

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

**NUEVA EPOCA
TOMO V**



**MADRID
1988**

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Director

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

Secretarios

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

FERNANDO GALINDO AYUDA
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Zaragoza

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
de 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
Colegio Universitario de Cuenca

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

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
CENTRO DE PUBLICACIONES**

REDACCION, ENTREGA DE ORIGINALES: Departamento de
Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho.
50009-ZARAGOZA (Teléf. 55 59 80)

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.

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

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

NUEVA EPOCA

TOMO V



MADRID

1988

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

N.I.P.O.: 051-88-021-2

I.S.S.N.: 0518-0872

Depósito Legal: M-11.151-1958

Artes Gráficas Suárez Barcala, S. L.
Dr. Barranquer, 3. GETAFE (Madrid)

INDICE

Págs.

I. SITUACION ACTUAL DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

NOTA INTRODUCTORIA	11
1. TEORIA Y METODOS DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA	
RENATO TREVES, <i>A la búsqueda de una definición de la Sociología del Derecho</i>	13
CSABA VARGA, <i>Teorías macrosociológicas del derecho. Panorama y valoración</i>	23
ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, <i>Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho</i>	55
2. SOCIOLOGIA JURIDICA APLICADA	
TERCIO SAMPAIO FERRAZ, JR., <i>Derecho oficial y derecho inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal y espacialmente concomitantes</i>	81
JOSÉ JUAN TOHARIA, <i>Los españoles y la ley</i>	99
ROBERTO BERGALLI, <i>El control penal en el marco de la Sociología jurídica</i>	109
JUAN J. RUIZ-RICO y MERCEDES VERA PADIAL, <i>Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española</i>	125
M. J. AÑON; E. BEA; C. LÓPEZ; J. DE LUCAS y E. VIDAL, <i>Las asociaciones profesionales en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales)</i>	155
3. CLASICOS Y CONTEMPORANEOS DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA	
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE, <i>Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de Max Weber: un problema metodológico</i>	195
CARLOS ALARCÓN CABRERA, <i>El derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger</i>	225
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, <i>Sociología sistémica y política legislativa</i>	243

	<u>Págs.</u>
II. DOS SIGLOS DE LA «CRITICA DE LA RAZON PRACTICA»	
ESPERANZA GUISÁN, <i>Necesidad de una crítica de la razón pura práctica</i>	273
III. ESTUDIOS	
NEIL MCCORMICK, <i>Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos</i>	293
FERNANDO GALINDO, <i>Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho</i>	307
VICTORIA ITURRALDE SESMA, <i>Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas</i>	349
FRANCISCO CARPINTERO, <i>La modernidad jurídica y los católicos</i>	383
LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, <i>Racionalismo crítico, Humanismo y Democracia en Karl R. Popper</i>	411
IV. NOTAS	
NORBERTO ALVAREZ, <i>De la necesidad de aceptación social al sentimiento de justicia: un intento de explicación psico-sociológica de los valores</i>	427
MONTSERRAT FIGUERAS PAMIÉS, <i>El problema de los embriones «in vitro» y el vacío de derecho</i>	441
MILAGROS OTERO PARGA, <i>La nacionalidad como derecho fundamental</i>	449
JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>Iconografías políticas fantásticas: el «Leviathan» hobbesiano</i>	455
FRANCISCO PUY, <i>Por una jurisprudencia iberoamericana</i>	475
V. INFORMACIONES	
<i>Primeros encuentros iberoamericanos de juristas en Cuenca</i> ...	491
<i>Visita del profesor Neil McCormick a la Universidad de Valencia</i>	495
<i>Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica en Barcelona</i>	497
<i>Noticias de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social</i>	503
<i>Noticias del «Anuario de Filosofía del Derecho»</i>	503
VI. DOCUMENTOS	
<i>Estatutos de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social</i>	507
VII. CRITICA BIBLIOGRAFICA	
ADELA CORTINA, <i>Sobre «La obediencia al derecho», de Eusebio Fernández</i>	513
EUSEBIO FERNÁNDEZ, <i>Réplica a Adela Cortina</i>	523

VIII. RECENSIONES

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, <i>Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico</i> (M. Segura Ortega)	529
JAIME BRUFAU PRATS, <i>Teoría fundamental del Derecho</i> (N. Belloso Martín)	532
JOSÉ A. EZCURDIA LAVIGNE, <i>Curso de Derecho Natural. Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos (Parte General)</i> (M. Otero Parga)	534
TERCIO SAMPAIO FERRAZ, <i>Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação</i> (F. Puy)	535
EDUARDO GARCIA MAYNEZ, <i>Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón</i> (J. A. Fernández Suárez)	539
OSVALDO N. GUARIGLIA, <i>Ideología, verdad y legitimación</i> (J. Calvo González)	541
ARTHUR KAUFMANN, <i>Gustav Radbruch</i> (A. L. Martínez-Pujalte López)	543
MICHAEL LESSNOFF, <i>Social Contract. Issues in Political Theory</i> (J. Calvo González)	545
ALEKSANDER PECZENICK (ed.): <i>MEANING, Interpretation and the Law</i> (V. Iturralde)	548
ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, <i>Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías de la información</i> (A. Ruiz de la Cuesta)	551
M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, <i>Origines théologiques du concept moderne de propriété</i> (J. Brufau Prats)	554
SALVADOR RUS RUFINO, <i>El problema de la fundamentación del Derecho. La aportación de la Sofística griega a la polémica entre Naturaleza y Ley</i> (J. Calvo González)	558
FRANCO TODESCÁN, <i>Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. II: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat</i> (F. Carpintero)	562
JUAN VALLET DE GOYTISOLO, <i>Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes</i> (J. Calvo González)	563

I

**SITUACION ACTUAL
DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO**

Nota introductoria

Al dedicar este tomo V a la «sociología del Derecho» se corrían algunos riesgos. De una parte, la vieja invocación a esa sociología hecha a partir de los años sesenta había quedado, por parte de los juristas, en mero gesto. De otra, los sociólogos habían abordado el derecho, ya en los setenta, tomando la única vía accesible: el análisis empírico de ese mismo estamento de los juristas, encarnado en las diversas profesiones jurídicas. Poco después se iniciaban también las primeras aproximaciones a la opinión social sobre el derecho. Hecho ese diagnóstico —la enfermedad de nuestro tiempo es quizá diagnosticar—, la invitación a colaborar se dirigió a juristas y sociólogos. Entre los juristas, sólo el derecho penal parece contar con algunos cultivadores de la dimensión social de esa función del derecho. Los demás apenas parecen pasar de las declaraciones de principios. De la proyección social de una determinada regulación jurídica apenas sabemos. De hecho, las respuestas no han rectificado el diagnóstico.

Un capítulo más de la sociología jurídica española sería la relación de alguno de sus cultivadores con Renato Treves. Aprovechando su presencia este año en Barcelona, así como la aparición en castellano de una de sus obras expositivas, parece oportuna su presencia introductoria en estas páginas, actualizando posiciones. Ello se completa con una visión crítica y reactualizadora desde el marxismo y otra desde una filosofía social más arraigada entre nosotros. Con ello se cerraría ese primer capítulo que hemos denominado: *Teoría y métodos de la sociología jurídica*.

El apartado siguiente, gratamente el más amplio, bajo el epígrafe general: *Sociología jurídica aplicada*, incluye estudios sobre la juridificación de situaciones de hecho realizada en Latinoamérica, así como sobre la insuficiencia de la regulación jurídica establecida para afrontar la complejidad de un problema social: la vivienda. Otros estudios abordan y desarrollan temas ya apuntados: la opinión pública sobre el derecho y la sociología de las profesiones jurídicas.

No podía ser menos que los filósofos del derecho dedicaran su atención a la historia del pensamiento sociológico. Bajo el título general: *Clásicos y contemporáneos de la sociología jurídica*, la tercera parte comprende estudios bien seleccionados respecto a las figuras

a quienes están dedicados: Max Weber, Theodor Geiger y Niklas Luhmann.

En conjunto, pues, el volumen nos puede hacer reflexionar sobre presencias y deficiencias. Hoy es sólo un testimonio que se ha propuesto esforzadamente no ser parcial.

J.J.G.C.

1. TEORIA Y METODOS DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA

A la búsqueda de una definición de la Sociología del Derecho (*)

Por RENATO TREVES

Milán

1. Si tuviera que indicar el año del nacimiento, o mejor del renacimiento de la Sociología del Derecho en Italia, indicaría el año 1965. Pienso, en efecto, que en aquel año los Quaderni di Sociologia (1), la más antigua y para entonces única revista italiana de la materia, reclamaron la atención de los estudiosos sobre la existencia de la Sociología del Derecho publicando un número especial dedicado a ella. Un número en el que se daba noticia del programa y de los primeros resultados de una investigación sociológica-jurídica sobre la administración de justicia en Italia y se publicaban las traducciones de artículos de algunos de entre los más notables y autorizados sociólogos del derecho de ese tiempo: Aubert, Carbonnier, Evan, Goldschmidt, Rose, Podgorecki, todos ellos miembros del Comité de investigación en Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología; Comité que había sido fundado en Washington en 1962 y que en aquel año había fijado la sede de su presidencia en Italia, precisamente en Milán.

Desde 1965 hasta hoy han pasado veintidós años y debo decir que en este largo período de tiempo una buena parte de mi actividad científica tuvo como finalidad la de individualizar la razón de ser de esta disciplina y de promover su desarrollo, determinando su naturaleza e indicando sus tareas. Para explicar de mejor manera el significado que reviste el último libro que he publicado recientemente sobre el argumento (2), trataré ahora de dar una idea de esta mi actividad, deteniéndome a considerar tres momentos de la actividad misma a los que corresponden tres diferentes concepciones de la Sociología del

(*) Traducción realizada por Luis-Cayetano Aparicio Rodríguez y revisada por el autor del artículo aparecido en la «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile», Settembre 1987, con el título *Alla ricerca di una definizione della sociologia del diritto*.

(1) *Quaderni di Sociologia*, 1965, pp. 265-403.

(2) Cfr. mi *Sociologia del Diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, 1987.

Derecho; concepciones que he creído obligatorio sostener y proponer en tiempos diversos y en las que están implícitas, si bien no expresamente formuladas, tres diferentes definiciones de la disciplina (3).

La primera concepción, o si se quiere, la primera definición de la Sociología del Derecho que he creído necesario proponer es la indicada en la «Introduzione» al volumen *La sociologia del diritto. Problemi e ricerche*, publicado en 1966, introducción en la que, después de haber tomado en consideración la situación de la materia en los principales países del mundo, así como resultaba descrita en las ponencias publicadas en el mismo volumen, presentaba a la Sociología del Derecho como una disciplina de reciente formación, cuyo cometido consistía esencialmente en promover y desarrollar investigaciones empíricas aptas a satisfacer determinadas exigencias, entre las que estaban: «la de estudiar las relaciones entre las estructuras jurídicas estáticas y a menudo anticuadas y el contexto social en transformación; la de conocer cómo el derecho se realiza en la sociedad y cómo en ella obran los diversos operadores jurídicos; la de controlar las actitudes del público frente a la situación jurídica del presente y la de calcular y prever cuáles pueden ser las consecuencias de determinadas reformas legislativas» (4).

Hay que reconocer que esta concepción de la Sociología del Derecho correspondiente al primer momento de mi investigación, se fundaba sobre buenas razones y presentaba indudables ventajas. Tenía ante todo presente la situación del tiempo. En los años que inmediatamente siguieron el final de la última guerra, en la Sociología general se había reforzado, de hecho, notablemente el interés por las investigaciones empíricas, y la Sociología empírica de tipo americano había tenido ventaja, aún en aquellos países europeos en los que la Sociología teórica, histórica y filosófica tenía una larga y consolidada tradición. Y todo lo que había sucedido en el campo de la Sociología general advino, también sucesivamente, y quizás en mayor medida, en el campo de la Sociología del Derecho como resultaba de los ensayos contenidos en el libro antes mencionado, en los que se describía precisamente la situación de la materia en los principales países del mundo. Tal definición ponía de relieve la novedad de la disciplina, su metodología, que servía para distinguirla de un modo más claro respecto a otras disciplinas con las que podría haber sido confundida: por un lado, la Jurisprudencia sociológica y en general las corrientes de la Ciencia del Derecho particularmente abiertas hacia los problemas sociales; por otro lado, la Filosofía del Derecho, que, en años pasados, se había empeñado en el estudio del problema fenomenoló-

(3) Se trata en sustancia de definiciones «estipulativas», o mejor «explicativas» que indican el significado a atribuir a la disciplina de que se trata eligiéndolo en el ámbito de un uso precedente.

(4) TREVES, R. (ed. preparada por): *La Sociologia del Diritto. Problemi e ricerche*, Milano, 1966, p. 1.

gico, invadiendo, al menos en parte, el campo propio de la Sociología del Derecho.

No obstante, las buenas razones que me habían llevado a formularla, la concepción de la Sociología del Derecho por mí propuesta en 1966 no podía evidentemente subsistir mucho tiempo. En efecto, no se podían olvidar las contribuciones de los clásicos en la materia, desde Ehrlich a Weber, de Gurvitch a Geiger, quienes habían profundizado ampliamente los problemas teóricos, históricos y filosóficos, y habían, por lo demás, descuidado las investigaciones empíricas. Y no se podía tampoco no tener en cuenta los problemas de carácter teórico general de los cuales no podía prescindir una disciplina de reciente formación empeñada en crearse un espacio en la cultura jurídica del propio país. Así, después de haber propuesto la concepción antes indicada, sentí en seguida la exigencia de ampliar el campo de investigación reservado a la Sociología del Derecho, exigencia que traté de satisfacer en trabajos sucesivos: la voz dedicada a esta disciplina en el *Novissimo Digesto* (1969), las ponencias en el debate acerca de la naturaleza y las tareas de la Sociología del Derecho, debate que marcó el inicio de la publicación de la revista *Sociología del Diritto* (1974) y, finalmente, los cursos de lecciones que a partir de 1969-70 se sucedían de año en año.

No me detengo a analizar los particulares cambios de mi pensamiento, fácilmente observables en el examen de los trabajos y de los cursos de lecciones mencionados. Diré solamente que con la publicación de las dos ediciones de mi *Introduzione alla Sociologia del Diritto* (1977-1980), propuse una segunda definición de la disciplina que no tenía ya como finalidad la de poner en evidencia la novedad e importancia de las investigaciones empíricas, sino más bien la de introducir tales investigaciones en un cuadro más amplio, y la de presentar una exposición de la Sociología del Derecho útil, así como decía entonces «no sólo para quien inicia el estudio de esta disciplina, sino también para quien, ya introducido en este estudio, desea darse cuenta de las relaciones que existen entre las diversas direcciones y los diversos problemas teóricos y prácticos de la disciplina misma» (5).

La definición de la Sociología del Derecho sostenida, si bien no expresamente formulada, en las dos ediciones de mi *Introduzione*, consistía en considerar que tal disciplina tuviese por objeto el estudio de las relaciones entre el Derecho y la Sociedad, y que este estudio tenía que ser dividido en una parte teórica y en una parte empírica. La primera parte dedicada a examinar, por un lado, las contribuciones que las doctrinas de la Sociología general habían dado al estudio del Derecho y, por otro lado, las contribuciones que los juristas anti-formalistas habían dado al estudio del Derecho que vive en la sociedad y se realiza en los hechos sociales. La segunda parte, dedicada

(5) Cfr. mi *Introduzione alla Sociologia del Diritto*, 1977, p. XII; 2.^a ed., 1980, p. XI.

a examinar «el problema de las relaciones entre Derecho y Sociedad en las investigaciones empíricas, que por su naturaleza son conducidas dentro de los límites de un sector particular y tienen por objeto las relaciones entre determinadas normas e instituciones por un lado, y determinados comportamientos individuales y colectivos por otro lado; investigaciones empíricas de una sociología particular que, desde este punto de vista, están estrechamente ligadas a las investigaciones de otras sociologías particulares, como la Sociología de la Organización y la Sociología de las Profesiones» (6).

Creo que las dos ediciones de mi *Introduzione*, elaboradas sobre la base de la concepción de la materia indicada, hayan logrado la finalidad didáctica que se proponían, así como resulta por otro lado del hecho de que tales ediciones han sido amplia y repetidamente adoptadas en los cursos oficiales de varias universidades italianas y la traducción española de la primera edición fue recientemente reeditada. Pero, no obstante, este éxito en el plano editorial y didáctico, no obstante los juicios favorables que han sido públicamente expresados al respecto, he podido en breve tiempo darme cuenta de los numerosos defectos que aquel libro mío presentaba en el plano teórico y sistemático.

La segunda concepción de la Sociología del Derecho sobre la que se fundaban las ediciones indicadas no era, en efecto, otra cosa que una integración de la primera. A las investigaciones empíricas que en un primer momento parecían constituir por sí solas la nueva Sociología del Derecho había agregado el examen de las teorías de los sociólogos por un lado, y de los juristas por otro, sin explicar cuáles fueran las diversas relaciones que las investigaciones empíricas tenían respectivamente con tales teorías. Y las referencias hechas por mí a la vinculación que siempre une la teoría a la investigación, no servían para explicar la diversa naturaleza de estas relaciones, se mantenían sobre un plano general y se presentaban como algo extrínseco.

Así, poco después de la publicación de la segunda edición de mi *Introduzione* he tratado de corregir los errores indicados, advirtiendo en algunos trabajos sucesivos que la Sociología empírica del Derecho no era una Sociología del Derecho nueva que sustituiría a la vieja, sino que constituía un momento más de una única historia. Pero esta advertencia, útil para demostrar la insatisfacción de las posiciones precedentemente expresadas y un cierto deseo de renovación no podía constituir una verdadera y propia corrección de las posiciones mismas. Necesitaba, en efecto, llegar a una tercera definición de la Sociología del Derecho radicalmente diversa de las precedentes.

Creo haberlo logrado en mi último libro titulado *Sociología del Diritto. Origini, ricerche, problemi*, libro que se basa precisamente

(6) Cfr. mi *Introduzione*, cit., p. 3.

en una concepción diferente, sobre una distinta definición de la Sociología del Derecho, definición que se puede fácilmente formular en los siguientes términos: la Sociología del Derecho es una disciplina a la que corresponde la tarea de desarrollar dos ordenes de investigaciones conexas y complementarias; por un lado, las que tratan de individualizar la sociedad en el derecho, es decir, las conductas sociales conformes o no conformes a los esquemas jurídicos formales y, por otro lado, las que tratan de individualizar la posición y la función del derecho mismo en la sociedad vista en su conjunto.

Para darse cuenta del hecho que una definición como ésta puede ofrecer un fundamento para la construcción sistemática de la disciplina, fundamento que resulta ser más sólido que los ofrecidos por las otras definiciones, es suficiente pensar que tal definición se basa sobre algunas observaciones respecto a las doctrinas que han contribuido a fundar y han fundado la Sociología del Derecho.

Se puede poner de relieve, en primer lugar, que las doctrinas sociológicas y politológicas se planteaban el problema de la posición, de la función y del fin del Derecho en la sociedad. Piénsese en Saint-Simon, que hace coincidir la época crítica con la época en la que, en el desarrollo general de la sociedad, el Derecho y los juristas llegan a una posición hegemónica. Piénsese en Durkheim, que atribuye al Derecho la función de símbolo visible de la solidaridad social y vincula el pasaje de la solidaridad mecánica a la solidaridad orgánica con el pasaje del derecho represivo al derecho restrictivo. Piénsese en los fundadores Comte y Marx, que hacen coincidir la desaparición del Derecho con el logro del ideal del Estado positivo anunciado por el primero, o con la llegada de la asociación en la cual el libre desarrollo de cada uno es la condición del libre desarrollo de todos, anunciado por el segundo. Se puede poner de relieve, en segundo lugar, que las doctrinas jurídicas antiformalistas se planteaban un problema sociológico del Derecho totalmente distinto de aquel precedentemente indicado, es decir, el problema de individualizar las conductas sociales conformes o no conformes a los esquemas jurídicos formales, conductas de las cuales en este último caso deriva el derecho libre que constituye el terreno del que nace el Derecho del Estado (Kantorowicz); el derecho viviente que, no formulado en proposiciones jurídicas, regula toda la vida social (Ehrlich); la regla de la vida social de la cual el legislador positivo no hace más que constatar y asegurar la observancia (Duguit). Se puede poner de relieve en tercer lugar que, más allá de las doctrinas sociológicas y de las doctrinas jurídicas indicadas, se encuentran doctrinas sociológicas y jurídicas al mismo tiempo, que, como tales, se ocupaban conjuntamente de ambos órdenes de problemas. Típico es en tal sentido, el ejemplo de Max Weber, que, por un lado, se plantea el problema de la sociedad en el derecho, allí donde afirma que el sociólogo del derecho debe preguntarse «qué cosa suceda de hecho en el ámbito de una comunidad, dada

la existencia de la posibilidad que individuos participantes en el obrar de una comunidad consideren subjetivamente y traten prácticamente determinados ordenamientos como válidos y en consecuencia orienten en función de ellos su propio obrar» (7), y, por otro lado, se plantea los problemas típicos del derecho en la sociedad. Piénsese, por ejemplo, en lo que dice sobre las relaciones entre Derecho y Economía, o a sus críticas a la doctrina del materialismo histórico o en las páginas donde concentra su atención sobre la creciente racionalización de los conceptos y de las prácticas jurídicas tal como se han desarrollado en la civilización occidental.

Es de por sí evidente, y no es necesario en consecuencia detenerse a explicar, cómo de estas observaciones surja una particular concepción de la historia de la Sociología del Derecho. Una concepción en base a la cual se puede afirmar que, en general, las doctrinas sociológicas y políticas por un lado, y las doctrinas jurídicas por otro, han dado solamente contribuciones parciales a la fundación de la Sociología del Derecho y que, entre los fundadores de la materia en sentido riguroso del término, se pueden enumerar solamente aquellos estudiosos que, como Weber, Geiger, Gurvitch y otros pocos, se han ocupado tanto del problema de la sociedad que vive en el derecho, cuanto de aquel más amplio de la sociedad en la que vive el derecho. Así, paradójicamente, no entraría en el grupo de los fundadores Ehrlich, que se ha ocupado solamente del primero de los problemas indicados y ha reducido su Sociología del Derecho a una teoría científica del derecho.

2. Después de estas consideraciones que explican cómo la nueva definición por mí propuesta encuentra su base y justificación en el análisis y en la valoración de las doctrinas que han contribuido en todo o en parte a su fundación, interesa ver ahora cómo, en una Sociología así definida, se colocan aquellas investigaciones empíricas que, en base a la primera definición, constituían la totalidad de la disciplina y, en base a la segunda, constituían una de las partes en las que se subdividía la disciplina misma.

A este propósito diré, ante todo, que sobre la base de la nueva definición, la Sociología empírica del Derecho, por un lado, responde a las demandas de las corrientes jurídicas antiformalistas y, por otro lado, encuentra su realización en la Sociología general y política. Por lo que se refiere a las corrientes antiformalistas, las investigaciones empíricas en sus diversos campos de aplicación (actuación o no actuación de las normas, roles de los operadores del derecho, relaciones entre los diversos sistemas jurídicos, opiniones del público, etc.), son investigaciones que tratan de individualizar y de hacer conocer el derecho libre o el derecho viviente, tal como se manifiesta en las opinio-

(7) WEBER: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. it., «Economia e società», I, Milano, 1961, p. 309.

nes, en las conductas, en las reacciones de los individuos. Son además investigaciones que, siendo propias de una Sociología particular y no de la Ciencia del Derecho, no son incompatibles con las doctrinas del formalismo jurídico y siguen en consecuencia sus reglas porque unen, a las investigaciones formales sobre las normas, las investigaciones sociológicas sobre los hechos y evitan los peligros de superposición y de confusión entre dos diversos órdenes de investigaciones. Por lo que se refiere a la Sociología general y política, la relación con la Sociología empírica del Derecho es la opuesta de aquella ahora indicada. No es la Sociología empírica del Derecho la que rinde un servicio a las corrientes antiformalistas de la Ciencia del Derecho, sino que es la Sociología general y política la que rinde a su vez un servicio a la Sociología empírica del Derecho. El servicio de ayudarla a pasar de la micro a la macrosociología del derecho y, por lo tanto, a afrontar los problemas generales de la posición que ocupa y de la función que ejerce en la sociedad aquel derecho libre, viviente, latente y en formación que se manifiesta en las opiniones, en las acciones y en las reacciones de los individuos y que es definido también por algunos autores como un «derecho natural» mutable y relativo y no inmutable y absoluto como el de la tradición clásica.

En la ponencia del debate de 1974, ya mencionado, decía, textualmente: «El investigador empírico... no puede reducir su trabajo a recoger datos que sirven para verificar ciertas hipótesis sin ver cómo estas hipótesis pueden insertarse en una teoría general del derecho, o sin juzgar cómo estas mismas hipótesis se encuadran en una concepción de la sociedad». Añadía que «el investigador empírico que desea darse cuenta del significado del propio trabajo y que se siente responsable, no puede, en otras palabras, admitir que su investigación siga una vía independiente y separada de la teoría y de la valoración». Concluía mencionando el hecho, que podría ser útil al respecto, de ir más allá de los límites de un discurso especializado de Sociología del Derecho y profundizar el problema de las relaciones entre teoría e investigación y entre conocimiento y acción (8). Vincenzo Tomeo, interviniendo en aquel mismo debate, después de haber aceptado cortésmente mis observaciones, explicaba las mismas afirmando: «no existe alguna investigación micro-analítica y sectorial que no pueda ser reconducida a una teoría general de la sociedad, porque ninguna investigación es posible si no está guiada por una mínima conciencia del propio ser social y de la realidad circundante». Y después de esta afirmación, observaba que en los últimos decenios tal investigación había encontrado un tranquilo marco en el universo funcionalista «que pone y acepta el orden social existente y al máximo se preocupa del cambio social en términos de adaptación». Pero, no obstante, no ex-

(8) Cfr. mi artículo *Tre concezioni e una proposta*, en la revista «Sociologia del Diritto», 1974, pp. 282-284.

cluye la posibilidad de hacer referencia a una «teoría crítica de la sociedad que asuma como ejemplo, como criterio de análisis central y dominante, el conflicto, y que vea el orden social existente como determinado por una estructura de clase» (9).

La alternativa entre fundionalismo, por una parte, y conflictualismo propio de una concepción crítica de la sociedad, por otra, alternativa señalada por Tomeo en aquel debate de diez años atrás es, a mi juicio, todavía perfectamente actual.

El estructural-funcionalismo de Parsons tuvo indudablemente muchos méritos, entre ellos el de explicar cómo la función primaria de un sistema jurídico es aquella integrativa que sirve para mitigar los elementos de conflicto y lubricar el mecanismo de las relaciones sociales, y aquel de definir la posición que el sistema jurídico ocupa en relación con los otros sistemas sociales y especialmente con el sistema político, profundizando a este propósito los cuatro problemas de la legitimación, de la interpretación, de la sanción y de la jurisdicción (10). Méritos de no menor importancia han tenido otros autores ligados más o menos estrechamente a las enseñanzas de Parsons. Pienso que Evan, que ha elaborado una tipología de los sistemas jurídicos y ha desarrollado un análisis de las funciones del Derecho distinguiendo entre aquellas pasivas de control social y aquella activa de instrumento dirigido a modificar las conductas y los valores existentes en una determinada sociedad (11). Pienso en Friedman, que explica cómo el sistema jurídico es un sistema de «distribución» de bienes y servicios en el cual se interactúan tres elementos: la estructura, que es el cuerpo institucional, el soporte dentro del cual se desarrolla el proceso; la sustancia, que está constituida por las reglas jurídicas sustanciales y por las reglas sobre deberes y obligaciones de las instituciones, y la cultura, que puede ser externa, es decir, común a toda la población, o interna, es decir, propia de los miembros de la sociedad que cumplen actividades jurídicas especializadas (12).

Aunque yo reconozca estos y otros méritos del estructural-funcionalismo, y de las concepciones de él derivadas, no puedo dejar de manifestar mis preferencias hacia las direcciones opuestas, es decir, hacia la sociología crítica. Y a este propósito, recuerdo antes que a nadie a Wright Mills, a quien aprecio no sólo por la crítica a Parsons, sino también por el reclamo a la imaginación sociológica, reclamo que le conduce a afirmar «que no hay estudioso del hombre y

(9) TOMEIO: *Teoria, ricerca e giudici di valore*, en la revista «Sociologia del Diritto», 1974, pp. 56-72.

(10) PARSONS: *The Law and Social Control*, en EVAN (ed. preparada por) «Law and Sociology», Glencoe, 1962, pp. 56-72.

(11) EVAN: *Public and Private Legal System*, en EVAN (ed. preparada por) «Law and Sociology», cit., y también en EVAN: *The Sociology of Law. A Social-Structural Perspective*, New York, 1980.

(12) FRIEDMAN: *The Legal System. A social Science Perspective*, New York, 1975; trad. it. «Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali», Bologna, 1978.

de la sociedad que no acepte y sobrentienda en su trabajo decisiones morales y políticas», decisiones que tienen que ser tomadas tratando de superar la actual crisis del liberalismo y del socialismo sin olvidar que «la promesa moral e intelectual de las ciencias sociales es que la libertad y la razón continuarán siendo los valores predilectos y que los utilizaremos seriamente, concretamente, imaginativamente en la formulación de los problemas» (13). Recuerdo además a Gouldner, que opone a las tendencias conservadoras de la sociología de Parsons las exigencias de una sociología reflexiva en la que el sociólogo, en las propias investigaciones, une a la crítica del orden social existente y a las estructuras de poder que lo sostienen, la formulación de sociedades nuevas y mejores (14). Pienso por último en Dahrendorf, también crítico de Parsons y atento estudioso del liberalismo y del socialismo, que recordamos aquí con motivo de la tesis por él sostenida, según la cual, el conflicto entre las clases puede constituir una fuerza, una fuerza insustituible de cambio y de progreso cada vez que las partes, aceptando el conflicto como inevitable, se organizan para proceder según las reglas del juego (15).

El sociólogo del derecho que, entre las teorías funcionalistas y estructuralistas por un lado y las teorías críticas o radicales por el otro, demuestra sus preferencias por las segundas frente a las primeras, es, a mi juicio, inevitablemente llevado a afrontar junto al problema de la función, aquel del fin del Derecho, aun sabiendo que se trata de un problema no específico de la materia, porque es común a otras materias como la Filosofía del Derecho y de la Política.

A propósito de este problema me limitaré a observar que, si se trata de individualizar la ideología hacia la que tienden las doctrinas que han contribuido a la fundación y que han fundado nuestra materia, es fácil llegar a la conclusión que la ideología dominante en tales doctrinas es la de un socialismo no necesariamente marxista y fundamentalmente reformista y liberal. No se puede olvidar a este propósito el hecho que la Sociología general surgió con las primeras manifestaciones de la revolución industrial en un período en el que el mayor interés de los sociólogos se concentraba sobre la denominada «cuestión social», y, para muchos de ellos, era profundamente sentida la insuficiencia del individualismo y la exigencia de abrirse hacia el solidarismo (Durkheim) y hacia el socialismo (Tönnies, Oppenheimer). Por lo que se refiere específicamente a la Sociología del Derecho, se debe tener presente la decisiva aportación dada a nuestra disciplina por el movimiento del socialismo jurídico y por la obra de Renner

(13) WRIGHT MILLS: *The Sociological Imagination*, New York, 1959; trad. it. «L'immaginazione sociologica», Milano, 1962, pp. 86-178, 184.

(14) GOULDNER: *The Coming Crisis of Western Sociology*, New York, 1970; trad. it. «La crisi della sociologica», Bologna, 1972.

(15) DAHRENDORF: *Class and Class Conflict in Industrial Society*, London, 1959; trad. it. «Classi e conflitto di classe nella società industriale», Bari, 1973.

que, frente a aquel movimiento, asume una posición más definida en sentido marxista. Y la orientación socialista, evidentemente no marxista, es fácilmente detectable en la obra de Gurvitch, Geiger y, por ciertos espacios, Weber.

No me detengo a explicar las razones por las que estas ideologías, sustancialmente análogas a aquellas sostenidas en Italia por corrientes de pensamiento que han participado activamente en la lucha contra el fascismo, son, a mi manera de ver, hoy también válidas a pesar de que desde aquellos lejanos años muchos cambios han sucedido. Me limito a recordar que en el debate en torno a las ideologías, y en general en torno a los fines del Derecho, el sociólogo del derecho no tendría que olvidar la actitud crítica tradicionalmente asumida por la propia disciplina respecto a las pretensiones de inmovilidad y absolutismo características de las doctrinas clásicas del derecho natural. Debería sostener las propias tesis y combatir las de sus adversarios, permaneciendo en el ámbito del relativismo filosófico y del perspectivismo sociológico. Respecto del relativismo, pienso en Radbruch, que ha presentado y sostenido el relativismo mismo como la orientación filosófica más válidamente apta para defender la libertad y la democracia, recordando que los sostenedores de tal tendencia están siempre dispuestos a tolerar cada opinión diferente de la propia, a excepción de aquella que pretende ser única y absoluta (16). Para el perspectivismo, pienso en Mannheim y especialmente en Ortega y Gasset, según el cual, con esta concepción, se deshace la errónea creencia por la que la realidad tendría, «independientemente del punto de vista que sobre ella se tomara, una fisonomía propia» y por consiguiente también la creencia para la que «toda visión de ella desde un punto de vista determinado no coincidiría con ese su aspecto absoluto y, por tanto, sería falsa». Y esta creencia se sustituye por la convicción opuesta de que la realidad se compone, por su íntima naturaleza, «de infinitas perspectivas, todas ellas igualmente verídicas y auténticas», y que «la sola perspectiva falsa es esa que pretende ser la única» (17).

(16) RADBRUCH: *Le relativisme dans la philosophie du droit*, en «Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique», 1934, pp. 105-110.

(17) ORTEGA Y GASSET: *El tema de nuestro tiempo*, en «Obras Completas III», Madrid, 1946-1947, pp. 197-203.

Teorías macrosociológicas del derecho (*)

Panorama y valoración

Por CSABA VARGA

Budapest

Las teorías macrosociológicas del derecho representan una parte del pensamiento referido al derecho de los últimos ciento cincuenta años, que no puede dejarse de lado. Representan una porción del conocimiento que, en su época de formación, acosó con renovados esfuerzos y desde fuera la puerta de acceso del por tanto tiempo fortificado pensamiento jurídico, si no con la esperanza de ser admitido, al menos con la de un encuentro, del que resultara un establecimiento de contactos. Actualmente, debido a la iniciativa de ambas partes, ha llegado a introducirse tan profundamente en el pensamiento jurídico que ambas, sociología y ciencia jurídicas, rivalizan por hacerse objeto de recepción en sus propios dominios.

Por consiguiente, en razón de la historia y de las actitudes multidireccionales es difícil dar sin ambigüedad una delimitación del ámbito cubierto actualmente por las teorías macrosociológicas del derecho. Para circunscribirlo, basta quizá decir que, en el siglo XIX el interés por los hechos, como consecuencia del positivismo, ganó progresivamente terreno en las ciencias sociales, y condujo a la fundación de la disciplina sociológica. El análisis sistemático de la interrelaciones entre hechos sociales condujo a explicaciones teóricas comprensivas, en las que se le dio al derecho un lugar de privilegio (1). En este punto, apenas haría tres advertencias, que puedan al menos hacer menos confusa la respuesta a tal delimitación:

(*) Una primera versión de este estudio se presentó, en forma abreviada, como ponencia principal en el XI Congreso de la IVR y publicada subsiguientemente en: KAMENKA, E.; SUMMERS, R. W.; TWINING, W. L.: *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts*, Duncker & Humblodt, Berlin, 1986 («Rechtstheorie», Beiheft 9).

(1) Véase, por lo que hace a la exposición clásica, p. ej., GURVITCH, G.: *Sociology of Law*, Kegan, London, 1947, cap. 1. Y por lo que hace a los planteamientos modernos, PODGORECKI, A., y WHELAN, Ch. (ed.): *Sociological Approaches to Law*, Helm, London, 1981.

En primer lugar, las teorías macrosociológicas del derecho *no surgieron necesariamente por iniciativa jurídica*. Muchos de sus mejores logros estaban incorporados en obras, cuyo punto de vista original y propósito principal no apuntaba a delimitar el contexto social del derecho y de los fenómenos jurídicos. Unos pocos ejemplos bastan para puntualizar lo dicho: la teoría de Karl Marx emergió del análisis de los elementos y del entorno socio-político de la economía; Emile Durkheim tuvo a la vista la comprensión conceptual del hecho social; Max Weber desarrolló su teoría con la esperanza de resolver el acertijo de la evolución de la economía burguesa, y Talcott Parsons partió en su investigación movido por el interés de definir la interrelación entre estructura social y acción social. Sin embargo, hay un punto de vista muy característico, que prefigura ya el marco de referencia del futuro pensamiento jurídico, según el cual, «el estudio del derecho ya no puede ser abordado como si estuviera reservado exclusivamente a los juristas profesionales» (2). Hay que añadir, no obstante, que esto no ocurría por primera vez en la historia de la ciencia jurídica. Durante mil quinientos años, la *teología* ha desempeñado un papel similar determinando el lugar del derecho en la totalidad social, definiendo sus condiciones de validez y legitimidad, y circunscribiendo su función y razón de ser. Pero esa similitud no se ciñe sólo al hecho de que ambas hayan intentado aproximarse al dominio y valores del derecho desde fuera de él. Podemos mostrar también una relación funcional entre la idea, de base teleológica, del derecho natural, de una parte, y la sociología y el derecho, de otra. Intentaré discutir esto con más detalle luego. Por el momento, séame permitida la conclusión de que disciplinas, no dirigidas en primer término a la especificidad del derecho, pero que investigan el derecho *en unidad con y como uno de los componentes de la existencia social* —como elemento de la superestructura correspondiente a la base económica de la sociedad (Marx), como un factor de integración social (Durkheim), como un medio de ejercer el poder y, sobre todo, de racionalización económica (Weber), o como sub-sistema específico de la sociedad (Parsons)— pueden prestar una ayuda considerable en la investigación del sistema de relaciones sociales que condiciona el derecho.

En segundo lugar, estas teorías *no fueron necesariamente creadas sobre la base de generalizar análisis microsociológicos*. Semejantemente a lo ocurrido con las formulaciones filosóficas y sociales, puede aceptarse en este caso que las presunciones histórico-filosóficas jugaron un papel en la composición del cuadro como un todo, en la formulación de una idea primigenia dentro de un sistema, en otras palabras, en la elaboración de su mensaje básico. Proponer una cuestión de este tipo juega un papel especial cuando se intenta reconstruir la teo-

(2) HUNT, A.: *The Sociological Movement in Law*, Macmillan, London 1978, p. 1.

ría social de Marx. Concretamente, ¿se sigue con rigor lógico a partir de los análisis económicos concretos que se encuentran en *Una contribución a la Crítica de la Economía Política* y en *El Capital* lo que se conoce como tesis de Marx? ¿O posiblemente no ayudaron a organizar los datos de análisis concretos en un sistema definitivo de teoría social las ideas escatológicas así como las presunciones normativas de la filosofía de la historia de Hegel? (3). En el caso de Weber, la bibliografía es más discreta. Aunque nadie puso más empeño por entender el significado del fenómeno burocrático y la racionalización, esta tarea se atribuye sólo parcialmente a la obra y biografía del pensador, y se ve el estímulo en el prusiano arrebatado por el orden estricto y la actitud de la monarquía wilhelmina coqueteando a duras penas con la democracia (4). ¿Quiere decir esto que pueda ponerse en duda la objetividad de la investigación en la ciencia social? Hasta que se encuentre una respuesta más convincente, yo respondería con un definitivo «sí» (5). No obstante, para mí la cuestión fundamental es: si la teoría macrosociológica del derecho no es necesariamente una síntesis de análisis microsociológicos, ¿qué es lo que configura propiamente una teoría sociológica? Bien, mi respuesta puede ser débil, sin embargo no puede decirse mucho más de que su modo de proceder es el *deseo de lograr una explicación comprensiva* de la estructura y factores del movimiento social, *partiendo de la interrelacionalidad del contexto social*.

En tercer lugar, el concepto de la teoría macrosociológica del derecho *no puede limitarse a la sociología del derecho como una rama profesional de la sociología*. Y esto no sólo porque, históricamente hablando, la sociología del derecho es básicamente producto de las condiciones sociales de fines de la pasada centuria: la destrucción de valores que se consideraban eternos llevada a cabo mientras se desarrollaba la libre competencia, el distanciamiento entre ideas y realidad, y por último, aunque no de menor entidad, la evidencia creciente de no ser viable la actitud positivista que preservaba el tradicional mundo conceptual del derecho (6). Pero ante todo y sobre todo porque la teoría macrosociológica del derecho puede desarrollarse inde-

(3) Cfr., e. g., POPPER, K. R.: *The Open Society and its Enemies*, II, Routledge and Kegan, London, 1945, especialmente cap. 21. TUCKER, R. C.: *Philosophy and Myth in Karl Marx*, Cambridge University Press, London, 1962. KOLAKOWSKI, L.: *Main Currents of Marxism*, I, Clarendon Press, Oxford, 1978, especialmente cap. XVI, párr. 2.

