la comunidad internacional que puede interpretarse como un comienzo de sanción (núm. 83). Admitir que, allí donde estén en juego los derechos humanos el asunto no depende solamente de la competencia de un estado (núm. 86).

III. LA DECLARACION INTERNACIONAL DE DERECHOS

La UNESCO pidió también tres ensayos, directamente, a Charles Taylor, Oxford («Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la relación del profesor Mathieu»); John Humphrey, Canadá, y Richard Tuck, Cambridge (ambos sobre «La Declaración internacional de derechos»).

Quizá, la parte más «técnica» de estos ensayos corresponda al trabajo de Humphrey, que realiza un análisis del estatus que corresponde a los derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en relación con la Carta de las Naciones Unidas y los Pactos de 1966 sobre derechos económicos, sociales y culturales y sobre derechos civiles y políticos, realizando a continuación un estudio sobre las limitaciones

en el goce de esos derechos, las posibles derogaciones, las medidas para su cumplimiento y el problema de la interpretación. Sin embargo, el estudio de Humphrey aporta algunas ideas que creo de interés resaltar aquí:

1. Diferencia entre la «ley internacional tradicional» (*ius intergentes*), que gobernaba las relaciones de los estados, que sólo podían tener derechos y deberes de acuerdo con esas reglas (pág. 64) y la «ley internacional actual» —mundial— que extiende su protección e impone sus deberes no sólo a los estados, sino a otras entidades, incluyendo a hombres y mujeres individuales que poseen un grado de personalidad ante la ley» (pág. 65).

2. La afirmación de que, tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales son considerados, tanto por la Declaración como por el Pacto de 3 de enero de 1966, como derechos del individuo, rechazando la prioridad *in abstracto* de unos sobre otros (pág. 69) y admitiendo que es, precisamente, cómo resolver los conflictos entre ambas categorías de derechos, uno de los desafíos de la democracia. Este planteamiento nos situaría, por ejemplo, en la discusión planteada por Rawls en su «A Theory of Justice» y en la crítica-comentario que del pensamiento de aquél hace Dworkin, siendo uno de los lugares en que las ideas de éste respecto a las de aquél aparecen más claras y resumidas en la entrevista que le hace Magee y que aparece en «Men of Ideas» (Oxford University Press, 1984, págs. 210-228).

3. El comentario de Humphrey al artículo 29 de la Declaración —«Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad»—, seguido de una referencia a Aristóteles, parece delimitar las posibilidades de una teoría contractualista en el sentido clásico de la misma.

Los otros dos ensayos —los de Taylor y Tuck— aportan ideas sugerentes para un estudio actual de los derechos humanos y sus fundamentos, enlazando con otros problemas que se encuentran planteados inevitablemente ya en el seno de la filosofía política y jurídica.

En nuestra opinión, el núcleo más importante de estos dos trabajos sería el tema de la alienabilidad/inalienabilidad de los derechos humanos.

Taylor parte del lugar privilegiado que en la «cultura legal» occidental ocupa el término «derechos subjetivos» (pág. 52), haciendo una referencia explícita a Dworkin: «Un régimen de derechos subjetivos —dice— no se limita a prohibir que a uno le hagan esto o aquello; se otorga también al individuo el poder de anular las medidas que le producirían esto o aquello» (pág. 53), por lo que lo específico de los derechos subjetivos es otorgar un poder de decisión al individuo. Así «otorgarme el derecho a la vida es más que prohibir que se me mate», presentándose este derecho como un privilegio o poder que me «pertenece», «lo que me concede automáticamente cierto margen de libertad en la reivindicación y aplicación de la regla», incluso en la renuncia al derecho subjetivo. Es de todos conocido cómo Locke, en el caso de los derechos fundamentales, juzgaba necesario limitar esta libertad de renunciamento, siendo necesario que se declarasen «inalienables», precisamente «porque la lógica de los derechos subjetivos me concede el poder de alienarlos». En efecto, en la tradición occidental, derechos humanos y derechos subjetivos van a identificarse, planteando el gravísimo problema de la alienabilidad de los mismos, que parece repugnar al mismo concepto de derechos humanos en atención a las previsibles —y, algunas, ya históricas— consecuencias a que dicho planteamiento puede dar lugar. Por ello, «no dejará de tener interés —afirma Taylor— si el régimen de derechos subjetivos puede tener el mismo sentido en culturas políticas que no conceden el mismo lugar que occidente a la libertad individual o a la de algunos

grupos particulares». Ya que mientras el lenguaje de los derechos subjetivos occidentales se ha universalizado, en el interior de muchos sistemas una declaración de derechos tiene el mismo sentido que una declaración de «objetivos sociales fundamentales» (pág. 55).