(4) Cfr., e. g., BENDIX, R.: *Max Weber. An Intellectual Portrait*, Methuen, London, 1966, especialmente cap. XV. ARON, R.: *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, Paris, 1967, cap. sobre Weber, especialmente párr. 6. Y los juicios críticos de izquierda tales como: WALTON, P.: *Max Weber's Sociology of Law: A Critique*, en CARLEN, P. (ed.): *Sociological Review Monograph*, 23, 1973. Siguiendo a LUKACS, G.: *Die Zerstörung der Vernunft*, 1954, cap. VI, párr. 3.

(5) Por ejemplo, las actas del *Symposium on Scientific Objectivity*, «Danish Yearbook of Philosophy», 14 (1977), Munksgaard, Copenhagen, 1978.

(6) En perfilada formulación, KULCSAR, K.: *A jogzsociológia problémái* (Los problemas de la sociología jurídica), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1960, cap. 1.

pendientemente de toda sociología profesional —a partir de investigaciones filosóficas, económicas y, por supuesto, jurídicas— si *su intención y sus resultados* posibilitan esa actitud (7).

En un empeño por encontrar respuesta a la cuestión básica de qué han significado y qué significan para el pensamiento jurídico las teorías macrosociológicas del derecho, me propongo discutir dos problemas. Primeramente, pasaré revista a cómo la aproximación macrosociológica al derecho ha enriquecido el pensamiento jurídico tradicional (I). Este enriquecimiento justifica el papel que las teorías macrosociológicas del derecho han jugado y pueden jugar para ampliar el universo conceptual del derecho y —lo que constituye la única alternativa de desarrollo del pensamiento jurídico— para integrarlo en las ciencias sociales (II).

I. APORTACIONES DE LAS TEORIAS MACROSOCIOLOGICAS DEL DERECHO

El *método jurídico tradicional* contempla el derecho como un fenómeno autoconsistente y autosuficiente. Por lo que hace a su formación, el método se da por satisfecho remitiéndose al Estado dotado de autoridad, que le ha otorgado su validez. Por lo que hace a su funcionamiento, ese método exige sólo que el Estado aplique el derecho observando las pertinentes regulaciones. Los efectos del derecho, simplemente, no revisten interés en el mundo jurídico conceptual. El método tradicional está guiado por un único punto de vista: conformidad con el derecho promulgado, es decir, mera legalidad.

Por lo que hace a sus elementos esenciales, este método implica lo mismo que la doctrina del positivismo legal. Sin embargo, mientras que el positivismo jurídico se configura como una teoría (8), el mundo jurídico conceptual fue el *resultado de una dada situación de hecho*: un accidente necesario, un *complemento ideológico*. Aunque Marx y Engels lo criticaron como la «ilusión jurídica» de la burguesía al nivel de una crítica de la ideología (9), sin embargo era el único mé-

(7) Soy consciente de lo cuestionable de tal opinión; sin embargo, aventuro el parecer de que, por ejemplo, MANGABEIRA UNGER, R.: *Law in Modern Society*, The Free Press, New York, 1976, y los resultados reflejados en obras como, de una parte: ALLOTT, A.: *The Limits of Law*, Butterworths, London, 1980; o, por parte de la filosofía: LUKACS, G.: *A társadalmi lét ontológiájáról* (Sobre la ontología del ser social), Magvető, vols. I-III, Budapest, 1976, en algunas de sus partes, principalmente en los desarrollos del vol. II, cap. II, pueden calificarse de teorías macrosociológicas del derecho.

(8) Respecto de sus condiciones sociales, cfr., especialmente, KRSTUFEK, Z.: *Historické základy právního pozitivismu* (Los fundamentos históricos del positivismo jurídico), Academia, Praga, 1967.

(9) MARX, K., y ENGELS, F.: *The German Ideology*, en «Collected Works», Progress, Moscow, 1975, p. 91. Cfr. ENGELS: *Juristen-Sozialismus*, «Die Neue Zeit», 2, 1887, en MARX-ENGELS: *Werke*, 21, Dietz, Berlin, 1979, p. 491.

todo y el único mundo conceptual apropiados, mediante los cuales el dominio del derecho podía interpretarse en concordancia con las exigencias impuestas a la práctica de las profesiones jurídicas (10). La jurisprudencia conceptual considera real lo que el derecho considera que debe realizarse, uniendo ambos aspectos en su propia formación y funcionamiento. Pero, si bien está justificada su crítica ideológica, ésta deja intactas las vías que llevan a su necesario asentamiento como ideología. Queda incólume la necesidad práctica de que, en la medida en que el derecho exige un *conformismo formal a la regla*, se mantiene la ideología de la práctica profesional del jurista, que *presenta ese sistema de reglas y su observancia como una meta suficiente en sí y por sí misma* (11).

El universo jurídico conceptual en cuanto ideología, reclamada por una actividad dada y cuya corrección es convincente, ha de ser obviamente distinguido de su interpretación como teoría, porque *todo lo que se justifica en cuanto definido por exigencias prácticas de la jurisprudencia conceptual como una ideología se torna en falacia que perturba el conocimiento si se interpreta como una teoría*. Las falacias implicadas en la separación entre lo que está «dentro del derecho» y lo que está «fuera del derecho» (12) se originan en el universo jurídico conceptual y casi lógicamente una se deriva de la otra. Conforme al primer supuesto, el derecho es algo que puede ser dominado y circunscrito materialmente: puede reducirse a la formulación y objetivación externas de una norma que prescribe/prohíbe/permite un cierto tipo de conducta (*falacia de la coseidad*). La segunda concierne al efecto práctico del derecho, interpretado de ese modo. Se atribuye el efecto exclusivamente a la norma como si fuera el único determinante lógicamente necesario. Se excluye la interferencia de cualquier otro factor, la determinación del resultado por condiciones concretas

(10) He de hacer notar que aunque Engels no se percató de esa necesidad como ideología, reconoció claramente la *relación ontológica entre la posición dominante y la ideología oficial de las profesiones jurídicas*. «Mas una vez que el Estado se ha independizado de la sociedad, produce inmediatamente una posterior ideología. Ciertamente entre los políticos profesionales, los teóricos del derecho público y los juristas de derecho privado se pierde bonitamente la conexión con los hechos económicos. Desde el momento en que en cada caso particular el hecho económico debe asumir la forma jurídica a fin de recibir la sanción legal, y desde el momento en que, al proceder así, ha de prestarse atención a la totalidad del sistema jurídico ya en marcha, la forma jurídica es, en consecuencia, algo, y el contenido económico, nada. El derecho público y el derecho privado son tratados como esferas independientes, teniendo cada una su propia e independiente evolución histórica, y estando en condiciones una y otra de una presentación sistemática mediante la consistente eliminación de todas las contradicciones internas» (ENGELS: *Ludwig Feuerbach and the End of Classical German Philosophy* 1866, en MARX-ENGELS: *Selected Works*, Progress, Moscow, 1968. p. 617.

(11) Cfr. VARGA, C.: *Towards a Sociological Concept of Law. An Analysis of Lukács's Ontology*, «International Journal of the Sociology of Law», 9 (1981), p. 173, o, de manera más detallada, VARGA: *The Place of Law in Lukács's World Concept*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1985, cap. V, párr. 4.

(12) Cfr. VARGA: *Domaine «externe» et «domaine interne» en droit*, «Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques», 14 (1985).

y, así, se impide conocer el dinamismo de la relación entre la norma y la práctica social (*falacia de la estatalidad*). La tercera cuenta ya con la posibilidad de cambio en la relación entre norma y efecto. De acuerdo con su posición de partida, el proceso legal dispone de un único factor y consecuentemente toda desviación es un asunto interno de la esfera legal. En consecuencia, la ciencia jurídica tiene como única tarea enjuiciar las realizaciones conformes al derecho y conformes a la práctica social (*falacia de la facticidad*). El cuarto supuesto —por demás, básico en cuanto es el marco teórico y la justificación de los otros— sugiere que hay un dominio específico, autogobernado, cuyo funcionamiento está determinado por sus propias reglas, y es por tanto calculable y previsible y, en cuanto tal, analizable en sí mismo (*falacia de la distinción*).

Si yo ahora intento presentar algunas manifestaciones de las teorías macrosociológicas del derecho que han aportado novedades en el modo de abordarlo, he de dejar claro que cuestionar la independencia de la esfera «legal» no significa ni de lejos negar la *peculiaridad del derecho*, o la incapacidad de definir lo que se entiende como lo «específicamente jurídico» (13). Simplemente se quiere decir que la esfera específica del derecho no puede deducirse a partir de sí misma, o interpretada por sí misma; *en ningún momento ha de analizarse como un componente del entorno social*, si bien, las *regularidades básicas de su desarrollo y su funcionamiento emanan del examen de la entidad social como un todo*.

Las teorías macrosociológicas del derecho son tan multidimensionales y están compuestas de tan múltiples elementos que me tengo que limitar por mi parte a indicar sólo algunos dilemas y consecuencias específicos:

A) *Derecho y ley positiva* son categorías que no pueden equipararse. Conforme a una ingeniosa formulación, los límites del derecho han de trazarse «infinitamente» *más allá* de sus fuentes formales, pero al mismo tiempo *dentro de* la «totalidad» de las relaciones humanas (14). Derecho es lo oficialmente promulgado (*derecho positivo*) o reconocido (*derecho consuetudinario*) como derecho, y al mismo tiempo todo lo que oficialmente se realiza en nombre del derecho (*práctica judicial y administrativa*). Evidentemente, el progreso en el modo sociológico de abordar el derecho no reside en el simple hecho de ampliar el concepto de derecho, esto es, añadiendo al derecho promulgado (*law in books*) el derecho practicado (*law in action*) conside-

(13) SELZNICK, P.: *The Sociology of Law*, en SILLS, D. L. (ed.): *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 9, Macmillan and The Free Press, New York, 1968, pp. 51 y ss.

(14) CARBONNIER, J.: *Flexible Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976, cap. 1, párr. 8.

rado asimismo como derecho (15). Más bien reside en el hecho de que *el énfasis se ha trasladado desde el vehículo de normatividad «designado» a su actual funcionamiento, en otras palabras, desde el sujeto de mediación al mismo proceso de mediación.* Semánticamente esto suena a paradoja; sin embargo, como una demostración de cambio, está justificada la afirmación de Karl Llewellyn: «“Derecho” sin efecto se aproxima a cero en su significado» (16).

Este desplazamiento en el énfasis toma cuerpo del modo más espectacular en el movimiento realista americano. Sin embargo, teóricamente encuentra más bien sus raíces en los experimentos etnológicos, antropológicos y sociológicos surgidos en el último tercio del pasado siglo, que han contemplado la normatividad en la misma realidad social, es decir, en las relaciones sociales, en las regularidades del tráfico humano. La investigación sobre el desarrollo jurídico y el derecho primitivo era tan estimulante que, con el añadido de teorías especulativas, condujo a partir del inicio de este siglo al establecimiento de sólidos principios sociológicos. Baste la mención de algunos de ellos: *añadido al derecho* positivo, Leo Petrazycki exploró el derecho intuitivo (17); en las normas de los usos, Iliam Graham Sumner identifica la fuente que *promueve* el derecho (18); Eugen Ehrlich pone de manifiesto que el derecho intuitivo se *identifica* básicamente con las normas de los usos, en la medida en que el *derecho vivo* es propiamente el derecho, mientras que el abstracto *derecho promulgado* y el *derecho de juristas* sirve para resolver conflictos concretos sólo si a ese marco de referencia se le suministran garantías artificiales (19). Y todo ello no era sino el principio. Para distinguirla de la moral, Petrazycki concluye que toda relación jurídica consiste en sistemas, mutuamente interdependientes y complementarios, de derechos y deberes. Esa es la estructura básica *imperativo-distributiva* que caracteriza a todo derecho, conforme a la cual la misma actividad genera un sentimiento de deber en alguien y un sentimiento de derecho en otro. Esta realización de *reciprocidad* constituirá el núcleo de la famosa definición de derecho de Bronislaw Malinowski, con el añadido de que «un cuerpo de obligaciones vinculantes consideradas como derecho por una parte y como deber por la otra, adquiere su efectividad por el mecanismo de reciprocidad y publicidad inheren-

(15) Sobre el primer uso de esos conceptos, cfr. POUND, R.: *Law in Books and Law in Action*, «American Law Review», XLIV (1910).

(16) LLEWELLYN, K. N.: *Some Realism about Realism* (1931), en SIMON, R. J. (ed.): *The Sociology of Law*, Chandler, San Francisco, 1968.

(17) PETRAZICKY, L.: *Teoriia Prava i gosudarstva v svjazi s teoriej npravstvennosti* (Teoría del Estado y del Derecho en conexión con la teoría de la moralidad), I-II, Markusheva, St. Peterburg, 1907.

(18) SUMNER, W. G.: *Folkways*, Yale University Press, New Haven, 1906.

(19) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblodt, Munich, 1913.

te a la estructura de... la sociedad» (20). Posteriores síntesis están asimismo basadas en el desarrollo crítico de ésta (21).

La investigación que partía de la estructura normativa como vehículo de normatividad fue reemplazada por el análisis de las funciones que o bien: a) se refieren a lo legal como a su base (*práctica judicial y administrativa*); b) se remiten al efecto de la práctica legal (*sopORTE cívico del derecho*); c) consideran otros modos de realización de funciones sociales semejantes a las anteriores (*derecho primitivo o consuetudinario*). Ambas cosas, la ampliación del concepto y el enriquecimiento del modo de abordar la realidad, son ciertamente inevitables. También son obviamente tentadoras. No obstante, todo ello sólo pretende conducir a una respuesta teóricamente fundada en si puede aclararse cuándo ha desaparecido la normatividad de hecho. En base a la bibliografía accesible, parecería que el pensamiento reduccionista, el argumento *ad regressum*, sería el único camino accesible. Sin embargo, pienso que apoyarse en él es, cuanto menos, dudoso.

La *validez formal*, por ejemplo, que califica al producto de cualquier contenido de algo formalmente definido por las autoridades estatales en cuanto resultado de un procedimiento formalmente definido por el derecho, ha sido, como se sabe, producto de la evolución jurídica europea en la pasada centuria (22). En etapas anteriores de esa evolución, así como en otras culturas, la *validez de contenidos* representada por lo tradicional y lo practicado era la dominante, como por ejemplo el respeto al *ius vetum* en la Europa medieval. El carácter relativo de esta evolución y su caracterización como mero desplazamiento del énfasis se pone de manifiesto por el hecho de que la evolución jurídica se ha caracterizado siempre por la *dualidad*: derecho escrito y no escrito, oficial e inoficial, así como por la cambiante justificación de uno y otro (23). Una aportación reciente proclama haber encontrado el origen de la normatividad específica del derecho legal en la reinstitucionalización de la costumbre (24). Esta respuesta, ciertamente provocativa, es, no obstante dudosa, entre otras razones porque establece un orden cronológico y una conexión causal

(20) MANIŁOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society* (1926), Routledge, London, 1961, p. 58.

(21) En la teoría comparativa de POSPISIL, L.: *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, Harper and Row, New York, 1971, cap. 3, por ejemplo, los componentes de lo jurídico son: autoridad, la intención de aplicación universal, *obligatio* (el binomio derecho-obligación) y sanción.

(22) Con una interpretación y un contexto sociológicos, cfr. LUHMANN, N.: *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en LAUTMANN, R.; MAIHOFFER, W., y SCHELSKY, H. (ed.): *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 1 (1970), párr. III.

(23) Esa dualidad se formula como una cuestión de objetivación normativa en VARGA: *Codification as a Socio-Historical Phenomenon*, Akadémiai Kiadó, Budapest (en prensa).

(24) BOHANNAN, P.: *Law and Legal Institutions*, en «International Encyclopedia of the Social Sciences», 9, p. 75.

entre costumbre y ley, viendo en la costumbre el precedente y la forma primitiva de derecho, y porque su carácter especulativo aplaza solamente el problema. Otros tienen a la vista la especificidad actual y tratan de circunscribir el derecho legislado por una estructura fundada en normas secundarias, esto es, que garantizan certeza y autoridad, así como legitimidad, a las primarias (25).

En última instancia, todas esas explicaciones —las generalizaciones etno-antropológicas y las teorías que fijan su atención en el mecanismo específico de formación de un sistema legal— giran en torno a justificarse en la *autoridad*: identifican lo que convierte a las normas o a las prácticas en derecho con la autoridad. Sin embargo, esta búsqueda del elemento autoritativo lleva a optar por una alternativa extrema. En consecuencia, o bien la existencia del fenómeno legal ha de vincularse a la presencia del *Estado* (26), o bien se indica que toda delimitación concebible de la autoridad es tan incierta que sólo puede conducir a difuminar los límites de lo jurídico (27), a su disolución en un *panjuridismo*, que tiende a detectar algo jurídico en todo. Evidentemente, alguna de estas alternativas extremas significaría una elección negadora de la historia. Aferrarse al reconocimiento por parte del Estado eliminaría una buena parte de la evolución de la historia del derecho, y carecería de una explicación de la validez jurídica en la Roma anterior a la época imperial, o del desarrollo del derecho en la Europa medieval y en buena parte de la Edad moderna, de los cuatro mil años de la evolución del derecho chino, o de los sistemas tradicionales en las regiones afro-asiáticas.

Sin intentar dar aquí y ahora una respuesta definitiva, soy de la opinión de Leopold Pospísil: si queremos trazar los límites conceptuales en el espacio y en el tiempo, en lugar de «trazos firmes» debemos señalar algunas «zonas de transición» (28). Ni que decir queda que

(25) HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, cap. V, párr. 3. Y en una reinterpretación sociológica, SELZNICK, p. 52.

(26) Naturalmente, en sí mismo, es un razonamiento *ad regressum*. Pues podría preguntarse desde cuándo y siguiendo qué condiciones se puede hablar de Estado. Sólo después de haber respondido a esto podemos volver a la cuestión propiamente dicha: qué razones han de apreciarse para no llegar a calificar de jurídico el sistema regulativo que no tiene detrás al Estado —en el sentido de la definición anterior—, pero que cumple plenamente su función de resolver conflictos y ofrecer directivas en su propio entorno.

(27) La definición de Hoebel, por ejemplo, habla de «el uso legítimo de la coacción física por un agente socialmente autorizado». Y afirma: «Una norma social es jurídica si en caso de omisión o de infracción pone en marcha, como amenaza o de hecho, la aplicación de la fuerza física a través de un individuo o de un grupo que poseen socialmente el privilegio reconocido de actuar así» (HOEBEL, E. A.: *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge/Mass, 1954, pp. 26 y 28).

(28) POSPÍŠIL, caps. 3 y 6, así como la rectificación crítica: VARGA: *Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospísil and the comparative Study of Legal Cultures*, MTA Szociológiai Intézet, Budapest (papeles de trabajo de la serie «Subdesarrollo y modernización»).

es éste un problema metódico fundamental en toda formación de conceptos. Evidentemente, cuanto más vinculemos el concepto de derecho al derecho *moderno*, el contenido será más rico, pero el concepto será menos operativo: sólo podrá aplicarse al pasado mediante extrapolación, lo que daría una imagen distorsionada. De otra parte, cuanto más universal lo hagamos, más operativo resulta para el objetivo de una investigación histórica comparativa, pero explica mucho menos, ya que tiene que ponerse excesivamente en relación con la historia (29). Por lo tanto, además de dar una, posiblemente substancial, respuesta a la cuestión subyacente, es también una elección metodológica, un resultado de convención lingüística, qué concepto utilizamos.

B) En algunas circunstancias, está delimitada la *relación entre el derecho y el Estado*. Ello implica una cuestión dual: a) ¿de qué modo y con qué rotundidad puede decirse que el *derecho está vinculado al Estado*?; b) ¿de qué modo y con qué rotundidad puede decirse que la pretendida unidad del Estado implica también la *unidad de derecho y orden*? Una respuesta a la primera cuestión conlleva la interpretación de la naturaleza de los sistemas básicos de regulaciones de las *sociedades antiguas* anteriores a la aparición del Estado, de las *sociedades primitivas* no organizadas dentro de una formación estatal, de las *organizaciones amplias* junto al Estado, dentro del Estado y fuera del Estado, así como —aunque solamente como presupuesto ideológico de algunas filosofías de la historia— de las *sociedades comunistas* subsiguientes al desprecio del Estado. Una respuesta a la segunda cuestión implica la clarificación de en qué consiste la *unidad del Estado*. ¿En la organización manifestada en el funcionamiento armonioso del poder o en la unidad esencial —objetiva— de la práctica del poder? Más concretamente, ¿es el *sistema legal*, como sistema vivo en la práctica social —«el sistema funcional de los fenómenos legales de la sociedad»—, organizado en unidad que funciona en verdad armónicamente, o es sólo el resultado final de su funcionamiento lo que hace concebible un sistema? Y de modo semejante: ¿la unidad del sistema legal, interpretado de alguno de estos modos, implica necesariamente la unidad del *sistema jurídico* como un sistema de normas —«un sistema de normas desarrollado conforme a particularidades socio-históricas» (30)—, o puede surgir también la even-

(29) Por supuesto, el dilema emerge en el curso de la reconstrucción del concepto metodológico marxista. Recientemente, por ejemplo, en relación con el concepto de «clase social», DEAK, D.: *Redistribución y socialismo* (Redistribución y socialismo), Institute of Social Sciences of the Central Committee of the Hungarian Socialist Workers' Party, Budapest, 1982, intenta poner de manifiesto cómo el concepto que surge de los análisis de Marx ha de ponerse en relación con la definición dada por Lenin. El autor llega a la conclusión de que el concepto de clase social sólo es operativo dentro del capitalismo clásico como comunidad de productores de artículos de consumo basada en una regulación de mercado: su aplicación a otros sistemas implica una extrapolación artificial.

(30) En cuanto a la diferenciación entre «system of law» y «legal system», cfr. KULCSAR, K.: *Historical Development of the Law-Applying Functions*, en PETERI, Z.

tual unidad del sistema jurídico de la coexistencia, confrontación o competitividad de varios sistemas jurídicos?

Pues bien, el resto del problema en este caso reside en la absolutización de los propósitos y logros de la evolución burguesa de las pasadas centurias: vendrían reforzados al retrotraerlos al pasado reciente. Sin embargo, la tarea del punto de vista sociológico cubre un cierto tipo de reconstrucción de historia social. Concretamente: las tareas de describir la génesis de sus conceptos en su desarrollo actual, de formular sus leyes a partir de su interrelación funcional, y de estudiar el soporte ideológico y su aplicación a la realidad sobre la base del papel que actualmente desempeña.

Consecuentemente, la primera conclusión es que la estructura *moderna*, que nos sirve de base natural de comparación, es históricamente *particular*. Por tanto, la *vinculación del derecho al Estado y el reconocimiento de un único sistema jurídico dentro del Estado, son el producto de unas pocas centurias pasadas que conducen a la estatalidad en sentido occidental*. Por ello, desde el punto de vista de crítica ideológica, la *ideología monista* que absolutiza esta evolución es el reforzamiento de las ideas absolutistas dentro del marco del pensamiento jacobino (31). Desde un punto de vista sociológico lo que aquí es de especial interés es que la ideología no es simplemente sinónimo de falsa conciencia, ya que el concepto monista expresa una histórica necesidad real. *La ruta hacia una dominante actividad política como actividad estatal conducida a través de la monopolización de las funciones básicas del derecho —para resolver conflictos (administración de justicia) y para promulgar el derecho (legislación)— como parte de los esfuerzos de centralización del Estado: el uso del derecho como un medio de la política estatal, en interés de una planificación consciente y de una influencia en las relaciones sociales*. La segunda conclusión deriva de la primera: desde el momento en que se trata de una específica tendencia devolutiva, sólo se puede hablar de aproximación o alejamiento respecto de una meta puesta como ideal, pero ciertamente, ni la estatalización completa del derecho, ni sus deficiencias, pueden ser consideradas como un valor absoluto y obvio, o como un modelo de valor:

a) Por lo que hace a la *relación entre el derecho y el Estado*, la novedad de la aproximación sociológica no debe consistir simplemente en una extensión teminológica de los límites del derecho. El momento realmente nuevo y perdurable de la aproximación sociológica consiste en la investigación análoga de los sistemas de regulación no estatales —derecho primitivo, derecho canónico y sistemas de normas de organizaciones amplias— con el derecho estatal. Aunque con-

(ed.): *Droit hongrois-droit comparé/Hungarian Law-Comparative Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970, p. 53.

(31) Cfr., especialmente, GURVITCH, G.: *Expérience juridique et philosophie pluraliste du droit*, Pédone, Paris, 1935.

sidero que el concepto de «sistemas legales privados» (32) es excesivo y es poco probable que la teoría acepte como derecho las normas internas de los clubs, asociaciones, compañías, instituciones, sindicatos y monopolios; sin embargo, el *análisis comparativo de su funcionamiento con el derecho* puede poner de manifiesto nuevas realizaciones, así como ofrecer alternativas al futuro derecho.

b) Por lo que concierne a la posibilidad de coexistencia de *algunos sistemas de derecho dentro de un único sistema legal*, el análisis sociológico fuerza a que se abran las puertas. Ya que, *todo sistema jurídico es por sí mismo una unidad contradictoria, que se desarrolla a través de tensiones y conflictos, y que se reproduce a sí mismo a través de sus propias contradicciones* (33). Esa contradicción también se produce en la estructura del mismo sistema legal, si algunos sistemas jurídicos —debido a razones históricas— forman una «mera... coexistencia de normas» (*pluralismo*), o —debido a las perturbaciones de modernización y adaptación— forman «normas que realizan correlativamente una dinámica unidad de unas y otras» (*duplicidad*) (34). La historia jurídica ya ha explorado la coexistencia de derecho consuetudinario y derecho estatal en las edades antigua y media, la complejidad interna del derecho romano clásico, la administración paralela de justicia por medio de *common law* y *equity* en Gran Bretaña, así como la existencia continuada de lo viejo junto a lo nuevo en la evolución suscitada por la revolución. El derecho comparado ya ha señalado la pluralidad de los sistemas jurídicos mixtos de las sociedades coloniales, así como su externa duplicidad artificial. Por último, la teoría jurídica ha estudiado las cualidades legales, cuasilegales e ilegales de estos fenómenos (35). Bajo tales condiciones, la coexistencia de sistemas de normas revela también que las posibilidades de integración política son limitadas, y que a la racionalidad jurídica no corresponde una idéntica racionalidad política. Concretamente, *la racionalidad jurídica puede aparecer también en una serie de racionalidades que compiten entre sí* (36).

C) La aproximación sociológica al derecho ve en el derecho mu-

(32) EVAN, W. M.: *Public and Private Legal System*, en «Law and Sociology», The Free Press of Glencoe, New York, 1962.

(33) Cfr., desde la vertiente de la sociología jurídica, LEVY-BRUHL, H.: *Tensions et conflicts au sein d'un même système juridique*, «Cahiers Internationaux de Sociologie», XXX (1961). Y desde la teoría y la lógica jurídicas, PERELMAN, Ch. (ed.): *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruselas, 1965.

(34) EÖRSI, G.: *Comparative Civil-Private-Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1979, secc. 268, p. 463.

(35) Cfr., p. ej., POLAY, E.: *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1964. GILISEN, J. (ed.): *Le pluralisme juridique*, Université Libre, Bruselas, 1971, y HOOKER, M. B.: *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975.

(36) Sobre posibles conflictos de los diferentes modos de racionalización propios de las diferentes esferas sociales, cfr. KULCSAR, K.: *Social Planing and Legal Regulation*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XIX (1977).

cho más —y en parte algo diferente— que un acto oficial de promulgación del mismo, más que un producto del Estado. Para ella, el *derecho es un proceso social* que: a) no puede reducirse a una operación especulativa definida por una conclusión lógica, y b) no puede aislarse del entorno social que le condiciona y configura. Eso se refleja en una de las afirmaciones básicas de la sociología jurídica, formulada por Ehrlich como programa de investigación en el prólogo de su obra clásica: «Ahora como antes, el centro de gravedad de la evolución jurídica no reside en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la decisión judicial, sino en la misma sociedad» (37). La naturaleza social del derecho es sostenida por sus condiciones sociales; los hombres configuran condiciones sociales; consecuentemente, estas relaciones se reflejan en la actividad humana.

En la lucha contra el feudalismo, quienes se opusieron al despotismo de los detentadores del poder enarbolaron la bandera del derecho en la niebla de lo suprapersonal. Sin embargo, tan pronto como ellos empezaron a practicar el derecho, se convencieron de que las normas fijadas en los libros eran idénticas a la vida misma y ello ya en el período de luna de miel de este matrimonio entre derecho y vida. Tras esto, nuevamente aparecieron en escena los demiurgos del proceso, realizándolo y soportándolo: los hombres. «Nuestro gobierno no es un gobierno de leyes —se opina juiciosamente (38)—, sino uno de leyes por medio de hombres». Eso se expresa teóricamente por algunas escuelas de sociología jurídica, según las cuales, el procedimiento (39), o al menos la justiciabilidad (40) constituyen la juridicidad: o más aún, el *eventus iudicii*, la posibilidad de veredicto se presenta como criterio de distinción respecto de lo no jurídico, como el carácter específico del derecho (41).

Sin embargo, lo que el derecho es no se basa en sí mismo, y no puede percibirse por sí mismo. Es una formación que *automáticamente remite a algo fuera de él: a la eventualidad de constituirse en un proceso social*. Esta vía sólo es transitable si se transforma en una categoría social: como creación de existencia social, como su elemento constitutivo:

a) En el *universo jurídico conceptual*, de ese proceso sólo se presta interés al momento de la promulgación. Es sólo un *derivado lógico*, y no puede ser sino un resultado necesario, si sigue estrictamente sus propias reglas. Y eso significa lo siguiente: en el caso de un hecho

(37) EHRLICH (n. 19), trad. de W. L. Moll: *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Harvard University Press, Cambridge/Mass, 1936, p. XIV.

(38) LLEWELLYN, p. 38.

(39) HORVATH, B.: *Rechtssoziologie*, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, Berlin-Grünwald, 1934.

(40) KANTOROWICZ, H.: *The Definition of Law*, ed. A. H. Campbell, University Press, Cambridge, 1958, pp. 78 y ss.

(41) CARBONNIER, J.: *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1978, c. 2, parte I, párr. 2.

dado y de un derecho dado, la misma conclusión se formularía por un juez, o por todos los funcionarios de un juzgado, sin consideración a su edad, o a su cultura, su origen u opinión política, su entorno económico o social, circunstancias todas que están en la base de sus opiniones. Ese mundo conceptual se manifiesta en la concepción formal del derecho comparado, que atribuye un contenido idéntico a expresiones conceptuales idénticas de una norma, haciendo caso omiso de las posibles diferencias de su entorno social, así como de la realidad política y jurídica, como ocurre contemporáneamente con las culturas occidental, soviética, angloamericana o japonesa. Ese es el *more geométrico* modo de abordar el derecho, establecido aproximadamente en la *época de la Ilustración* (42).

Pues bien, el punto de vista sociológico ofrece un panorama completamente diferente. Conforme a él, la personalidad entera participa en el derecho, y el derecho refleja la impronta dejada por la historia y la cultura de una nación. Las *normas* son sólo signos que *por sí mismos no significan nada: son eficaces sólo en la práctica viva de la sociedad*. «La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones de orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede estudiarse como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas» (43). Esta formulación habla contra la falacia de la lógica, esto es, contra la absolutización de la lógica y la degradación de la administración de justicia en una función mecánica (44), sin pretender limitar la *función de control* desempeñada por la lógica. La consecuencia que se infiere es que el proceso de formación del derecho ha de analizarse como emplazado en un entorno social y humano, en el que *el marco organizativo decisorio* (45), *así como el factor humano no pueden calcularse de un modo axiomático-formal, si bien éste tenga un papel influyente en momentos decisivos* (46).

(42) Prestando atención a su naturaleza problemática, VILLEY, M.: *Histoire de la logique juridique*, «Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse», XV (1967), y PERELMAN: *Désaccord et rationalité des décisions*, en «Droit morale et philosophie», Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1968.

(43) HOLMES, O. W.: *The Common Law*, Little Brown, Boston, 1881, p. 1.

(44) «La falacia a la que me refiero es la noción de que la única fuerza en movimiento en la evolución jurídica es la lógica» (HOLMES: *The Path of the Law* (1897), en «The Sociology of Law», ed. Simon, p. 25.

(45) Cfr., p. ej., KULCSAR, K.: *Situation in the Law-Application Process*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XII (1970).

(46) Un desarrollo correlativo de los sistemas de lógica jurídica es la razón creciente de las llamadas «posturas antiformalistas». Sobre la base de las posturas formalistas y antiformalistas, así como sus limitaciones socio-históricas en el modo de abor-

Sin embargo, la *lógica* aparece como un medio específico de *organización, standarización y control*. Esas funciones se manifiestan en cómo *se filtran los problemas sociales a través de conceptos y estructuras normativas y se transforman en problemas jurídicos*, y cómo *las decisiones que conciernen a problemas jurídicos se justifican con referencia a tales conceptos y estructuras normativas*. La sociología interpreta todo eso como una *decisión programada*, que realiza su propia racionalidad en conformidad con el programa elaborado en el curso de la creación oficial de normas. Y así toda cuestión referida a la evaluación concreta del problema concreto se remite a la esfera de la interpretación jurídica, confirmando a las cuestiones suscitadas la condición de cláusulas de un programa cualificado en cuanto conocido (47). La misma idea se ha formulado en la reconstrucción ontológica del derecho. Conforme a ella, el derecho es un específico complejo mediador que tiene su *propio sistema de realización*: sólo eso le permite cumplir su función mediadora. La transformación se realiza *convirtiendo ante todo los conflictos sociales en conflictos dentro del derecho*, y —al operar con leyes válidamente promulgadas y encontrar una solución lógicamente justificable— *redefiniéndolos como conflictos simulados* (48).

b) Si el proceso, presentado por la ideología oficial del derecho como meramente lógico, logra volver a ser social en consideración de todas sus especificaciones esenciales, entonces suministra una prueba convincente del ámbito de participación del entorno social en la vida del derecho. Por ejemplo: 1. Toda decisión es alternativa por lo que representa una elección socialmente condicionada entre varias posibilidades. 2. El derecho es un medio práctico, objetivado mediante su expresión lingüística, aunque su existencia actual está sensible-

dar la cuestión, cfr. VARGA: *Law and its Approach as a System*, «Acta Juridica Scientiarum Hungaricae», XXI (1979), reimpresso en «Informatica e Diritto», VII (1981). Para las reconstrucciones lógicas del razonamiento jurídico, teniendo también en cuenta el factor social, cfr. VARGA: *On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning*, «Logique et Analyse», 61-62 (1973), o reimpresso en PERELMAN (ed.): *Etudes de logique juridique*, V, Bruylant, Bruselas, 1973, párr. 3.

(47) LUHMANN, párr. VI. De hecho, Luhmann no aborda el tema. Da una descripción sociológica del *modelo operativo correspondiente al ideal europeo de legalidad*. Conforme a esa formulación, *sólo los programas tienen racionalidad en sí mismos*; la racionalidad de las decisiones programadas reside exclusivamente en su *conformidad* con ellos. Igualmente, toda esta descripción se basa en la categoría de *expectativas normativas*. Esencialmente esto significa que los hechos de la praxis, posiblemente contradictorios, no modifican para nada el contenido de la expectativa (LUHMANN, párr. I). En ese caso, la reducción de lo ya conocido en el proceso de interpretación equivale a reducir a un conflicto ficticio, tal como lo formula la explicación ontológica. Concretamente se vendría a decir, conforme a la exigencia ideológica y formal de la seguridad jurídica, que puede mantenerse el carácter normativo (o al menos la apariencia normativa) de la expectativa, y ello en todos los casos, aunque posiblemente ello se *oculte* en la interpretación, se dé una *transformación intracognoscitiva*, es decir, se produce un cambio en el programa en el curso de su aplicación.

(48) Cfr. VARGA: *Towards a Sociological Concept of Law. An Analysis of Lukács's Ontology*, p. 173.

mente influida por las *convenciones sociales* concernientes a su significado y aplicación. 3. El carácter permanente y configurador de la práctica social se manifiesta con especial fuerza en el caso de la profesión jurídica, como un estrato separado, cuya obligación, conforme a la distribución social del trabajo, es la de hacer del derecho un proceso social, así como la de colaborar a su reproducción continua. 4. La profesión jurídica puede tener ahora un papel determinante en sistemas sociales donde cuenta con su *propia base de poder*, o allí donde el sistema jurídico se afirma a sí mismo como un *subsistema procedimentalmente independiente* dentro del político (49).

La participación del entorno social en la vida del derecho a dos niveles micro y macro relevantes, y la consideración tanto de la profesión jurídica como de todo aquello a lo que el derecho se remite determina la apreciación de que *el derecho, aislado de todo eso y reducido a su mera base normativa, se convierte casi en una simple abstracción sin sentido*. Unos pocos ejemplos para ilustrar el papel desempeñado por el entorno: sin una transformación simultánea de la sociedad, el derecho oficial no se hubiera convertido en derecho vivo en el sudeste europeo, en Galitzia o Serbia, a comienzos de este siglo (50); la recepción del derecho impulsada por el interés modernizador no podría haber suplantado al derecho existente en Turquía hace unas décadas, o en Etiopía hace una década (51); al mismo tiempo, la formación de un derecho, no impuesto desde fuera, puede quebrar ante usos que se adhieren a los tradicionales sistemas normativos no jurídicos, tal como ha sido el caso del Japón (52). Un conocido ejemplar del papel de las profesiones jurídicas es la contribución que el pedir la opinión de los jurisconsultos o la redacción de documentos por especialistas tuvieron para la innovación del derecho arcaico romano y el medieval europeo; también el hecho de que el campo de actividad del jurisconsulto y del profesor de derecho junto con el del jurista práctico contribuyeron a que tomara cuerpo la aproximación procedimental al derecho —así como a una concepción del derecho—, no como norma general, sino como norma particular, tal como

(49) Las fuentes de esas tesis son divergentes. En mi panorámica, la primera fuente fue LUKACS: *A társadalmi*, vol. II, cap. II. MAYHEW, L.: *The Legal System*, en «Intern. Encycl. of Social Sciences», 9, p. 62.

(50) Como bibliografía de base, cfr. STIERNQUIST, P.: *Political Use of Legal Forms*, en «Scripta Minora», Studier utg. av. Kungl. Humanistika Vetenskapsamfundet i Lund, 1968-1969/1.

(51) Fundamental, SAUSER-HALL, G.: *La réception des droits européens en Turquie*, «Recueil de Travaux publié par la Faculté de L'Université de Genève», 1938. VENDERLINDEN, J.: *Introduction au droit de l'Étiopie moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971.

(52) Cfr. como ejemplo más llamativo, AWAJL, T.: *Les japonais et le droit*, «Revue internationale de Droit comparé», XXVIII (1976). O, desde el punto de vista de la sociología, CHIBA, M.: *The Unofficial Jural Postulates Underlying Attitudes towards Law*, «Zitschrift für Rechtssoziologie», 3 (1982).

ocurrió en Gran Bretaña (53). Igualmente es un indicio del papel desempeñado por el entorno social la quiebra de la asunción de responsabilidades en la vida mercantil y, en consecuencia, la presión de los intereses legales a través de la litigación, lo que cuestiona la presencia del derecho contractual en nuestros días, sobre todo en las esferas civil y mercantil, las más afectadas (54).

D) La lección inequívoca que ha de obtenerse de la argumentación precedente es que el derecho, en todos sus aspectos, es un fenómeno social. Incluso los rasgos que parecen específicamente jurídicos están socialmente condicionados hasta el punto de que —y ello no puede interpretarse sino en el contexto social— no se puede hablar, a fin de cuentas, de una rígida distinción entre las esferas «intrajurídicas» y «extrajurídicas», o trazar los estrictos límites de algo así como lo «inequívocamente jurídico». Por eso resulta claro que el alcance conceptual del derecho es más amplio del que parece sugerir su promulgación oficial y la ideología concomitante. Asume solamente una función absoluta del Estado en el supuesto de que la intención de la esfera política de integrar plenamente la sociedad venga coronada por el éxito. Al mismo tiempo, conforme a su existencia real, el derecho es un proceso social que es algo más y algo diverso de una simple consecuencia lógica de su promulgación oficial: en su práctica está determinado por su entorno social y humano, en su existencia se vincula a la existencia de la sociedad, y en su configuración juega un papel decisivo la profesión jurídica. La aproximación sociológica implica que *el derecho es un complejo: la unidad dinámica de diferentes aspectos y elementos de realidad*, sin que pueda reducirse a uno de esos componentes. En otras palabras, *la existencia del derecho brota de los movimientos de aspectos y componentes que se consolidan y cruzan entre sí*; el derecho es una unidad funcional que *se reproduce en el curso de continuas mitigaciones y reproducciones de tensiones y conflictos*.