Es Tuck quien tratará *in extenso* el tema de la alienabilidad/inalienabilidad de los derechos humanos, partiendo de las dos tendencias opuestas que se han dado entre los autores de lengua inglesa. Por un lado, el sentido de inalienabilidad, recogido en la Declaración de la Independencia americana. Por otro, la concepción benthamiana que consideraría un «nonsense on stilts» la idea de un derecho imprescriptible (pág. 81). Tuck hace un interesante repaso de estas ideas a lo largo de los últimos siglos, según el cual, durante el siglo XVII predominaría la idea del carácter absolutamente alienable de los derechos (Grotius, Selden, Hobbes); en el siglo XVIII, la idea de los derechos inalienables se fortalecería «al quedar definitivamente asociada con la teoría sobre lo esencial de una acción racional» (pág. 84), pero siendo el «juicio privado» o la creencia religiosa el paradigma del derecho inalienable (Hutcheson, Price). Sin embargo, incluso los defensores de los derechos inalienables, aceptan el punto de vista lógico de que «en principio» todos los derechos son enajenables (págs. 84-85); «si un individuo o un grupo era lo suficientemente estúpido como para esclavizarse, estaba obligado a someterse a la autoridad despótica que él mismo fundaba», ya que «cada generación debe tomar sus propias decisiones acerca de qué hacer con su libertad» (así, por ejemplo, en Paine). Ante el temor de que pueda alegarse algún tipo de utilitarismo justificando así la destrucción de «santuarios» del hombre, en nombre de un bien social ambiguamente definido, Dworkin habría expresado la necesidad de que, «el género de la ley —la parte que define y cumple la política social, económica y exterior— no puede ser neutral. Debe establecer, en su mayor parte, los puntos de vista de la mayoría acerca del bien común. Por lo tanto, la institución de los derechos (inviolables, habría que añadir) es esencial, porque representa la promesa de las mayorías de que su dignidad y su igualdad serán respetadas» (pág. 85):

Si bien, Tuck se muestra defensor de un cierto utilitarismo, admitirá que determinadas áreas de la vida humana deban permanecer inviolables por la acción gubernamental o social, poniendo el acento en que la discusión debe girar, más bien, acerca de si existen *de hecho* tales áreas y cómo se podría llegar a especificarlas. Para ello, Tuck acude a Rawls, explicando que si bien algunas libertades deben garantizarse por encima de otras consideraciones, existen algunas «calamidades» que deben impedirse aun a costa de reducir libertades ciudadanas, ya que aquéllas incluirían la pérdida de los bienes que razonablemente pueden considerarse como fundamentales, es decir, que resultan imprescindibles, como, por ejemplo, la comida y la bebida necesarias para la supervivencia (págs. 87-88).

Concluye Tuck afirmando que se podrían defender ciertas libertades en términos de su utilidad en sentido lato —«flexible», dice Ricoeur (pág. 13)—, sin necesidad de abandonar el «intento notable de “On liberty” de delimitar santuarios para el individuo» (pág. 89). Para nuestro autor, sin embargo, mientras el «mensaje moral de las Declaraciones es suficientemente claro y lo aceptarían la mayoría de las personas razonables», el medio en que ese mensaje se transmite carecería en absoluto de claridad (pág. 90).

En el fondo, el problema parece situarse en la identificación entre derecho subjetivo y derechos humanos y, por tanto, en nuestra opinión, el tema se radicalizaría ante la posibilidad o imposibilidad de seguir identificando ambas categorías o si, al menos, algunos derechos humanos habrían de quedar fuera de dicha identificación, más aún cuando el estudio de la trayectoria seguida en el pensamiento angloamericano de, por ejem-

plo, el término «derechos morales» (moral rights) o el estudio de las Declaraciones americana y francesa, ofrecen la posibilidad de cuestionar, en cierto sentido, dicha identificación (sobre estos temas se encuentran en prensa dos trabajos: uno, de José María Rodríguez Paniagua, sobre ambas Declaraciones y otro, nuestro, sobre los derechos morales en el pensamiento angloamericano).