En absoluto es una nueva tendencia del pensamiento jurídico que el concepto del derecho deba reflejar la complejidad del fenómeno jurídico (55). Sin embargo, los análisis toman las más de las veces la dirección metodológica. Concretamente, esos análisis sólo cuentan con los diferentes niveles jurídicos a los que hay que aproximarse con diferentes métodos dentro de una investigación interdisciplinar (56).

(53) Cfr., ante todo, WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, ed. Johannes Winckelmann, Neuwied, Luchterhand, 1960.

(54) Cfr., por ejemplo, MACAULAY, S.: *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, «American Sociological Review», XXVIII (1963).

(55) Conforme a la famosa definición de POUND, R.: *Jurisprudence*, I, West, St. Paul, 1959, cap. 6, por ejemplo, el derecho es un complejo compuesto de control social, reglas de derecho positivo y proceso de decisión.

(56) OPALEK, K.: *The Complexity of Law and of the Methodology of its Study*, «Scientia», LXIII (1969), menciona, por ejemplo, el nivel del fenómeno y de su signifi-

Conforme al planteamiento macrosociológico, el derecho es la unidad entrelazada de al menos cuatro componentes, y ninguno de ellos puede dejarse de lado si se pretende alcanzar un conocimiento razonable del complejo jurídico. Hay: 1. *La estructura normativa*. 2. *La formación de consciencia* que condiciona directamente y es resultante de la estructura normativa. 3. *La realidad social* configurada y creada por la estructura normativa; y 4. *La profesión jurídica* responsable del establecimiento, así como de la continua reproducción de todas ellas.

El derecho concebido como un todo complejo es obviamente un fenómeno más amplio que la suma total de las normas oficialmente proclamadas y/o actualmente consideradas reglas de decisión. Dentro del complejo jurídico es naturalmente necesario distinguir las reglas y juzgar del funcionamiento del complejo como totalidad sobre la base de esas reglas (57). Sin embargo, el derecho en cuanto unidad funcional no puede deducirse de uno de sus componentes individuales, ni puede ser interpretado. Ahora bien, el derecho concebido como un todo complejo presupone una *aproximación dual*, que se impone también en la realidad. *El funcionamiento del derecho sólo puede y debe evaluarse sobre la base de en qué medida las reglas de decisión proclamadas oficialmente y las actualmente consideradas como tales coinciden o divergen unas de otras*. Al mismo tiempo ha de entenderse que se trata de una evaluación jurídico-legal: *un asunto interno del complejo jurídico. Llega a ser socialmente relevante sólo en la medida en que el actual funcionamiento deja insatisfecho el sistema de realización del derecho*. En otras palabras, la diferencia entre las reglas oficialmente impuestas y las actualmente consideradas como tales resulta un aspecto mucho más dominante, *que todas las cuestiones referentes al carácter «específicamente jurídico» del conjunto* (58).

E) La aproximación sociológica está acentuadamente interesada en los componentes, posible función y actuales límites *del derecho concebido como técnica específica de influencia social*. Naturalmente, su método no es el de asentar tesis firmes sobre el derecho partiendo

cado, mientras que WRÓBLEWSKI, J.: *The Theory of Law. Multilivel, Empirical or Sociological?* «Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities», V (1979), habla de los niveles lógico-lingüístico, sociológico, psíquico y axiológico.

(57) Los críticos de las propuestas para una sociología jurídica arguyen que el dominio de los elementos fácticos conduce a una indiferencia hacia los valores: la normatividad se diluye en práctica cotidiana. Lo mismo se ha dicho sobre el movimiento del realismo americano por SUMMERS, R. S.: *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca, 1982.

(58) He intentado proceder a tal distinción en algunos de mis primeros trabajos. Cfr. VARGA: *Towards the Ontological Foundation of Law: Some Theses on the Basis of Lukacs's Ontology*, «Rivista internazionale di filosofia del Diritto», LX (1983); *A jog mint felépítmény* (Derecho como superestructura), «Magyar Filozófiari Szemle», XXX (1986).

de un cerrado mundo conceptual (59), sino que más bien investigaciones histórico-comparativas y estudios de campo suministran el punto de partida:

a) En el sentido más amplio, *el mantenimiento del orden público, la resolución de conflictos y creación de condiciones sociales* son las tres funciones básicas del derecho, que le han acompañado a lo largo de lo que sabemos de su vida. Las modificaciones históricas se reflejan ampliamente en los cambios de proporción y énfasis de esas funciones. Concretamente, en los primeros períodos de la evolución jurídica, la función del derecho de crear condiciones de vida social era sólo un subproducto, ya que la existencia del derecho se centraba en la solución de conflictos. La primera función se puso en primer plano sólo cuando el derecho se convirtió en un medio inmediato de la política. Sólo en el curso de la evolución moderna de Occidente se separó formalmente y relacionó jerárquicamente la *legislación* de la *aplicación* de la Ley, tomando la primacía la legislación y desplazando a la aplicación a la condición de un reflejo casi mecánico. La aproximación sociológica al derecho, al diferenciar entre funciones manifiestas y latentes, percibe también permanencia en ese desplazamiento del énfasis, al constatar en el proceso de aplicación del derecho la continua plasmación del mismo y lo trata como una permanente función latente (60).

b) En la investigación del sistema de relaciones jurídicas, las líneas más prometedoras han sido definidas por los estudios que sitúan el derecho en *el sistema total de influencia social*. La caracterización del derecho como *ingeniería social* sirve para subrayar el papel configurador y para basarse en un plan consciente (61). Para explicar ese papel, se ha desarrollado una teoría sociológica que coloca el derecho en el sistema de *control social*. Hay diferentes criterios para definir su ubicación como un subsistema en el sistema de control social. Atendiendo a su funcionamiento, el derecho es el *más efectivo*, subordinando por ello a los demás (62); mientras que si se atiende a su organización, el derecho puede ser calificado de *gubernamental* (63). Sin atender a los méritos de respuestas parciales, la sociología estudia el derecho dentro ya del sistema de medios de influencia social, a través de sus interacciones. La teoría que concibe el derecho como *un mecanismo de integración social* se construye sobre la posición

(59) Como ejemplo característico de este efecto, cfr. KELSEN, H.: *The Law as a Specific Social Technique*, en «What is Justice?» Univ. of Calif. Press, Berkeley/Los Angeles, 1960.

(60) Por ejemplo, KULCSAR, K.: *A jogalkalmazás funkcionális elemzésének problémái* (Los problemas de un análisis funcional de la aplicación del derecho), «Allam-és Jogtudomány», XII (1969), p. 610.

(61) POUND, R.: *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922), Yale Univ. Press, New Haven/Londres, 1954, p. 47.

(62) POUND, R.: *Social Control through Law*, Yale Univ. Press, New Haven, 1942.

(63) BLACK, D.: *The Boundaries of Legal Sociology*, en «The Social Organization of Law», Seminar Press, Nueva York/Londres, 1973, pp. 50 y ss.

clave del derecho en esas interacciones. Integración puede significar el lubricante de la maquinaria social (64), la coordinación de las funciones sociales (65), así como la armonización de los autoregulados subsistemas de cooperación social (66). En esa investigación, la interacción de medios se completa con la interacción de funciones. Por último, la integración es abordada desde un punto de vista político y considerada como *un subsistema dentro del sistema político*. Como apéndice a un intento de síntesis entre las interacciones instrumental y funcional, ese estudio cuenta con la relativa autonomía del complejo jurídico. La concepción del derecho como un subsistema político implica que se le considere *no sólo como medio, sino también como resultado* de la política (67).

c) En la descripción del influjo social del derecho, la sociología necesariamente dirige más lejos su mirada que el tradicional universo jurídico conceptual. Este se da por satisfecho presentando conductas calificadas de obligatorias, permitidas o prohibidas, siendo esto un fin en sí mismo. Al mismo tiempo, la sociología llega a la sorprendente conclusión de que el derecho sirve para la realización de las *más diversas funciones*. En esa variedad de funciones (68), la conducta jurídicamente calificada sólo puede jugar el papel de instrumento. No obstante, la relación entre la función social a realizar y los medios legales puede ser tan compleja que *el fin a realizar con ayuda de ese instrumento tiene solamente función instrumental*. Eso ocurre en los casos en que el motivo social dominante de una regulación se refleja solamente como un efecto adicional del procedimiento jurídico (69).

Al mismo tiempo, esa pluralidad de funciones, que en teoría parece ilimitada, de hecho cubre posibilidades sociales muy limitadas. No vienen solamente a mi mente los peligros de una planificación e intervención sociales aumentados hasta alcanzar dimensiones cósmicas para F. A. Hayek (70). Tengo más bien en mente el hecho de que es meramente *una ilusión o ficción presumir* —y mucho más dar por

(64) PARSONS, T.: *The Law and Social Control*, en «Law and Sociology», p. 58.

(65) BREDEMEIER, H. C.: *Law as an integrative Mechanism*, en *Law and Sociology*.

(66) SAJO, A.: *Társadalmi szabályozottság és jogi szabályozás* (Regularidad social y regulación jurídica), Akadémiai Kiadó, Budapest, 1978, pp. 36 y ss.

(67) Por ejemplo, SHAPIRO, M.: *Political Jurisprudence*, «Kentucky Law Journal», III (1964). KULCSAR, K.: *A politikai és a jogi rendszer* (El sistema político y el jurídico), en *Társadalom politika, job* (Sociedad, política, derecho), Gondolat, Budapest, 1974.

(68) Por ejemplo, NADER, L.: *The Anthropological Study of Law*, «American Anthropologist», LVII (1965).

(69) Como ejemplo, cfr. DIAMOND, S.: *The Rule of Law versus the Order of Custom*. En WOLFF, R. P. (ed.): *The Rule of Law*, Simon and Schuster, Nueva York, 1971, párr. II.

(70) En primer lugar, HAYEK, F. A.: *The Road to Serfdom* (1944), Routledge, Londres, 1979, e inserto en un marco más amplio, HAYEK: *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, Londres, 1982.

hecho— *que es posible una previsión relevante en la práctica real de la planificación e intervención sociales*. Otro tanto ha de decirse del presupuesto del «buen legislador», que la interpretación práctica de las reglas jurídicas admitía como presunción operativa (71); la práctica a su vez señala meramente la *presencia objetiva de un sistema que sólo tiene laxas interconexiones y tenue organización*. Eso es lo que indica también el punto de vista según el cual «la práctica más bien incoherente —coordinada sólo por su vinculación al status quo— del cambio continuo de detalles pone de manifiesto una renuncia a una transformación comprensiva, estructural del derecho, desde el momento en que nadie puede prever las consecuencias» (72). Por tanto, lo que aquí aparece es un efecto objetivo del sistema, en el que precisamente la mejor legislación se degrada en función de la operación total del sistema, incluida su inercia. Se constata aquí que la sociología realiza algo establecido ya por la reconstrucción ontológica. Según ésta, la existencia social se realiza a través de proyecciones teleológicas, que ponen en marcha cadenas de causas. Ese movimiento, siguiendo sus propias leyes, va más allá de las proyecciones originarias. Dependiendo de las mediaciones existentes, el análisis final detecta lo que hay de más o menos, de similar o de diferente de la tentativa originaria (74).

Por lo que hace a las funciones sociales, una diferenciación tradicional en sociología menciona una *instrumental* y otra *simbólica*. Lo simbólico es obviamente lo opuesto a lo instrumental, si bien haya que decir que lo simbólico puede ser a su vez instrumental, si bien desde una perspectiva diferente, por ejemplo, como una función ideológica. Porque, como resultado del funcionamiento del derecho en su totalidad como ideología, hay que constatar que la *producción meramente simbólica de normas juega también un papel en el cambio social*: puede aumentar el sentido de legitimidad en la dirección dada, al suministrar los medios para su implementación, mientras que hace a la dirección opuesta menos defendible y por ello vulnerable (77). Sin embargo, atendiendo a la clasificación de las regulaciones, sugeriría más bien una, que, en primer término, diferencia entre: 1) formas *reales*, y 2) formas *sustitutorias*. Las segundas pueden ser: 2.1) una regulación *voluntarista*, y 2.2) una regulación *alibi*. La voluntarista

(71) BOBBIO, N.: *Le bon législateur*, en HUBIEN, H. (ed.): *Le raisonnement juridique*, Bruylant, Bruselas, 1971.

(72) LUHMANN, pp. 187 y ss.

(73) Por ejemplo, SAJO, A.: *Preliminaries to a Theory of Law-Observance*, «Acta Jurídica Academiae Scientiarum Hungaricae», XIX (1977).

(74) LUKACS: *A társadalmi*, etc., III, pp. 295 y ss.

(75) GUSFIELD, J. R.: *Symbolic Crusade—Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, 1966, citado por HUNT, p. 149.

(76) Por ejemplo, cfr. PESCKA, V.: *A jog mint ideológia* (Derecho como ideología), «Allam-és Jogtudomány», XXIV (1981).

(77) Por ejemplo, SELZNICK, p. 57.

se caracteriza por el hecho de que aunque espera jugar un auténtico papel configurador, es incapaz de desempeñar tal papel debido a la violación de los límites naturales de la regulación. En contraste, la regulación alibi, o pretexto, abandona de antemano la realización de cualquier propósito configurador. La razón de ello puede manifestarse bien en: 2.2.1.) una *regulación ficticia*, o bien en el hecho; 2.2.2.) de que *la misma regulación se instituye como actividad sustitutoria*. Es una regulación ficticia si está formulada de manera errada, en cuanto inapropiada para influir legalmente sobre la conducta. Puede ser inapropiada porque: 2.2.2.1) no contiene reglas de conducta, sino *declaraciones* político-ideológicas, o 2.2.2.2) contiene reglas de conducta *no justiciables por sí mismas*, o desprovistas de coerción. Por otra parte, se puede hablar de actividad sustitutoria manifestada a través de una regulación, si en lugar de una medida concreta a seguir en un área dada, se ha previsto la regulación legal como sustitutivo de una reforma necesaria (78).

La utilización de los medios legales como un sustitutivo tiene un variado pasado. Desde el punto de vista de la sociología, las manifestaciones de mayor interés no son las que encubren compromisos políticos y ofrecen una regulación ambigua, como puede observarse bien en los preámbulos de las constituciones (79), sino aquellas que suponen tendencias casi conscientes de dotar al contenido fundamental de la legislación de regulaciones ficticias. Eso ocurre en épocas en las que, debido a la retardada evolución, el Estado policía se ve sometido a fuerte presión, lo que le lleva a usar excesivamente del derecho, la dirección de los cambios pasa a ser de orgánica a inorgánica, impulsos forzados llevan a actuar de remolque, y se cae parcialmente en la tentación de regular ficticiamente. Aunque las consecuencias se manifiesten sólo a largo plazo, son irremisibles. Ello conlleva una pérdida de prestigio del derecho que se considera equilibrado mediante regulaciones que sucesivamente llevan a una acelerada paz, pero son crecientemente inefectivas en su coercibilidad (80).

d) Todo eso suscita la cuestión sobre los *límites sociales del derecho*. Ya aparecía claro a Max Weber que los valores técnicos de la evolución jurídica de Occidente —*racionalización y formalización*— pueden convertirse en sus opuestos si se supera su medida adecuada. La medida adecuada es lo más importante a todo, ya que otras investigaciones han puesto de manifiesto que la misma racionalidad pre-

(78) Ha de advertirse que NOLL, P.: *Symbolische Gesetzgebung*, «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», C (1981), ha discutido también la cuestión estudiando algunos de los hechos que hemos descrito como regulación ficticia.

(79) Por ejemplo, con atención a los preámbulos de las constituciones no socialistas, VARGA: *A preambulmok problémája és a jogalkotási gyakorlat* (El problema de los preámbulos y la práctica legislativa), «Allam-és Jogtudomány», XIII (1970).

(80) Véase, por ejemplo, KULCSAR, K.: *Politics and Law-Making in Central-East-Europe*, en PETERI, Z. (ed.): *Legal Theory. Comparative Law: Studies in Honour of Professor Imre Szabó*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1984, parte II.

senta efectos ambivalentes. Si bien logra una ordenación en una determinada dirección, al mismo tiempo, en otra dirección, *incrementa la irracionalidad de lo no regulado*. Además, la racionalización, llevada a cabo en una dirección, es en sí misma ambivalente, en la medida en que *homogeneiza su objeto* de acuerdo con el cálculo hecho, las más de las veces económico, por lo que toda homogeneización es también una distorsión (81). Excesiva regulación y excesiva formalización sólo pueden conducir a una *racionalización ficticia, que en su efecto final se manifiesta precisamente como imposibilidad de la racionalidad existente, a resultas del funcionamiento anárquico del sistema*. Pero el derecho —en cuanto medio de influencia social y en cuanto sistema institucional que hace efectiva la influencia con su propio aparato— tiene que investigar todos los factores estimulantes y los límites impeditivos que determinan el éxito —marco de referencia y condiciones— de su actividad. Esto, evidentemente, va más allá del problema de la racionalidad en sentido tecnológico. Es el problema de los *paralelismos, tensiones y conflictos de las racionalidades de diferente contenido: económica, política, etc.* Solamente con el método propio de una ciencia social pueden investigarse con éxito sus componentes (82).

F) Las cuestiones suscitadas anteriormente llevan gradualmente a la investigación del *derecho como un medio alternativo*. En el espíritu de un «*dubito ergo sum*», el derecho se cuestiona sobre sí mismo pero sólo para reafirmarse en su posición en la historia de la evolución jurídica. Al mismo tiempo, el planteamiento de esta cuestión nos lleva más allá del universo jurídico conceptual, ya que enfoca de otro modo no sólo las interrelaciones sociales del derecho, sino también sus bases históricas.

Sin embargo, ello ha de considerarse como un resultado natural del método sociológico aplicado a la teoría tradicional de la evolución jurídica. A este efecto, unos pocos ejemplos: las investigaciones histórico-comparativas han puesto de manifiesto que la *costumbre* no puede considerarse el antecedente lógico de la ley (83), debido al carácter histórico de su mutua relación. En otras palabras, pueden coexistir, cumpliendo cada una tareas cualitativamente diferentes (84). También ha puesto de relieve que la *tradición*, que para Weber era

(81) ZACCARIA, G.: *Razionalità, formalismo, diritto: riflessioni su Max Weber*, «Sociologia del Diritto», VIII (1981).

(82) Considerando experiencias básicas en análisis comparativos, cfr. ALLOTT [y sobre su posición teórica, VARGA: *A job és korlátai: Allott a hatékony jogi cselekvés hatásairól* (El derecho y sus barreras: sobre Allot y los límites de eficacia de la actividad jurídica), «Allam-és Jogtudomány», XXXVIII (1985), 2]. Mientras que tiene a la vista estudios sobre experiencias húngaras. KULCSAR, K.: *Gazdaság, társadalom, job* (Economía, sociedad, derecho), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1982.

(83) Como se postula, por ejemplo, en la teoría de la doble institucionalización (cfr. núm. 24).

(84) DIAMOND, especialmente pp. 117-126.

la petrificación del pasado a superar, lo verdaderamente opuesto a la *racionalidad*, puede contener en sí una racionalidad históricamente verificada e integrada en la tradición. Considerada esa cualidad y debido a su racionalidad, merece ser mantenida (85). O, como consecuencia de los debates sobre la fuerza motriz y el mecanismo de la evolución jurídica, se ha comprobado que la inercia, inherente a la fijación en tradición de lo peculiarmente jurídico, es decir, que el trasplante, la toma en préstamo o la reinterpretación —tan amplios y casi ilimitados—, de *regulaciones ancestrales y soluciones institucionalizadas*, puede a veces jugar un papel único (86). Por último, la tipificación marxista basada en la subyacente *formación socioeconómica* se muestra factible de aplicación al derecho desde fuera, dentro de un cierto concepto de totalidad; al mismo tiempo, sin embargo, no aborda características distintivas del derecho. Pues queda por responder la cuestión de las diferentes culturas jurídicas, así como la de las interrelaciones básicas entre las formas de organización social, por ejemplo, las que se dan entre los productos de una organización burocrática emanada de un absolutismo feudal y los de una práctica socialista, los de la *moderna estatalidad* y el *derecho formal moderno* (87).

Si hay algo en común en estos resultados, reside en que los análisis finales reflejan la nueva apreciación de lo *diferenciador*, de lo *diferente* y del *pasado*. Reflejan la realización de valores que pueden conducir a una explicación satisfactoria de las fases de la evolución jurídica (88), y al mismo tiempo suministran modelos, referencias o alternativas para renovar y hacer avanzar nuestra cultura jurídica.

Desde un punto de vista jurídico, la alternatividad tiene dos significados:

a) Uno concierne a las *vías accesibles y transitables simultáneamente por el derecho existente*. Porque, en el caso de un conflicto de intereses, elegir la *litigación es sólo una alternativa estratégica a otros medios de presión de intereses*. Es un procedimiento específica-

(85) MUÑOZ, L. J.: *The Rationality of Tradition*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXVII (1981).

(86) WATSON, A.: *Legal Transplants-An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburg, 1974. WATSON, A.: *Society and Legal Change*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1977.

(87) Por ejemplo, VARGA, C.: *Moderne Staatlichkeit und modernes formales Recht*, «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XXVI (1984). VARGA: *Logic of Law and Judicial Activity-A Gap between Ideals, Reality and Future Perspectives*, en PETERI, Z., y LAMM, V. (ed.): *Legal Development and Comparative Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1982.

(88) La tipificación de los sistemas jurídicos se basa en la tradición de sus valores culturales para CONSTANTINESCO, L.-J.: *Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise*, «Zeitschrift für Rechtsvergleichung», XXII (1981), y se caracteriza por el grado de complejidad demostrable en las relaciones sociales y funciones, según SCHWARTZ, R. D., y MILLER, J. S.: *Legal Evolution and Social Complexity*, «The American Journal of Sociology», LXX (1964).

mente formalizado y asegurado, cuya condición previa es que los *factores de poder* involucrados en el asunto han de ser *desatendidos en aras de resultados normativamente relevantes* (89). Surge inmediatamente la cuestión de quién podría introducirse como tercero para resolver el conflicto: el juez *neutral* con procedimientos fijados, el *mediador* no especializado con procedimientos libres, o el *administrador*, usando de libres procedimientos pero también de su poder (90), o bien la resolución del conflicto se dejaría a las mismas partes interesadas, mediante la aplicación limitada, pero voluntaria de medios legales en su interdependencia continua y mutua, es decir, básicamente, por su intersolidaridad y su aceptación habitual en el tráfico diario (91). Al mismo tiempo, está fuera de las partes implicadas la elección libre de la alternativa. Esa decisión puede depender de la pertenencia a un grupo, o de la continua existencia de tradiciones de las que puede inferirse de antemano con considerable probabilidad que se quiere mantener al derecho legislado automáticamente al margen (92).

b) El otro significado de alternatividad se refiere a la *tipificación histórica* del derecho, a las *posibilidades de reemplazar y sobrepasar* sus formas dadas. Vienen a mi mente los empeños por situar los objetivos básicos de la evolución jurídica sobre las bases de una teoría macrosociológica. Al mismo tiempo, esos empeños no intentan describir las fases de desarrollo, sino que intentan caracterizar a ciertos objetivos como determinantes. Así se formulan tipos, que coinciden en presentar una triple división, representando el tipo medio el presente. Según esto, el presente es el resultado de una superación del pasado, y a su vez exige una superación. Basten unos pocos ejemplos: la tipificación, subyacente a la diferenciación conceptual de Ferdinand Tönnies, contempla las tres fases de la evolución jurídica en el pasado *burocrático-administrativo*, en el tipo presente de *Gesellschaft* sosteniendo valores *individualistas*, y en el tipo futuro de *Gemeinschaft* en el que estarán en primer plano valores *comunitarios* (93).

(89) «... una de las funciones del procedimiento jurídico formal es obligar a las partes de un conflicto jurídico a adaptar sus conflictos concretos a pretensiones sometidas a un enjuiciamiento normativo. Al proceder así, las partes se ven obligadas a aislar las consecuencias normativas y a eliminar extraños factores de poder. Los factores de poder pueden definirse como situados fuera del objeto de investigación...» (MAYHEW, p. 63).

(90) ECKHOFF, T.: *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-Resolution*, «Acta Sociologica», X (1966).

(91) MACAULAY, J.; KURCZEWSKI, J., y FRIESKE, K.: *Some Problems of the Legal Regulation of the Activities of Economic Institutions*, «Law and Society Review», XI (1977). FALK-MOORE, S.: *Law as Process*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1978.

(92) El grupo puede significar: una actividad específica, denominación, unidad étnica, etc. Teniendo a la vista su aparición en una medida que influye masivamente en toda la sociedad, y en un caso que suministra un ejemplo extremo del éxito de la modernización y de la integración de la tradición en las formas de modernización. Cfr. KAWASHIMA, T.: *Dispute Resolution in Contemporary Japan*, En T. VON MEHREN, A.: *Law in Japan*, Cambridge University Press, Harvard, 1963.

(93) KAMENKA, E., y TAY, A. E.-S.: *Beyond Bourgeois Individualism: The Contemporary Crisis in Law and Legal Ideology*, en Kamenka, E., y Neale, R. (ed.),

Otra tipificación se basa en los potenciales jurídicos de control social. Sitúa los objetivos fundamentales en el *derecho burocrático*, que actúa como poder *regulador*, en el *orden jurídico* que afirma los valores específicamente jurídicos como valores *autónomos*, y finalmente la evolución de un *orden consuetudinario de mutuas interacciones sociales* (94). Una tercera tipificación surge de las orientaciones tecnológicas de los medios jurídicos, y define las alternativas de evolución como las posibilidades de un derecho *represivo, autónomo y socialmente responsable* (95). Finalmente, la cuarta tipificación, que más bien señala las direcciones de renovación del derecho establecido, diferencia como posibilidades de elección entre la *tecnocrática*, la *legalista* y la *comunal* (96). Pues bien, al menos en algunos de sus elementos, todos esos tipos coexisten obviamente en todos y cada uno de los sistemas jurídicos, y desempeñan un papel en esta o aquella parcela particular. Al mismo tiempo, es igualmente obvio que los complejos jurídicos de los diferentes períodos se caracterizan por la primacía de uno de esos tipos.

Lo más sorprendente en todos esos empeños es el hecho de que los complejos del pasado se describen como estructuras que confirman un deseo regulativo externo descrito puramente como poder. Y cada uno de esos empeños describe lo específico del presente en cuanto sobrepasado por las realizaciones del moderno derecho formal. Y, por lo que concierne al futuro, cada uno de ellos sitúa como meta desembarazarse de las características formales del derecho, edificar éste sobre las potencialidades de una actitud comunitaria e integradora, y dar prioridad a las formas democráticas y a las consideraciones de los no-juristas profesionales como opuestas a estructuras normativas meramente jerárquicas. Eso implica una actitud crítica dirigida en primer término contra la continua y fuertemente limitada dominación de la *organización social burocrática*, que ha desarrollado la moderna estatalidad y el derecho formal moderno.

Al mismo tiempo, está lejos de ser cierto que un cambio radical sea oportuno y factible. La necesidad de dar con formas alternativas se ha expresado de forma más modesta en la bibliografía, cuando se afirma que formas antiguas, existentes todavía en ciertas civilizaciones, de *resolución de conflictos sin reglas de decisión predetermi-*

Feudalism, Capitalism and Beyond, Arnold, Londres, 1975. KAMENKA-TAY: *Social Traditions, Legal Traditions*, en KAMENKA-TAY (ed.): *Law and Social Control*, Arnold, Londres, 1980.

(94) UNGER, caps. 2 y 3.

(95) NONET, P., y SELZNICK, P.: *Law and Society in Transition- Toward Responsive Law*, Harper and Row, Nueva York, 1978, caps. II-IV.

(96) GALANTER, M.: *Legality and its Discontents- A preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization*, en BLANKENBURG, E.; KLAUSA, E., y ROTTLEUTHNER, H. (ed.): *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», VI (1980).

nadas y prefijadas, tienen más posibilidades de futuro (97), o cuando se intenta *excluir ciertos tipos de casos de la regulación jurídica formal* (98), o cuando se propone *aproximar más el lenguaje jurídico a las cuestiones a resolver*, de modo que sea posible comprender la sustancia del caso mediante conceptos jurídicos «socialmente adecuados» (99), o cuando se sugiere una renovación del procedimiento jurídico, de modo que no sería ya suficiente una justificación formal de la decisión referida a las normas jurídicas: una *justificación de contenido* (económica, política, etc.) se requeriría antes de dar una justificación formal de la decisión en cuestión (100).

II. FUNCION DE LAS TEORIAS MACROSOCIOLOGICAS EN LA FUNDAMENTACION DEL PENSAMIENTO JURIDICO COMO CIENCIA SOCIAL

La consecuencia compartida por las diferentes aproximaciones teóricas, que acabamos de contemplar, es la de presentar el derecho unido al entorno social e insertado en el proceso de existencia social. Quizá han puesto de manifiesto también que la superación del universo jurídico conceptual requiere más que la mera intención: supone también un enriquecimiento y un cambio de método. Experiencias pasadas han puesto en evidencia, por ejemplo, que la mera afirmación del carácter social del derecho no conduce a tal superación. A este respecto, uno se encuentra a menudo con dos manifestaciones características: Una, a), afirma que el marxismo desde un principio significa *automáticamente* la aproximación sociológica al derecho, pero que de él no puede surgir la demanda de una superación radical (101). La otra, b), afirma que, si bien es necesario abordar socio-

(97) DEKKERS, R.: *Justice bantou*, «Revue Roumaine des Sciences sociales: Série de Sciences juridiques», XII (1968). DAVID, R.: *Deux conceptions de l'ordre social*, en «Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein», I, Tubinga, Mohr, 1969.

(98) La transferencia de ciertas tareas (p. ej., seguridad social) a la competencia de los sindicatos, los llamados tribunales laborales, y otras experiencias de deslegalización y descriminalización (resultado a menudo sólo de una duplicación de reglas e instituciones), ha encontrado una relevante bibliografía de orientación socialista; sin embargo, no se ha procedido a una comprensión sociológica del tema. Por lo que hace a las experiencias en los países occidentales, desde una perspectiva crítica: ABEL, R. L.: *Delegalization- A Critical Review of Its Ideology, Manifestations and Social Consequences*, en «Alternative Rechtsformen», cit.

(99) LUHMANN, N.: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart, 1974.

(100) Por ejemplo, WASSERSTROM, R. A.: *The Judicial Decision-Toward a Theory of Legal Justification*, University Press, Stanford, 1961, cap. 7. BOLDING, P. O.: *Reliance on Authorities or Open Debate? Two Models of Legal Argumentation*, «Scandinavian Studies in Law», 13 (1969).

(101) Por ejemplo, la mayoría de las contribuciones marxistas a la conferencia del *Research Committee of Sociology of Law of the International Sociological Association*, en Balatón, Hungría, 1976. KULCSAR, K. (ed.): *Sociology of Law and Legal Sciences*, Institute of Sociology of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest, 1977, parte I.

lógicamente al derecho, su utilidad es sólo concebible dentro del tratamiento conceptual del mismo, *subordinándose* a él (102). En su formulación actual, esos son los dilemas internos del pensamiento jurídico marxista, si bien, las cuestiones involucradas son de significado universal. Analicémoslas:

a) *El marxismo significa desde un principio y automáticamente la aproximación sociológica al derecho.* Esa afirmación puede probarse filosófica y teóricamente. Sin embargo, la cuestión no es la de qué clase de potencial encierra el marxismo, sino qué suministra concretamente aquí y ahora. Esa es una simple cuestión de hecho, a la que sin embargo sólo puede darse una respuesta poco convincente. Por ejemplo, que la primera reconstrucción ontológica del pensamiento metodológico marxista se realizó sólo 85 años después de la muerte de Marx, y que ahora, 15 años después, hay sólo un área particular que ha pasado casi completamente inadvertida, y es la filosofía. Si bien, György Lukács era riguroso no sólo respecto de su propio empeño rupturista, sino con él y a través de él, en estimular un renacimiento general del marxismo. Era riguroso al afirmar que «la elaboración de ciencias de naturaleza universal sobre bases marxistas», lo que «hoy es sólo una tarea, y no algo logrado, ni un resultado existente», es una *tópica* «obligación científica», que «puede ser fructífera en la vida de generaciones enteras» (103). Pues bien, es evidente que no ha aparecido aún una obra modélica de los fundamentos de una teoría social del derecho sobre base marxista, que pueda compararse a la ontología de Lukács, si bien haya intentos parciales. Y como herencia teórica, sólo hay el llamado *normativismo socialista*, que es el producto de una ilusión imbuida de postulados político-ideológicos. Al respetar incondicionalmente lo que ideológicamente ahora existe y al apartar completamente al derecho de los valores específicamente jurídicos, el normativismo socialista se aleja del debate de si el derecho —sin concretar si se trata del derecho capitalista, o socialista o de cualquier otra formación—, el derecho en general, por tanto, puede constituirse en un concepto general inteligible, a manera de un *genus proximum* (104). Y eso nos conduce al segundo razonamiento.

b) *La aproximación sociológica al derecho sólo puede tener un lugar subordinado en la ciencia jurídica.* Con ello se echa en falta la justificación de un tratamiento específico del derecho. Pues la lección del pasado es bien conocida: en el espíritu de la pureza metodo-

(102) Por ejemplo, LUKIC, R. D. (ed.): *Symposium international sur la méthodologie des sciences juridiques*, Academie Serbe des Sciences et des Arts, Classe des Sciences sociales, Belgrado, 1973, especialmente p. 356.

(103) LUKACS, G.: *Postscriptum 1957 zu: Mein Weg zu Marx*, en «Schriften zur Ideologie und Politik», Luchterhand, Neuwied, 1967.

(104) Por ejemplo, SZABO, I.: *Jogelmélet (Teoría jurídica)*, Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1977, párr. 1.

lógica neokantiana, el normativismo se ha vaciado a sí mismo, al reconocer sólo los valores y eliminar los hechos de la esfera de su investigación; del mismo modo, la sociología jurídica casi se ha hecho estéril al expulsar las cualidades normativas de su esfera de interés (105). Sin embargo, señalar el peligro está totalmente justificado. Pero ello no justifica que la teoría del derecho se ponga al servicio de consideraciones de política jurídica, aceptando sus postulados como un punto de partida incuestionable, y resulte puramente ideológica, como es el caso del normativismo socialista. Y se trasladan esos postulados a la convención lingüística, si se acepta como jurídico sólo lo que llevaba el sello del *reconocimiento estatal* o, lo que es sinónimo, se dejan de investigar con los métodos de la sociología las actuales fuentes del derecho, o la operación mutuamente interdependiente de lo jurídico plenamente desarrollado y su zona de penumbra, así como el papel que en el ámbito desempeñan las diferentes manifestaciones de lo semijurídico y cuasijurídico, o se considera el análisis sociológico sólo como estudio de los *antecedentes o resultado de la legislación oficial*. Pues el supuesto de todo ello es la consideración de la legislación como la fuente exclusiva del derecho, y el conferirle un carácter sagrado. Es necesaria la sociología, aunque no sólo como un método de conocimiento, sino como ayuda práctica para facilitar el éxito en la «realización» de la «voluntad» del legislador.

Así pues, lo que a la luz de la pureza metodológica neokantiana, era sólo concebible como una proyección «sinóptica» de hecho y norma (106), o lo que se consideraba como análisis del «modelo normativo» y su «realización actual» considerados «en su mutua interconexión» (107), constituye ahora el punto de partida de toda investigación en sociología jurídica. Al mismo tiempo, en la relación entre hecho y norma el factor decisivo no es simplemente que «el mismo fenómeno viene definido, y no puede existir el margen de los valores a realizar» (108). Una afirmación de ese tipo debería interpretarse más bien como la lucha de la sociología jurídica por mantenerse como sociología del *derecho*, por preservar lo «jurídicamente distintivo», y consecuentemente el carácter normativo. Para la relación entre hecho y norma, lo decisivo no es el mero hecho del dualismo, ni mucho menos la determinación del aspecto predominante en este dualismo, sino más bien el reconocimiento de *la interdependencia mutuamente inescindible de los hechos sociales, de una parte, y de las nor-*

(105) Cfr., por ejemplo, NONET, P.: *For Jurisprudential Sociology*, en EVAN, W. M.: *The Sociology of Law- A Social -Structural Perspective*, The Free Press, Nueva York, 1980, p. 58.

(106) HORVATH, B.: *A jogelmélet vázlatja* (una introducción a la teoría jurídica), Szeged, 1937, VIII.

(107) HORVATH, B.: *Jogelmélet és társadalomelmélet* (Teoría jurídica y teoría social), Szeged, 1935, núm. 7.

(108) Por ejemplo, SELZNICK, P.: *Sociology and Natural Law*, en «The Social Organization of Law», p. 26.

mas sociales y valores, de otra parte. Es el reconocimiento de que, *a la vista de sus características significativas, normas y valores son categorías sociales:* sólo existen en una forma concretamente condicionada, hecha sensible e interpretable socialmente (109).

Llegados a este punto, la sociología jurídica suministra un estímulo de promoción cuando define su objeto como «fundamentalmente, la crítica ideológica de los sistemas jurídicos existentes» (110). Sin embargo, en mi opinión, no se puede hablar aquí simplemente de «alcanzar una perspectiva» o de maniobrar para el logro de una posición situada «fuera» del sistema legal, esto es, como una relación sólo «externa», en cuyo marco el objeto de investigación es: cómo se infiltran en el razonamiento jurídico los motivos de carácter ideológico (o de clase), haciendo que lo que, en la regulación formal, era una entidad libre de contradicciones se convierta en un contenido socialmente contradictorio (111). Al fin, en el curso de los análisis macrosociológicos es necesario volver al concepto marxista de ideología (112), *y someter el derecho mismo, en cuanto forma de consciencia presente como un medio de actividad social, a la crítica ideológica.* Eso significa que, *al situar en su contexto social las calificaciones dadas de sí mismo por el derecho,* ha de encontrarse una respuesta a las cuestiones: 1) *cómo se transforman esas calificaciones en un ideal y un modelo;* y 2) *cómo se transforman en una fuerza social que tiene un efecto institucionalizado, en un componente de significado formal en la actuación del complejo social como un todo.*

En este punto, las exigencias puestas a las teorías macrosociológicas son, cuando menos, contradictorias. De una parte, se desea la mayor *apertura* posible en su tratamiento, y de otra, una *sensibilidad que mire por lo específico del derecho.* Igualmente, las teorías no macrosociológicas deberían reclamar que las otras teorías prestaran más atención a sus *presupuestos histórico-filosóficos* —motivos escatológicos, asunciones político-ideológicas— de lo que Carbonnier ha

(109) Un análisis apropiado es el que realiza KULCSAR, K.: *A jogyszociológia alapjai* (Fundamentos de sociología del derecho), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1976, p. 336, núm. 1, al escribir lo siguiente: «la esencia del estudio sociológico en la ciencia marxista del derecho es que, *en lugar de ser* una manifestación a favor o en contra, que se integra o supera al derecho positivo, contempla «sociológicamente» *al derecho como una forma,* es decir, en su contenido social, sustancia, contexto y función».

(110) KÖNIG, R.: *Das Recht in Zusammenhang der Sozialen Normensysteme,* en HIRSCH, E. E., y REHBINDER, M. (ed.): *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie,* «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie», 11 (extraordinario), 1967.

(111) *Ibidem.*

(112) Para el concepto marxista de ideología ver: MARX, K.: Prólogo a *A Contribution to the Critique of Political Economy* (1959), en MARX-ENGELS: *Selected Works,* p. 182, y para su interpretación ontológica, *A társadalmi,* etc., de G. LUKACS, volumen III, pp. 10 y ss. Estos conceptos han sido revisados y reinterpretados en un contexto jurídico y político por VARGA: *La séparation des pouvoirs: idéologie et utopie dans la pensée politique,* «Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae», XXVII (1985), páginas 246-248.

descrito como «gran hipótesis» (113). Al mismo tiempo ha de aceptarse que no sólo las teorías macrosociológicas del pasado tienen supuestos que las sustentan, sino que como una cuestión de hecho es necesario contar con tales supuestos e introducirlos en el caudal de conocimientos: encontrar su lugar en el sistema extremadamente complejo y flexible de nuestros conocimientos, creencias y actividades. Pero es un deseo digno de respeto que las síntesis definitivas de la sociología jurídica —en comparación con las conclusiones, deductivamente «aplicadas», de algunas ciencias sociales— deberían basarse consistentemente en tesis probadas y en resultados parciales empíricamente verificados (114). Sin embargo, permítaseme expresar mi punto de vista de que eso es sólo un *ideal*, al que a lo sumo podemos aproximarnos, si bien esa aproximación —y en nuestro propio interés— sólo puede hacerse *moderamente*. Daré un ejemplo: el deseo formulado por los trabajos contemporáneos de sociología jurídica en América, con el fin de asegurar una separación consistente entre ciencia y política, subrayada por la idea tecnocrática (115), no significa ni puede significar la indiferencia de cualquier teoría por los valores. Bajo el barniz de la novedad, estamos aquí ante un viejo dilema, formulado hace casi 80 años, como cuestión de rectificación de la línea de pensamiento de Félix Somló, un filósofo húngaro, y sociólogo del derecho: *cuanto más perfección inmanente alcanza la teoría sociológica, más expuesta se encuentra a ser instrumentalizada por una política cualquiera, si no está bien asentada sobre el fundamento de una teoría de los valores, que ve en la intervención social algo más que una simple técnica, y que no impide la base posible, dirección y finalidad de su utilización* (116). Y con ello vuelvo de nuevo a la mutua interdependencia entre hecho y valor.

Desde el punto de vista de una fundamentación del pensamiento jurídico en clave de ciencia social, veo el papel a desempeñar por las teorías macrosociológicas más en su novedad en el modo de abordar el derecho, que en la madurez de sus logros. Sin embargo, soy de la opinión de que eso no es baladí para el presente, y es resultado deseable para el futuro que su propósito se lleve a cabo.

(Traducción del inglés por JUAN JOSÉ GIL CREMADES)

(113) CARBONNIER: *Flexible droit*, p. 5.

(114) PODGORECKI, A.: *Towards a General Theory in the Sociology of Law*, en «Law and Society», Routledge, Londres, 1974.

(115) BLACK, D.: *The Boundaries of Legal Sociology*, en «The Social Organization of Law», especialmente partes I, III y IV.

(116) Cfr. VARGA: *Somló Bódog jegyzetei Arisztotelész allamböleseletéről* (Postumos comentarios de Félix Somló sobre la Filosofía política de Aristóteles), «Magyar Filozófiai Szemle», XXV (1981), pp. 816-817.

Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho

Por ANTONIO OSUNA FERNANDEZ-LARGO

Valladolid

Los temas sociojurídicos gozan hoy de incontestable actualidad y empiezan a tener una gran demanda en el mercado de los saberes. Y una disciplina de Sociología del Derecho recibiría, sin la menor duda, una favorable acogida en los programas académicos de nuestro país que están en preparación. Pero esto mismo suscita las más diversas susceptibilidades entre los docentes de estas materias y entre los centros de investigación de las mismas acerca del carácter de tal disciplina y de su integración en la formación del jurista; actitudes y recelos que, por lo demás, dificultan la comprensión de la ciencia y obstaculizan un consenso sobre la función de la Sociología del Derecho en el conjunto de las ciencias jurídicas con ciertos visos de razonabilidad. Da la impresión de que el «reparto de la presa», como lo llama un escritor, es más importante que aclarar previamente los contenidos y los métodos de la nueva disciplina, que no de la nueva ciencia, pues ésta lleva ya muchos lustros de existencia.

En España ya hace tiempo que se propuso la introducción de la Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho (1) y ha sido abundantemente reclamada una materia sobre cuyos problemas ya hay un relativo acuerdo. Se descarga en esta disciplina toda la pretensión de realismo, efectividad y aceptación social que se pretende para el orden jurídico.

Lo que urge, pues, al presente, es discutir los problemas propios de esta disciplina nueva y los campos que se abren a su investigación, sin olvidar que hay ya tratadistas clásicos de esta materia y problemas reiteradamente investigados. A estas cuestiones metodológicas es a lo que quieren contribuir estas líneas, olvidándose por completo de rencillas profesionales o de competencias departamentales, que, a nuestro modo de ver, poco o nada clarifican el tema. Más interesante

(1) Uno de los primeros que abogaron por la introducción de esta disciplina es DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho* (Madrid 1980), cap. III.

es caracterizar una disciplina cuya planificación se ha hecho, de modo separado y unilateral por los sociólogos y por los juristas. Por eso, aun a riesgo de la «falta de madurez» que, al decir de R. König, caracteriza las discusiones metodológicas cuando no son fruto de investigaciones empíricas, nos parece de algún interés reflexionar sobre la función teórica de la Sociología del Derecho.

1. Al abordar el problema de la naturaleza de la Sociología del Derecho parece oportuno referirse a dos consideraciones preliminares. La primera es la referente al carácter científico de la Sociología del Derecho. Es un hecho suficientemente contrastado que los saberes acerca de una materia determinada van engrosándose hasta el momento de constituir un conjunto homogéneo de proposiciones que pretende el rango de nueva ciencia. Allí donde se ofrece un conjunto de investigaciones y teorías con un contenido y metodología similares, se urge el rango de una nueva disciplina científica, algo así como si el reino de las antiguas disciplinas liberales hubiera sido suplantado por una república igualitaria de todos los saberes. Y, en verdad, que ya no es posible definir y delimitar una ciencia de una vez para siempre, pues cada primavera alumbra nuevos brotes. Hoy una ciencia existe cuando hay un sistema de conocimientos coherentes y razonados, en virtud de métodos individualizados, acerca de un objeto. Con ello se legitima cualquier saber y ningún científico se atreve a reservarse «cotos de caza» científica, como alguien ha dicho, que no estén abiertos a cualquier investigador. También la ciencia se hace andando y ningún esquema «a priori» es válido para acotar lo científico. Parafraseando el dicho de que ciencia es todo lo que hacen los científicos, podemos aquí decir que Sociología del Derecho es lo que investigan y enseñan los sociólogos del derecho. Y quizá eso esté más acertado que definir y delimitar apriorísticamente este nuevo saber, negando el título de sociólogo del derecho a quien se salga de esos límites. Así pues, nos parece de poca importancia este tema.

2. La segunda consideración previa es el intento de homologar esta disciplina con otras similares y caracterizar lo peculiar de su método. Esta consideración puede representar una aproximación válida a la ciencia. La Sociología del Derecho tiene ya una relativa historia y es correcto pedir un balance de sus aportaciones y utilidades. Sabemos que, en general, sus problemas se refieren al derecho efectivo o vigente tanto en las conductas como en el uso judicial y también a lo que hay de realidad verificable, y no sólo pretendida e imperada, en el mundo jurídico. Pues bien, este tipo de problemas se encuentran planteados en el ámbito de la Sociología y en el ámbito del Derecho. Desde ambos se ha cuestionado qué significaba la efectividad y la realidad social de las normas. Pero quienes más salieron ganando con esos planteamientos fueron los juristas, que vieron la posibilidad de comprensión de fenómenos inexplicables con el solo recurso de la dogmática, tales como las variaciones y los cambios del derecho,

la falta de aceptación social de muchas normas que no se corresponden con su jerarquía normativa, la pérdida de vigencia de otras, la inoperancia de normas que pretenden sobrevivir en sociedades distintas de aquellas en las que nacieron y otra serie de fenómenos que no encontraban explicación satisfactoria.

Al ser el derecho un fenómeno que acaece *en, desde y para* la vida social, se pensó que los esquemas científicos de conocimiento de lo social podrían también esclarecer los fenómenos jurídicos. Ciertamente que el derecho nunca había negado sus orígenes sociales, como acontece en el derecho consuetudinario y en gran parte con el derecho privado, pero sólo en nuestros días se ha llegado a elaborar una ciencia sociológica acerca del Derecho.

La evidente conexión entre lo jurídico y lo social justifica que entendamos la Sociología del Derecho como un saber interdisciplinar, que está postulado por el interés que para la sociología tiene la investigación de los fenómenos jurídicos y para la ciencia del Derecho la obligada referencia a la facticidad de las normas. Pero ni a la sociología le interesa la mera validez formal de las leyes ni a la ciencia jurídica los meros hechos sociales que no sean, al mismo tiempo, hechos jurídicos. Normatividad y facticidad social son categorías distintas como objetos de ciencia, pero tienen un punto de encuentro en lo fáctico de las normas jurídicas, que es precisamente el contenido de la Sociología del Derecho. «El objeto de la investigación de la Sociología del Derecho es la dependencia recíproca (*interdependencia*) del derecho y de la vida social», como dice M. Rehbinder (2).

En nuestra exposición vamos a detenernos en investigar qué grupo de problemas comprende la Sociología del Derecho y cuál sería el «status» de una consideración teórica de esta disciplina y ambos apartados justificados desde lo que los sociólogos del derecho han investigado o investigan y no desde un proyecto de posibilidades sobre el papel.

I. LOS ELEMENTOS TEORICOS DE UNA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Estudiando los orígenes de la Sociología del Derecho, hace tiempo que G. Gurvitch diagnosticó que, si bien estos problemas tienen una larga prehistoria, en la época moderna «tanto los sociólogos como la mayoría de los juristas, hasta los últimos decenios del siglo XIX, le han sido hostiles» (3). La sociología empezó a ser tolerada en la ciencia jurídica cuando se notó el interés práctico que podían ofrecer a la jurisprudencia algunas de sus investigaciones, sobre todo en dere-

(2) *Sociología del Derecho*, trad. de G. Robles (Madrid 1981), p. 22.

(3) *Problèmes de la sociologie du droit*, en «*Traité de Sociologie*», v. II (Paris 1960), p. 174.

cho laboral, en derecho familiar o en la voluntad contractual. Y sólo posteriormente se aceptó la posibilidad de una ciencia sociológica global acerca de todos los fenómenos jurídicos en cuanto hechos sociales.

Sociología aplicada y Teoría Social del Derecho

La aceptación pacífica de la sociología en el derecho se ha efectuado en forma de *sociología aplicada* y precisamente con el propósito de llenar los vacíos detectados en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia conceptual, que vivían de espaldas a las exigencias y repercusiones del derecho en la sociedad y que nunca habían sospechado las curiosas correlaciones existentes entre vida social y ordenamiento legal. Es decir, la Sociología del Derecho ha recibido carta de ciudadanía en el mundo jurídico por las utilidades reportadas a la jurisprudencia y por facilitar la salida a las corrientes formalistas del derecho y a las pretensiones constructivistas.

El pensamiento jurídico de mitad del siglo pasado era terreno abonado para las reivindicaciones de las corrientes sociojurídicas. Así pensaba, en efecto, el pionero de la Sociología del Derecho, E. Ehrlich, quien en su *Soziologie des Rechts* (1913) proponía que el auténtico derecho sólo era perceptible en las realidades sociales, en las que se tiene acceso al derecho vivo (*lebendes Recht*). Y lo mismo podríamos afirmar de la pretensión científica de León Duguit, consistente en aproximar el derecho a las adquisiciones sociológicas de la escuela de Durkheim a través del concepto de *solidaridad*, que expresa toda la densidad de lo jurídico, antes incluso que los conceptos de derecho subjetivo y objetivo.

La sociología jurídica aplicada incide sobre todo en las funciones jurídicas de legislar, de jurisprudencia y en la aplicación ordinaria del derecho en la vida civil. J. Carbonnier añade también la aplicación al arte de contratar o «arreglo privado de relaciones de derecho de carácter interpersonal» (4).

Las aplicaciones sociológicas al derecho son, pues, fruto de una corriente antiformalista y son las que pusieron la base de la Sociología del Derecho. R. Treves propone llamar a estas corrientes «sociología *en* el Derecho o Sociología *del* Derecho de los juristas», mejor que Sociología aplicada al Derecho, que parece indicar que existe otra Sociología del Derecho no aplicada; pero, sin discutir este extremo, se acepta que una parte de la investigación sociojurídica es la que aplica a la legislación y a la jurisprudencia las investigaciones sociales (5). Y los propugnadores de tal «revuelta contra el formalismo»

(4) *Sociología jurídica*, trad. de L. Díez-Picazo (Madrid, 1977), p. 219.

(5) *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. de M. Atienza (Madrid 1978), p. 122.. En la nueva edición: *La Sociología del Derecho* (Madrid 1988) mantiene este concepto y afirma que esa sociología *en* el derecho o sociología empírica es «la parte esencial y característica de la sociología del Derecho» (p. 141).

podrían esquematizarse en: revuelta contra el formalismo legal en Francia (F. Génny), revuelta contra el formalismo conceptual (R. von Jhering y el movimiento del derecho libre) y la revuelta contra el formalismo jurisprudencial (Oliver W. Holmes y Roscoe Pound). En cualquier caso, han suscitado investigaciones «que según estos autores no tienen fines propios, teóricos o cognoscitivos, sino que deben ser un simple medio a utilizar para los fines prácticos de la legislación y la jurisprudencia» (6).

La Sociología aplicada al Derecho usa un tipo de investigación verificativo sobre los hechos sociales. Y sus objetos de investigación son tanto la cualitativa o de casos relevantes y modélicos, como la cuantitativa o estadística. Y ésta puede ser total, usada, por ejemplo, en las investigaciones sobre operadores jurídicos, o de muestreo, usada en fenómenos sociales muy amplios y que se necesita conocer para la legislación o la jurisprudencia. Estos métodos nos darán el conocimiento de la realidad afectada por las normas jurídicas o de la aplicación ordinaria o jurisdiccional de las leyes. Es, pues, una dirección práctica y utilitaria de la sociología, de la que es fácilmente comprensible por qué fue bien recibida en la ciencia jurídica y en qué rompía los moldes metodológicos del formalismo jurídico.

A este tipo de investigaciones sociojurídicas preferimos llamarle sociología aplicada, como lo hace J. Carbonnier. Es un trasvase de investigaciones sociológicas al derecho, actuando así a modo de saber *en* la legislación y *en* la jurisprudencia.

Sin embargo, la sociología aplicada no llena todos los requerimientos de la Sociología del Derecho. Hay otras posibilidades, y que también son terreno fronterizo con los saberes sociológicos. Nos referimos a la elaboración de la teoría jurídica desde las perspectivas de su inserción en el orden social. Lo social es el sustrato de todo lo jurídico y de todo saber acerca de lo jurídico. Por eso es posible y deseable llegar a construir una teoría jurídica desde la teoría social. Esto es lo que pretendieron en su tiempo, y desde perspectivas no coincidentes entre sí, autores como Max Weber, Gurvitch o Geiger. En este orden, han sido los sociólogos quienes advirtieron pronto el interés del estudio sociológico del derecho. Hay en el mundo del Derecho una como cristalización geológica de prolongados hechos sociales en la historia, v. gr., el contrato, el pacto, la autoridad, el poder judicial, el dominio, la propiedad, etc., que ofrecen una veta muy rica a la moderna sociología. La ciencia social comprendió pronto la importancia de este sector de sus investigaciones. Y ciertamente con independencia de su utilidad jurídica.

A este campo de investigación sociojurídica corresponde una Teoría Sociológica del Derecho, una especie de Sociología del Derecho *pura*, para usar el término tan querido por los neokantianos. Sería el modo como preferentemente entendió la Sociología del Derecho

(6) *Ib.*, p. 131.

Max Weber o Niklas Luhmann. Con frecuencia, estos dos modos de construir la Sociología del Derecho se han ignorado mutuamente, pero ello no es óbice para sostener su mutua razón de ser. La Teoría Sociológica del Derecho ha caminado estrechamente unida a la sociología jurídica aplicada, y con frecuencia se las confunde entre sí, pero son dos modos de investigar la realidad jurídica desde la sociología de características metodológicas y epistemológicas distintas. En un caso, la actividad legislativa o jurisdiccional recibe los datos de la sociología como elementos con los que hay que contar, mientras que en el otro la misma sociología se construye sobre las peculiaridades ofrecidas por el derecho como un factor importante de la cultura y de la sociedad. Ambos métodos, sin embargo, de hacer Sociología del Derecho pueden englobarse en una única disciplina o saber, llamado, por la fuerza de la costumbre, Sociología del Derecho. Pero nos parece oportuno aquí recoger este doble orden de cuestiones y de metodología, con la misma razón que el jurista está acostumbrado a distinguir entre la jurisprudencia y la dogmática científica o el sociólogo entre una sociología teórica y otras sociologías aplicadas.

Caracterización de una Teoría Sociológica del Derecho

R. Treves describe así este tipo de estudios sociales del Derecho: «estudia los fenómenos jurídicos para sus propios fines, teóricos y cognoscitivos, prescindiendo de considerar el problema de la utilización de los resultados que puede ser hecha por los prácticos» (7). Y nos parece que este autor ha explicado bien esta forma de estudios sociojurídicos.

En el pensamiento de H. Kelsen se encuentra un lugar para este tipo de investigaciones, si bien queda ubicado extramuros del conocimiento jurídico. Su objetivo sería la investigación de los supuestos jurídicos que son previos a la constitución del deber ser jurídico. «La Sociología del Derecho —dice Kelsen— sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología». (8). En consecuencia, sus

(7) *Ib.*, p. 132. Cuando aquí reivindicamos una Sociología del Derecho nos referimos implícitamente también a una psicología social del derecho, pues entendemos que la psicología social es un saber complementario y fronterizo con la Sociología del Derecho y quizás el más propio para entender cuestiones como la aceptación del derecho y la interiorización social y cultural de las leyes. Pero prescindimos ahora de estos aspectos complementarios.

(8) *La teoría pura del derecho* (Buenos Aires 1960), p. 97.

construcciones podrán ser de utilidad práctica al jurista, pero en ningún modo constituyen una parcela propia del saber jurídico. Y este autor pone como ejemplos de investigación en esa posible Sociología del Derecho la etnología jurídica o la investigación de las creencias sociales en la justicia (9).

Por otra parte, el pensamiento italiano ha interpretado la distinción de H. Hart entre el punto de vista interno y el punto de vista externo de la norma jurídica en el sentido de que el punto de vista externo coincide con la perspectiva sociológica del derecho. Así lo presentó R. Treves y, luego, N. Bobbio, cuando dice que «el punto de vista externo es propio del sociólogo» (10). En ese caso, la consideración sociológica del derecho sería un saber jurídico, pero es a riesgo de imponer a la sociología un concepto original del normativismo jurídico.

Sin embargo, donde más ha arraigado este punto de vista es entre los cultivadores de la ciencia social, donde la Sociología del Derecho es entendida como una sociología especial o un objeto sectorial de la investigación formalmente social. Un ejemplo de esta manera de entender la Sociología del Derecho sería la obra en colaboración *Law and Sociology*, donde se afirma que los temas propios de la sociología especial son: el análisis del rol, el análisis de la organización, lo normativo, lo institucional y lo metodológico (11). A ello habría que añadir las investigaciones sociológicas acerca de la justicia y, en general, la vigencia social de los valores sociales y el grado de aceptación social de la organización administrativa y penal. E, incluso, según nuestro pensamiento, todo lo referente a la legitimación social del derecho (12).

Tendríamos así, en conclusión, que entre la ciencia del Derecho y la Sociología del Derecho habría la diferencia de una diversa razón formal o una perspectiva científica diversa. Algo similar a la opinión de J. Carbonnier de que ambos saberes tienen el mismo objeto material, pero la dogmática jurídica trataría el derecho como norma social obligatoria, mientras que la sociología jurídica como fenómeno jurídico, abstrayendo de su pretensión formal normativa o de deber ser y contemplando sólo lo que hay de «atomización de lo jurídico como variedad del fenómeno social» (12).

También el sociojurista M. Rehbinder entiende la Sociología del

(9) Cfr. su obra dedicada a estas cuestiones: *Sociology and Nature* (Chicago 1943).

(10) Cfr. BABBOLIN, A. (ed.): *Le scienze umane in Italia oggi* (Bologna 1971), p. 274.

(11) *Law and Sociology*, ed. William Evan (New York 1962) Introd. Cfr. KANTOROWICZ, H. U.: *La lucha por el derecho*, en «La ciencia del derecho» (Buenos Aires 1949). El original de esta obra: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* apareció en 1906 con el pseudónimo de Gnaeus Flavius. Pero, de igual manera, habría que recordar los trabajos de Max Weber acerca de la legitimación del derecho de los diversos tipos de sociedad.

(12) *L. c.*, p. 90.

Derecho como una ciencia de la «facticidad» en contraposición a la razón de «normatividad» propia del jurista. La Sociología del Derecho es una parcela de la Sociología General, es decir, de aquella ciencia global «que estudia la convivencia de los hombres en sociedad, la ciencia de la vida social humana» (13). La Sociología del Derecho integra la Sociología como las normas jurídicas integran las pautas de conducta social. Una sociología completa no puede relegar el problema del control de la conducta y las regularidades observables en las conductas. Hay, pues, un sector de lo social objeto de «un interés cognoscitivo de carácter teórico-social» y que Rehbinder ejemplifica en los estudios socio-jurídicos de Max Weber y de N. Luhmann y que, según él, podría recibir la denominación de *Sociological Theory of Law*, la cual sería, a su vez, un pórtico científico para la sociología aplicada, que tanto reclamo tiene entre los juristas.

La Sociología del Derecho tiene, pues, un objetivo de estudio que no coincide formalmente con el de la ciencia jurídica y es «el derecho como fenómeno de la sociedad y en la sociedad». Y esto comporta nuevas variables correlacionales con otros fenómenos de la sociedad y de los diversos tipos de sociedad que son explicados en las ciencias sociológicas. Ahora bien, este objetivo puede ser investigado *además* con una finalidad práctica, cual es facilitar descripciones, datos y leyes que rigen en lo social y son de utilidad en la actividad legislativa y aplicativa del derecho. Esta doble consideración corre paralela a la consideración teórica y empírica de la moderna sociología. Y no hay sociología jurídica aplicada sin una sociología general que ofrezca los marcos referenciales y las categorías imprescindibles, así como la justificación de los métodos empleados.

Son muchas las cuestiones planteadas a tal tipo de saber. Así, por ejemplo, el tema de la evolución del derecho en correlación con la evolución de las sociedades; el modo como los modelos jurídicos responden a los diversos modelos grupales y de sociedades; el grado en que el derecho refleja patrones culturales y, simultáneamente, los crea; los puntos conflictivos de legitimación social de la ley, interpretación social de la ley, sanción social y sanción jurídica, etc., y el gran campo del control social como forma de socialización que ha estudiado toda una escuela del *Social Control*. Pero, mejor que hacer una propuesta personal de cuestiones, es atender a lo que han intentado hacer los sociólogos del derecho, recordando que la mejor expresión de la ciencia es designarla como lo que hacen los científicos. Según eso, la Teoría Social del Derecho designaría la serie de investigaciones y opiniones ofrecidas por quienes han investigado estas materias, prescindiendo ahora de si el rótulo bajo el que las presentaban era o no el mismo como nosotros las conocemos. Veamos ahora algu-

(13) *L. c.*, p. 23.

nas de estas doctrinas que han presentado una teoría sobre lo jurídico como fenómeno social y ellas nos servirán de paradigma para la pretendida Teoría Social del Derecho.

II. CARACTERIZACION A POSTERIORI DE UNA TEORIA SOCIAL DEL DERECHO

La Sociología del Derecho ha perseguido, desde sus albores, un objetivo que, mejor o peor formulado, es describir las estructuras sociales que subyacen y explican los fenómenos jurídicos como orden de esa sociedad. Y, además, el conocer la eficacia del derecho para solucionar de manera racional y justa los conflictos que surgen en la vida de cada sociedad. Y, así, el enunciar las leyes de la dinámica social y las exigencias de un orden justo son como el horizonte de las investigaciones sociojurídicas.

Pero, fuera del éxito alcanzado en esos objetivos, la Sociología del Derecho ha conseguido ya uno notable, que es romper las ataduras atosigantes del formalismo conceptual y de un cierto institucionalismo naturalista que habían dominado en las ciencias jurídicas. El continuo contraste con la sociedad tal como es y no tal como la prefigura el constructivismo conceptual, es un fruto meritorio de la Sociología del Derecho que, sin más, justificaría su existencia y la haría digna de atención por los juristas.

Otra contribución, y no la menor, que ha hecho o puede hacer este saber sociojurídico es posibilitar un esquema de conocimiento del derecho real, vivido y practicado en la sociedad. Son muchos los juristas que piensan que ésta es la única experiencia del derecho y que la ciencia del derecho es la ciencia de esa experiencia o vida del derecho. Conocer, por ejemplo, el grado en que el derecho es instrumento positivo o negativo de la vida de las instituciones, el grado en que facilita la vida de las instituciones o sus virtualidades para resolver los conflictos sociales, es algo propio de los estudios sociojurídicos. En este sentido trabajan quienes, como el realismo americano, asignan como objeto a la Sociología del Derecho el «derecho vivo» (*law in action*), distinto del estudio de la validez formal de las normas (*law in books*).

Estas y otras justificaciones podrían buscarse al problema del interés científico de esta disciplina. Pero vamos a proceder de otro modo: recogiendo lo que de hecho los cultivadores de la sociología teórica del derecho nos ofrecen como fruto de sus investigaciones. Si ciencia es lo que hacen los científicos, la definición de una Teoría Social del Derecho será lo que nos enseñan quienes han cultivado este tipo de saber. Es lo que vamos a ver recordando el trabajo de algunas figuras señeras de este campo científico.

Eugen Ehrlich (1862-1922)

Su breve tratado *Grundlegund der Soziologie des Rechts*, que es una de las primeras obras con el rótulo de Sociología del Derecho, empieza con unas palabras muchas veces citadas y que son como un programa-manifiesto en estas materias: «en nuestro tiempo, como en todos los tiempos, el centro de gravedad del derecho no está en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia de los tribunales, sino en la sociedad misma» (14). En adelante, las teorías jurídicas deberán construirse sobre los comportamientos sociales y las asociaciones originarias o derivadas que constituyen el tramado social. Sólo en lo social y por medio de lo social se configura el derecho real (*lebendes Recht*).

La norma jurídica no es más que un fruto de la sociedad y de las instituciones sociales que preexisten a ella. La vida del derecho sólo es comprensible con coordenadas sociológicas. Tenemos así el origen de la tesis de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y del obligado recurso a las fuentes materiales del derecho. Todo lo cual significa una ruptura con los axiomas más difundidos por el positivismo y los formalismos jurídicos.

Para Ehrlich toda asociación está constituida por una pluralidad de normas de conducta que la configuran, le dan existencia y explican su continuidad en el tiempo. Y las normas jurídicas no serían más que la forma radical de existir socialmente y permanecer en el tiempo. Lo que en ellas hay de formalización e imperatividad universal es sólo una manera de convalidarlas y universalizarlas ante los demás; pero desvincularlas de las instituciones que las producen es convertirlas en letra muerta; es lo que sería la dogmática jurídica sin sociología. La vida de los grupos y de las sociedades existe mediante las normas jurídicas que dan consistencia a las instituciones: son como el esqueleto de las instituciones. En cambio, la dogmática jurídica no considera más que las proposiciones jurídicas o las normas formalizadas y escritas, con lo cual se le escapa de las manos la auténtica realidad jurídica. Aparte, claro está, de que las normas jurídicas son anteriores en el tiempo y más universales que las proposiciones jurídicas, a las que se restringen los modernos cultivadores del derecho, según Ehrlich (15).

Pero la Sociología del Derecho debe estudiar las normas jurídicas en referencia a todas las demás normas que regulan y ordenan las sociedades, pues entre todas integran el ordenamiento real y social del grupo. La norma jurídica no es algo puro y perfectamente aislable del todo normativo considerado por el sociólogo. Pues bien, fue esta respectividad o conglomerado de factores normativos lo que mo-

(14) *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München 1967), pról.

(15) Cfr. *ib.*, cap. II passim.

tivó la acerba crítica de Kelsen a esta obra y la controversia subsiguiente en los años 1915 y 1916.

Al encuentro de una ciencia jurídica volcada exclusivamente en la jurisprudencia dogmática, Ehrlich afirmará, de modo congruente con su postura sociológica, que sólo las normas jurídicas de comportamiento son materia propia de la ciencia jurídica, mientras que las que él llama «normas de decisión» son de poco valor para explicar la realidad social del derecho. Por eso, «el primer y más importante objetivo de la ciencia sociológica del derecho consiste en distinguir las partes del derecho que regulan, ordenan o determinan la sociedad, de aquellas otras que son meras normas de decisión, y en demostrar la función organizadora de las primeras» (16).

Según eso, la Sociología del Derecho es presentada desde sus comienzos con un objetivo de complementar la ciencia jurídica tal como había sido elaborada a lo largo del siglo XIX. Y este complemento se describe como práctico, en la medida en que investiga todas las dimensiones sociales del derecho y es capaz de ofrecernos un «derecho viviente» como el verdadero motor de las sociedades junto con otros tipos de normas vigentes. Es como el paso del conocimiento técnico del derecho al conocimiento fáctico, que en este caso es el ordenamiento interno de los grupos. La nueva sociología jurídica será la verdadera ciencia jurídica; ciencia de carácter teórico pero con un objeto real y concreto: los hechos jurídicos. Se construye desde una hipótesis de trabajo: la posible dependencia de las normas jurídicas respecto a las instituciones sociales de las que emanan y que promueven.

Igualmente se plantea en él el problema de qué es el derecho en el Estado. Y su postura es distinta de la que seguirán otras corrientes posteriores que pretenden una total identificación de ambas realidades. Para Ehrlich en el Estado está toda la sociedad respaldando las normas y justificando el uso de la máxima fuerza coactiva, es decir, el derecho estatal no es más que el derecho de todas las instituciones sociales.

Su hipótesis de trabajo le llevó a distinguir entre las normas de organización y las de decisión. Sólo las primeras representan y configuran la vida social, mientras que las normas de decisión se originan en los procesos sociales conflictivos y de conductas desviadas y sus destinatarios son el poder directivo del grupo. En todo caso, es una clasificación de origen sociológico. Se parte de la creencia de que la realidad auténtica del derecho existe en el orden interno de las asociaciones y de que los determinantes de la ciencia jurídica son los de la vida de la sociedad. Se trata, pues, de una *teoría sociológica* del derecho. Por eso, sus predecesores hay que buscarlos más en la

(16) *Ib.*, cap. II, p. 53. Cfr. sobre el tema REHBINDER, M.: *Der Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich* (Berlin 1967).

escuela histórica del derecho que en el positivismo formalista. Otra cosa es que su realismo social lo entendiera él de una manera cercana al de las ciencias naturales y no a las ciencias humanísticas, en consonancia con el tipo de sociología que por entonces se cultivaba.

Max Weber (1864-1920)

Diversos biógrafos de esta gran figura del pensamiento social han indicado que la idea directriz de sus escritos sociológicos es la comprensión de la historia humana como un proceso con un sentido concreto y con unas medidas que la ciencia puede detectar. Esta reconstrucción del proceso histórico permite configurar unos «tipos ideales» de comportamiento social que nos dan acceso a una explicación de una realidad en otro caso indescifrable. A este tipo de comprensión podemos llamarla sociológica y no procede de captar esencias embebidas en las cosas o determinaciones esenciales, pero tampoco son construcciones apriorísticas de la mente.

Una de las materias que Weber sometió a investigación histórico-social fue la del derecho. Su formación universitaria jurídica le predisponía a ello, pero sobre todo sus investigaciones sociológicas sobre la economía le acabaron suscitando el problema de la correlación que pueda existir entre las variaciones históricas del derecho y las formas políticas o estructuras sociales que han generado esos derechos. Su tesis general es la afirmación de que las formas históricas del derecho son variables de los procesos sociales integrales de una cultura.

Su *Sociología del Derecho*, incluida dentro de *Economía y Sociedad*, que, como se sabe, es una obra póstuma construida con los muchos apuntes que dejara manuscritos, es como un esbozo histórico para comprender todo el proceso de la historia social del derecho entendida como un proceso de racionalización del derecho (17). En cuanto fenómeno cultural, la historia de este derecho sólo es comprensible como un epifenómeno de la misma racionalización de toda la sociedad. Así, el avance hacia una racionalidad jurídica es como la «idea-tipo» que nos permite comprender y explicar una larga serie de acontecimientos históricos (18). De ahí que el método weberiano sea preferentemente comparativo y casi vinculado a una filosofía social de tintes idealistas.

(17) *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie* (Tübingen 1922). Trad. de E. García Maynez y E. Imaz: *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, vol. 4, México, 1964. La Sociología del Derecho está en el vol. III, cap. VII. Posteriormente hay una edición crítica de los manuscritos: *Rechtssoziologie* (Neuwied 1967).

(18) La metodología de los «tipos ideales» está bien expuesta en RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Derecho y sociedad* (Madrid 1979), pp. 51 y ss. Cfr. también MARTINDALE, D.: *Sociological Theory and the Ideal Type*, en «Symposium on Sociological Theory» (Evanston, Ill. 1959), pp. 57-91.

Para la comprensión de las variaciones del derecho, Weber usa cuatro paradigmas bien conocidos: el derecho irracional y formal, que fundamenta una legislación en algo no controlable por la razón; el derecho material e irracional, que fundamenta la legislación en valoraciones y directrices fuera de la verificación jurídica; el derecho formal y racional, que construye las normas por interdependencia y subordinación dentro del mismo orden jurídico, y el derecho racional y material, que fundamenta la legislación en imperativos dirigidos a la prosecución de un fin o de un bien político. Con estas categorías aborda la variabilidad de los fenómenos históricos del derecho de un modo muy erudito y sugerente, si bien sus conclusiones a veces resultan arbitrarias o, en todo caso, discutibles. Sucintamente, para él la historia del derecho ha pasado desde un formalismo mágico e irracional, a través de una racionalidad material, hacia una sistematización lógica y racional que, como en el momento presente, se caracteriza por la progresiva tecnificación y construcción decisionista (19).

El proceso de racionalización es, pues, un presupuesto metodológico para comprender la misma naturaleza del derecho y no sólo su historia. El saber social del derecho no es una apoyatura del decisionismo del legislador o del juez, sino que es un paradigma previo a la decisión y como una oferta de posibilidades abiertas a la razón jurídica de eficacia social. La explicación última vendrá dada, además y sobre todo, por los objetivos materiales políticos, éticos o económicos. Y algo similar encontramos también en las cuestiones sociales donde se rozan cuestiones últimas o valores básicos. Entonces, la filosofía deberá completar la información sociológica (20). Así explicada, su Sociología del Derecho es más una teoría sociológica del derecho que una sociología aplicada para uso de los operadores jurídicos.

Un primer marco de referencias para la comprensión del derecho, según Weber, son las formas del poder político. Una legitimación del derecho derivada ante todo de la legitimidad del poder político del que dimana, nos ofrece un derecho del tipo racional. En cambio, una legitimidad apoyada en el carácter tradicional o sagrado de las normas o en el apoyo religioso con que cuenta el legislador, caracteriza un derecho tradicional. A su vez, una legitimidad apoyada en lo novedoso y en el liderazgo del legislador, configurará un derecho de tipo carismático.

Uno de los interrogantes propios de la Sociología del Derecho es el referente a cuáles son los criterios básicos de diferenciación de lo social y lo jurídico. En la ciencia jurídica este problema se presenta como un aspecto de la cuestión sobre la naturaleza de la validez jurídica, si implica o no la vigencia social. Para Weber se trata de dos

(19) Cfr. *Economía y sociedad*, III, pp. 203 y ss.

(20) Cfr. sobre estas ideas *Ensayos sobre metodología sociológica*, traducción de J. L. Etcheverry (Buenos Aires s.f.). Y *El político y el científico*, traducción de F. Rubio Llorente (Madrid 1972).

aspectos diferenciados si bien complementarios. Lo jurídico se complementa por «el sentido correcto de principios, cuyo contenido se configura como un ordenamiento determinante para la actitud de un círculo de hombres de alguna manera definido», mientras que el sociólogo no tiene otro horizonte en su ciencia que verificar la efectividad social de una determinada regla de conducta, o, a lo sumo, «las representaciones que los hombres se forman del sentido de la validez de las proposiciones jurídicas» (21).

Por lo demás, algunos de los temas directamente estudiados por Weber son: la distinción entre derecho público y privado desde categorías sociales, los factores coincidentes entre derecho natural y revolucionario, el papel de los teóricos y los técnicos en el desarrollo del derecho, la etnología jurídica en el estadio del derecho sagrado, etc. Y, a lo largo de esos estudios, a él se debe haber rescatado para la sociología jurídica conceptos que nunca se podrán preterir, como el de relación social, la tipología de las acciones sociales (uso social, costumbre, convención, ley) y relaciones de conflicto.

Tenemos, en conclusión, que, para el célebre profesor de economía, la Sociología del Derecho tiene un programa teórico de conocimiento del derecho por sus dependencias de las formas de poder, de sociedad o de valores materiales perseguidos. Tratar de investigar estas interacciones y dependencias de los fenómenos jurídicos en el conjunto de lo social-humano, o el modo como también se verifica en el derecho lo que acontece en la sociedad, es el objeto del saber denominado Sociología del Derecho.

Georges Gurvitch (1894-1965)

Este renombrado sociólogo, de origen ruso y nacionalidad francesa, y de formación sociológica y especial dedicación a la Sociología del Derecho, elaboró una teoría socio-jurídica expresada en marcos filosóficosociales que él denominó «transpersonalismo», en el sentido de que propugna la integración de la persona y su individualización en una asociación personalizada y generada de un derecho integrador (22).

La sociología jurídica de Gurvitch se realiza en un triple plano de problemas y conocimientos que él denominó microsociología, macrosociología y sociología diferencial. La microsociología considera todas las distinciones y formas en que se presenta el carácter interno del derecho (*genres du droit*) en cada grupo, clase o sociedad global.

(21) Cfr. FREUND, J.: *La rationalisation du droit selon Max Weber*, en «Arch. Phil. Droit», 1978.

(22) Cfr. *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du Droit* (Paris 1935), p. 52.

En este plano caben las formas de derecho social —el más estudiado por este autor y en el que predomina la conciencia del «nosotros»—, el derecho interindividual y el intergrupar, que se restringe a una justa partición de derechos y deberes sin atención a lo comunitario y funcional. La macrosociología versa sobre las regularidades, tendencias y factores de la dinámica social y se explicita en la sociología de «los ordenamientos» (derechos autónomos del Estado, del sindicato, de la familia...) y «sistemas» o la jerarquía de los ordenamientos en una sociedad global (sociedad teocrática, liberal, patriarcal...). La sociología diferencial, finalmente, estudia las tipologías posibles de sociedad y de formas jurídicas.

La sociología jurídica, como especie de sociología, se construye a partir de la «experiencia jurídica inmediata» que designa una captación intuitiva del mundo jurídico y es presupuesto gnoseológico de la ciencia sociojurídica.

La microsociología, por su carácter sistemático y de formulación de categorías básicas, es paso ineludible a las otras dos formas, ya que sus conceptos son generalizables para cualquier grupo.

El derecho social, que está exigido y regulado desde la vida interna del grupo, existe en tres formas: como derecho de masa, que se caracteriza por el predominio del derecho objetivo y la preterición de los derechos subjetivos; como derecho de comunidad, que representa un grado intermedio entre las pretensiones y deberes, lo cual le dota de estabilidad y eficacia; y el derecho de comunión que es prevalentemente carismático y religioso, pero muy inestable en el aspecto legal.

El derecho individual se presenta también bajo tres formas: primera, el derecho de separación, que regula conflictos y competencias, con predominio de las pretensiones, y se expresa como un derecho de oposición y guerra. La segunda es el derecho de acercamiento, que es pasivo y poco formal; es un derecho pacífico y poco consistente, pues se expresa como concesiones no pactadas ni formalizadas. Y la tercera es la de estructura mixta, que es la más frecuente y se presenta bajo las formas de derecho contractual y de obligaciones e incorpora lo mejor de las formas de sociabilidad de acercamiento y de separación (23).

Si dejamos de lado que la sociología jurídica de Gurvitch es más una introducción metodológica a la Sociología del Derecho que una ciencia sistemática y que se explaya más en señalar caminos que en desarrollar temas, tenemos en sus abundantes páginas muchas indicaciones de validez perenne en esta disciplina. Su propósito nuclear es la investigación de todas las regularidades jurídicas en dependencia de las regularidades sociales y hasta qué punto las clases, estructuras

(23) Cfr. *Problèmes de la sociologie du droit*, en «*Traité de Sociologie*», t. II (Paris 1960), pp. 173-206, y *Sociology of Law* (New York 1952), sobre todo caps. 2-4.

y sistemas del derecho se corresponden con las formas, estructuras y sistemas de lo social. Por lo demás, su tramado de categorías y formas de sociabilidad, tanto en la sociología genética como en la diferencial, pueden parecer muy artificiales a los sociólogos, pero a nosotros nos parece que su razón de ser deriva de posturas filosóficas que el autor nunca llegó a enunciar explícitamente, algunas de las cuales están en la tradición del pensamiento cristiano ruso.