IV

La mayor parte del volumen está dedicado a recoger las aportaciones desde distintas perspectivas de los autores que han contribuido. Intentaremos, a continuación, resumir las principales ideas que en ellas encontramos, ayudándonos del estudio introductorio de Ricoeur (págs. 9-31), y sobre todo de los apartados III, IV y V del mismo. El texto se divide en dos grandes apartados: «Perspectivas occidentales» (págs. 91-166) y «Perspectivas no occidentales» (págs. 167-349), concluyendo el libro con otro apartado que recoge un solo estudio sobre los derechos humanos en Africa (págs. 352-368). De todas formas hay que advertir que entre las perspectivas occidentales se incluye un trabajo sobre los derechos humanos y la constitución soviética (págs. 92-105), mientras que entre las perspectivas no occidentales se incluyen varios trabajos sobre países que habitualmente podemos no considerarlos como tales; así, por ejemplo, el trabajo sobre Australia de Kamenka y Tay (págs. 169-200); el mundo islámico y árabe (págs. 217-268) o sobre América Latina (págs. 334-349). No se recoge ninguna aportación ni de China, ni de Estados Unidos. De esta forma, pues, se estructura la obra que comentamos y que, en nuestra opinión, adolece de una sistemática algo confusa para un pensador «occidental», aunque ello no resta interés al conjunto de los trabajos en ella recogidos.

PERSPECTIVAS OCCIDENTALES. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Ya en las primeras páginas del texto de Kudriavtsev («Los derechos humanos y la constitución soviética»), observamos las posibles dificultades que va a entablar un discurso sobre los derechos humanos a un pretendido nivel «mundial». En efecto, para este autor no sólo se daría una preeminencia de los objetivos sociales, sino que los derechos humanos y las libertades tienen siempre un carácter social (pág. 92). Por otro lado derechos y deberes resultan inseparables e inseparables de su definición, su cumplimiento y protección. En concordancia con las tesis del materialismo histórico, los derechos humanos aparecerían determinados por la estructura económica y social, por el nivel cultural y por las características nacionales e históricas de un pueblo concreto, derechos y libertades que no serían sino expresión de las «oportunidades reales» (pág. 94).

Para el Presidente de la Federación Internacional de Sociedades de Filosofía, Alwin Diemer, las Convenciones no se limitan a añadir derechos sociales a los derechos individuales, sino que expresan un acuerdo entre partes contratantes que se comprometen a promover los derechos que enumeran. Así, mientras la Declaración de 1948 reconoció lo que el hombre «es»: razón, conciencia, libertad (pág. 110), en las Convenciones de 1966, el sujeto sería el pueblo en su expresión cultural (págs. 112 y sigs.).

Marković busca un procedimiento común de discusión para poder investigar los criterios definitorios de los llamados derechos individuales y sociales, frente a la democracia burguesa por él criticada. La base de todo lo legal si situaría en el concepto marxista

de praxis (pág. 113) que, integrando la idea de las necesidades humanas (en un sentido distinto, como es sabido, del uso que del término hará MacCormick) es intencional, autodeterminante, racional, creadora y acumulativa y sirve para superar la escisión entre ser y deber ser y las oposiciones entre el «subjetivismo de la reflexión» y «el objetivismo de las condiciones materiales», entre legalismo y empirismo, entre estatuto individual del sujeto y el estatuto social de la especie. Profundizando más, Marković advierte sobre la necesidad de encontrar un conjunto de condiciones básicas, tales como: reconocer al otro como igual; la voluntad de llegar hasta el fondo de la contradicción; la aceptación de un regla común de discusión y la búsqueda de un consenso racional basado en la comunidad de principios últimos (págs. 139 y sigs.).

Esta necesidad de convicciones básicas hará decir a Hersch que «si bien no puede existir un concepto universal de derechos humanos, todos los hombres en todas las culturas necesitan, esperan y son conscientes de esos derechos» (pág. 148). De este modo, para la autora de Ginebra, los derechos humanos sólo pueden ser reconocidos y proclamados porque siempre se conoció que algo se debe al ser humano por el sólo hecho de ser humano (págs. 156-157), por lo que toda nomenclatura de los derechos humanos es un compromiso entre las exigencias de «trascendencia» e «historicidad» de la naturaleza humana. Así, derechos sociales y derechos individuales no pueden seguir oponiéndose, sino progresar o perecer conjuntamente.

Estos tres ensayos se titulan, respectivamente: «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos desde una perspectiva europea», «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos» y «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en el contexto europeo», títulos que nos muestran una vez más lo difícil que resulta superar el etnocentrismo, incidiendo así en la confusa sistemática a la que antes aludimos.

PERSPECTIVAS NO OCCIDENTALES. DERECHOS HUMANOS Y DEBERES

Las aportaciones «no occidentales» intentarían un doble esfuerzo: a) Hallar en la propia tradición intelectual y espiritual un fundamento distinto al del pensamiento occidental de los siglos XVII y XVIII; y b) intentar reformular algunos de estos derechos en cuestión sobre la base de ese fundamento diferente.

El trabajo de los australianos Tay y Kamenka nos advierte acerca de cómo, incluso en una democracia como la suya, siempre pueden existir nuevos campos que deben ser conquistados por la libertad, siendo necesaria —para ambos autores— para un amplio diálogo, la apertura a un Tercer mundo que Australia posee en sus mismas entrañas (págs. 197-198).

Otro tipo de problemas aparecerán en las aportaciones de Inagaki (Japón) y de Pandeya (India) ya que ni en japonés ni en sánscrito encontramos ninguna palabra que corresponda a «derecho». Vamos a examinar ambos trabajos, por separado, a continuación.

Los principios de la Constitución japonesa, independientemente de sus peculiares orígenes, muestran el arraigo de principios considerados como universales de la humanidad, en una cultura no occidental, al ser aceptados por todo un pueblo. Pero, debido a la característica que apuntábamos antes, la cultura japonesa se basa en obligaciones y deberes (pág. 215). Por otra parte, el paradigma de toda relación social en dicha cultura es la familia, lo cual, si bien atenuaría la fuerza convencional del contractualismo de los siglos XVII y XVIII, sirve para que Inagaki se pregunte si los valores de auto-re-

nuncia y amor, no deben ponerse por encima de los de justicia y ley (págs. 215-216).

Tampoco en el sánscrito —como hemos dicho— encontramos otra cosa que la palabra «adhikara» que podría traducirse como «justa exigencia» (pág. 295). Pero esta idea se opone a una concepción del hombre en la que la libertad tuviera un estatuto que pudiera atribuirse simplemente a la naturaleza humana, sin referirlo a la realización de un acto o logro de algún tipo. Así, esta «exigencia justa» siempre se gana y se merece. En una concepción auténticamente hindú, por tanto, los derechos sólo pueden derivarse de los deberes que rigen la acción meritoria. La idea de reivindicar derechos antes de haber llevado a cabo actos merecedores de los mismos es ajena a la filosofía tradicional hindú, y dado que toda persona tendría deberes respecto de la comunidad, puesto que en ella sólo se puede desarrollar libre y plenamente su personalidad, Pandeya propone reescribir toda la Declaración de 1948 a partir del artículo 29 (págs. 303 y sigs.). Hay que advertir de todas formas que —sobre todo en las culturas «no occidentales», aunque, también se hace patente en las occidentales— para comprender correctamente el sentido de las expresiones y de los pensamientos es necesaria una profundización no sólo en el lenguaje sino también en toda la cultura propia, con el fin de determinar el exacto contenido de términos, tan importantes para la cuestión que debatimos, como «persona», «responsabilidad», «deber» y «derecho». En este sentido, y según afirma Ricoeur (pág. 26) la idea de «deber», desde la perspectiva hindú, estaría más próxima a la idea aristotélica de virtud, excelencia, realización, etc., que a la concepción de deber kantiana.