Su Sociología del Derecho intenta, por tanto, una explicación teórica de los fenómenos jurídicos que se detectan en los cambios y alteraciones del derecho y su correlación con las formas y estratos de lo social. Aunque él debe mucho a Durkheim y a Max Weber, sin embargo siempre confutó a estos autores por la poca atención prestada a la variabilidad de formas sociales y de agrupaciones e instituciones en que se manifiesta la sociabilidad. Todo ello conduciría a relativizar y diversificar las experiencias jurídicas, pero en modo alguno a dar una apoyatura al formalismo dogmático jurídico, como pareció concluir Weber.

Como puede advertirse, late en todo este propósito científico un decidido rechazo del positivismo. El derecho está vitalmente presente en toda forma de sociabilidad y en cada tipo de agrupación y siempre plegándose al funcionamiento interno y externo de la sociedad. En la teoría de Gurvitch la perfecta conjunción entre las exigencias de lo social y el óptimo desarrollo de lo jurídico se da en la categoría de «derecho social», a cuya elucidación consagró sus primeras y más densas obras de sociología (24), y que él entendía como un derecho correspondiente a las experiencias de integración, colaboración e interdependencia, que se expresan en la conciencia de un «nosotros» en el todo inmanente. Por ello genera confianza, paz mutua, ayuda y colaboración. Al contrario, el derecho individual parte de la desconfianza y genera siempre actitudes de separación y competencia.

También en Gurvitch, por tanto, encontramos unos temas recurrentes de teoría social del derecho, como son aquellos conceptos y teoremas que patentizan que las formas del derecho se corresponden con la variabilidad de la morfología social.

Como conclusión de esta encuesta entre algunos tratadistas de la Sociología del Derecho tenemos que hay unos temas reiterados en estas investigaciones. Son los temas de la explicación del origen y evolución del derecho por referencia a la sociedad o cultura que lo ha generado y alimentado. Y también los estudios de etnología jurídica. Y el campo de lo que llamaríamos interpretación y aplicación del derecho desde coordenadas sociales facilitadas por la sociología. Y los temas de la efectividad del derecho en cualquiera de sus clasificaciones, junto con los referentes al alcance social del conocimiento y aceptación del derecho. Tales investigaciones se pretende que lle-

(24) *Le temps présent et l'idée du droit social* (Paris 1932) *L'idée du droit social* (Paris 1932).

guen a modificar el concepto mismo de lo jurídico —derecho social versus derecho formal o meramente legal— y las peculiaridades que lo distinguen frente a otras muchas pautas de la vida social que también conocen los sociólogos. Es, pues, una investigación de todos aquellos campos de coincidencia entre lo social y lo jurídico (25). Y otra conclusión de lo anterior es que la Sociología del Derecho es una ciencia sociológica sectorial, que investiga el derecho bajo la razón formal de hecho social, que, por lo mismo, no puede suplantarse ni reducirse a una mera alternativa de la ciencia jurídica. Y este saber tiene una parte de Teoría Social del Derecho que es previa a cualquier estudio de sociología aplicada al derecho, independientemente de la mayor utilidad o urgencia práctica con que ésta sea solicitada por los legisladores o los juristas. Tal estudio teórico es el que describiremos a continuación.

III. MARCO EPISTEMOLOGICO DE UNA TEORIA SOCIAL DEL DERECHO

La Sociología del Derecho comprende, como hemos visto, tanto la ciencia sociológica *acerca* del derecho como las investigaciones sociométricas y empíricas *de* las leyes y la jurisprudencia en un ordenamiento concreto. La primera es una parte teórica que vertebra y cualifica de ciencia la sociología jurídica, mientras que la segunda es una parte predominantemente técnica y aplicativa que utiliza los métodos de análisis social. Prescindimos ahora del problema reflejo de qué es lo más significativo o lo más urgente en la investigación social. Propugnamos, sin embargo, que estas tareas de la Sociología del Derecho deben ser objeto de la debida atención en los científicos y que es de interés metodológico el ubicar este tipo de saber en el conjunto de las ciencias jurídicas y distinguirlo de otros saberes afines del mundo jurídico.

Ubicación de la Teoría Social del Derecho

Como la sociología del siglo pasado (Saint-Simon, Comte, Proudhon, Marx) se construyó con pretensiones de explicación global de la realidad y como la *única* ciencia propiamente tal, algo así como la nueva filosofía, no tiene nada de extraño que muchos entendieran que la Sociología del Derecho, cuya difusión acontece en este siglo, se desmembrara de la vieja Filosofía como rama desgajada del viejo tronco filosófico. De la filosofía jurídica parece, en efecto, que brotaron la Teoría General del Derecho, la Justicia, la Jurisprudencia de Conceptos, la Dogmática Jurídica o, más modernamente, la Lógica Jurídica.

(25) En LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *La realidad del derecho*, pp. 213 y ss., se anunciaban otros problemas peculiares de una Sociología del Derecho.

dica. La Sociología del Derecho sería entonces la mayoría de edad de las reflexiones de la filosofía sociojurídica.

Pero no creemos que sea verdad esa pretendida fecundidad de la Filosofía del Derecho. Los anteriores saberes, en efecto, tuvieron su origen en tiempos en que el pensamiento dominante era abiertamente positivista y no eran momentos de notoria fecundidad de la filosofía jurídica. Además, esta opinión sería rechazada por los pioneros de este saber, como Max Weber, Durkheim, Levi-Bruhl, etc., cuyos marcos intelectuales eran propiamente sociológicos y no filosóficos. Resulta, pues, que el marco en que nació este saber no era el de una «filosofía de la sociología jurídica» (26), sino el de la jurisprudencia sociológica o la aplicación del conocimiento de lo social a la legislación y a la aplicación del derecho.

Por eso, cuando la Sociología del Derecho ha reivindicado su estatuto científico —y, hoy, también el académico— ha necesitado superar los límites restringidos de la jurisprudencia social y, sin olvidarse de ellos, abrirse a unos tratamientos teóricos y cognoscitivos que ya había conquistado la Sociología General en sus diversas tendencias y escuelas: corriente funcionalista, marxismo, sociología formal, behaviorismo social, etc. Prueba de ello es que los manuales de Sociología del Derecho (Gurvitch, Carbonnier, Treves...) yuxtaponen una parte teórica acerca de lo jurídico como fenómeno social y otra de investigación empírica sobre determinadas leyes u operadores jurídicos. No es, por tanto, la misma la condición metodológica de la *social engineering* de la conceptualización y teorías acerca de la interdependencia entre lo social y lo jurídico. Como dice Roscoe Pound: «aplicando la sociología, la filosofía del derecho y el método histórico al orden legal —al sistema de leyes con técnicas e ideales y los procesos judiciales y administrativos— se obtiene la jurisprudencia sociológica. Mas, aplicando una ciencia puramente teórica a los fenómenos de orden legal, al sistema de leyes y a los procesos de orden legal, se obtiene la sociología jurídica, disciplina estrictamente teórica» (27). Con lo cual sólo parcialmente estamos de acuerdo, pues se identifica la Sociología del Derecho con la sola parte teórica de este saber y se prescinde de toda la parte que hemos llamado sociología aplicada al derecho. Idea que, por lo demás, se encuentra también en Gurvitch (28).

La distinción entre parte teórica y parte aplicativa en la Sociología del Derecho procede ante todo de las peculiaridades metodológicas.

(26) CARBONNIER, J.: *Sociología jurídica*, p. 20.

(27) *Sociología y jurisprudencia*, en «La Sociología del siglo XX», t. I (Barcelona de la dependencia»), p. 208.

(28) *Sociology of Law* (New York 1942), p. 11. Más acertado está TREVES, R.: *Introducción a la Sociología del Derecho*, donde distingue entre teorías que afirman que el derecho es una variable independiente con respecto a la sociedad y teorías que

Ahora bien, en su totalidad como investigación social del derecho, su mejor caracterización es la de ser un saber *interdisciplinar entre el mundo del derecho y el mundo de la sociología*. Y este tipo de saberes interdisciplinarios se puede construir —y así ha ocurrido con la Sociología del Derecho— como una sociología *acerca* del fenómeno jurídico o como una sociología jurisprudencial, en el sentido anglosajón de ciencia del derecho interpretado y aplicado por los jueces, referida a un ordenamiento concreto de una sociedad. En otras palabras, cabe acentuar la sociología jurídica como sociología especial o como sociología aplicada al derecho. J. Carbonnier habla en este mismo sentido cuando expone la utilidad que representa la nueva sociología del Derecho y propone que esta ciencia tiene una doble función en el derecho: la función científica, que llama *Sociología jurídica pura* (!) y la función práctica, a la que llama *Sociología jurídica aplicada*. La primera, sin embargo, debido a su amplitud y, por el uso abierto que puede hacer de todas las adquisiciones de la sociología general, «tiende a confundirse con la ciencia misma» (29). En todo caso, esta distinción es más aceptable que la que propone R. Treves entre sociología del derecho de los sociólogos y sociología del derecho de los juristas, que es muy material (30).

Veámos ahora las relaciones que existen entre el plano teórico de la Sociología del Derecho y la ciencia del derecho y la filosofía jurídica.

a) *Teoría Sociológica del Derecho y Dogmática Jurídica*

La ciencia jurídica, tal como se planteó a partir de la Escuela Histórica, es una ciencia normativa radicada en el estudio de la ley estatal vigente y en abierta referencia al poder político. A este tipo de hacer ciencia jurídica se le puede designar como Dogmática Jurídica, sin connotación alguna negativa, pues tiene un contenido muy preciso: la norma social emanada del poder soberano como última instancia crítica (dogma).

De tal concepción sobre la ciencia jurídica se distingue la Sociología del Derecho, que se caracteriza por estudiar esas mismas normas

sostienen que el derecho es una variable dependiente respecto a la sociedad («tesis de la dependencia»), p. 208.

(29) *Sociología jurídica*, p. 201.

(30) *Introducción...*, p. 123 y 132. En la nueva edición de la obra (1988) esta distinción ha desaparecido, quizá porque el mismo autor ha advertido que era poco clarificadora y de dudosa utilidad. En cambio, es ilustrativo en esta nueva edición, para lo que aquí sostenemos, que el autor afirme que, al lado de las investigaciones empíricas, «se ha desarrollado y se está desarrollando cada vez más aquella otra parte que se ocupa de los problemas teóricos incluidos los próximos a la filosofía del Derecho» (p. 143).

bajo el prisma de ser hechos sociales significativos en una sociedad. Y así resulta que sería iluso comprender, a espaldas de lo social, aspectos del mundo jurídico, tales como la sumisión y obediencia a las leyes, la aceptación o rechazo efectivo de las normas vigentes, la diferencia entre lo jurídico y otras normatividades vigentes en un grupo, el grado de interiorización por la sociedad civil de los valores pretendidos por un ordenamiento, la coacción, etc. En el terreno jurídico, pues, no pueden obviarse los planteamientos sociológicos. Sin caer, por tanto, en un sociologismo reductivista, es aceptable la pretensión de incorporar lo sociológico como dimensión de lo jurídico. Así han hecho las diversas tendencias, exceptuado el formalismo extremo. J. Carbonnier dice que la diferencia entre el sociólogo y el jurista en esta disciplina es «una diferencia de punto de vista o de ángulo de visión» (31), pues el jurista dogmático se sitúa en el interior del sistema jurídico como normatividad vigente y coactiva, mientras que el sociólogo considera el problema de la eficacia contrastada de la pretensión normativa.

Si algo extraña en esta interrelación entre lo jurídico y lo social es por qué ha estado tanto tiempo preterida la consideración social del derecho, o, como dice H. Lévy-Bruhl: «por qué los juristas han sido tanto tiempo reticentes y les ha repugnado considerarse como profesionales de las ciencias sociales» (32). Representa una amputación al desarrollo de la ciencia jurídica el privarla de las aportaciones y cuestiones de la sociología, ya que ésta «da razón y explica sus funciones y su origen» (33), y no podía ser de otro modo, dada la esencial inserción de lo jurídico en lo social: el derecho —dice A. Sánchez de la Torre— sólo puede obtener ventajas al constituirse en campo de investigaciones sociológicas, del mismo modo que ocurre con otras realidades sociales» (34). Temas como el control, la desviación, los valores sociales, la recepción social del derecho, es claro que son cuestiones de la ciencia jurídica, pero asimismo son cuestiones tangenciales con el derecho. Hay una mutua dependencia entre sociedad y derecho, que se refleja en el saber interdisciplinar de la Sociología del Derecho: el derecho brota de la sociedad (ciencia genética), pero el derecho, a su vez, conforma y socializa a las personas (ciencia operacional).

Así explicada, no es difícil asignarle su estatuto epistemológico. Kelsen entendió que su estatuto era el de una «ciencia natural» de los hechos jurídicos y por lo mismo era una ciencia alejada y sin coincidencia con la ciencia jurídica, que es ciencia del deber ser de

(31) *Sociología jurídica*, p. 19.

(32) *Aspects sociologiques du droit* (Paris. 1954), p. 24.

(33) GURVITCH, G.: *Dialectique et sociologie* (Paris 1962), p. 235.

(34) *Curso de Sociología del Derecho* (Madrid. 1965), p. 68.

las normas. Así se abre un foso entre ambos saberes y en modo alguno se pueden establecer leyes complementarias ni investigar temas tangenciales a ambas. El tema, por ejemplo, del derecho de los pueblos primitivos y el de las creencias sobre la justicia, que son investigaciones sociológicas del derecho, son para Kelsen cuestiones metajurídicas. Otra postura posible sería la de la escuela analítica del derecho que expone R. Treves (35). Pero es posible también la postura de quien, procediendo de una visión realista del derecho como normatividad social en prosecución de bienes jurídicos, incorpora a la ciencia todas las contribuciones aportadas por el sustrato de lo social. Así es la investigación de la Teoría Social del Derecho: investigación comprehensiva de lo jurídico en cuanto fenómeno de lo social con la ayuda de las categorías sociológicas. Es, pues, una investigación interdisciplinar, un punto de encuentro entre las ciencias sociales y las jurídicas, pero no es un reductivismo sociológico de lo jurídico (sociologismo jurídico) ni un saber metajurídico (teoría normativista pura) (36).

b) *Teoría Sociológica del Derecho y Filosofía del Derecho*

Entendemos la ciencia y la filosofía del derecho como dos saberes acerca de la realidad del derecho, distintos por los diversos problemas que plantean sobre esa realidad y por los diversos planos de comprensión y de método desde el que proceden. Por eso, las relaciones que median entre la Sociología del Derecho y la ciencia jurídica, por una parte, y la Sociología del Derecho y la Filosofía del Derecho, por otra parte, son similares entre sí, salvadas las peculiaridades del conocimiento científico y el filosófico.

No hay justificación para seguir entendiendo la Teoría Sociológica del Derecho como un saber de origen filosófico-jurídico, pues, como

(35) *Introducción...*, pp. 134 y ss.

(36) La perspectiva integradora e interdisciplinar que aquí proponemos está bien reflejada en estas líneas de un teórico de estas materias: «El campo sociológico no pretende inundar el jurídico, ni éste aquél. Ambos postulan un sano entendimiento, una convivencia integrativa fruto de una recíproca comunicación fecunda. En el mundo científico los compartimentos estancos han sufrido una superación que rebasa todos los marcos formalistas. La verdadera realidad de las cosas a las que pretende llegar todo cometido científico impone estos rebasamientos. Más que el nombre con que se asigna una ciencia interesa la cantidad de verdades que ésta aporta... Lo sociológico no interfiere el plano jurídico con ningún otro afán que el de servicio y complementación. Y así como la sociología no se ocupa sólo de hechos brutos del acontecer social, sino también de las valoraciones ínsitas en ellos, la sociología jurídica tampoco se ocupa únicamente de hechos, sino también de *sentido* y de los *valores* de hechos como objetos propios de su estudio». HERRERA FIGUEROA, M.: *Sociología del Derecho* (Buenos Aires 1968), p. 204.

hemos dicho, sus orígenes más bien hay que buscarlos en las escuelas positivistas y antimetafísicas, que difícilmente podían reivindicar un nuevo saber filosófico que para ellos era algo fantasmagórico. Más bien hay que atribuir el interés de los filósofos por la teoría sociológica del derecho a unos planteamientos surgidos desde las investigaciones sociológicas y a los que no se podía responder desde investigaciones empíricas. Así es como se han replanteado algunos problemas de la antigua filosofía social del derecho.

La temática iusfilosófica incidiendo en lo socio-jurídico aborda problemas como la naturaleza de la libertad y la coacción social, la justificación del poder en el origen del derecho, la naturaleza de las instituciones generadoras de derecho, los fines asociativos y la concepción instrumental del derecho, legitimación del control social y su función cultural, la dimensión social de la personalidad y de la cultura, la justicia social y sus exigencias, la regulación del conflicto social, orden racional de la sociedad, etc. Son cuestiones todas ellas que se interrogan sobre los fenómenos sociales del derecho, pero a un nivel distinto del que lo efectúa la Dogmática Jurídica, por ejemplo, si bien —y esto no hace falta reiterarlo— complementario e integrable en el mismo. En consecuencia, pensamos que la Filosofía del Derecho es el marco epistemológico propio de la investigación de algunos problemas de la Teoría Social del Derecho. Relaciones, por lo demás, casi idénticas a las que median entre Sociología y Filosofía Social, pues se trata de *diversos niveles de conocimiento de una misma realidad*. Y no hay por qué mezclar este problema con las suspicacias y recelos sin cuento que pudieran existir entre los investigadores de las diversas disciplinas («sociología de los juristas», «sociología de los filósofos», «sociología jurídica de los sociólogos»...), ya que entonces estas cuestiones propedéuticas se vuelven un ovillo sumamente embrollado.

Diversos tratadistas actuales han aportado sus contribuciones al tema de la investigación filosófico-social del derecho. Así H. Rotleuthner, D. Pasini, G. Fassò, V. Palazzolo, J. Carbonnier, N. Bobbio, L. Recaséns Siches, L. Legaz y Lacambra, Elías Díaz, A. Sánchez de la Torre... Aunque sus conclusiones no sean coincidentes entre sí, indudablemente sus estudios son una prueba fáctica de la posibilidad de planteamientos teóricos de la sociología jurídica.

Las cuestiones de sociología jurídica abordadas en un plano filosófico deberán tener un tratamiento metodológico de índole filosófica. Ocurre que la sociología juega también con conceptualizaciones no empíricas y plantea cuestiones teóricas con categorías como persona social, relación humana o valores presentes en un grupo. Las investigaciones empíricas del derecho se detienen ante el problema de qué es *lo jurídico* o lo que Legaz y Lacambra llamaba «el ser del

derecho» (37). Pero, a su vez, lo calificado de jurídico no puede abordarse si no es como algo social, como el mismo autor dice: «la triplidad de accesos a la realidad del derecho (normativista, personalista, axiológico) puede y debe superarse en la consideración del Derecho como realidad social y de la realidad social como realidad humana» (38). Hay, por tanto, interferencias ineluctables entre lo jurídico, lo social y lo humano que una Filosofía del Derecho debe clarificar y demostrar.

Con todo ello no se trata de reducir toda la Sociología del Derecho a un mero capítulo de la Filosofía del Derecho, como tampoco de revestirla de sola Jurisprudencia Social para hacerla más aceptable. Esto sería contrario a lo que propugnamos, a saber, que la Sociología del Derecho es un saber interdisciplinar autónomo. Nuestro punto de vista se limita a la afirmación de que la Sociología del Derecho tiene temas propios que conectan con las categorías e investigaciones propias del pensamiento filosófico-jurídico, pero estos temas ni son los únicos ni su investigación es exclusiva de la Filosofía del Derecho. De igual manera, no aceptamos que la Sociología del Derecho se reduzca a las investigaciones de hechos o de corrientes de opinión que, en un momento dado, el jurista solicita del sociólogo, aunque tampoco hay por qué excluir esta sociología aplicada de la disciplina de Sociología del Derecho (39).

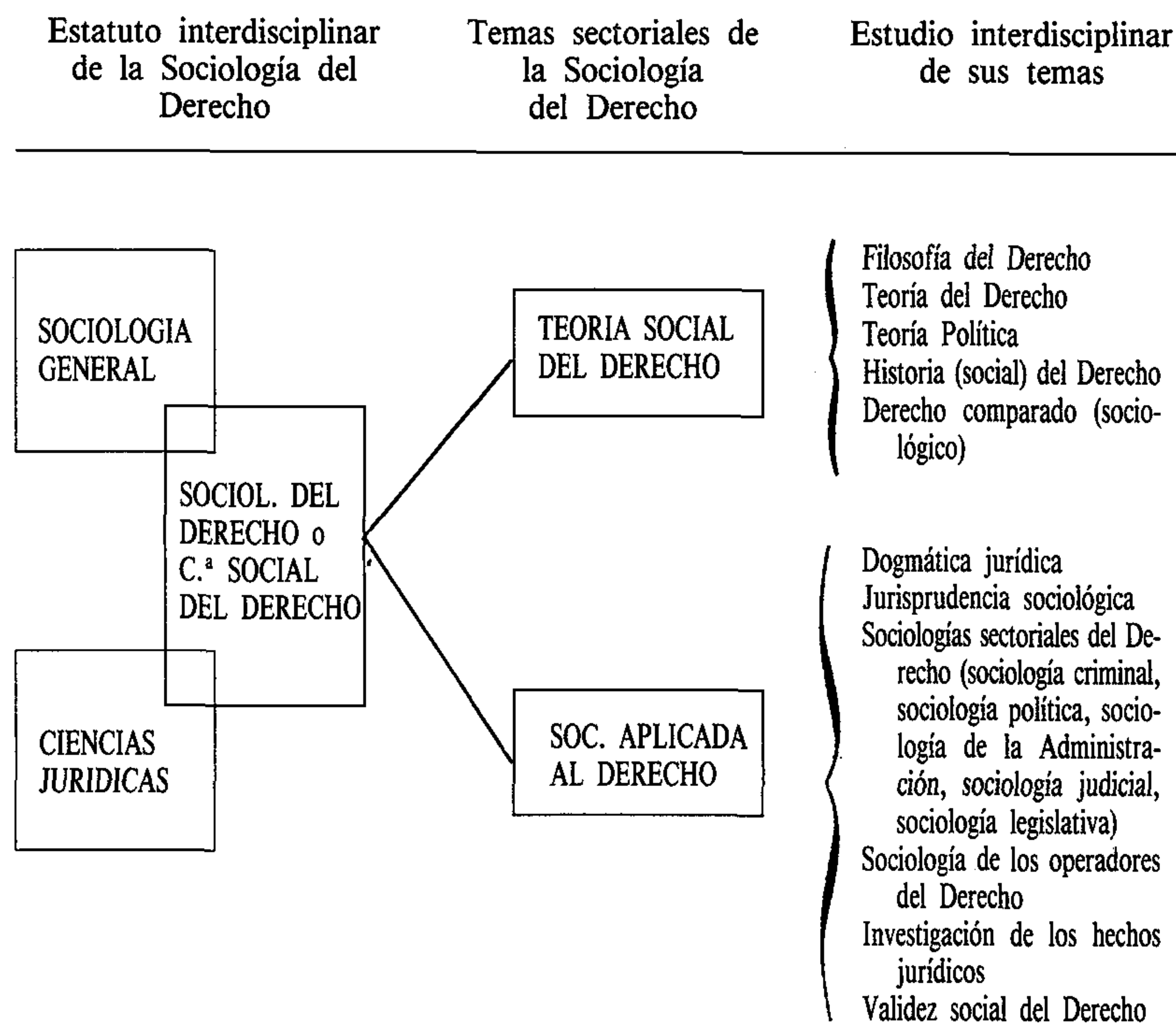
La Sociología del Derecho representa el marco epistemológico propio para el estudio de todas las perspectivas sociales de lo jurídico. Algunas de estas cuestiones son de índole especialmente teórica y en ellas se dilucidan las concepciones básicas de lo socio-jurídico y de los esquemas básicos de sus categorías científicas. Dilucidar tales temas se hace en un terreno común a la Sociología del Derecho y a la Filosofía del Derecho, además de otras disciplinas como Teoría Política, etc.

En cambio, aquellos temas de Sociología del Derecho que se investigan por procedimientos de encuesta por sondeo de hechos sociales, opiniones, conocimiento de normas por ciudadanos, grado de aceptación de valores normativos, efectividad de las leyes y cosas similares de sociología aplicada al derecho, son cuestiones planteadas conjuntamente por otras ciencias jurídicas. Podríamos sintetizar en un esquema el modo como entendemos la Sociología del Derecho y su carácter interdisciplinar. Obtendríamos un gráfico como el que ofrecemos.

(37) *Filosofía del Derecho* (Barcelona 1975), pp. 35-36.

(38) *Ib.*

(39) Así entendidas las cosas, no creemos que se trate de hacer de la Filosofía del Derecho «una jaula de grillos intelectuales», ni de «conceder una habitación, aunque lujosa» a la Sociología en la Filosofía del Derecho, como pretende un impugnador de estas posturas, cfr. CABALLERO, F. J.: *La sociología jurídica en los planes de estudio*, en «Materiales de sociología jurídica» (Vitoria 1984), pp. 67 y ss.



La consideración filosófico-social del derecho no es, por tanto, un sustituto de la Sociología del Derecho, ni menos un reductivismo abstracto de la sociología, sino un método apropiado para la investigación de algunas cuestiones planteadas por lo jurídico como fenómeno social y que desbordan los métodos analíticos de la ciencia social. Se trata de problemas fronterizos con los tratados por filósofos y teóricos del derecho, ya que son problemas sobre la realidad del derecho (40). Y esto no tiene nada que ver con el «status» de quien hace la investigación (filósofo, sociólogo, jurista), pues, en todo caso, es una cuestión de métodos de trabajo y de contenidos objetivos.

* * *

(40) Creemos que desde estos presupuestos han procedido algunos expositores de la Filosofía del Derecho que en sus manuales y tratados conceden la debida atención a los temas sociológicos del derecho en su aspecto filosófico. Entre ellos podría citarse a: RECASENS SICHES, L.: *Tratado general de sociología* (México 1958); LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, caps. III y IV; DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Curso de Sociología del Derecho* (Madrid 1965); BRUFAU PRATS, J.: *Teoría fundamental del derecho* (Madrid 1987), partes I y II. Y también algunos tratadistas del derecho natural: LECLERCQ, J.: *El derecho y la sociedad* (Barcelona 1965); MESSNER, J.: *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural* (Madrid 1967); AUBERT, J. M.: *Ley de Dios, leyes de los hombres* (Barcelona 1969).

Lo que a nuestro modo de ver es incompatible con el marco epistemológico de la Sociología del Derecho tal como la hemos expuesto, es entender la Filosofía del Derecho como un saber identificado con el ámbito de la justicia.

Hay algunas corrientes de pensamiento jurídico que entienden que el conocimiento jurídico está delimitado por tres campos autónomos de investigación: la fenomenología jurídica o efectividad social, el lenguaje normativo y la justicia de las normas. A estos campos en que se divide el conocimiento jurídico corresponderían tres saberes independientes: la Sociología del Derecho, la Analítica del lenguaje jurídico y la Filosofía del Derecho. Todos ellos complementarían la ciencia del derecho. En el caso de la filosofía del derecho, tendría por objeto específico el dilucidar la justicia del derecho o la legitimidad de las normas desde el punto de vista moral, perspectiva que, por lo demás, no condivide con ningún otro saber jurídico (41).

Desde esta opinión es manifiesto que se cierra el camino a cualquier tratamiento filosófico-social del derecho, tal como aquí lo proponemos. La Sociología del Derecho de estos autores tiene un rango de honor entre las ciencias jurídicas, pero es a costa de suplantarse la filosofía jurídica y la teoría del derecho, ya que para ellos no cabe otro conocimiento del derecho que el sociológico, también llamado realista. Para Hubert Rottleuthner y M. Rehbinder, sin embargo, cabría una teoría del derecho entendida como una ciencia analítico-conceptual (Rottleuthner) o como una jurisprudencia sociológica (Rehbinder).

Pero entender de esta manera la filosofía del derecho nos parece una inexactitud epistemológica. La filosofía jurídica no divide adecuadamente los objetos de investigación con las llamadas ciencias jurídicas —en este caso, la lógica y la sociología jurídicas—, sino que pretende un tipo de conocimientos distinto del que practican las llamadas ciencias experimentales en la edad moderna.

La filosofía del derecho se extiende a la consideración de toda realidad jurídica, pero su tipo de razonamiento es distinto del que cultivan las ciencias jurídicas, es decir, no se circunscribe a la validez o existencia de un ordenamiento concreto y a sus estructuras conceptuales o sistemáticas. Su ámbito propio es el del conocimiento del derecho en su globalidad de fenómeno humano, social, político, ra-

(41) Esta es la postura de ROTTLEUTHNER, H.: *Rechtstheorie und Rechtssoziologie* (Freiburg 1981), quien asigna a la Filosofía del Derecho el estudio de las «decisiones justas» del Juez, mientras que la Sociología del Derecho estudiaría las condiciones empíricas de los hechos sociales. Y REHBINDER, M.: *Sociología del Derecho*, entiende que lo propio de la Filosofía del Derecho es el estudio de la idealidad o el valor, mientras que la sociología considera la facticidad del derecho (*law in action*). Otros, en cambio, como el realismo americano y escandinavo, elevan la Sociología del Derecho a ciencia identificable con la Teoría General del Derecho, algo así como la única ciencia positiva del derecho, que sustituiría a la vieja Filosofía del Derecho.

cional, discursivo... De ahí que sus planteamientos sean asequibles también al jurista práctico en tanto en cuanto prolonga su investigación a planos epistemológicos más omnicomprendidos y fundamentales. En consecuencia, lo extraño ahora es ver afirmado que la filosofía jurídica tiene un objeto particular: el estudio de la justicia de la norma jurídica. ¿Acaso no es éste un tema de interés también para el jurista práctico? Y ¿por qué no relegarlo a la ética social, desapareciendo entonces la filosofía jurídica?

El mundo de lo jurídico tiene cuestiones y problemas que sólo son abordables en categorías filosóficas y que sólo en este plano de conocimiento encuentran su explicación congruente. Y estas cuestiones son, por supuesto, las referentes a la justicia de las normas sociales, pero también todo lo referente al concepto de derecho, a las relaciones entre derecho y sociedad, a la especificidad de las normas jurídicas por respecto a otras pautas sociales de comportamiento, la dimensión social y política del derecho, el derecho y la libertad humana, el derecho como instrumento de orden social... Es decir, que la filosofía del derecho llega a los problemas teóricos del derecho como fenómeno social, ya que no es un saber al lado de otros saberes, como el sociológico, sino un tipo de conocimiento distinto sobre los objetos de las ciencias jurídicas, sin excluir la sociología. Uno de ellos sería el del valor de justicia que impregna las relaciones sociales o cualquier otro valor presente en lo social. Pero hay otras muchas cuestiones que nos han ido saliendo en las páginas anteriores. De ellas no puede hacerse caso omiso en una Sociología del Derecho. Y son cuestiones planteadas en el campo interdisciplinar de la sociología y la filosofía jurídicas.

2. SOCIOLOGIA JURIDICA APLICADA

Derecho oficial y derecho inoficial

Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal
y espacialmente concomitantes

Por TERCIO SAMPAIO FERRAZ, JR.

São Paulo

1. EL PROBLEMA

Constituye una tesis repetida y aceptada la afirmación de que el derecho de las sociedades desarrolladas se caracteriza, entre otras cosas, por el monopolio de la fuerza, y consiguientemente por la concentración centralizadora y la unidad sistemática de su universo. No hay dos señores como no hay dos derechos que se contrapongan perpetuamente. Las mismas concepciones pluralistas no dejan de recurrir al principio de unidad, si bien afirman la multiplicidad de los valores, de los intereses, de las situaciones, de las normativas. De cualquier modo, el imperio prevalente de la certeza y de la seguridad jurídicas, la supremacía de ciertos intereses, por ejemplo, de los públicos sobre los privados, la dignidad de la justicia como una constante realización del bien común o la presencia de normas primarias que fundamentan jerárquicamente el ordenamiento, constituyen, incluso para los pluralistas, la retórica usual de su universo discursivo.

Estas concepciones resultan fortalecidas y completadas por la propia Ciencia Dogmática del Derecho en la que, por ejemplo, la idea corriente de que el derecho está al servicio de la justicia permite la canalización absorbente de diversas y variadas pretensiones sociales a través de una dirección única. En este sentido, se observa que la definición dominante de justicia, abstracción hecha de sus variaciones materiales, viene dada por el esquema igualdad/desigualdad, como en la conocida fórmula: «tratar igualmente lo igual y desigualmente lo desigual». El esquema se adapta a una especie de manipulación de la multiplicidad en términos de unidad, permitiendo clasificaciones dicotómicas y jerarquizantes, capaces de responder, en consecuencia, a preguntas puestas en forma de dualidades: ¿Hubo o no apropiación? ¿Hay propiedad o posesión? ¿La adquisición es viciosa o legítima?

ma? ¿Hubo robo o no? Tales cuestiones, en nombre de un principio concebido de modo suficientemente abstracto, pueden así ser tratadas de modo universalista (Cfr. LUHMANN: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, p. 29), o sea, conforme a criterios internos del sistema, sin atenerse ante todo a situaciones concretas, manteniéndose la idea de que el derecho, con todas sus variaciones, es siempre uno sólo, tanto en el espacio como en el tiempo.

Esta orientación universalista de la dogmática jurídica, institucionalizada en amplia medida en la conciencia jurídica de los grupos social, política, cultural y económicamente dominantes, es típica de las sociedades complejas de Occidente. Permite, en verdad, que, por ejemplo, las llamadas sociedades industrializadas hayan sido, y sigan siendo todavía, capaces de absorber enormes incertidumbres y diferencias sociales, en el sentido de que, a través de ella, se neutralice la presión inmediata ejercida por el problema de la distribución social del poder y de los recursos, y se traslade al interior del sistema jurídico en el cual esa orientación, mediatizada y hecha abstracta, facilita su manipulación y control.

No hay duda de que el desarrollo social exige, en el universo jurídico, tanto al nivel de su dogmática, como de la elaboración espontánea de los agentes sociales, un proceso de continua especificación, que va agotando la operatividad de fórmulas, conceptos, ideas, bien excediendo sus límites, bien reduciéndolas a aformulaciones de creciente abstracción. Su función, en este último caso, se limita a mantener una unidad casi meramente formal, pero de gran eficacia para el ejercicio del poder, puesto que, paralelamente a la unidad del sistema, existe también la tendencia al monopolio de la interpretación del sistema. Por ejemplo, el Estado tiende a regular, hoy en día, la economía en todos sus aspectos, bien sea a través de la ejecución de políticas fiscales y monetarias, bien sea a través del control del cambio, del crédito y de todo el proceso productivo, creándose continuamente nuevas y diferentes formas de permisos, cuotas, prohibiciones previas, incentivos, etc. Como la imposición de nuevas situaciones dictadas por ese crecimiento de la intervención del Estado en el dominio económico tiende a romper el universo unitario a que nos referimos, la tendencia es la de crear formulaciones más abstractas, capaces de explicar la quiebra de las jerarquías rígidas dominadas por el principio de legalidad, sin abandonarlas por ello. El recurso a nociones abiertas del tipo: «seguridad nacional», «mantenimiento del orden público», «eficacia de la administración», es típico, en este sentido.

Si se admite que éste es el universo de los grupos socialmente dominantes, podemos afirmar que éste actúa, como una especie de modelo, en dos niveles: En un primer plano, opera en el sentido de modelar los hechos sociales que no son jamás lo que son, sino siempre, en una unidad difusa, lo que deben ser, sea por la relevancia

dada a ciertos aspectos, sea por la eliminación de detalles. En un segundo plano, esto se acentúa, ya que ese universo se torna intencionalmente parcial y aproximativo, pero, al mismo tiempo, abstractamente global e integrador. De este modo, el fracaso eventual del modelo, en un segundo plano, esconde el fracaso en el primero, creando la ilusión de totalidad perenne y segura que se expresa, por ejemplo, en fórmulas del tipo: «naturaleza humana», «naturaleza de las cosas», «la vida es así», «esto siempre existió», etc.

2. RELACION ENTRE AUTORIDAD Y DERECHO OFICIAL

La situación así descrita proyecta, en las modernas sociedades occidentales, una ideología justificativa que se añade a la misma situación y la refuerza. Según esa ideología (considerada como «modelo» que actúa en dos niveles), el derecho se instaura para el establecimiento de la paz, la paz del bienestar social, que consiste no sólo en el sostenimiento de la vida, sino de una vida lo más agradable posible. A través de leyes se fundamentan y regulan mandatos jurídicos, que deben ser sancionados, lo que confiere al derecho un sentido instrumental que debe ser captado como tal. Las leyes se asumen como si tuvieran, en esencia, un carácter genérico y formal, que garantice la libertad de los agentes sociales en el sentido de disponibilidad. Es la libertad burguesa, típica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. En estos términos, se reconoce una oposición entre los sistemas formales del derecho y el propio orden vital, posibilitando un espacio jurídicamente neutro en el que se persiga legítimamente la utilidad privada. Por encima de este espacio, el pacto y la soberanía, como categorías máximas, se unen para fundamentar la obligatoriedad de obediencia. El dominio legitimado organiza la amenaza de violencia y el uso de poder dentro de la sociedad política.

Esta concepción ideológica no es necesariamente estática. El propio crecimiento de la complejidad social en las sociedades industriales hace del acto legislativo un proceso de continuo cambio, creciendo, concomitantemente, la disponibilidad temporal del derecho, puesto que su validez es también maleable, pudiendo ser limitada en el tiempo, adaptada a probables necesidades futuras de revisión, posibilitando, así, un alto grado de pormenorización de los comportamientos en cuanto capaces de ser sometidos a una jurisdicción, no dependiendo el carácter jurídico del carácter de algo que haya de ser siempre derecho. El derecho es, así, también un instrumento de modificación planificada de la realidad, abarcándola en sus mínimos aspectos.

Ahora bien, esta aparente oposición entre el derecho como un sistema formal diferenciado del orden vital, de un lado, y el derecho como instrumento de planificación, de otro, o sea, entre la necesidad de un espacio jurídicamente neutro para la prosecución legítima de la utilidad privada y la absorción concreta de todas las formas vitales

por el derecho, en cuanto instrumento planificador, sitúa la cuestión del ámbito de lo jurídico y de lo jurisdiccional en oposición a lo no jurídico, del derecho oficial frente al «derecho» inoficial, de modo peculiar. Para entender esa oposición es precisa una referencia a la propia relación de autoridad jurídica como una forma de control de conducta.

Este control puede, socialmente, proceder de diferentes modos: por el uso de la fuerza, por una superioridad culturalmente definida, por una característica idiosincrática de relación (ejemplo: padres e hijos). El control jurídico de alguien sobre alguien, de un grupo sobre un grupo, etc., sirve de referencia básica a un tercero: el juez, el mediador, el legislador o, despersonalizando, la norma. El control a través de la norma permite la imposición de significados como legítimos, disimulando las razones de fuerza que están en el fundamento de la misma fuerza y a ella se añaden. A través de esta imposición quien promulga la norma ejerce sobre los sujetos una relación de autoridad que queda determinada así: cualquier destinatario de una norma puede reaccionar de tres modos: o confirmando la orden, o rechazándola, o desconfirmando. Confirmación es una respuesta afirmativa. Rechazo es una respuesta negativa. Desconfirmación es una respuesta descalificadora. Pues bien, una relación de autoridad existe en la medida en que se neutraliza la respuesta descalificadora: el derecho puede ser negado, pero no puede ser desacreditado. De ahí las presunciones del tipo: nadie puede alegar ignorancia de la ley, el universo jurídico es un universo completo, lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, etc.

En el ámbito de esta relación de autoridad en que la desconfirmación es desconfirmada en cuanto tal y asumida como negación, lo jurídico abarca, como dice Kelsen, tanto lo lícito como lo ilícito, no habiendo espacio para un tercero. Entiéndese, así, que el derecho garantiza al mismo tiempo un espacio jurídicamente neutro para la prosecución de la utilidad privada (el ámbito de la permisión negativa o de aquello que no está prohibido), garantizando al mismo tiempo la absorción concreta de todas las formas vitales (todo está regulado, o positiva o negativamente). En este cuadro, el ámbito de lo prohibido, de lo obligatorio y de lo permitido agota las posibilidades de comportamiento que, lícito o ilícito, es siempre jurídico.

Formalmente, este es el derecho y no puede haber otro, cuyo reconocimiento implicaría la paradójica aceptación de desconfirmación de la autoridad. Este único derecho es, con todas las características anteriormente descritas, el derecho oficial. La posibilidad ideológicamente imposible de otro «derecho» sería el «derecho» de la desconfirmación, el «derecho» inoficial. Concretamente él existe, pero ideológicamente él es disimulado, desacreditado como tal y absorbido por el único derecho.