Las culturas islámica y árabe no son presentadas por Sinaceur y Zakaria, respectivamente. Para el primero, la conciencia islámica sería una «conciencia jurídica» (pág. 228), que ignora la escisión entre Derecho y conciencia individual y entre Derecho natural y Derecho positivo, ya que cada conciencia tendría acceso directo al Derecho instaurado por el Islam. Este difunde un carácter personal a la responsabilidad, en la medida en que ningún deber puede cumplirse por sustitución, ni siquiera en nombre de una intención reparadora (pág. 231). De este modo, el Islam podría exigir a sus interlocutores que cumplan en los derechos humanos con la dimensión ética y más que jurídica de la profesión de su fe (págs. 236 y sigs.). Por otra parte, el autor es consciente de los distintos niveles en que se moverían en la actualidad, por ejemplo, la política de los estados que se dicen del Islam, y la ética en la que basarían dicha política. Diferencias importantes que habrá que tener en cuenta también en la lectura del ensayo de Zacaría, para el cual, sin embargo, el Islam podría ayudar a los pensadores occidentales a reconocer la «estrechez» de una concepción en la que la reivindicación de la protección de los individuos ignoraría la «fraternidad en la obediencia a Dios» (págs. 255 y sigs.).

Interesante, en otro sentido, resulta la aportación de Mazrui sobre la perspectiva africana que ofrece, en palabras de Ricoeur, una «vasta extrapolación de la tesis de Max Weber sobre la relación entre el espíritu del capitalismo y la ética protestante» (pág. 289). Los derechos humanos se encontrarían entre una gran bipolarización, como capturados entre dos fuerzas que la perpetuasen indefinidamente.

Para Kirpal, sin embargo, si la negativa situación actual de los derechos humanos respondería en parte al desconocimiento de las fuentes africanas del humanismo, en los redactores de los documentos internacionales, el peso principal de la reflexión se encontraría en las cuestiones de educación, y no de legislación. Así, su trabajo se denomina «Los derechos humanos y su situación actual. Nuevas orientaciones en educación. Mirando hacia el futuro». De este modo, el problema de los derechos humanos habría que retrotraerlo a sus fuentes éticas. Según Kirpal, puede esperarse más de una reflexión

común sobre los valores humanos que fundamentan el derecho, que de una vana confrontación entre sistemas sociales rivales (págs. 319 y sigs.).

Hountondji es más radical. En efecto, el fundamento sería más bien el hombre «que padece desde hace milenios», siendo necesaria la desmitificación de occidente, si bien comprende que ello puede llevar consigo la desmitificación, al mismo tiempo, de numerosas ideologías africanas. Él pide que los occidentales relativicen sus pretensiones; que «relativicen» su «relativismo» y que vayan a la raíz de la lucha por los derechos humanos: la humanidad misma. Así al discurso acerca de la dignidad humana, que él hace coincidir con el «discurso del amo», del que detentó el poder, contrapone el «discurso del esclavo» que sería en donde encontraría la «dignidad misma», afirmaciones que se enmarcan dentro del título de su colaboración «El discurso del amo. Observaciones sobre el problema de los derechos humanos en Africa», publicado en el apartado «Perspectivas poscoloniales. Los derechos y el sufrimiento injusto», que cierra el volumen.

Por último la aportación de Miró Quesada sobre los derechos humanos en América Latina se encuadra dentro de una filosofía de la liberación en el sentido de un socialismo libertario (pág. 349). Para él occidente se habría servido de la ideología democrática liberal para justificar su penetración económica en América Latina (pág. 342), idea que, de alguna forma, enlazaría, con la apuntada por Mazrui anteriormente. La inautenticidad occidental es causa de frustración para el latinoamericano, para el que reivindica un «humanismo de reconocimiento», concibiendo los derechos humanos como consecuencia necesaria del reconocimiento del valor intangible de la condición humana.

CONCLUSION

Creo que la primera conclusión que uno puede sacar de la lectura de «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos» es admitir de nuevo aquella vieja recomendación de Zubiri: ni adherirse sin vacilación a una de las posturas ofrecidas, ni caer en un simple relativismo, en el que quisiéramos encontrar la solución sintetizando todas las ideas en una teoría salvadora. Este es un libro que ofrece luces y sombras. Que nos recuerda que si bien los no occidentales son conscientes de la diferencia entre teoría y realidad, los occidentales han de admitir, superando todo etnocentrismo, que hablar de derechos humanos es hablar de derechos de «todos los humanos», es decir, que quizá sea imposible elaborar una auténtica teoría acerca de tales derechos si se siguen concibiendo estrechamente como derechos subjetivos, lo que históricamente habría llevado a un discurso de justificación y encubrimiento de violaciones de derechos sociales, económicos y culturales —que se enuncian como derechos individuales— y el ocultamiento de otros derechos que sin ser individuales, también serían subjetivos, tales como los derechos de las minorías étnicas, los derechos lingüísticos regionales y el derecho de los pueblos sin estado a la autodeterminación, tal y como señala el mismo Ricoeur en la introducción a este volumen (pág. 28).