De esto deriva, a nuestro modo de ver, una enorme dificultad

para el analista, cuando éste se dispone a detectar, por encima del universo dominante, del que él mismo forma parte, la presencia de otros universos contrapuestos, diferentes o complementarios. En este sentido la tarea que nos proponemos, al examinar la existencia de otros universos jurídicos que aborden de otro modo los conflictos individuales o colectivos en que cotidianamente están envueltos los agentes sociales, presenta, como punto de partida, una duda inicial que ha de eliminarse: ¿Existen esos universos? Esa duda no se puede, en el estado presente, asumirse teóricamente, so pena de desviar el objeto de este estudio. Ha de colocarse entre paréntesis, a través de un postulado que afirme aquella existencia, admitiéndose, por consiguiente, la posibilidad de un pluralismo no reductible a una unidad, por más abstracto que sea su principio unificador. Sentado esto, es necesario definir el universo jurídico prevalente para contrastarlo con los no prevalentes, pasando a un examen de casos empíricamente suscitados para ensayar en ellos un proyecto de análisis penal, capaz de poner de relieve sus diversas determinaciones. Los casos mencionados se refieren a una investigación de 1980 de la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil), a propósito de conflictos de propiedad producidos por las invasiones de terrenos urbanos en el área de Recife con parte de poblaciones de bajo e ínfimo nivel adquisitivo. De los casos suscitados por la investigación, nos restringimos a los siguientes: 1) el de Vila das Crianças, en el que una propiedad privada invadida por 300 familias de baja renta ocasionó acción de reitegración de la posesión por la empresa propietaria, con la remoción y expulsión de los invasores por la fuerza policial (Barrio dos Afogados, Recife, octubre-diciembre de 1979); 2) el de la Compañía de Ferrocarriles, en el que la invasión de propiedad perteneciente a empresa pública (Red Ferroviaria, S. A.), fue solucionada por medio de negociación e indemnización, removiéndose a la mayor parte de los invasores (Barrio de Imbiribeira, Recife, mayo de 1979); 3) el de Skylab, caso de invasión de propiedad privada por 300 familias de baja renta, en el que inicialmente fue utilizada fuerza particular y policial y, después, negociación, llegándose a cerrar con los invasores un contrato de arrendamiento del suelo invadido, permaneciendo los invasores en el local (Barrio de Casa Amarela, Recife, julio de 1979); 4) el de Vila Camponesa, caso de invasión de propiedad pública federal y estatal (CHESF y CELPE) por dos mil familias de baja renta, en área localizada bajo los hilos de alta tensión, en el que una acción de recuperación de la posesión estaba todavía pendiente (Barrio de Curado, Recife, noviembre de 1979); 5) el de Dendê, caso de invasión de terreno perteneciente a la Prefectura Municipal de Recife por 24 familias de baja renta, con tentativa de expulsión y amenaza de demolición de las chabolas, estando esas medidas suspendidas actualmente (Barrio dos Afogados, Recife, octubre de 1979).

Sentado esto, nuestra intención es ahora la de examinar los casos

mencionados, con la intención de observar cómo manifestaciones de un «derecho» inoficial tienen lugar a pesar de su imposibilidad ideológica, cómo tiene lugar su absorción por el derecho oficial y, eventualmente, cuáles son los límites de esta absorción al provocar crisis estructurales en un universo jurídico dado.

3. LAS MANIFESTACIONES DE UN «DERECHO» INOFICIAL EN LOS CASOS DE INVASIONES COLECTIVAS DE PROPIEDAD EN LA REGION DE RECIFE.

La manifestación tipológicamente más fácil de ser percibida por un «derecho» inoficial se refiere a la guerra revolucionaria, al intento de sustitución de un orden establecido por otro. Incluso en esos casos, sin embargo, el universo jurídico oficial tiene medios para absorber la acción revolucionaria desconfirmadora cuando habla, por ejemplo, de «derecho de rebelión», cuando discute la legitimidad de la llamada «desobediencia civil», etc. En estos casos estamos ante protestas asumidas, en las que la desconfirmación es ejercida intencionalmente. Las nociones de «Derecho de rebelión», paralelas a las de «crimen político», muestran, de cualquier modo, la tentativa de absorción por parte del derecho del acto desconfirmador, de tal modo que todo adquiere sentido (lícito o ilícito) dentro de su universo.

Los casos que vamos a examinar, por su parte, difieren de esos ejemplos por así decir clásicos y de más fácil percepción. Ello en razón de que se trata de desconfirmaciones más sutiles, no intencionales, no asumidas como tales, en las que la retórica desconfirmadora usa los mismos instrumentos del derecho oficial, distorsionando su sentido de modo casi imperceptible. En realidad, la irrupción de un «derecho» inoficial casi no se nota al nivel de los argumentos, de las negociaciones y de los procedimientos, revelándose antes por las crisis intermitentes que va dejando su estela. Además de eso, los actores sociales se comunican a través de intermediarios, cuyas mediaciones oscurecen aún más el carácter inoficial del «derecho» latente. Así, por ejemplo, en las invasiones de propiedad que vamos a examinar, la población de chabolistas cuenta con el auxilio de abogados vinculados a la Iglesia, o propietarios usan de la complacencia de las autoridades, creando una gama compleja de relaciones en las que lo inoficial presenta diferentes matices.

A efectos del análisis, con el propósito de evitar la dispersión, vamos a concentrar nuestro interés en algunos focos nucleares. Dentro de la temática general del derecho de propiedad que ocupa centralmente las disputas entre invasores y propietarios, nuestra atención se dirigirá, en conformidad con el modelo teórico anteriormente desarrollado, a los siguientes temas: en primer lugar, desearíamos examinar la noción de infracción y culpa teniendo a la vista una configuración de la ilicitud: el concepto clave en torno al cual trabajaremos

será, a este propósito, el de invasión; a continuación observaremos el comportamiento social ante los procedimientos decisorios, dando relieve a la cuestión del distanciamiento entre el hecho concreto y su cualificación jurídica, abstracta y general; por último nos preocuparemos de la relación entre la autoridad y sus corolarios más importantes, la legalidad y la legitimidad.

3.1. Licitud e ilicitud en el concepto de invasión

Dentro del marco del derecho oficial, la invasión de propiedad es una modalidad de usurpación de propiedad inmueble, tipificada en el artículo 161, II, del Código penal, bajo el *nomen iuris* de robo posesorio, dado que, en ese momento, el Código no preveía el llamado «error sobre la ilicitud del hecho» (actual art. 21). Los elementos esenciales del crimen son, básicamente, la invasión del predio (terreno o edificio) ajeno, el empleo de violencia o grave amenaza o concurso de dos o más personas y la finalidad perseguida: ocupación de inmueble, para comportarse en él como si se fuese dueño. En su fundamento está el propio derecho de propiedad, que incluye el uso, el disfrute y la disposición de los bienes, fundados en formas de adquisición legítima. Además de eso, la posesión también está incluida en cuanto ejercicio pleno o no de algunos poderes inherentes al dominio. Importa además el carácter justo de la posesión, aquella que no es violenta, clandestina o precaria, así como la presunción de buena fe, cuando se trata de poseedor con justo título.

En los casos que estamos examinando, el derecho de propiedad era ejercicio conforme al derecho oficial. El reconocimiento de éste es, en líneas generales, perceptible tanto por parte de los invasores, como de los propietarios o de los funcionarios del aparato jurídico oficial (judicial, policía, administración) o de los abogados o intermediarios. Poco a poco empezaron a aparecer matices en la configuración de la invasión, hasta el punto de introducir, en la conciencia jurídica oficial, modificaciones importantes.

De parte de los chabolistas, tres son los principales motivos aducidos para justificar la invasión: El primero de ellos podemos calificarlo como el de un permiso expreso. Esto se ve en sus mismas declaraciones: «La principal razón de haber invadido el terreno fue la declaración hecha por el Presidente: todas las áreas abandonadas, que no estuvieran cercadas y que no estuvieran siendo utilizadas podían ser en principio habitadas» (líder en el caso de Vila das Crianças). Hacía referencia a un discurso de João Batista Figueiredo, hecho reconocido por el juez que juzga los hechos, en el caso en cuestión, del modo siguiente: «Sabía, extra-proceso, extra-autos, que el Presidente había dicho: “Ahí tienen tanta tierra vacía, ¿por qué no habitan en ella?” Y esto lo acabó conociendo esta población pobre... ». El segundo motivo lo calificaríamos de permiso implícito.

En palabras de una ocupante: «Yo veía que desde hace diez años el terreno está abandonado, luego el terreno puede ser ocupado» (caso Vila das Crianças). El tercero lo llamaríamos situación de hecho o, como dice un miembro de la comisión de invasores en el caso Skylab: «(lo que determinó la invasión) fue la necesidad, porque las personas viven sin tener trabajo, con la casa llena de hijos, pagando alquiler, o cuando no lo pagaba, el tío estaba a la puerta, queriendo echarle, amenazando con la policía».

Los tres motivos tienen diferente peso por lo que se refiere a la conciencia de infracción. El primero de ellos supone el elemento personal, la fuerza de la autoridad constituída, pero tiene la fragilidad de la desconfianza. La orden permisiva parece clara, pero, en los cuadros del derecho oficial, en los que debería estar inserta, tiene, incluso para el chabolista, un aspecto contradictorio respecto de las instituciones. Como narra uno de ellos: «Ocurrió así: la gente estaba en casa, oímos una voz por la radio y el periodista hablando que donde hubiera tierra no cercada ni murada, la familia pobre que no tuviese una casa para vivir podía hacer su chocita; entonces hubo un grupo de amigos aquí en Alto do Brasil que habían escuchado bien e iban de puerta en puerta llamando, animando; unos querían, otros no querían, tenían miedo». En realidad lo que mueve es la acción colectiva, que genera, no obstante, incertidumbre. De un invasor: «Allí llegaron los amos diciendo que la tierra era de ellos. Yo dije: ciudadano, yo estoy aquí por los otros, pero si es así me voy ahora». En realidad, este ir con los otros fundado en un permiso expreso del que oyó hablar o del que fue informado, produce una cierta irresponsabilidad del acto de invasión, del cual se tiene conciencia. Invasora (Vila das Crianças): «Me dijeron allí, donde vivo: están invadiendo allá. Y yo ingenua me fui a invadir. Me fui con mi puchero bajo el brazo. La gente decía que aquello no tiene dueño, vete tú también. Ven que no perderás el tiempo. Y yo, cría como soy..., caí en la trampa».

El segundo motivo, el permiso implícito, parte de un modo de ver las cosas propio del derecho oficial. En el supuesto de que la interpretación sea correcta, la invasión pierde su calificación en cuanto tal, provocando tolerancia cuando se cae en la cuenta de que no es lo que se pensaba. De la misma invasora, antes citada: «Yo veía que desde hace diez años el terreno estaba abandonado, luego el terreno puede ser ocupado. Fui la primera en llegar aquí y estoy tranquila de tener mis derechos... Los dueños son los herederos de Fernando Rodríguez, y esto es posesión. La tierra es de ellos y nosotros somos poseedores». Después, cuando tuvo lugar el desalojo por orden del juez, aunque reclamasen por la forma de llevarlo a cabo —demolición de las casas y plazo corto para salir— había invasores que reconocían: «Lo que el juez ha hecho, hecho está: el juez autorizó el desalojo, pero así no, agresivamente, pero el que va tras la tierra

de otros, quien hace de cachorro de la gente, acaba con el rabo entre las piernas».

El tercer motivo es el más fuerte. La sustitución de hecho, como de otra parte el mismo derecho oficial reconoce, puede incluso generar derecho. Incluso *contra legem*, como aseguraba Kelsen en su Teoría Pura. En los casos expuestos, la necesidad parece suplantar todo. Veáanse, por ejemplo, los siguientes testimonios: «La reacción del propietario se debía a que para él la tierra deshabitada estaba rindiendo mucho más. Quería defender su tierra, tenía que obrar de esa manera para ver si la gente desistía; si desistía, él ganaba el lucro porque la tierra estaba deshabitada. Yo no puedo juzgar eso por un derecho, porque la necesidad de la gente era mayor que la suya». La última afirmación es decisiva. El derecho oficial («un derecho») no soporta la necesidad, que es capaz de arrastrar todo: «Yo estaba en gran necesidad; quiero decir que toda la gente se arriesgaba, podía incluso ser cogido por la policía, ser encarcelado o morir, pero por una gran necesidad». La necesidad mencionada no es sólo de orden material. Se da también una presión moral, la dignidad social, cuya fuerza es equivalente: «Sólo tengo fe en Dios de no pagar ya más alquiler. Es una humillación que quieran cobrar de uno todos los días sin tener dinero. Los vecinos lo acaban sabiendo... No me importa ir a la cárcel, no escojo el lugar. Quiero un rincón del que no me expulsen ni me vengán a cobrar un alquiler».

Cuando el motivo es del primer tipo, no hay conciencia de un «derecho». Permanece el carácter de infracción. La prevalencia del derecho oficial tiene que ser mantenida, y esto tiene lugar con la ayuda de intermediarios que hacen, por decirlo así, la acomodación. Como dice un miembro de la Comisión de Justicia y Paz, en el caso Skylab: «El gran generador de la tensión en todo este conflicto fue la defensa de la propiedad privada». Y otro (Dom Helder Camara) dice: «No resistan y permanezcan dentro de sus casas. Si existe una ley de propiedad privada, existe el derecho a una casa propia... La gente sentía que ellos (el pueblo) estaban convencidos de tener derecho a tener una casa». Y el presidente de la Comisión: «Si se comienza a razonar mucho en términos de ley, no se discute Skylab... La cosa tiene que ver con un contexto más amplio... El ideal es que el pueblo pueda caminar con sus propias piernas». El mediador percibe la incongruencia de los dos mundos e intenta establecer un puente. Como dice un seminarista: «Ellos (los directores) hablaban de una manera que el personal no entendía: no era un lenguaje técnico, pero eran las palabras de día de fiesta, como dice el pueblo... El hecho es que tenía dos mundos reunidos en una sala, dos mundos escindidos por la ideología». Por parte de los ocupantes se produce, a consecuencia del recurso paternalista a la autoridad constituida, en forma de una apelación y una esperanza: «No afirmo que el juez diera orden de derribo, él no va a darla. ¿Lo hará algún momento? Es huma-

no, y puede muy bien pensar que está dentro del derecho, pero nunca va a hacer eso» (Skylab). Otro testimonio: «Llegó allí el dueño del terreno. Hubo una demolición. De allí vinimos para acá. Cuando apareció el fiscal dijo que esto era de la Prefectura y que la gente se quedase» (Dendê). «La gente corrió hacia Dendê. No sabía que hubiera allí derribos. Allí es tierra de la Prefectura y no tienen problemas» (Vila das Crianças). Aún más claro: «Ellos son concejales, candidatos a concejales, precisan del voto para tener el gobierno y el Gobierno precisa de la gente. Espero que el Gobierno resuelva» (Vila das Crianças).

Si el motivo es del segundo tipo, el carácter infractor del acto no se configura, porque surge la conciencia de un derecho, ciertamente precario, pero dentro del marco de un supuesto derecho oficial. En realidad, este caso muestra incluso una serie de elaboraciones, análogas a las que acontecen en el universo jurídico vigente. De esta forma, la posibilidad de tensiones entre el derecho y los intereses se organiza, dando margen a un subproducto jurídico bastante peculiar. «Yo pienso así: si esos hombres no hacen nada del terreno, si aquellos pobres que lo precisan no tienen donde vivir...» El raciocinio de la ocupante, sin embargo, se interrumpe. No obstante, reflexiona sobre la propiedad y dice: «Ahora, tomar la tierra de ellos, no». Continúa su razonamiento indicando que si la invasión tuvo lugar a causa del abandono y eso no genera un derecho, hay la posibilidad de pagar por el uso, y así se crea un derecho y desaparece la infracción: «Pero la gente pagará al arrendador... ¿No es de ellos la tierra? De la gente, no. La chabola es de la gente, la tierra de ellos. Si estos terrenos están desocupados, no es extraño que el pueblo los ocupe. ¿Cuánta gente hay todavía en la calle? Yo no ando equivocado, no» (Skylab). En el caso de la Red Ferroviaria, la elaboración parajurídica es todavía más patente, oscureciendo el carácter de infracción del acto: «Yo no soy ocupante. Compré mi casita. Está bien que la Red precise de tierras, pero nosotros tenemos derecho a una vivienda decente». O como dice otro ocupante, mostrando claramente que ha de llegarse a un acuerdo separando la propiedad del suelo de la de la vivienda: «Estoy en su lugar en el que el terreno es de otros, pero la casa la tengo comprada. Luego, que no me llamen invasor» (irritado).

Cuando el motivo es del tercer tipo, situación de hecho, no hay conciencia de infracción y el «derecho» que de ahí surge no está definido en los marcos oficiales por el ocupante. Por decirlo de algún modo, él es ocupante. Pero la ocupación no es infracción. Y el hecho le confiere un «derecho» inoficial. Este «derecho» inoficial tiene matices propios y está íntimamente ligado a la necesidad, que es la fuente de la que mana. Dice una ocupante (Skylab): «Por una parte no estoy contra los dueños de la inmobiliaria, ninguno quiere tener lo suyo, para que luego se lo ocupen de esta manera... Todos tuvieron

necesidad de hacerlo. Nadie, que tenga casa propia, que tenga de qué vivir, habría ido a apropiarse de una cosa imposible... si mi marido tuviese un puesto de trabajo, y no hubiera tenido necesidad de invadir lo que es de otros». El argumento se completa con lo dicho por otra invasora: «Si eso es una necesidad de quien no tiene casa propia, lo que la gente hace es un derecho». Este «derecho», sin embargo, no es absoluto. De un lado, ha de ser regulado. O mejor, genera el derecho de llegar a un acuerdo y pagar: «... (la gente) tiene derecho de hacerla (la invasión), porque les está pagando a ellos... Ahora bien, si invade y no hace acuerdo alguno con la inmobiliaria, entonces no es tan seguro, porque ellos son los dueños». Por otra parte, se excluye la pseudonecesidad: «Pero yo sé que por aquí viene mucho explotador de casas, gente que ocupa sin tener necesidad, sólo para ganar dinero» (CHESF-Vila Camponesa).

Por lo observado, nos parece que, en lo que se refiere a la relación de autoridad, cuyo mantenimiento es necesario para que prevalezca el derecho (oficial), el primer tipo de motivo de ocupación configura un rechazo, que no destruye la autoridad, sino que, antes bien, la refuerza. El segundo tipo, sin embargo, bajo apariencia de una confirmación del derecho oficial, introduce una sutil desconfirmación, para posteriormente, al reinterpretarlo, desorientarlo. El tercero es una desconfirmación camuflada por un principio que no se explicita, pero que está presente en todo momento: «Esta orden, del modo en que está, es injusta y no tiene por qué ser respetada». La desconfirmación, por tanto, que percibimos en los dos últimos tipos, no es suficiente para configurar un «derecho» inoficial. Para percibirlo es necesario, ahora, verificar el tipo de respuesta ofrecida por el derecho oficial, conforme a la actuación de los demás agentes sociales.

3.2. El comportamiento social ante los procedimientos decisorios y la calificación jurídica, abstracta y general

«No compete a la justicia resolver problemas sociales, sino garantizar el primado de la ley». Este testimonio de uno de los jueces implicados en los procesos promovidos por los casos examinados retrata simbólicamente la respuesta oficial del derecho oficial. En este sentido, de un lado, al nivel de vivencia social de lo cotidiano, el derecho se revela como un conglomerado de símbolos e ideales no coherentes que el hombre medio percibe como incoherentes cuando queda implicado en un proceso judicial, y se ve confrontado con el derecho de los otros. De otro lado, sin embargo, es impensable que el derecho admita, oficialmente, que se mueve en múltiples e incoherentes direcciones, al considerarse condición para satisfacer los valores emocionales y los intereses en conflicto en una sociedad dada. Como observamos anteriormente, el buen éxito del derecho como fuerza unificadora depende de dar un significado efectivo a la idea de un régimen de

derecho como algo unificado y racional. Este éxito reposa, en parte, en la verdad ideológica de la *élite* cultural, realizada por la ciencia jurídica, que transforma el derecho en una caja de resonancia de las esperanzas prevalentes y de las preocupaciones dominantes de los que creen en el gobierno del derecho por encima del arbitrio de los hombres. En el universo oficial los ideales contradictorios aparecen como coherentes, ya que se demuestra que el derecho es, al mismo tiempo, seguro y elástico, justo y compasivo, socialmente eficiente y moralmente equitativo, digno y solemne, pero también funcional y técnico. Y porque modernamente existe la pretensión de una cierta racionalidad objetiva, fundada en principios y reglas, o al menos de una cierta razonabilidad, el derecho asume los aspectos de un rito ceremonial en busca constante de justa coherencia.

En los casos examinados, este cuadro general se manifiesta a través de mecanismos neutralizadores de incoherencia. La incoherencia no es suprimida, permanece, pero neutralizada. Esta neutralización se obtiene, de una parte, por el distanciamiento funcional de la autoridad, de otra, por el encubrimiento retórico propiciado por los lugares comunes propios de la cultura jurídica dominante.

En cuanto al distanciamiento funcional, del secretario judicial al juez, del abogado al funcionario, la técnica de la legalidad es una tónica constante. Véase la citada frase del juez o el siguiente testimonio del secretario (Vila das Crianças): «Mi función allí era la de mostrar el mandato y explicar el por qué... El juez cumplió su deber... siguió la ley». La percepción del distanciamiento crece, se acrecienta: «Si él supiera de la situación social existente tal vez estuviera a favor de los pobres. Los abogados aportan fotografías diciendo que las casas están sólo comenzándose a levantar (por lo que no hay lugar a la demolición). El juez no acepta ese argumento, piensa que es lo mismo... ya que las casas están a la vista. En fin, él sólo puede juzgar de acuerdo con los autos». Del mismo modo un oficial de justicia: «Surgió un mandato de recuperación de la posesión, que había que cumplir. Vi el grupo de miserables que estaban allí. Pero la orden debía cumplirse».

En cuanto al encubrimiento retórico, el lugar común de la legalidad tiene enorme relevancia. «Todo solar es protegido por la ley desde el momento en que tiene dueño. El régimen de propiedad debe mantenerse, cada mochuelo a su olivo. El propietario no tiene que ver con el problema», dice el secretario. «El derecho de propiedad está claramente protegido por la Constitución», afirma el gerente de la empresa reclamante. «Las medidas judiciales son las únicas que tienen cabida en los conflictos de propiedad porque es el derecho el que resuelve los litigios. Es el único medio legal para resolver los casos... El derecho de propiedad no puede ser lesionado. Modificarlo sería inconstitucional. Derecho de propiedad es derecho adquirido», dice el asesor jurídico de la Secretaría de Trabajo y Acción Social.

En términos idénticos, un ingeniero, coordinador del Programa de Recuperación de Chabolas de la Secretaría de Vivienda, quien repite con énfasis: «Defiendo la vivienda, pero el derecho de propiedad no puede ser agredido por ella». Más explícito todavía es el director del Programa Especial del Secretariado de Vivienda: «La Secretaría no puede apoyar ocupaciones porque hay leyes que preservan la propiedad privada. Como tampoco que alguien de este departamento calificase de injusto el no uso de las tierras en el área urbana».

No se piensa que esta retórica es sólo propia de un grupo. La creencia en la justicia aparece también, aunque de forma difusa y embrollada, entre los chabolistas: «Con el abogado va a ser mucho mejor. Del hecho de que él tuvo la causa ganada para destruir lo que era nuestro, la gente puede tener la causa ganada para adquirir aquello que fue destruido... Estoy seguro de que la Justicia puede resolver nuestro problema, porque no había motivo. Siempre tiene que haber aviso previo, y aquí no lo hubo», dice una ocupante de Vila das Crianças, refiriéndose a la demolición de las chabolas y a la orden de inmediata retirada de las familias. Pero aquí el derecho tiene algo de primitivo, es menos una instancia abstracta, y se asienta más directamente en los hechos. Es verdad que la ocupante dice que el abogado, es decir, el agente jurídico, puede hacer ganar su causa tanto a una como a otra parte. Pero esto no significa el reconocimiento del derecho como instancia abstracta, separada de lo propiamente social. Al contrario, el hecho de que el derecho pueda proteger a la otra parte parece algo extraño y hasta inconcebible. Dice la misma ocupante: «No dudo que el juez mandara derribar... Pero, ¿sin dar un plazo? El es humano. Puede muy bien pensar que está dentro del derecho, de la ley..., pero nunca debería hacer eso». O sea, que el derecho ha de ser conforme a la necesidad social, o no es derecho. No se vea en esto una formulación racionalizada: la cuestión de la acomodación del derecho abstracto a la realidad concreta. Tratase antes bien de una identificación.

Esta identificación, con todo, es obviamente problemática. Por la misma razón de que la conciencia de la propia situación social no es abstracta, sino concreta y contrastante. «Allí echaron a la gente hacia Dois Rios», dice un ocupante del caso Vila das Crianças, contando lo que ocurrió tras la expulsión del terreno ocupado. «Cuando la gente llegó allí había una barricada tan grande impidiendo el paso, que si la gente a las once aún creía poder ver el sol, a las once y media desaparecía el sol. Me dije: ¿a dónde, condenado, vas a vivir ahora? Un pobre es una mierda, y hecha la pipa sólo sirve para echar humo». No se trata, a pesar de eso, de una conciencia pasiva y adaptada: «Sin la Comisión de Justicia y Paz sería más difícil», dice un miembro de la comisión de invasores de Skylab. «La gente había invadido sin saber a ciencia cierta dónde iba a acabar aquello. Por eso dije que había que aceptar el acuerdo, para hacer frente a tantos

perjuicios». Con eso, todo el entramado estructural del derecho oficial, que exige una coherencia racionalizada, queda en peligro. Al final, acuerdos como el que surgió en Skylab, produciendo un contrato de «alquiler del terreno», decisiones judiciales, acomodaciones políticas, están condicionados por la racionalidad de la intención social, al menos desde el punto de vista del derecho oficial.

En este sentido, la participación de la Comisión de Justicia y Paz es significativa. Si, como dice una autoridad del derecho oficial, el ingeniero director del Programa Especial de la Secretaría de Vivienda —«yo sólo actúo con barrios de chabolas ya organizados: es un requisito para que se pueda desarrollar esta tarea»—, se entiende que la preocupación de la Iglesia, en el mismo contexto, sólo podía ser una: «El personal de Skylab no tenía experiencia organizativa, de articulación de la comunidad, de nada... De ahí que nuestra preocupación fuera que ellos escogieran la comisión, que participaran en el proceso de discusión y que, al final, asumiesen lo acordado». La presencia del abogado a favor de los ocupantes realiza, así, la mediación racionalizadora. De una parte dice una ocupante en el caso de Red Ferroviaria: «Aquí tengo en mi poder el teléfono de la fábrica Pirelli. Esto vale mucho. ¿Voy a vivir en el fin del mundo? ¿No voy a gastar mucho teniendo esto? No soy bestia de carga que se contente con poco dinero». De otra parte, la mediación del abogado: «En lugar de reconocer la posesión de aquellas personas, más allá de que fuera tranquila y pacífica, como el terreno es de la Unión, la gente no podía aducir usucapión». De ahí se partió para justificar una indemnización.

En verdad, incluso con mediación, la exigencia estructural de racionalidad fracasa ante las dificultades reales y se desmonta. Con ello, el derecho oficial, perturbado, pasa a exigir condiciones de efectividad más allá de su propia retórica. Al ser quebrantado, sin embargo, las desconfirmaciones de autoridad antes referidas toman cuerpo, configurándose así un «derecho» inoficial. O sea, la respuesta del derecho oficial a las desconfirmaciones, cuando sobrepasa sus propios límites ideológicos, da margen a la transformación de una desconfirmación, como las referidas en 3.1, a una forma de «derecho» inoficial, a un universo jurídico paralelo, concomitante y en conflicto.

3.3. La crisis de autoridad

«El acuerdo fue la mejor salida. Hubo perturbación de la posesión, pues los dueños se opusieron a ella... Ellos presenciaban con pavor la invasión. Ciertamente ellos tienen la tierra y la arriendan. Pero existe un principio más elevado que el del negocio, y es el principio de autoridad: soy dueño de la tierra, puedo hacer de ella lo que quiera sin dar explicación a nadie». El testimonio es de un abogado de la Secretaría de Vivienda. En él, aparece expresamente

el principio de autoridad. En ese caso se identifica con el respeto al régimen de propiedad: «Respeto y reconozco la capacidad de organización del pueblo, pero jamás llegarán a un acuerdo», dice el mismo abogado, «pues están en una condición inferior, están equivocados al invadir. No llega a ver lo justo y lo injusto. En el fondo todo está regido por la propiedad».

Es claro que la relación de autoridad no se identifica con la efectividad del derecho, sino con el respeto que por él se siente. Hubo perturbación de la posesión que es una negación del derecho, pero no una desconfirmación, pues, para negar el derecho, al perturbar la posesión, es preciso antes reconocerlo y sólo se niega aquello que se reconoce. Sólo cuando se desacredita, cuando se ignora, estamos ante la desconfirmación. El principio de autoridad implica, pues, para prevalecer, el crédito de la autoridad.

Los casos que estamos examinando muestran, con todo, un proceso de descrédito. Una especie de impotencia del orden constituido o de desconfianza patente en las soluciones normativas y en el esquema de autoridad subyacente. En primer lugar a través del reconocimiento casi cínico de la realidad. «Ya se sabe que dentro del sistema capitalista y jurídico, quien hace la ley es el dueño de la tierra: diputados y senadores», dice el abogado recién citado. «La legislación no protege a la gente pobre. Esta sale siempre perdiendo, explotada», habla un ingeniero, director general de Coordinación de la Secretaría de Vivienda. Aún más, un abogado de una empresa en el caso Skylab: «Cada uno es dueño de lo que tiene, quien compra todo es el dinero... Las leyes no modifican nada. La naturaleza es la que determina el tener. Modificar el sistema de propiedad es modificar la propia naturaleza humana que se regula por el tener». Esto se conecta, en segundo lugar, con la desconfianza en las soluciones normativas del derecho oficial. Dice el Delegado Jefe de la División de Operaciones de la SSPE: «Encuentro el proceso judicial muy lento». O el ingeniero, presidente de la Comisión de Expropiación: «¿Tribunales? Si contáramos sólo con ellos no terminaríamos esto ni en el año dos mil».

A pesar de eso, es preciso encontrar una solución. Dentro del propio derecho oficial hay una retórica justificativa que configura una exigencia: «Tenemos que defender el interés colectivo», fórmula usada por un abogado de la Red Ferroviaria y que sitúa el universo jurídico en una forma neutralizada, que oculta las parcialidades de un derecho que se pretende imparcial. Incluso por parte de la Comisión de Justicia y Paz nos encontramos con algo semejante: «El asunto tiene que abordarse en un contexto más amplio», dice su presidente.

Todo esto, entre tanto, acaba sirviendo de telón de fondo para una solución que va más allá de la ideología del derecho oficial. La cuestión acaba siendo un problema de fuerza: «(...) con el proceso de apertura, la desfachatez alcanza el derecho de hablar más alto» (Director del Programa Especial de la Secretaría de Vivienda). «Pien-

so sólo en esto: nadie va a demoler una casa con gente dentro de ella. Es una defensa. Ellos no tienen dinero para pagarle al abogado» (Delegado Jefe de la División de Operaciones de la SSPE). «Las leyes no aportan soluciones. La evaluación de suelos urbanos para atender objetivos sociales no sería suficiente... La justicia es débil. Podría ser más ágil. El juez debe ordenar desalojar a todo el mundo para después resolver el caso. Pero no es lo que ocurre y por eso hemos de procurarnos nuestras propias soluciones», dice el Director Financiero de la inmobiliaria cuyos terrenos fueron invadidos.

Y al buscar las «propias soluciones» comienzan los desvíos. No son ostensivos, pero se ocultan tras la seudolegalidad. Al final, como dice un abogado de una empresa involucrada: «Sólo los expertos llevan ventaja, y esto pasa también con la justicia». Consciente de esto, el propio juez se justifica: «Es natural que los ocupantes quieran plazos para retirar sus cosas. Pero entretanto, si les damos plazos, crean más derechos... Y el derecho se ejerce coercitivamente, mediante coacción. No se puede suavizar. No obstante estamos haciendo todo sin alardes, pero con energía, tomando las medidas justas». Tales «medidas justas» alcanzan hasta los mismos oficiales de justicia: «No nos es permitido trabajar el domingo, pero la diligencia había sido iniciada el sábado y debía continuarse... Generalmente, en el cumplimiento del mandato, cuando hay niños, no podemos demoler. Pero allí hubo que tirar todo». Eso a pesar de que, en el caso de Vila de Crianças, conforme al artículo 180 del Código Procesal Civil, el plazo debía quedar interrumpido.

De cualquier modo, las mismas «soluciones» puestas en práctica no parecen apartarse del derecho oficial. Dice el Director del Programa Especial de la Secretaría de Vivienda: «No se pueden apoyar las ocupaciones, porque es un problema de seguridad pública... Y son un tumor, desde el punto de vista social, los latifundios urbanos... La tensión del conflicto forzó el acuerdo». Claro que para ello hay una especie de «salida» honrosa: «evitar esos fenómenos urbanos es un problema mundial, no es sólo nuestro». Al final, el problema escapa al derecho (oficial): «... es difícil determinar las causas de las invasiones. Pero nadie invade porque quiere. El problema es de orden económico... ¿Cambiar las leyes? De nada sirve, pues todo acabará en letra impresa», dice el abogado de la Red Ferroviaria.

4. CONCLUSION

Teniendo a la vista lo expuesto, son posibles algunas observaciones finales respecto del «derecho» inoficial. Su presencia no debe tomarse ni como una negación del derecho oficial que, por otra parte, lo calificaría jurídicamente, absorbiéndolo como ilicitud, antijuridicidad, ni como una desconfirmación revolucionaria, lo que significaría en los cuadros doctrinales, oficiales, la instauración de un nuevo de-

recho (oficial). Tampoco se trata de una desconfirmación del tipo producido por el desuso o la costumbre negativa, en los que la pérdida de vigencia del derecho oficial es realizada, de hecho, por otro derecho que exige, en razón de su facticidad, reconocimiento. En realidad es un fenómeno no encuadrable en el contexto dogmático oficial; no es ilicitud, ni revolución, ni costumbre negativa.

A falta de una terminología, consideraríamos al «derecho» inoficial del que estamos hablando como una articulación desarticulada del derecho oficial. En el fondo, este «derecho» se vale del instrumental oficial, pero produciendo una insoportable impotencia, de tal modo que el derecho oficial acaba por articularse conforme a un modelo que lo desacredita y lo refuerza al mismo tiempo. Para explicar esta paradoja, es preciso retomar una noción presentada al comienzo de este trabajo, según la cual, el universo de los grupos dominantes y, por extensión, el universo socialmente dominante actúa sobre la realidad como un modelo ideológico, en dos niveles. En este sentido, el derecho oficial opera, en un primer plano, configurando los hechos sociales, que no son jamás lo que son, pero que son, en una unidad difusa, lo que deben ser. En un segundo plano, esto se acentúa, pero de forma inversa, pues allí el derecho oficial actúa en el sentido de configurar los hechos sociales que, ahora, deben ser lo que aparentemente son. En el primer plano, el modelo tiene sentido normativo; en el segundo, bajo capa de cognitivo, tiene un sentido criptonormativo.

En los casos que presentamos en este trabajo observamos que, en un momento dado, el modelo normativo —propiedad, posesión, usucapión, perturbación, proceso legal— se desarticula, exigiendo que autoridad y súbdito pasen a actuar fuera de él. Esta actuación, fuera del modelo, sin embargo, en un segundo plano, se rearticula a través de fórmulas criptonormativas del tipo «o el derecho se ejerce coercitivamente o no es derecho», «las leyes no pueden resolver todos los problemas», «la naturaleza humana tiene sus meandros y, a veces, nos coloca ante lo inexorable», etc. Y de ahí que ocurra que, mientras aquella articulación desarticulada desacredita el derecho oficial en el primer plano, en el segundo lo refuerza. En estos términos, el «derecho» inoficial no aparece como ruptura o como anomalía dentro del derecho oficial. Forma parte, al contrario, de la experiencia de este último. En el límite, está claro, el derecho oficial puede ser llevado a una crisis global, a una destrucción y a sus sustitución por otro derecho oficial. Salvo esa hipótesis, lo que sucede es una convivencia con la crisis, el oficial y el inoficial coexistiendo en un mismo espacio y en un mismo tiempo.

No fue nuestra intención, en este trabajo, examinar causas y condicionantes económicos, políticos y socio-culturales de los procesos de manifestación del «derecho» inoficial en el contexto del derecho oficial. Del material recogido en la investigación de la Universidad

Federal de Pernambuco nos limitamos, por decirlo así, a las manifestaciones superestructurales. No atendimos al por qué, sino al cómo, sin en ningún caso tener la pretensión de reducir el uno al otro.

De cualquier modo, si alguna lección se obtiene de las observaciones expuestas, tal vez se condense en un texto de Oswald de Andrade, el «Manifiesto Antropofágico», una obra significativa del modernismo brasileño, en el que dice: «Pregunté a un hombre qué era el derecho. Me respondió que era la garantía del ejercicio de la posibilidad. Ese hombre se llamaba Galli Mathias. Como yo».

(Traducción del portugués por JUAN JOSÉ GIL CREMADES)

Los españoles y la ley

Por JOSE JUAN TOHARIA

Madrid

Todo el mundo cree, en nuestro país, que las leyes son imprescindibles para el funcionamiento de la sociedad. Pero casi dos de cada tres españoles resultan ignorar la mecánica básica de su creación.

En efecto, por un lado tenemos que, según datos recientes de opinión (Toharia, 1987) (1), tan sólo el 3 por 100 de los españoles considera que, realmente, la sociedad iría mejor sin leyes. La «anarquía normativa» carece, pues, en absoluto de defensores, ni siquiera en el plano teórico y abstracto del «deber ser» (que es en el que, en definitiva, se planteaba la pregunta).

Al mismo tiempo, sólo una llamativa minoría del 39 por 100 de nuestros compatriotas sabe decir, correctamente, cuál es el mecanismo concreto, aquí y ahora, para su elaboración. Un 3 por 100 piensa que las leyes las hace el Rey; un llamativo 43 por 100 que las hace el Gobierno; el 15 por 100 no sabe —o no quiere— dar una respuesta.

Lo cierto es que, comparando esta pauta de respuestas con la obtenida, a una pregunta similar, en el año 1982 cabe apreciar interesantes variaciones (véase tabla 1). En efecto, a lo largo de los últimos cinco años parece haber aumentado de forma importante en nuestro país la idea de que las leyes las hace el Gobierno: el 28 por 100 pensaba eso en 1982, frente al 43 por 100 ahora, lo que implica sencillamente un aumento del 54 por 100. Bien es verdad que, salvo desde un punto de vista de rigurosa técnica jurídico-constitucional, una tal afirmación no es totalmente incorrecta: las Cortes son, ciertamente, quienes hacen las leyes, pero normalmente a partir de proyectos remitidos por el Gobierno. Si además tenemos en cuenta que a lo largo del tiempo transcurrido entre ambas fechas consideradas ha existido, en nuestro parlamento, una holgada mayoría absoluta del partido en el Gobierno no debe extrañar excesivamente que una creciente proporción de ciudadanos haya podido verse inducida a error a la hora de establecer quién es el titular del poder legislativo.

(1) TOHARIA, J. J.: *Pleitos tengas... Introducción a la cultura legal española* (Madrid, C.I.S./Siglo XXI, 1987).

TABLA N.º 1

CONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACION DE LAS LEYES

«Si un amigo suyo extranjero le preguntase quién hace las leyes en España, ¿que le contestaría usted?»

	Marzo 82	Octubre 87
Las hace el Rey	5	3
Las hace el Gobierno	28	43
Las hacen las Cortes	48	39
No sabe	16	14
No contesta	3	1
	100	100
(N)	(4.985)	(2.449)

Fuente: para 1982, Toharia (1987); para 1987, Banco de Datos del C.I.S. (Estudio n.º 1.708).

Por supuesto, y como cabía esperar, esta identificación errónea de la institución a la que corresponde la titularidad del poder legislativo es más frecuente entre los españoles con nivel de estudios más bajo (véase tabla 2). Pero no deja de ser llamativo que sólo una de cada dos personas con estudios de bachillerato —y sólo dos de cada tres con estudios superiores— sepan decir que las leyes las hacen las Cortes. Es decir, incluso en el estrato más educado de nuestra sociedad abundan quienes desconocen el mecanismo de elaboración de las leyes en nuestro país. Lo cual, a once años ya de las primeras elecciones democráticas y a diez, prácticamente, de la promulgación de la Constitución debería, sin duda, mover a reflexión acerca del aún insuficiente nivel de cultura cívica básica encontrable en nuestra sociedad. Máxime si se tiene en cuenta que dicho grado de desinformación resulta ser el mismo entre los más jóvenes que entre los de otras edades. En efecto (y como puede verse en la tabla 3), la respuesta de que las leyes son elaboradas por las Cortes es dada por el 42 por 100 de los españoles de 18 a 25 años, y por el 46 por 100 de los de 26 a 40, y el 45 por 100 de los de 41 a 50. O lo que es igual, la generación educada durante la pasada década (los que tenían entre 5 y 12 años al morir Franco, y entre 7 y 14 al celebrarse las primeras elecciones democráticas) no parecen haber recibido una educación cívico-social que les informe adecuadamente (o, en todo caso, más que a las generaciones anteriores) acerca de los mecanismos básicos de nuestra actual democracia.