Otro problema, no menos importante, que aparece en casi todos los colaboradores, es la ausencia de medios para sancionar eficazmente las violaciones de los derechos humanos.

Por último, este volumen, más que aportar soluciones inmediatas —tan deseadas por los múltiples espíritus instantaneístas que nos rodean— ofrece una realidad: un amplio panorama de coincidencias y disidencias del que hay que partir, si queremos que el dis-

curso de los derechos humanos sea el discurso de una civilización mundial y de una cultura del hombre, sin que para ello sea preciso renunciar a la propia idiosincracia: el respeto de los derechos humanos, también nos protegería de ello.

José María ROJO SANZ

CRITICA JURIDICA, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Números 0, 1, 2, 3, 4 (1983 y sigs.).

Esta revista, editada conjuntamente por las Universidades mexicanas de Puebla y Zacatecas, es el órgano de expresión de una corriente de pensamiento universitaria y profesional en el campo del Derecho. Dicha corriente organiza además Congresos y encuentros abiertos, y edita una colección de libros con idéntico rótulo que la publicación aquí reseñada.

Según se explica en la presentación del número 0, la revista «pretende constituirse en un espacio que posibilite la expresión de todos los juristas que se identifiquen con estos dos postulados fundamentales: la defensa de los derechos humanos y la promoción de vías democráticas en América Latina». En función de esta base mínima, la publicación «está abierta a todo pensamiento jurídico-político comprometido con la transformación de las estructuras sociales de nuestro continente».

Esta disposición aperturista no niega por otra parte lo que es el interés central de los editores, a saber: el desarrollo de la crítica marxista de las prácticas y categorías jurídicas, esto es, continuar la tarea programática enunciada por Marx en un célebre paso de su artículo «Para la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel», («La crítica del cielo se transforma así en la crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica del derecho, la crítica de la teología en la crítica de la política»). El principal objetivo de esta tarea, como recuerdan los redactores en la presentación, es desenmascarar la función que cumple el Derecho moderno de ocultar ideológicamente los mecanismos reales de explotación capitalista.

En el texto introductorio se precisa asimismo con acierto la expresión «derechos humanos»: «Nos referimos con ello a las expectativas vitales de los hombres de nuestro tiempo, que en nuestro sistema social aparecen a nuestra conciencia como “derechos”. Vivir sin ser encarcelados o torturados, disponer de un cierto número de cosas materiales que bien pueden estar al alcance de las mayorías, participar en las decisiones políticas, expresar ideas sin ninguna cortapisa, disfrutar de una segura intimidad, educarse, obtener asistencia médica cuando ésta se precisa, acceder a todas las formas de recreación y cultura...».

El contexto histórico-político en el que surge la revista se expone en el artículo del primer número «La Democracia y las tareas de los Abogados en América Latina» cuyo autor es Oscar Correas, miembro del comité de redacción y uno de los principales animadores de *Crítica jurídica*. Correas inicia su trabajo trazando una panorámica de lo que han significado los años 70 para esa zona del Planeta, y subrayando lo que a su juicio son las dos principales características políticas de ese período: el fracaso en gran número de países de la estrategia guerrillera conocida como «foquismo», con la excepción de la victoria en Nicaragua y la batalla aún no decidida en El Salvador, y la implanta-