En todo caso, lo cierto es que en España, hoy, se combina la creencia unánime en la necesidad de las leyes para el buen funcionamiento de la sociedad con un notable grado de desinformación acerca de los mecanismos mediante los cuales aquéllas eran elaboradas. ¿Cómo conciliar ambos conjuntos de datos? ¿Acaso piensan los españo-

les que la sociedad necesita leyes, sean éstas las que fueren, y cualquiera que sean los mecanismos o procesos para su elaboración, o lo que es igual, que toda ley por el mero hecho de serlo, y con independencia de cualquier otra consideración, es merecedora de acatamiento? Es ésta una cuestión compleja, llena de matices e implicaciones, y por tanto poco susceptible de ser abordada de forma definitiva. Pero quizá los datos de opinión disponibles puedan contribuir a aportar alguna luz sobre el tema.

TABLA N.º 2

«Si un amigo suyo extranjero le preguntase quién hace las leyes en España, ¿qué le contestaría usted?» (Nov. 1987)

(En porcentajes)

Las hace:	Nivel de estudios			
	Menos de primarios	Primarios	Bachiller	Superiores
El Rey	5	3	1	0
El Gobierno	43	49	40	34
Las Cortes	23	36	54	62
No sabe	28	11	5	3
No contesta	1	2	1	0

Fuente: Banco de Datos del C.I.S.

TABLA N.º 3

Respuestas a la pregunta: «Si un amigo suyo extranjero le preguntase quién hace las leyes en España, ¿qué le contestaría usted?», según edad de los entrevistados (Nov. 1987)

(En porcentajes)

Las hace:	Edad				
	18-25 años	26-40 años	41-50 años	51-60 años	+ 60 años
El Rey	2	1	2	3	6
El Gobierno	46	43	42	45	41
Las Cortes	42	46	45	34	28
No sabe	9	9	10	17	25
No contesta	1	1	1	1	1

Fuente: Banco de Datos del C.I.S.

En principio, y en términos muy generales y quizá algo simplistas, cabe tipificar tres grandes actitudes básicas entre las normas legales:

a) Una primera sería la del acatamiento incondicional y a-crítico de toda norma legal por el simple hecho de serlo, es decir, por tener

formalmente condición de tal. De alguna manera esta actitud (que cabría sintetizar en la frase «las leyes deben ser obedecidas simplemente porque son leyes») podría guardar relación con lo que en la literatura filosófico-jurídica se designa como «positivismo».

b) Una segunda actitud posible es justamente la opuesta, la de rechazo radical: la ley no sería sino un instrumento de opresión y de dominación al servicio de intereses sectoriales concretos. Aunque aparentemente se revistan de objetividad, neutralidad y universalismo las leyes, en realidad, no están para servir y beneficiar a todos, sino a unos pocos. Esta posible actitud de principio —que de algún modo cabría emparentar con un marxismo «vulgar» o no matizado— queda contenida en expresiones tales como «Las leyes sólo benefician y protegen a unos pocos y por ello no merecen respeto», utilizada ya en varios estudios de opinión.

c) Finalmente, entre estas dos posturas extremas cabe imaginar una intermedia de aceptación crítica, o condicionada, de la legalidad: las leyes pueden ser buenas o malas, según se ajusten o no a unos parámetros ético-valorativos de entidad superior, y sólo las primeras pueden tener capacidad real de obligar. La tradición ius-naturalista —pero no sólo ella— entraría, por ejemplo, en este tercer tipo de actitud. A los efectos de operativización de esta tercera actitud de cara a los estudios de opinión, se ha identificado ese parámetro valorativo superior, susceptible de conferir capacidad de obligar a las leyes, con la razonabilidad. Así, la fórmula utilizada para tratar de detectar esta tercera actitud posible ha sido: «No debemos obediencia más que a las leyes razonables».

Pues bien, tenemos que, en la actualidad, casi uno de cada cuatro españoles (el 24 por 100 exactamente) se muestra de acuerdo con la frase: «Las leyes sólo benefician y protegen a unos pocos y por ello no merecen respeto». Hace cinco años este porcentaje era ligeramente inferior (21 por 100) (véase tabla 4). Es decir, la actitud de radical descalificación de la legalidad es ampliamente minoritaria, aunque alcanza proporciones sustanciales, de entidad no despreciable y que según los datos no sólo parece estabilizarse, sino incluso tender a ampliarse. En este contexto, es preciso tener en cuenta que, al mismo tiempo, casi dos de cada tres españoles (el 61 por 100) piensa que en general las leyes no son imparciales y benefician a algunos grupos (los ricos, los poderosos) más que a otros. Es decir, sólo uno de cada cinco españoles piensa que las leyes *sólo* benefician a unos pocos; pero casi dos de cada tres piensan que benefician *más* a unos que a otros. Y esta es una opinión que resulta ser claramente estable, en el tiempo, y homogéneamente repartida en la sociedad. Se la encuentra, en efecto, en proporciones prácticamente idénticas tanto entre jóvenes como entre viejos, entre habitantes del campo y de la ciudad, entre los más inclinados a la derecha y los más orientados a la izquierda.

TABLA N.º 4

GRADO DE ACUERDO CON LA FRASE:

«las leyes sólo benefician y protegen a unos pocos y por ello no merecen respeto»

	Marzo 82	Octubre 87
Muy de acuerdo	4	5
De acuerdo	17	19
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	23	17
En desacuerdo	31	32
Muy en desacuerdo	8	10
No sabe	11	14
No contesta	6	3
(N)	100 (4.985)	100 (2.499)

Fuente: Véase Tabla n.º 1.

Ese sesgo básico, de raíz, de las leyes se percibe en beneficio de una categoría tan vaga y amplia como «los ricos» y «los poderosos». Y tienen esa idea tanto los votantes de AP como los del PSOE, CDS o IU, por tomar como referencia únicamente a las principales formaciones políticas de ámbito estatal. Es de señalar que la idea de que quienes detentan el poder político legislen en beneficio propio es, en cambio, muy limitada: sólo un 3 por 100 de los españoles que creen que, en general, las leyes benefician más a unos que a otros (lo cual equivale a apenas el 2 por 100 de todos los españoles) piensan que el sesgo de las leyes va a favor de «los que gobiernan»; un 3 por

TABLA N.º 5

Porcentaje de entrevistados que, entre 1976 y 1987, se muestra de acuerdo con cada una de las dos frases siguientes (en %)
(Han sido agrupadas las respuestas «Muy de acuerdo» y «Bastante de acuerdo»)

	1976	1978	1980	1982	1984	1985	1986	1987
Las leyes deben ser escrupulosamente obedecidas porque son leyes	62	64	64	57	62	49	47	56
No debemos obediencia más que a las leyes razonables	60	47	36	35	23	38	46	35

Fuente: J. J. Toharia, *Pleitos tengas* (Madrid, CIS, 1987), y CIS, estudio n.º 1.708.

100 (o el 2 por 100 del total de la población adulta) cree que las leyes están sesgadas a favor de «los socialistas», un 2 por 100 (equivalente a algo más del 1 por 100 del total) cree que a favor de «los que las hacen» y un 4 por 100 (equivale a algo más del 2 por 100 del total) que a favor de «los políticos». Es decir, en conjunto, y sumando todas estas menciones, tenemos que, entre quienes creen que las leyes están sesgadas apenas uno de cada ocho (equivalente a poco más del 7 por 100 de la población total) cree que lo están a favor específicamente de la clase política. Y esta pauta se encuentra por igual, con tan sólo variaciones de énfasis, en todos los electorados. En efecto, por un lado, piensan que las leyes están sesgadas, generalmente, a favor de «los ricos», «los poderosos» o «la clase alta» una mayoría clara: el 33 por 100 de todos los votantes de AP, el 46 por 100 de todos los votantes del PSOE, el 41 por 100 de todos los del CDS, el 38 por 100 de todos los de CiU y el 57 por 100 de todos los de IU. Por otro lado, y asimismo entre el conjunto de todos los votantes de cada partido (y no ya sólo entre aquellos de ellos que dicen creer que las leyes están sesgadas) quienes piensan que la legalidad beneficia más que al resto de la ciudadanía a la clase política («los que gobiernan», «los socialistas», «los que las hacen», «los políticos») representan tan sólo el 11 por 100 en el caso de AP, el 5 por 100 en el caso del PSOE, el 4 por 100 en el caso del CDS, el 6 por 100 en el caso de CiU y el 6 por 100 en el caso de IU. Es decir, en la medida en que se percibe la existencia de un cierto sesgo en la legalidad (cosa que, recuérdese, cree el 61 por 100 de los españoles), éste resulta ser más de carácter «socio-económico» o «estructural» que estrictamente y específicamente «político».

Con todo, lo cierto es que si bien una mayoría de los españoles no cree en la imparcialidad absoluta y total de las leyes (que, en conjunto, perciben como más beneficiosas para quienes están social y económicamente mejor situados), tan sólo una reducida fracción llega hasta el punto de creer en un sesgo radical, total o irremediablemente de la legalidad, que la haga indigna por completo de respeto. En realidad la postura que cabría etiquetar como «legalismo a-crítico» («Las leyes deben ser obedecidas porque son leyes») ha solido en general, a lo largo de la última década, recibir la adhesión de la mayoría de los españoles (véase tabla 5). No sin altibajos notorios: la idea de que, por encima de cualquier posible reticencia o reserva, «la ley es la ley» no presenta un perfil de aceptación precisamente estable. En efecto, la aceptación incondicional, de principio, de toda ley por el mero hecho de serlo se sitúa en torno al 60 por 100 entre 1976 y 1984. A partir de esa fecha experimenta un descenso apreciable, situándose por debajo del 50 por 100. En 1987 registra nuevamente un ascenso, situándose en el 56 por 100.

Por otro lado, ocurre que la aceptación condicionada de la ley (reflejada en la formulación: «No debemos obediencia más que a las

leyes razonables») presenta una evolución que resulta ser básicamente la inversa: a medida que se efectúa la transición a la democracia va perdiendo adeptos (pasando del 60 por 100 en 1976 a tan sólo el 23 por 100 en 1984) para, a partir de ahí, y coincidiendo justamente con la crisis relativa del «legalismo a-crítico», experimentar un aumento apreciable (38 por 100 en 1985, 46 por 100 en 1986), que en 1987 registra una nueva caída (que, a su vez, coincide nuevamente con la evolución, en este caso en sentido ascendente, del «legalismo acrítico»). ¿Cabe encontrar alguna explicación a estas fluctuaciones o se trata acaso de una pauta errática sin mayor unión con la dinámica socio-política? Por un lado, parece como si, con la progresiva consolidación de la democracia (período 1976-84) existiese en nuestra sociedad una creciente propensión a presuponer la razonabilidad y bondad de las leyes y, por tanto, una decreciente identificación con la idea de su aceptación condicionada, «a beneficio de inventario». Los años 1985 y 1986, en los que fueron promulgadas leyes que dieron ocasión a polémica y, en varios casos, a recursos ante el Tribunal Constitucional (LODE, LOPJ, etc.), parecen registrar una erosión en la creencia general de que en un Estado de derecho la capacidad de obligar de las leyes radica, fundamentalmente, en su perfección formal (garante de su legitimidad democrática), y no en su intención, contenido o posibles consecuencias. Y de ahí, quizá, el rebrote de la propensión a una aceptación condicionada de la ley que hemos apreciado en esos años. Que se trató de algo coyuntural parece demostrarlo, por último, el nuevo giro de la opinión apreciable en los datos correspondientes a 1987.

Por otro lado, ahora como hace cinco años, una mayoría clara de los españoles considera que «hemos de obedecer la Ley aun cuando vaya contra nuestros intereses» (65 por 100; véase tabla 6) y que «las circunstancias personales no son excusa bastante para violar la Ley» (58 por 100; véase tabla 7). Es decir, con todo, y pese a creer mayoritariamente que las leyes benefician, en general, más a unos que a otros (pero no *sólo* a unos y *nada* a otros), dos de cada tres españoles se muestran conformes con la idea de que el interés general plasmado —aún cuando imperfectamente, desde su punto de vista— en las normas legales debe prevalecer siempre sobre el interés particular. Y esta es una idea que parece estar sólidamente establecida.

Las leyes son necesarias y hay, en principio, que obedecerlas: pero, en la práctica, las cosas no son así. En efecto, en opinión de los propios españoles, en nuestro país la tendencia dominante es la de la básica inobservancia de las leyes. En efecto, en la actualidad sólo el 33 por 100 (el 35 por 100 en 1982) cree que los españoles obedecemos mucho o bastante a la ley, mientras que en cambio una clara mayoría del 57 por 100 (el 52 por 100 en 1982) piensa por el contrario que la obedecemos poco o muy poco (véase tabla 8). O lo que es igual, el sentimiento claramente dominante, al respecto, en

TABLA N.º 6

ACTITUDES ANTE LA FRASE:

«Debemos obedecer la Ley aun cuando vaya en contra de nuestros intereses»

	Marzo 82	Octubre 87
Muy de acuerdo	11	14
De acuerdo	50	51
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	18	11
En desacuerdo	7	7
Muy en desacuerdo	1	2
No sabe	8	11
No contesta	5	6
	100	100
(N)	(4.985)	(2.499)

Fuente: Vid. Tabla n.º 1.

TABLA N.º 7

ACTITUDES ANTE LA FRASE:

«Las circunstancias personales no son nunca excusa bastante para violar la Ley»

	Marzo 82	Octubre 87
Muy de acuerdo	10	12
De acuerdo	43	46
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	20	13
En desacuerdo	8	10
Muy en desacuerdo	2	2
No sabe	12	14
No contesta	6	3
	100	100
(N)	(4.985)	(2.499)

Fuente: Vid. Tabla n.º 1.

nuestra sociedad es que resulta más normal la no obediencia que la obediencia de la Ley. Y esta es una idea que se encuentra extendida de forma tan generalizada y homogénea que no existen diferencias en este punto, entre los españoles, ni por sexo, ni por edad, ni por nivel educativo ni por ideología ni por lugar de residencia. Ciertamente cabe argumentar que el que los españoles expresen la sensación de que se obedecen poco las leyes no implica, forzosamente, que en

la realidad ello sea así. Sin duda con esa respuesta se está transmitiendo más una percepción de actitudes que una descripción de comportamientos: sencillamente, en base a estos datos no cabe concluir que en España la gente cumpla poco las leyes, sino que los españoles piensan que la gente cumple poco las leyes. Y ello no tanto porque cotejen comportamientos concretos con prescripciones normativas (hacerlo requeriría un grado de familiarización con el mundo legal impensable en el ciudadano medio) como porque perciban un clima de despego, desentendimiento o desimplicación a su respecto. En otras palabras, probablemente lo que los datos anteriores expresan es la percepción de que «cumplir la Ley» no constituye una preocupación espontáneamente prioritaria en el comportamiento cotidiano de los españoles: la Ley es algo con lo que uno «se topa», no algo que se busca de antemano como guía u orientación de la acción.

En todo caso, a esta sensación básica de inobservancia de la Ley cabe hacerle dos breves apostillas.

TABLA N.º 8

RESPUESTAS A LA PREGUNTA:

«Qué le contestaría a un amigo suyo extranjero si le preguntara si en España, en general, la gente obedece mucho, bastante, poco o muy poco las leyes»

	Marzo 82	Octubre 87
La gente obedece mucho las leyes	6	4
La gente obedece bastante las leyes	29	29
La gente obedece poco las leyes	39	45
La gente obedece muy poco las leyes	13	12
No sabe	10	9
No contesta	3	1
	100	100
(N)	(4.985)	(2.499)

Fuente: Vid. Tabla n.º 1.

Por un lado, la generalizada sensación de inobservancia de la Ley se obtiene de forma idéntica no ya sólo cuando se pregunta por la Ley en general, sino cuando, por ejemplo, se hace por leyes tan concretas y específicas como las de tráfico. En efecto, sólo el 8 por 100 de los españoles opina que, en general, en nuestro país se cumplen adecuadamente las normas de tráfico, mientras que en cambio un 52 por 100 opinan que dichas normas no son cumplidas (2). El tipo

(2) Vid. «El País», 24-4-1988, sondeo de DEMOSCOPIA.

o clase de Ley resulta pues irrelevante a la hora de inducir al acatamiento.

Por otro lado, si las leyes no se cumplen es, en buena medida, porque no se las hace cumplir. Es decir, porque fallan los mecanismos de *enforcement*; es decir, los procesos e instituciones precisos para que una Ley pueda pasar del papel a la realidad. Dos de cada tres españoles (el 65 por 100 exactamente) piensan, en efecto, que en nuestro país no se castiga adecuadamente la transgresión legal. Y de ello culpan, fundamentalmente, al Gobierno (así lo dice el 73 por 100): no al Gobierno actual ni, en realidad, a ningún Gobierno concreto, sino a la instancia suprema sobre quien recae la responsabilidad de los asuntos colectivos y a la que se percibe como mucho más preocupada por proponer leyes que por cercionarse de su aplicación y cumplimiento una vez establecidas.

El control penal en el marco de la Sociología jurídica (*)

Por ROBERTO BERGALLI

Barcelona

SUMARIO: Introducción.—I. Control social y sus estrategias.—II. La re-legitimación jurídica.—III. El nivel de creación o génesis de la norma penal: delito y pena (A, B, C).—IV. El nivel de aplicación de la norma penal: su eficacia (portadores y ejecutores de la ideología jurídica) (A, B).—V. Sociología del control penal y posiciones de la criminología crítica: coincidencias.

INTRODUCCION

El problema del orden social no tiene una historia concreta y puntual. Ha sido y es uno de los grandes temas de toda sociedad y en todo tiempo. Henner Hess ha señalado que quien lo planteó con mayor agudeza fue Thomas Hobbes, indicando al propio tiempo su solución: «... *during the time men live without a common Power to keep them all in awe, they are in that condition which is called War... where every man is Enemy to every man* (Hobbes, 1909, p. 96; cit. por Hess, 1983, p. 500).

Sin embargo, hoy se sabe que un estado de guerra semejante, de todos contra todos, no ha existido jamás. Empero, el orden social ha de ser mantenido y para ello las sociedades de cualquier género han dispuesto siempre de mecanismos para tal fin.

Si bien este tema tiene su mayor arraigo en la teoría política, incluidas las posiciones anárquicas que rechazan en particular el orden estatal, el problema del orden social como categoría analítica ha generado variadas respuestas en otros planos disciplinarios.

(*) Ponencia en la Sección C. Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica, organizadas por la división de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales y Departamento de Sociología y Metodología de las Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, 7-9 abril de 1988, Barcelona.

Las formas de mantener el orden social han sido estudiadas en profundidad desde la perspectiva funcionalista de la antropología política y la social, en relación con todas aquellas instituciones espontáneas generadas por los vínculos que nacen entre los individuos (la parentela, la religión, las creencias en valores comunes y sobrenaturales, el mercado, etc.). Ese fue el enfoque en el cual sobresalió la escuela británica (Malinowsky, Radcliffe-Brown) al encararse con dos cuestiones tan importantes pero diferentes como lo son: la del comportamiento individual y la de la organización de la sociedad (cfr. Mair, 1965). Pero en lo que atañe al uso de la coerción por instancias centralizadas de la sociedad, ha sido el funcionalismo sociológico el que ha dado la mayor justificación al empleo del derecho como instrumento de control social (cfr. Durkheim, 1982, esp. L. I, caps. I y II, pp. 83-155; Parsons, 1976, esp. cap. VII, 237-307).

Es con ese impulso que el control social se convierte desde entonces en objeto preferido de conocimiento para las ciencias sociales. Sus niveles de actuación *activo* o *preventivo*, mediante la socialización, y *reactivo* o *estricto* para evitar las formas de comportamiento no deseado o desviación, constituyen verdaderos campos de verificación y análisis de distintas teorías. El control social reactivo, de todos modos, constituye el terreno concreto de una sociología especial y se expresa por medios informales de distinta naturaleza: *psíquica*, como la burla, la desaprobación, el reproche, la pérdida del honor o «status», la desaprobación o menoscabo de las relaciones; *física*, como la violencia, o bien *económica*, como la privación del puesto de trabajo o el salario (importantes en la actualidad para obtener conformidad política). Todos estos medios son estudiados por los sociólogos, quienes han demostrado que en la realidad ellos se presentan generalmente de forma combinada, sirviendo el derecho como límite para excluir algunos en determinadas ocasiones.

En cambio, los medios formales de control social reactivo constituyen instancias especialmente predisuestas para ese fin y deberían constituir objetos de mejor estudio por los juristas (la ley penal, la policía, el servicio social, los tribunales de justicia, las cárceles, los manicomios, etc.). Todos ellos se caracterizan por emplear la violencia como último recurso y pese a que sus actividades están en la práctica reguladas por normas informales, su actuación teórica aparece previamente fijada en el derecho positivo, precisamente en los códigos penales y las leyes procesales.

I. CONTROL SOCIAL Y SUS ESTRATEGIAS

De control social se habla con mayor énfasis desde hace algo más de una década, concretamente desde que la crisis ha afectado a la forma-Estado del bienestar. Hasta entonces, las distintas estrategias de control social originadas en la manera de producción capitalista,

no sólo se habían confirmado en la realidad, sino que también se fueron imponiendo en virtud de la expansiva división internacional del trabajo. Dario Melossi ha presentado quizá el mejor panorama sobre cómo a las llamadas estrategias «panópticas» y su substitución por las denominadas estrategias «sobre el territorio» —que ya en los años 20 eran indicadas por la Escuela de Chicago, bien por medio de la psicología social de G. H. Mead, bien a través del *behaviourism* individual de J. B. Watson— se agregaron otras estrategias más apropiadas a la civilización metropolitana, en la era de declinación de la ética del trabajo (cfr. Melossi, 1980, esp. pp. 293-321).

Una característica saliente de todos estos tránsitos sufridos por las estrategias de control social, de las técnicas sobre las cuales el control social se organiza, en el paso del capitalismo decimonónico al siglo presente, es la relativa a cómo ellas asumieron en y por la esfera pública lo que antes se suponía un contraste de culturas y cómo la máquina del Estado fue entrando hacia el interior de tales estrategias, actuando como sujeto particularmente potente en la trama de la competencia cultural.

Es así que el lugar específico de la política se convierte en el punto de la mediación y del vínculo entre las estrategias de control social y el vértice del Estado.

Mientras todo lo expuesto acontecía y se superaba lo del gran *Crash* de 1929-30, el *New Deal* impulsó y la expansión norteamericana de la postguerra consolidó después el llamado modelo social del estructural-funcionalismo. El *american Way of Life*, como síntesis cultural de los procesos de racionalización y de estrategias de control social orientadas por las necesidades de la descomunal acumulación, se presenta como el punto de vista determinante, aunque éste pueda expresarse sólo cuando sea corporizado por el político. Así es como la democracia, forma adecuada al discurso político dominante, se identificó con control social. Esta es precisamente la que Weber había destacado en el sistema político norteamericano como la forma más pura de este nexo entre posibilidad del liderazgo en una democracia y posesión de aquellas estrategias de control social capaces de producir legitimación (cfr. Weber, 1976, esp. pp. 169-176, y 1981, esp. pp. 130-145).

Mas la crisis fiscal que arrastra consigo la concentración oligopólica desde comienzos de los años 70, también es crisis de legitimación (cfr. O'Connor, 1973; Ofe, 1973; Díaz, 1984). Con lo cual, no sólo se producen los problemas de gobernabilidad y de peligro para el sistema democrático, sino que, asimismo, la estrategia de control social dominante pierde credibilidad. En lo que hace a aquellas expresiones «duras» de control social, los medios formales que componen el sistema penal resultan también deslegitimados pues es el derecho mismo el que pierde su capacidad como instrumento básico de semejante control.

II. LA RELEGITIMACION JURIDICA

Así fue como se abrió un período en el que la búsqueda de una nueva legitimación del Estado y de la política, mediante el consenso, pretendió también encontrar nuevas fórmulas para legitimar el derecho. Este ha sido el campo en el que la construcción de una nueva teoría jurídica, después de Weimar, como sistema autónomo de hipótesis sobre la contingencia desarrollada por Kelsen respecto del presupuesto de la validez como existencia de la norma, olvidó que la autonomía es una conquista ideológica del derecho que sirve para ocultar, dándolo vuelta, el proceso real de producción de la abstracción jurídica (V. De Giorgi, 1979, p. 21). Pero es entonces cuando en los años 60 se presentó la propuesta de un nuevo iluminismo sociológico, la cual partiendo de la teoría sistémica, ha procurado una reducción de la complejidad del mundo al emplear el subsistema del derecho. Lo que N. Luhmann va a llamar la *generalización de las expectativas de comportamiento*, designada como el problema principal de los sistemas sociales, debe ser resuelta por estructuras que consientan a aquellos tener bajo control las fluctuaciones provocadas en sus interiores por eventos externos e internos y les permitan reaccionar con indiferencia, superando las situaciones específicas:

«Mediante la generalización de las expectativas de comportamiento se facilita la concreta sintonización del comportamiento social de muchas personas, en tanto que está prefijado de manera típica lo que se puede esperar, y cuál sería el comportamiento que sobrepasa los límites del sistema. La elección preliminar de aquello que en el sistema es posible, debe ser cumplido en el plano de las expectativas y no sobre el de los comportamientos, pues sólo de este modo es posible trascender la situación concreta efectuando una anticipación respecto del futuro» (V. Luhmann, 1972, vol. I, p. 121).

Mas dentro de los variados mecanismos de generalización de las expectativas que crean los sistemas, se manifiestan discrepancias entre la dimensión temporal y la social de dicho proceso de generalización. Es que en las sociedades evolucionadas, propias a la postindustrialización, se expresan muchas más expectativas (normativas) de cuantas pueden ser efectivamente institucionalizadas, al existir en ellas una superproducción de normas (cfr. Luhmann, 1972, I, p. 99). Y, para asegurar la consistencia de las expectativas normativizadas por el derecho de modo selectivo, él mismo elige uno de los mecanismos que se demuestran más idóneos para ello, cual es: la pena (sanción).

Esta muy breve síntesis de la labor a la que ha llegado la búsqueda de la epistemología jurídica alemana, desarrollada en las más recientes décadas, por dar una nueva legitimación al derecho como sistema de control social, permite plantear de ahora en adelante la necesidad de acercarse al control jurídico-penal desde perspectivas metanormativas.

III. EL NIVEL DE CREACION O GENESIS DE LA NORMA PENAL: DELITO Y PENA

El control jurídico-penal en las sociedades que poseen una organización jurídico-constitucional y un Estado de derecho, nace de la institucionalización normativa. No cabe duda que la positivización del derecho penal se gesta en una necesidad valorativa del comportamiento humano. Lo que se conoce como derecho penal *objetivo* está constituido por aquel conjunto de normas a partir de las cuales la conducta de las personas puede ser valorada en relación a ciertas pautas del deber ser.

Por tanto, las normas penales se convierten en un aspecto central, aunque propedéutico al estudio del *sistema de control jurídico-penal* que, en todo caso, siempre responde a las orientaciones que aquéllas emiten y que, pese a las discontinuidades, interrupciones o interferencias por razones propias y ajenas a los procesos de formalización del derecho que se manifiestan respecto de las estrategias dominantes de control social, aquéllas —las normas penales— deben ser congruentes con estas estrategias:

A) En consecuencia, el examen de las normas penales ha de hacerse teniendo presente lo necesario que es saber en qué consisten y cuáles son los elementos que las componen como, asimismo, descubrir su inserción en el conjunto de todas las normas que conforman una estructura u ordenamiento jurídico.

Estos dos aspectos han constituido, desde la positivización o formalización del derecho penal, las preocupaciones de los juristas para desentrañar la naturaleza y la composición interna de las normas, de manera que con el cúmulo de reflexiones producidas a lo largo de más de un siglo se ha construido una *teoría de las normas penales*.

Pero, no obstante tales preocupaciones de los penalistas, la teoría no ha logrado aún, salvo algunos últimos esbozos de la investigación, dar respuestas decisivas sobre el *origen* o *génesis* de esas normas penales. Las más recientes tentativas en torno a ese origen, han puesto de relieve la importancia de conocer cuáles y cómo son los procesos que impulsan la gestación de normas penales y no únicamente aquellos relativos a la labor propiamente legislativa.

Lo que se convierte en decisivo para entender la verdad y explicar la presencia de una norma penal en un momento concreto de una sociedad dada, es la individualización de los intereses sociales que impulsaron la creación de la norma y continúan sosteniendo su presencia en el ordenamiento jurídico respectivo.

Un fin semejante, empero, no puede ser alcanzado por la denominada «ciencia del derecho penal» —denominación que ha provocado no pocos debates y controversias— cuyo límite está fijado por la labor propia de verificar la existencia y el alcance de los desvalores o juicios subjetivos de valor del legislador. En todo caso, mediante

la aplicación del método dogmático —y por cierto, ya es mucho—, a lo más que se puede pretender con dicha ciencia del derecho penal es a hacer previsible la conducta del juez que aplicará la norma y, se dice (Zaffaroni, 1980, t. I, p. 280), «sin olvidar la realidad social que el derecho regula». Si bien es verdad que alcanzar esa previsibilidad es la base de la seguridad jurídica y uno de los pilares del Estado de derecho, ha sido y es verdaderamente difícil que la construcción dogmática del concepto de delito, como la del concepto de pena, no permanezcan extraños a la realidad social (como lo vuelve a afirmar Zaffaroni, *op. cit.*, p. 290).

La incompatibilidad entre valoraciones jurídicas autónomamente elaboradas con las pautas o valores sociales, es el permanente riesgo a que está sometido el derecho penal. Es tarea del legislador obtener esa compatibilidad o evitar la contradicción que le hace perder validez al derecho, pero también es misión del jurista (científico del derecho o juez) no perder su vinculación con los intereses y valores sociales mayoritarios, pues, de otro modo, su estudio de las normas o su aplicación del derecho contrasta con los principios del Estado democrático. No comportándose de este modo, lo que hace el jurista es poner el derecho al servicio de quienes poseen poder para gestar el derecho —las normas— con sentido patrimonial.

Por tanto, es altamente benéfico todo acercamiento entre la investigación sobre la génesis de la norma y el conocimiento de la sociedad. Este es el punto central de una comprensión metanormativa del derecho y a ese objetivo se viene orientando el pensamiento del desarrollo sociojurídico, tal como ha sido expuesto por Renato Treves (1987). Un acercamiento semejante en el ámbito del derecho penal constituye la esencia de cierta propuesta que ya tiene variados intérpretes, pero que, para allanar dificultades, conviene resaltar que no provoca problema alguno con respecto al método ni al objeto de la sociología jurídica, disciplina que la engloba (*cfr.* Baratta, 1974 y 1986).

B) La definición del delito como *ente jurídico*, concepto acuñado por la Ilustración penal, puede someterse desde ya a un más completo análisis desde una perspectiva sociojurídica. El ámbito del injusto, como substancia de lo punible, y en especial el bien jurídico como fundamento y límite a la intervención punitiva del Estado, en cuanto ésta sólo se justifica con la misión protectora de aquellas necesidades o demandas sociales dignas y merecedoras de semejante protección, es hoy aceptado como un campo en el que ciertas tendencias sociológicas permiten señalar las condiciones para el reconocimiento de unas de esas necesidades como bien jurídico.

La teoría del bien jurídico, de larga y trabajosa historia en el derecho penal en la cual los avatares políticos pusieron en peligro su función garantizadora y de presupuesto para la pena, se ha visto notablemente enriquecida con aquellos aportes. Un derecho penal crítico los ha ya recepcionado y los aplica para entender los bienes jurí-

dicos como configuración de relaciones sociales concretas e históricas que obligan al Estado a su permanente revisión para así autolimitarse en su tarea represiva (cfr. Bustos Ramírez, 1984, esp. pp. 59-65).

El reconocimiento de bienes jurídicos colectivos y su incorporación a la labor protectora de un derecho penal democrático, ha sido sólo posible cuando la teoría comenzó a reconocer la naturaleza política del concepto y el substrato material que lo justifica. Desde entonces, la labor dogmática en torno a categorías centrales para la definición del delito —tales como la tipicidad y la antijuridicidad— ha comenzado a tener un sentido y a adecuarse a los cambios sociales. Lo dicho constituye únicamente un esbozo de cómo ha sido hasta ahora posible indagar sobre la creación de normas penales y de la vinculación de ese proceso con el contenido de las categorías aludidas, según la valoración sociológica que se haga respecto de la realidad que las justifica.

C) Una elaboración semejante se espera aún que se produzca en el terreno de las consecuencias jurídicas al delito o, mejor dicho, en lo que se conoce como teoría de la pena. Este es, en efecto, el ámbito en el cual, contrariamente a lo que viene sucediendo en la teoría del delito, menos aportes han producido los enfoques socio-jurídicos pese al ostensible fracaso de las filosofías punitivas aplicadas hasta la actualidad: o, si se quiere, donde la crisis del Estado benefactor más argumentos brinda para deslegitimar la intervención punitiva. Dejando a salvo una propuesta de cuño interaccionista que procura interpretar la pena, más bien que justificarla, desde la comprensión de todo el sistema penal como un específico contexto comunicativo complejo en el que sobresale la norma como proceso dialogal (entre el Yo, autor; el Alter, la víctima, y el Tercero, reacciona castigando) y la pena, regulando la interacción y protegiendo la estructura del sistema (cfr. Callies, 1974), cabe considerar una elaboración de gran éxito reciente.

Se trata de la tentativa tecnocrática que, desde la doctrina alemana, busca la relegitimación de la pena con base en la exigencia funcional de restablecer la confianza en el derecho mediante el hecho simbólico de la aplicación de aquélla. En efecto, superadas las teorías absolutas que orientadas por una función retributiva se planteaban con un sentido ético, propias de la forma-Estado liberal burguesa y fracasadas las teorías relativas utilitarias, propuestas ya como advertencia intimidatoria (prevención general) que se desenmascara por el puro empleo de la coerción —ya como corrección de algún defecto del delincuente (prevención especial), lo que choca con la dignidad del hombre y pone bajo cuestión los aspectos garantistas del derecho penal— se ha ofrecido una fundamentación de la pena desde un planteamiento sistémico-funcional de esta teoría de la prevención-integración.

Dicha propuesta se convierte así, más en una rigurosa renormativización de los criterios subjetivos de la imputación penal que en un

aporte para legitimar la pena con la mayor o menor necesidad que la sociedad pueda tener de ella (cfr. Jakobs, 1983, V). Con lo cual, al desplazarse la consideración del hombre y su culpabilidad como base de la imputación, supliéndola por el criterio normativo-simbólico de violación de las expectativas, el derecho penal sufre una transformación en sus funciones y fines que se conoce como la «administrativización», por la que se llega a negar el propio concepto de bien jurídico y el de subsidiariedad de todo ese derecho penal (así, Baratta, 1984, esp. pp. 1-14).

Frente a este cuadro de gran crisis de legitimidad en que la teoría de la pena se halla en el Estado social y democrático de derecho, se han ensayado algunas propuestas que, sin volver a la retribución, se apoyan en el sentido de advertencia (preventivo) y buscan circunscribir la intimidación mediante los límites que garanticen el ejercicio de la prevención en beneficio y bajo control de los ciudadanos (cfr. Mir Puig, 1982, esp. pp. 29-40); o sea, que sugieren una prevención general positiva.

Mas todo esfuerzo choca contra la realidad contemporánea de la pena en el terreno de su aplicación concreta, particularmente la de privación de libertad. Allí se demuestra que, en verdad, hoy la pena cumple sobre todo unas funciones ideológicas, simbólicas, antes que materiales y que corona un cuadro de barbarie en el que está sumido todo el control penal, llamando más la atención que ello acontezca en las llamadas sociedades democráticas.

IV. EL NIVEL DE APLICACION DE LA NORMA PENAL: SU EFICACIA (PORTADORES Y EJECUTORES DE LA IDEOLOGIA JURIDICA)

Esta última afirmación permite pasar a analizar el segundo nivel de realización de un sistema de control penal. En él deben considerarse todos los momentos de aplicación de la legislación penal y cuando se habla de aplicación, se alude al tercer estadio con el que se completa el estudio de la norma, o sea, al de su *eficacia*, asunto precisamente propio de la sociología jurídica.

Según Norberto Bobbio, la legitimidad corresponde a la cuestión de la justicia, o sea, a la correspondencia de las normas con los valores últimos a cuya realización debería tender toda legislación. La legalidad (o validez) corresponde a un juicio de hecho que se emite acerca de la existencia de las normas, en cuanto éstas emanan de una autoridad que tiene el poder legítimo, según las formas y los procedimientos legalmente previstos. Finalmente, la eficacia es la capacidad de las normas para encontrar una efectiva aplicación en la realidad, en relación a los comportamientos concretos de los sujetos a quienes ellas se dirigan. Bobbio subraya la independencia de los

tres conceptos y la necesidad de su distinción hasta el punto que cada uno de ellos puede subsistir en ausencia de los otros dos (cfr. Bobbio, 1968, pp. 36 y ss.)

La tarea de verificar la eficacia de las normas penales de un sistema de control dado no pasa, sin embargo, únicamente, por el estudio estadístico acerca de los resultados de la intervención de algunas o de todas las instancias específicamente destinadas por el ordenamiento jurídico para cumplir esa tarea de desplegar la capacidad de las normas a fin de que éstas encuentren su efectiva aplicación en la realidad. Ello no sería posible, por un lado, a causa de los consabidos defectos que el método estadístico revela en el análisis de la criminalidad, agudizando los procesos de selección y clasificación de los comportamientos desviados y dejando al descubierto graves baches en la constatación de una criminalidad real —cifra oscura— (por todos, cfr. Kerner, 1985). Mientras, por otro lado, tampoco sería posible ratificar la eficacia de las normas mediante el análisis estadístico, pues cada una de esas instancias está constituida por funcionarios (policías, jueces, penitenciarios) que, atendiendo a diversas condiciones materiales y sociales en que desenvuelven su actividad, interpretan y aplican las normas penales de acuerdo a muy diferentes motivaciones, con lo cual la verificación de su eficacia no depende sólo tampoco en saber cómo reaccionan los sujetos a quienes aquéllas se dirijen.

Si la sociología del derecho se ocupa de los comportamientos humanos en relación con las normas, una sociología que analice los comportamientos de quienes deben hacer cumplir los mandatos y las prohibiciones penales, necesariamente ha de ser una disciplina que recabe de la experiencia y de la forma de actuar, propia de los funcionarios, el material que permita analizar el aspecto de aplicación del sistema de control penal. Será, por lo tanto, en este plano, una sociología jurídico-penal de carácter empírico que a su vez se nutra de los conocimientos de una sociología de las profesiones y de otra sociología de las organizaciones. Sus objetivos, en relación con la existencia de un ordenamiento jurídico-penal dado, además de intentar explicar los comportamientos de los portadores de mandatos y prohibiciones que de aquél dimanen, serán también los de individualizar relaciones causales entre tales comportamientos y los de los sujetos objetos de control; avanzar hipótesis de probables imputaciones; investigar motivos del actuar; establecer el grado de incidencia de la previsión normativa sobre la conducta social; descodificar la conducta en la perspectiva de la prescripción normativa como, asimismo, distinguir las escalas de distribución de atributos y cualidades sociales (negativas y positivas) por las instancias de aplicación y, en relación a ellas, establecer las posibles hipótesis explicativas de los comportamientos, de las elecciones y de las opciones (así, De Giorgi, 1982, p. 42).