ción de sangrientas dictaduras militares o «Estados terroristas» (como los designa Correas en oposición al Estado de Derecho). Frente a esos años negros, la década de los 80 presenta una perspectiva inmediata en la cual «...los militares ya se retiran», y «...el amo imperial quiere elecciones “libres” —aunque sean amañadas y la CIA tenga que intervenir como cuando en Chile para evitar la llegada de Allende al poder...». Esto significa la imposición burguesa e imperial de la república liberal como nueva y diversa forma de dominio político. Con admirable honestidad analítica Correas reconoce que esto es así porque la izquierda del continente no ha tenido ni la posibilidad ni la fuerza social para imponer, a su vez, otra cosa. Ahora bien: la democracia indirecta es, por otra parte, lo deseado en la actualidad por la mayoría de las poblaciones del Continente. Las izquierdas deben entonces adaptarse a esa aspiración mayoritaria y aceptar ese marco jurídico-político. Para este autor, esta adaptación debe propiciarse además por otra razón más de fondo. El pensamiento revolucionario necesita, dice Correas, un respiro liberal y democrático, una etapa de libertad cultural, «para mirarse al espejo de su historia, y en el espejo del socialismo real», e iniciar así una profunda reconsideración de conceptos básicos de la tradición marxista como «progreso», «industrialización», «abundancia», «dictadura del proletariado», «centralismo democrático» o «liberación nacional». Por todo ello cobra nuevo interés la temática del Derecho, la seguridad jurídica y la democracia representativa, ya que, a juicio de este profesor argentino asentado en México, la crítica jurídica sólo puede realizarse desde lugares proporcionados por aquello que se critica, esto es: el Estado de Derecho. De esta conclusión Oscar Correas extrae un listado de actividades posibles a realizar por juristas críticos y abogados socialistas: asesoría de sindicatos, defensa del ciudadano frente al Estado, participación en los procesos legislativos del parlamento, y, por último, la actividad de reflexión teórica llevada a cabo por publicaciones como la que nos ocupa.

A partir del número 1 *Crítica jurídica* se divide en cuatro secciones, Teoría, Análisis, Testimonios, Noticias y Bibliografía, respectivamente.

La sección primera recoge los trabajos de más enjundia: colaboran en ella autores como Teresa Martínez Terán, Francisco Galván, Luis Cervantes J., Ricardo Entelman, además del mencionado Oscar Correas. Junto a estas firmas «locales» es también norma buscar la colaboración de firmas «visitantes» europeas, como Antoine Jaemmaud, Michel Miaille, Riccardo Guastini, Francesco Galgano, Umberto Cerroni, Salvatore Veca o Juan-Ramón Capella. La orientación teórica general, deductible al menos en los primeros números, mantiene puntos de contacto bastante evidentes con la corriente francesa «Critique du Droit», nucleada en torno a la revista *Procès*; hasta el punto que no parece descabellado hablar de una misma corriente ubicada en ambientes socio-culturales diversos. Dos serían las principales coincidencias en las cuales se puede basar esta impresión: por un lado, el mismo intento de desarrollar críticamente un marxismo de inspiración más o menos althusseriana (aunque esto sea tal vez simplificar en exceso); por otro, la revalorización del Estado de Derecho y de sus presuntas posibilidades progresistas.

Las secciones de Análisis y Testimonios son sin duda de mucho interés. Se recogen en ellas trabajos sobre aspectos concretos de la realidad político-jurídica latinoamericana. Se trata de artículos sobre la represión en El Salvador o Argentina, o notas críticas sobre políticas y legislaciones sectoriales de salud o vivienda en México —por poner algunos ejemplos—, que contienen informaciones valiosas e incluso resultan más orientativos que algunos trabajos teóricos incluidos en la sección primera excesivamente dedicados a cuestiones de filología marxiana o marxista actualmente de dudosa utilidad.

La última sección sobre Noticias y Bibliografía es la habitual en este tipo de revistas

universitarias, en la cual se reseñan libros y se informa sobre Congresos u otras publicaciones.

Obviamente, es oportuno concluir esta nota animando iniciativas como la representada por *Crítica jurídica*, pues visto lo que ha dado de sí la «crisis del marxismo» en los medios académicos (básicamente un retorno al liberalismo político y poco más), las insuficiencias y los errores de Marx y seguidores continúan pareciendo más fecundos que la confusión alucinógena de los contractualistas (1.^a versión o «remakes»); más aún en países tan sistemáticamente explotados como los de América Latina.

José-Luis GORDILLO FERRÉ

Se acabó de imprimir
el tomo IV (1987)
del
ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
el mes de diciembre de 1987,
en los talleres gráficos
de
H. de E. Minuesa, S. L.
Ronda de Toledo, 24
Madrid