La puesta en práctica de un instrumental semejante es únicamente posible en un régimen democrático. Por ello, una sociología jurídica

que penetre en los intersticios de esas instancias de aplicación de las normas penales, desvelando los mecanismos que se mueven en el interior de los aparatos policiales, judiciales y penitenciarios, será una disciplina que ayude a profundizar la democracia dentro del Estado, pero dando al mismo tiempo a los ciudadanos un mayor conocimiento acerca de cómo aquéllos operan, los cuales, tradicionalmente, actúan como cuerpos separados:

A) La sociología jurídica se ha ocupado de estudiar con bastante amplitud, en el mundo anglosajón como en el europeo continental, ese ámbito conocido como el de las profesiones jurídicas. Portadores y ejecutores de las ideologías jurídicas dominantes, como jueces y abogados, son un objeto intenso de análisis y conocimiento —como lo ha demostrado la ponencia del Profesor H. Rottleuthner (1988), ratificando estudios anteriores sobre el tema—. En España, y sobre la base de la labor desenvuelta en Italia por Renato Treves, este campo de investigación específica ha comenzado a despertar un interés creciente. Los trabajos pioneros de J. J. Toharia sobre los jueces desde el final de la dictadura (v. 1974, 1975) se han venido enriqueciendo mediante los análisis llevados a cabo por otros estudiosos que han volcado en ellos su propia experiencia y protagonismo en la lucha por una justicia alternativa y más democrática, por una conciencia judicial comprometida que les toca encarar y, en definitiva, por una nueva política del derecho y de la jurisdicción (cfr., por todos, Andrés Ibáñez, 1978; Movilla Alvarez, 1981, y ambos juntos, 1986). En cambio, la vida profesional de los abogados, sus intereses e ideologías profesionales, tan investigados en otros ámbitos, han merecido en España una atención más limitada (cfr. Zaragoza, 1975, 1982).

Con ese ajustado pero ya importante material es hoy posible que los españoles conozcan las virtudes y los defectos de su administración de justicia, que si bien, además, merece ya una preferente consideración hasta por el periodismo diario, en cambio es escasamente tenida en cuenta —salvo por algunos seminarios aislados y en trabajos doctorales que afortunadamente son más frecuentes— en el campo de los estudios e investigaciones universitarias.

La aparición de ciertas formas de conflicto en el seno de la Magistratura (un fenómeno particularmente sensible en Italia y en Francia, menor en la República Federal de Alemania y especialmente notorio hoy en la España democrática) ha estimulado en algunos aspectos las investigaciones orientadas con preferencia sobre las decisiones asumidas por jueces y magistrados y al trabajo desarrollado en concreto por todos aquellos funcionarios vinculados a las oficinas judiciales. Según P. Marconi, la novedad que comportó el asociacionismo conflictual y político de los magistrados italianos —objeto de una abundante literatura— a partir de comienzos de los años 60, estuvo dada por la contestación dirigida no únicamente contra los vértices de la pirámide judicial o las interconexiones existentes entre el sistema polí-

tico y los vértices del subsistema justicia (que en la actualidad se ha morigerado visiblemente a consecuencia del proceso de desjerarquización acaecido en la estructura judicial italiana), pero también, horizontalmente contra el universo jurisdiccional que es observado por los operadores pertenecientes al mismo ámbito (cfr. Marconi, 1984, p. 7). En este sentido ha sido verdaderamente modélico el estudio que G. Rebuffa ha hecho sobre el desenvolvimiento de las ideologías judiciales y la influencia que sobre ellas han tenido en Europa y en Italia el contenido de las representaciones doctrinales en tema de jurisdicción y de organización del sistema judicial (cfr. Rebuffa, 1986, esp. cap. 3.º, pp. 81-118).

Es a todas luces evidente que en España ha tomado vuelo una conflictividad semejante. Esto ocurre más allá de las matrices de conflicto que se vinculan con el inveterado problema de los recursos materiales e infraestructurales para la justicia, lo que más bien parece responder a una concreta estrategia de control «duro» que apoya particularmente sobre dos polos: una policía eficaz para controlar los procesos de *ghettización* urbana, por un lado y una cárcel brutal —de máxima seguridad— para amedrentar a eventuales desviados y disidentes (cfr. Bergalli, 1985), por el otro.

Para una correcta ubicación de la jurisdicción en el marco institucional del Estado, presta un inestimable servicio el conocimiento de aquellos conflictos que reflejan diversas actitudes e ideologías profesionales. De este modo, hoy es perceptible en España una penetración de juicios de valor en la actividad jurisdiccional, tradicionalmente neutral. Esto proviene del mayor compromiso que los jueces están asumiendo con la realidad social, por una parte y, por la otra, a causa del debate surgido en el seno de la propia clase judicial con motivo de la ambigüedad que todavía rodea a la labor del órgano de cogobierno de la Magistratura: el Consejo General del Poder Judicial. Todo esto va a redundar, como ha ocurrido en otros ámbitos culturales, en cambios a producirse en el campo de la interpretación del derecho, a favor de una mayor utilización de la Constitución por los jueces para abrir espacios allí donde el ordenamiento jurídico no es explícito. En definitiva, es posible que se esté en los prolegómenos de una transformación en las políticas del derecho que a su vez serán animadas por la presencia de ideologías contrapuestas, expresadas por la diversificación entre las distintas asociaciones de jueces.

B) Si bien es verdad que la instancia judicial se convierte en el momento central de aplicación de las normas penales, no debe soslayarse en un análisis de conjunto sobre el sistema de control penal la intervención de la instancia policial, antes y durante la actividad del juez, ni la de la instancia ejecutivo-penal o penitenciaria, después de la decisión jurisdiccional y por ésta controlada.

Las actitudes y determinaciones que los funcionarios encargados de tales intervenciones adopten, respecto de los individuos sobre los

cuales se descarga la actividad policial y la penitenciaria, están preñadas de un elevado potencial sancionatorio y negativo. El complejo de momentos en los que se despliega una concepción de la justicia penal, articulada en las intervenciones de la policía, los tribunales de justicia y la cárcel, ha recibido una consideración como *procesos de criminalización*, según la perspectiva interaccionista. Por eso, es de toda necesidad conocer y valorar los tipos de conflicto que atraviesan las instituciones policial y penitenciaria; tanto aquellos que las presentan enfrentadas con la actividad de la administración de justicia (como acontece en los últimos tiempos en España), cuanto los que sacuden internamente a los cuerpos profesionales de funcionarios que las conforman, para luego así poder discernir las motivaciones sociales y políticas del etiquetamiento que producen esas instancias.

En el ámbito de la policía, especialmente en el caso español, la existencia y diferenciación entre policías del Estado central, autonómicas y locales o entre militarizadas y no, constituye un tema de verdadero interés que influye en el comportamiento final de los funcionarios. Son aquí también motivo de análisis sociojurídico las expresiones corporativas de los funcionarios, mediante las cuales —sindicatos o asociaciones— es posible verificar el nivel de empleo político que ellos puedan mantener con la realidad social. Hay en la literatura comparada una variada muestra de investigaciones llevadas a cabo en Europa y América del Norte sobre el comportamiento policial (Feest-Lautmann, 1971; AJK, 1975, Bernardi, 1979; Girtler, 1980, como muestras del primer ámbito, y Skolnick, 1967; Bittner, 1980, del segundo); pero en España la investigación sociológica sobre la policía prácticamente no existe, más allá de los testimonios que se acaban de dar en torno al proceso de feminización que se está manifestando en el funcionariado (cfr. De Miguel-Martí, 1988).

V. SOCIOLOGIA DEL CONTROL PENAL Y POSICIONES DE LA CRIMINOLOGIA CRITICA: COINCIDENCIA

Llegados a este punto parece demostrada la complejidad y la articulación de lo que se ha denominado *sistema de control penal*, descompuesto en dos niveles: el de las normas jurídico-penales (y procesales) y el de las instancias de aplicación de ellas.

Pero aquí es oportuno señalar un tema que tiene particular interés a la hora de distinguir campos colindantes entre la llamada *sociología del control penal* y de lo que se conoce como criminología crítica. En efecto, si es verdad que esta última reúne un conjunto de posiciones con discursos no homogéneos e incluso con matices ideológicos distantes, provenientes unas de las ciencias sociales liberales y otras de la sociología radical, uno de sus méritos mayores es el de haber conformado un unitario objeto de conocimiento polifacético.

Está demostrado que a través del tiempo de formación de una reflexión criminológica, sobre ella han venido influyendo distintos sistemas de pensamiento con diferentes visiones del mundo, los cuales, a su vez, han contribuido a la configuración de distintos cambios en la forma-Estado. Todo ello ha contribuido agregando nuevas facetas a ese objeto de conocimiento criminológico. Así el Iluminismo definió al delito como ente jurídico y puso la primera base de un control punitivo limitado, propio al Estado liberal-burgués; el Positivismo configuró al *uomo delinquente* que atrajo el interés de algunas ciencias naturales, legitimándose con sus aportes las primeras formas de intervencionismo estatal para corregir la personalidad criminal; el Funcionalismo amplió el campo de las conductas observadas por la criminología, introduciendo la desviación o comportamiento desviado como generadora de una cierta reacción social, lo que si bien expandió el campo del control social en aras de un mayor *Welfare*, también reconoció una extensión del pluralismo democrático, y el Interaccionismo simbólico, al concentrar su atención sobre los aspectos definicionales de la conducta humana y cómo influyen sobre ella la reacción que en los demás provocan los distintos gestos significantes, permitió analizar los procesos simbólicos de definición —conformados por esos elementos que tienen lugar en los ámbitos del control social duro— allí donde se construye la identidad desviada o delincuente.

Es a partir de este último aporte cuando se desplaza el interés de la disciplina criminológica por la criminalidad, hacia la criminalización, y se produce entonces lo que ya se conoce como una «revolución científica» que dejó de lado el paradigma etiológico (o de las causas del delito) para aplicar el paradigma del control. Pero todavía faltaba la vinculación estructural para entender cuáles son los referentes materiales y estructurales que demarcan eso que ya se ha denominado con propiedad como la *cuestión criminal*. Así fue que el análisis materialista dialéctico que la cultura marxista ha desarrollado, permitió comprender hasta qué punto la vieja criminología, en especial la positivista y los distintos objetos de conocimiento por ella elaborados, transmitían una visión ideologizada de la criminalidad y cómo el derecho penal —eje central y disciplina dominantes en el estudio de aquélla— era el principal irradiador de ideologías sobre todo el sistema de control penal.

El hecho que este control se mantenga estructurado aún sobre principios que parecen consubstanciados con él, sin que las ensayadas tentativas humanizadoras de sus intervenciones puedan conmoverlo, revela que los progresos y los desarrollos que han tenido lugar en el plano de las relaciones entre Estado y sociedad civil, poco han influido para morigerar las expresiones más aberrantes de dicho control.

La segregación y la privación de libertad, como pena reina del sistema, ha de ser quizá el signo que caracteriza su retribucionismo. Pero es sin duda la cárcel contemporánea, con todas sus atrocidades,

sus crueldades y atropellos lo que provoca más rechazo a todo el sistema que, por lo demás, está plagado de continuas y reiteradas violaciones de las garantías, llevadas a cabo por la policía y los mismos tribunales de justicia, garantías que, paradójicamente, son exaltadas por el propio discurso normativo.

Esta situación se ha agravado en los últimos diez años, tanto en los países conocidos como centrales cuanto en los llamados periféricos o subdesarrollados. En los primeros, pues la criminalización de las formas violentas del disenso político, mediante la legislación penal y procesal de carácter excepcional, ha arrastrado tras de sí a buena parte del sistema de justicia penal ordinario. El recorte de ciertos derechos fundamentales en el proceso penal es una prueba de esa «cultura de la emergencia» que ha inficionado la filosofía punitiva de los llamados Estados sociales. Mientras tanto, en los segundos países, el desenfado autoritario, característico de la injusticia social dominante, ha llevado a una utilización obscena del sistema penal, sobre todo en los lugares donde han sido regímenes militares los ejecutores de una política criminal terrorista.

Ante el deprimente cuadro que presenta el sistema de control penal contemporáneo y la manipulación que constantemente hace el Poder de los conceptos de criminalidad y delito o conductas afines, los cuales se emplean precisamente en detrimento de las clases sociales más sufridas y subalternas, han nacido diversos movimientos, ordenados, unos por la erradicación del sistema penal tal como se conoce para volver a formas privadas de solución de los conflictos; otros, por una restricción del sistema, empleando estrategias descriminalizadoras y despenalizadoras, pero postulando con énfasis una elevación del techo de las garantías, y, finalmente, los últimos, guiados por una utilización del sistema para que atienda precisamente a la protección de las mayorías sociales desprotegidas, sobre las cuales se descarga toda la dureza de la criminalidad en las calles. De este modo, el *abolitionismo* escandinavo (Mathiesen, Christie, Hulsman), el llamado *derecho penal mínimo* (Baratta, Ferrajoli, Pavarini) y el *realismo de izquierda británico* (Young, Lea, Matthews), se presentan como las posiciones más salientes de la criminología crítica que coinciden con una sociología del control penal en una revalorización de todos los niveles del sistema.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1978): *Política y justicia en el Estado capitalista* (edición a cargo de), Libros de Confrontación-Filosofía, 11, Fontanella, Barcelona.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y MOVILLA ALVAREZ, C. (1986): *El Poder Judicial*, Temas Clave de la Constitución Española-Tecnos, Madrid.
- BARATTA, A. (1974): *Sociologia giuridica e sociologia del diritto penale*, en «La sociologia del diritto: un dibattito», publicado en *Sociologia del diritto*, I, núm. 2, Milano, pp. 245-263.

- BARATTA, A. (1985): *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática*, en «Doctrina Penal», 8, núm. 29, enero-marzo, Buenos Aires, pp. 2-26. Original italiano: *Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, en «Dei delitti e delle pene», II, núm. 1, gennaio-aprile 1984, Bari, pp. 5-30.
- BARATTA, A. (1986): *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Colección Nueva Criminología y Derecho-Siglo XXI, México. Original italiano: *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Quaderni della rivista «La questione criminale», 5, il Mulino, Bologna 1982.
- BERGALLI, R. (1985): *Realidad social y cuestión penitenciaria* (Una visión desde España sobre el centro del sistema capitalista), en «Doctrina Penal», 8, núm. 31, julio-septiembre, Buenos Aires, pp. 363-377.
- BERNARDI, A. (1979): *La riforma della polizia* (Smilitarizzazione e sindacato), Istituzioni italiane, número 2, Giulio Einaudi editore, Torino.
- BITTNER, E. (1980): *The functions of police in modern society*, 2.^a ed., Cambridge Mass.
- BOBBIO, N. (1968): *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1984): *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona.
- CALLIES, R.-P. (1974): *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt a.M.
- DE GIORGI, R. (1979): *Scienza del diritto e legittimazione* (Crítica dell'epistemología tedesca da Kelsen a Luhmann), Coll. Ideología e società-De Donato, Bari.
- DE GIORGI, R. (1981): *Materiali per una teoria sociologica del diritto*, Dispense dal corso di lezioni tenute alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Anno accademico 1980-81, Bologna.
- DE MIGUEL, J. M., y MARTÍN, M. (1988): *La feminización de la profesión policial*, Ponencia en las «Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica», Universidad de Barcelona, 7-9 abril.
- DÍAZ, E. (1984): *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Colección Universitaria-Editorial Debate, Madrid.
- DURKHEIM, E. (1982): *La división del trabajo social* (trad. C. G. Posada), estudio preliminar Luis R. Zúñiga, Akal/Universitaria-Serie sociología, 39, Madrid.
- FEEST, J., y LAUTMANN, R. (1971): *Hrsg. Die Polizei: soziologische Studien und Forschungsberichte*, Westdeutscher Verlag, Opladen.
- GIRTLE, R. (1980): *Polizei-Alltag. Strategien, Ziele und Strukturen polizeilichen Handelns*, Düsseldorf.
- HESS, H. (1983): *Il controllo sociale: società a potere*, en «Dei delitti e delle pene», I, n. 3, settembre-dicembre, 499-524.
- HOBBS, Th. (1909): *Leviathan, or the Matter, Forms, and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, reimpresión de la edición de 1951, Oxford, cit. por H. Hess, en *op. cit. supra*.
- JAKOBS, G. (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, W. de Gruyter, Berlin-New York.
- KERNER, H.-J. (1985): *Kriminalistih*, en «Kaiser/Kerner/Sack/Schelhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch», UTB-C. F. Müller, Heidelberg, pp. 260-267.
- LUHMANN, N. (1972): *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*, en «Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme», vol. I, Westdeutsche Verlag, Opladen.
- MAIR, L. (1965): *An Introduction to Social Anthropology*, Oxford Univer-

- sity Press. Versión en castellano: *Introducción a la antropología social*, AU, núm. 67, 2.^a ed., 1986.
- MARCONI, P. (1984): *Economie della giustizia penale*, Marsilio editore, Venezia.
- MELOSSI, D. (1980): *Oltre il «Panopticon»*. *Per uno studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo*, en «La questione criminale», VI, núms. 2-3, Bologna, pp. 277-361.
- MIR PUIG, S. (1982): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona.
- MOVILLA ALVAREZ, C. (1981): *El autogobierno de la justicia*, en «Los comunistas y la reforma de la administración de la justicia», C. Movilla Alvarez y otros, Madrid.
- O'CONNOR, J. (1973): *The fiscal crisis of the State*, St. Martin's Press, New York. Hay traducción en castellano (G. Di Masso, J. M. Custodio, R. Coll y M. A. Galmarini), *La crisis fiscal del Estado*, homo sociologicus-ediciones Península, 24, Barcelona, 1981.
- OFFE, C. (1973): *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M.
- PARSONS, T. (1976): *El sistema social* (trad. J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez), Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid. Original inglés: *The social System*, The Free Press of Glencoe, New York, 1959.
- REBUFFA, G. (1986): *La funzione giudiziaria. Lezioni introduttive*, Giappichelli, Torino.
- ROTTLEUTHNER, H. (1988): *Sociología de las profesiones jurídicas*, en «Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica», 7-9 abril, Barcelona.
- SKOLNICK, J. (1967): *Social Control in the Adversary System*, en «Journal of Conflict Resolution», 11, 52-70.
- TOHARIA, J. J. (1974): *Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España*, Colec. Los Suplementos, número 51, «Cuadernos para el Diálogo», Madrid.
- TOHARIA, J. J. (1975): *El juez español. Un análisis sociológico*, Colec. de Ciencias Sociales-Serie de Sociología, Tecnos, Madrid.
- TREVES, R. (1987): *Sociología del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino. Hay versión en castellano (trad. M. Atienza), Ariel, Barcelona.
- WEBER, M. (1976): *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehende Soziologie*, 5. Revidierte Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Hay versión en castellano (trad. E. Imaz, J. Medina Echavarría, E. García Maynez, J. Roura Parella y J. Ferrater Mora), «Economía y Sociedad», Fondo de Cultura Económica, 2.^a ed., México, 1944.
- WEBER, M. (1975): *El político y el científico* (trad. F. Rubio Llorente), Introd. R. Aron, El libro de Bolsillo, 71, Alianza, Madrid. Original alemán: *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, Duckner & Humblot, Berlin-München.
- ZARAGOZA, A. (1975): *Abogacía y política*. «Cuadernos para el Diálogo», Madrid.
- ZARAGOZA, A. (1982): *Los abogados y la sociedad industrial*, homo sociologicus 26-ediciones Península, Barcelona.
- ZAFFARONI, E. R. (1980): *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. I, Ediar, Buenos Aires.

Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española

Por JUAN J. RUIZ-RICO y MERCEDES VERA PADIAL

Granada

I. INTRODUCCION

Lo que intentamos en las páginas que siguen es abordar por primera vez la imagen de la judicatura, el Poder Judicial y la Administración de Justicia existentes en un conjunto de operadores jurídicos de particular relevancia. Una vez más, desgraciadamente, tendremos que recordar que, a falta de mejor mérito, este trabajo tiene por lo menos el discutible de adentrarse prácticamente por primera vez en un terreno que científicamente tiene tanto de tierra virgen como de *res nullius*. No les falta razón a quienes recuerdan, quizá con la expresividad propia de la exageración, que si lo medimos por el volumen de investigación científica que ha merecido en el caso español el Poder Judicial es efectivamente un poder «en cierta manera nullo» (1). Si esto, en términos generales, es verdad, el tema no hace sino agudizarse extraordinariamente cuando lo contemplamos desde una órbita jurídico-política. Constitucionalistas, politólogos, sociólogos de la política no parecen haberse sentido demasiado preocupados por el único poder que recibe tal denominación en la Constitución Española y mucho menos, claro está, por conocer el perfil social, las opiniones y las actitudes de quienes constituyen su elemento personal. No hará falta, por tanto, decir que la imagen social existente del Poder Judicial y los jueces españoles, en el seno de lo que podríamos denominar «élite jurídica española», prácticamente no ha constituido hasta ahora objeto de una investigación científica seria y sistemática. Es cierto que en la materia que nos ocupa ha habido pione-

(1) Véase al respecto, RUIZ-RICO, J.: *El poder judicial*. En CAZORLA, J.; RUIZ-RICO, J.; BONACHELA, M.: *Derechos, instituciones y poderes en la Constitución de 1978*, Universidad de Granada, 1983, p. 343.

ros (2), más numerosos además en los últimos años (3), con un más que aceptable nivel de calidad en sus trabajos. Pero precisamente este nivel de calidad que acabamos de referir evidencia mucho más las lagunas existentes en el campo que escapan en su solución a los esfuerzos aislados por valiosos que éstos sean.

Nuestro objetivo, por tanto, es presentar aquí una primera aproximación empíricamente fundada al problema de la imagen de los jueces, el Poder Judicial y la Administración de Justicia existente entre colectivos jurídicos tan significativos como los fiscales, los abogados, los secretarios judiciales o los procuradores, si se quiere los operadores jurídicos más próximos a (o más inscritos en) los problemas (cotidianos) del Poder Judicial y la Administración de Justicia. Ocasionalmente nos referiremos a la imagen existente en otros colectivos (letrados del Estado, por ejemplo) e incluso a la imagen (autoimagen, en buena medida) existente entre los propios jueces. Fijado inicialmente nuestro propósito y antes de adentrarnos en los problemas sustantivos, nos resulta inevitable un conjunto de consideraciones aclaratorias, procedimentales o metodológicas, que —nos adelantamos nosotros mismos a decirlo— por más que todas sean necesarias pertenecen a regiones del discurso a veces muy distanciadas:

1. La primera observación que tenemos que hacer de manera plana y llana es que consideramos fundamental el conocimiento de las imágenes existentes de los jueces, el Poder Judicial y la Administración de Justicia para conocer el funcionamiento real del Poder Judicial y la Administración de Justicia. Esta afirmación es completamente obvia. Pero la necesidad de recordar lo obvio resulta de hecho expresiva del «estado de la cuestión» en la comunidad científica. Que el funcionamiento del Poder Judicial y la Administración de Justicia requiere conocer no sólo la regulación constitucional y legalmente es-

(2) Nos estamos refiriendo, obvio es decirlo, a los trabajos de TOHARIA, J. J.; muy especialmente a: «Cambio social y vida jurídica en España», 1974; «Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España», 1974; «El juez español. Un análisis sociológico», 1975; «Derecho y desarrollo: el caso de España», 1978; «La cultura legal española», 1980; «Los españoles ante el juicio con jurado», 1982; «Actitudes de los españoles ante la Administración de Justicia», 1985; «Los españoles y la Administración de Justicia», 1985, y «¡Pleitos tengas!... Introducción a la cultura legal española», 1987; que, siendo sus contribuciones más útiles a nuestros efectos, en modo alguno agotan su valiosísimo concernimiento con el tema.

(3) Por poner sólo dos ejemplos recientes y cercanos, las investigaciones de SORIANO, R.; RUIZ DE LA CUESTA, A., y GONZÁLEZ TABLAS, R.: *Los abogados andaluces: análisis sociológico*, en «Cuadernos del Instituto de Desarrollo Regional», Sevilla, 1987. Y la investigación de CAZORLA, J., sobre el Colegio de Abogados de Granada, aún no publicada cuando estas líneas se redactan. Por lo demás, estas últimas aportaciones mencionadas se inscriben en una línea en la que habría que mencionar sin pretensiones de ser exhaustivos otros trabajos: BARCELLS, J.: *Encuesta sobre la situación social de la abogacía de Barcelona*, 1974. Encuesta sobre las opiniones de la abogacía barcelonesa en materia profesional, familiar y política, 1975, y la encuesta del Colegio de Abogados de Zaragoza, *Los profesionales de la Justicia. El funcionamiento del Poder Judicial visto por sus protagonistas*, 1982.

tablecida de ese funcionamiento, sino también las opiniones y actitudes al respecto de quienes han de actualizarla de una u otra forma es algo que se afirma contra una tendencia actualmente existente en medida desvergonzadamente abrumadora a dividir en compartimentos estancos (y escandalosamente formalistas) los esfuerzos de la comunidad científica. Si se nos permiten la ironía y el juego de palabras, diríamos que el «conocimiento de un área del saber exige ignorar las correspondientes áreas de conocimiento». Esto es particularmente cierto en el caso del Derecho Constitucional y la Ciencia Política. El conocimiento real de un problema jurídico-político —y el nuestro lo es— probablemente exige acudir a estrategias que proceden de una u otra disciplina (y, si somos serios, sin ocuparnos como criterio de valoración de aquella que proceda). Dicho muy claramente: abordar esta cuestión que interesamos ignorando sus dimensiones jurídicas es como estudiar anatomía sobre el cuerpo de un fantasma. Intentar estudiar el problema dejando en el olvido su dimensión empírica es quedarse en un formalismo carente de la más mínima sustancia. Montero Gibert, en unas reflexiones que llevan camino de convertirse en clásicas, nos ha advertido de los peligros que comporta «esa especie de “fuite en arrière” que reduce la Constitución a un documento jurídico, convirtiendo la necesaria autonomía de su dimensión jurídica en una imposible autarquía que desconoce su carácter polifacético y olvida su dependencia de factores de diversa naturaleza» (4). No menores son los problemas de «la negativa a concebir la ciencia jurídica como una verdadera ciencia social» (5). Muy similar es nuestra postura. Más concretamente, en el caso que nos ocupa, afirmamos que es imposible comprender el funcionamiento efectivo de un sistema jurídico si no tomamos en cuenta los valores y actitudes predominantes respecto al mismo. Tampoco en esto nuestra posición se caracteriza por una especial originalidad (6).

2. La segunda cuestión que queremos mencionar afecta al núcleo de esta imagen que consideramos y en cierto modo la precisa. Por de pronto en un sentido: que exista una imagen consolidada de una institución o del elemento personal que la sirve en modo alguno significa que esa imagen se corresponda con la realidad (aunque forme parte inevitable del funcionamiento de esa realidad). De hecho, toda la línea de investigación en que este trabajo se inscribe gira en torno a la hipótesis, por lo demás bastante verificada ya (7), de que los jueces,

(4) MONTERO GIBERT, J. R.: *Mociones de censura y mociones de reprobación*, en M. Ramírez (ed.), «El desarrollo de la Constitución Española de 1978», Pórtico, Zaragoza, 1982, p. 426.

(5) *Ibidem*, p. 426.

(6) TOHARIA, por ejemplo, lo ha expuesto muy adecuadamente en: *La cultura legal española*, en «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», Barcelona, 1980. Naturalmente el esquema conceptual allí utilizado procede de L. M. Friedman.

(7) Efectivamente, los datos que aquí se explotan —bien es cierto que de una manera muy parcial— proceden de una serie de investigaciones realizadas en el Depar-

el Poder Judicial y la Administración de Justicia en España soportan un altísimo nivel de estereotipia. Entiéndanse los estereotipos como «colección de rasgos sobre los que un gran porcentaje de gente concuerda como apropiados para describir alguna clase de personas» (8); como «creencias simples, inadecuadamente fundamentadas, al menos parcialmente inexactas y sostenidas con bastante certeza por mucha gente» (9); como proposiciones rígidamente establecidas que atribuyen una característica a todos los miembros de una categoría (10), o como opiniones a la vez condensadas, esquematizadas y simplificadas que tienen curso en el público (11), caben pocas dudas de que

tamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Granada bajo la dirección del profesor J. Ruiz-Rico. Tales investigaciones han contado con la ayuda de CAICYT y el Centro de Investigaciones Sociológicas. Los cuestionarios en todos los casos aplicados son el resultado del trabajo conjunto de profesores del Departamento y miembros de los distintos cuerpos o profesiones implicadas que, sin excepción, prefieren permanecer en el anonimato.

A efectos de una adecuada lectura de los resultados, hay que tener presente que la aplicación de cuestionarios se hizo en dos momentos diferentes: primavera de 1985, para jueces, abogados y secretarios judiciales, y otoño de 1987, para letrados del Estado, procuradores, fiscales, notarios y registradores. Las muestras estuvieron constituidas por el 50 por 100 de los jueces y magistrados en activo (aleatoriamente seleccionados) excluidos los magistrados de trabajo; con un porcentaje de respuesta del 33,2; por el 50 por 100 de los fiscales en activo; con un porcentaje de respuesta del 41,3; por el 50 por 100 de los secretarios judiciales; con un porcentaje de respuesta del 22,8; por el 50 por 100 de los notarios de los colegios de Barcelona, Madrid, Granada, Sevilla y La Coruña, con un porcentaje de respuesta del 28,1; por el 50 por 100 de los abogados ejercientes del Colegio de Granada, con un porcentaje de respuesta del 26,6; por la totalidad de los letrados del Estado que había servido puestos anteriormente servidos por abogados del Estado o entrados después de la unificación, con un porcentaje de respuesta del 52,1, y por el 50 por 100 de los procuradores ejercientes en Andalucía, con un porcentaje de respuesta del 21 por 100. Los cuestionarios en todos los casos fueron objeto de aplicación postal. No podemos entrar aquí en la discusión de los problemas técnicos de esta forma de aplicación del cuestionario ni de otras que afectan a una consideración detallada y profunda de las técnicas de investigación utilizadas, pero al menos quisiéramos dejar constancia de su utilización habitual por Cazorla, Toharia, Balcells, Soriano *et alii*, etc., y, fuera de España por M. W. Wenner *et alii* o R. Tomasic, por sólo citar dos casos relevantes. Quien esté interesado en los problemas de la investigación empírica en el campo debe consultar, a nuestro juicio sobre todo: TREVES, R.: *La Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1988, especialmente los caps. VII y VIII.

Debemos introducir, por último, dos precisiones. Una, que cierto número de las preguntas de orden general de los cuestionarios procedían, tanto por su valor sustantivo como porque nos proporcionaban elementos de contrastes con la población general del cuestionario diseñado por MURILLO, F. y BELTRÁN, M., para su capítulo sobre la estructura social y la desigualdad en España en el último informe FOESSA (Euramérica, Madrid, 1983). En segundo lugar, que para facilitar la lectura los porcentajes en todos los casos han sido redondeados.

(8) VINACKE, W. E.: *Explorations in the dynamic processes of stereotyping*, en «Journal of Social Psychology», núm. 43, 1956, pp. 105 y ss.

(9) HARDING ET ALI, J.: *Prejudice and Ethnic Relations*. En LINDZEY, G. y ARONSON, E.: (eds.) *The Handbook of Social Psychology*, Addison-Wesley Publ. Co., Massachusetts, 1969, pp. 1 y ss.

(10) RICHTER, M. N.: *The Conceptual mechanism of stereotyping*, en «American Sociological Review», 1956, p. 568.

(11) Véase el concepto en LIPPMANN, W.: *Public Opinión*, Mac Millan Company, Nueva York, 1960 (1.ª ed., 1922). De sobra es conocido el papel de iniciador jugado

quizá existen pocos colectivos tan estereotipados como los jueces españoles y pocas actitudes tan llenas de prejuicios como las que el funcionamiento del Poder Judicial suscita.

Lógicamente, escapa de nuestras posibilidades actuales un estudio detenido de carácter teórico en torno a los estereotipos. Pero sí quisiéramos dejar constancia de algunos factores que consideramos fundamentales. Por de pronto, el carácter escasamente fundamentado que tienen los estereotipos, sus distancias con la realidad, su inexactitud total o parcial respecto a ella (12). En segundo lugar, la carencia de carácter neutral que el proceso de estereotipia siempre tiene, algo que en su momento ya señaló Lippmann (13). Si se quiere, su inscripción en el terreno de la ideología (14). En tercer lugar, la particular tozudez, la particular resistencia al cambio, que los estereotipos tienen. Finalmente, su capacidad de producir efectos reales. En definitiva, como Harting ha notado, cuando un concepto es definido como un estereotipo, se implica que es más simple que complejo o diferenciado, que es más erróneo que adecuado, que es de segunda mano más que resultado de la experiencia directa y que es resistente a la modificación por acumulación de nuevas experiencias (15).

3. Nada habría más inadecuado que contestar al estereotipo con la generalización arbitraria. Porque decir que existe un alto nivel de estereotipia respecto a los jueces españoles (y en consecuencia respecto al funcionamiento del Poder Judicial) no es decir demasiado si no se aclara inmediatamente quiénes soportan su vigencia. ¿Es algo que ocurre por igual en la población general y en la élite jurídica? ¿Qué papel juegan los medios de comunicación? ¿Nos encontramos en presencia de un heteroestereotipo o es autoestereotipo al mismo tiempo? Las preguntas se podrían continuar indefinidamente. Aunque de algunas de las cuestiones que hemos de considerar a continuación ya nos hemos ocupado extensamente en otro lugar (16), es preciso

por Lippmann en la materia. No insistiremos en ello. Creemos que el lector interesado puede encontrar referencias introductorias de utilidad en RUIZ-RICO, J., e IGLESIAS DE USSEL, J.: *Cultura popular y discriminación regional. Un caso andaluz*, Instituto de Desarrollo Regional, Granada, 1982 (especialmente cap. II), y SANGRADOR, J. L.: *Estereotipos de las nacionalidades y regiones de España*, «CIS», Madrid, 1981 (especialmente cap. I).

(12) Cabría advertir que esta «distancia» nunca puede ser tan extrema como para que no exista el más mínimo punto de contacto. Tal vez el simultaneo de verdad y falsedad, de distancia y cercanía, es lo que le ofrece al estereotipo sus características.

(13) LIPPMANN, W.: *Op. cit.*, *passim*.

(14) Véase al respecto PERKINS, T. E.: *Rethinking Stereotypes*. En BARRET, M.; CARRIGAN, P.; KUHN, A., y WOLF, J. (eds.): «Ideology and Cultural Production», Croom Helm, Londres, 1979.

(15) A nuestros efectos será muy importante, cosa que en esta ocasión se nos escapa, comprobar cómo el trato directo (e interesado, nos atreveríamos a decir) con la Administración de Justicia modifica las imágenes existentes respecto a ella. Lo que ocurre también es que se supone que toda la élite jurídica tiene experiencia bastante directa de trato con la Administración de Justicia.

(16) En especial la tesis doctoral de VERA PADIAL, N.: «La imagen social del juez español», Universidad de Granada, 1988.

incluir aquí algunas consideraciones que nos sirvan como punto de referencia. En concreto, desde nuestro punto de vista la existencia de estereotipos respecto a los jueces españoles es más un fenómeno propio de la «cultura legal interna» que de la «cultura legal externa» (17), pertenece más a los operadores jurídicos (incluidos los propios jueces) que a la población en general. Por lo demás, en la consolidación de estos estereotipos durante el período que va desde el inicio de la transición política a la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial han tenido una influencia decisiva los medios de comunicación (especialmente prensa) y los propios órganos de autogobierno judicial, tanto por su obsesión «estratégica» —en el sentido que ya veremos— con la imagen de la justicia, como por su obsesión con la situación crítica de la misma.

Vale la pena detenerse un instante en estas cuestiones que acabamos de mencionar y que merecen, sin género de dudas, un tratamiento más amplio que el que aquí podrá dársele. Si analizamos la imagen de los jueces españoles existente en la prensa en el período que nos ocupa, observaremos la consolidación de unos estereotipos en base, precisamente, a los estereotipos previamente existentes. La secuencia es aproximadamente la que sigue: durante los primeros instantes en que opera la nueva regulación constitucional del Poder Judicial y, por tanto, su relativo autogobierno, la relación prensa-Poder Judicial es casi pacífica cuando no abiertamente laudatoria. Este feliz maridaje va a empezar a romperse como resultado de los procesos abiertos a buen número de periodistas, muy particularmente al famoso caso «Vinader», donde en más de una ocasión se adjudica a los jueces la responsabilidad de unas leyes que ellos no han creado. Pero lo que a la sazón se está rompiendo no es sólo este maridaje, sino también la práctica unanimidad existente en la prensa a la hora de valorar a la judicatura. A partir de este momento aparecen líneas diferenciadas. De un lado los sectores más conservadores («Ya», «ABC»), que asumen posiciones más próximas a la judicatura, y, de otra, los sectores menos tocados de conservadurismo («El País», «Diario 16», a la sazón) que se aproximan más a una perspectiva crítica (18). Al hilo de estas disputas van a ir cuajando determinadas hipótesis subyacentes, que de un modo u otro ven la luz. Antes que nada, la idea de que los jueces no responden ideológicamente al modelo de un estado democrático por cuanto son «los de antes, los de siempre, con las mismas ideas». En segundo lugar, la de que la justicia española carece de confianza entre los ciudadanos como resultado no sólo del factor que acabamos de mencionar, sino también de su escasa eficacia. Sobre este plano

(17) Los conceptos han sido puestos en juego por Toharia. Por decirlo en términos muy simples, la cultura legal interna sería la propia de los operadores jurídicos y la externa la de los ciudadanos en general.

(18) A este respecto, sin valorarlo con ello de una u otra forma, la documentación más completa se encuentra en el cap. III de la tesis doctoral de VERA PADIAL, M., ya citada.

incidirá como un nuevo componente —posiblemente inevitable por la dinámica de los hechos susceptibles de convertirse en noticia— las dimensiones con que se presentan en los medios de comunicación los comportamientos «anormales» de los jueces y la Administración de Justicia. Pero es que hay algo más. La cúpula judicial, muy especialmente el Consejo General del Poder Judicial, va a insistir continuamente tanto en la situación crítica como en la mala imagen de la Justicia como estrategia para lograr mayores recursos, sea en un plano puramente cuantitativo, sea en un plano estructural (competencias presupuestarias del Consejo). Producido el cambio de un Gobierno centrista a otro socialista, esta actitud seguirá desarrollándose durante un buen número de meses, si bien es cierto que inmediatamente después del cambio de Gobierno, en 1982, la posición del Consejo parece atemperarse como si tuviera el convencimiento de encontrar una mayor sensibilidad hacia sus problemas.

A lo largo de 1983, sin embargo, y a partir de la confirmación por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la sentencia a Xavier Vinader (así como otros procesos en que estaban implicados periodistas) los sucesos van a encadenarse cobrando el (los) tratamiento(s) del Poder Judicial en la prensa su estructura definitiva. Es el momento en que se producirán manifestaciones en favor de la libertad de expresión plagadas de incidentes «antijudiciales». Es el momento en que Pablo Castellanos, a la sazón presidente de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, declara a la prensa que «hay jueces que son absolutamente fascistas». El momento también en que publicará en «El País» su polémico artículo «El Poder Judicial: no elegido e incontrolado» (11 de abril de 1983). Serán precisamente los medios de comunicación más conservadores los que recojan con particular énfasis, editorial o no, las posturas enfrentadas a las que indiciariamente acabamos de dar o conocer. ¿Qué es lo que está ocurriendo? Desde nuestro punto de vista, una condensación de identificaciones que tienen todas ellas un punto de partida erróneo. Todos los medios dan por supuesto que la judicatura española es conservadora (con el ropaje, a veces, de apoliticismo y profesionalidad). Ese punto de partida (no probado) ni siquiera se discute. Eso hace alinearse a su favor a la prensa más conservadora (que a su vez se identifica con las posiciones de la Asociación Profesional de la Magistratura, a estas alturas identificada ya con el Consejo) mientras que la prensa situada en otras coordenadas ideológicas se alinea frente a las posiciones de la Asociación, del Consejo y, por ende, de unos jueces que se estiman, como veremos, incuestionablemente conservadores. Tan es así, que en frase —inexacta, sólo por exageración— podría decirse que quien quiera conocer las imágenes de los jueces españoles que circulan en la prensa durante este período no tiene sino seguir las líneas editoriales enfrentadas de «ABC» y «Ya», de un lado, y «El País», de otro.

En realidad, estas posiciones van a mantenerse hasta la aprobación de la Ley Orgánica, sin variar las líneas, pero aumentando su intensidad a lo largo del íter legislativo y prelegislativo. Con momentos particularmente fuertes, destacando entre todos ellos la decisión legislativa de que todos los vocales del Consejo General del Poder Judicial fueran elegidos por las Cortes. No tenemos la posibilidad de detallar aquí y ahora el proceso. Pero la evidencia está ahí sin embargo: partiendo de un estereotipo que suplanta a la realidad, la consolidación final a través de los medios de comunicación del mencionado estereotipo (19).

4. El papel jugado por los medios de comunicación en este proceso de estereotipia nos obliga a preguntarnos de inmediato cuál es la imagen mental referida a los jueces españoles que opera entre la población en general. Ni los datos disponibles son datos de primera mano ni tampoco abordan directamente el problema que nos está interesando (20). Más aún, como Toharia ha notado, en la particular perspectiva de los ciudadanos el funcionamiento de la Administración de Justicia tiende a verse como un episodio más de la acción gubernamental y juzgarse aquélla según el grado de simpatía que ésta inspira (21). En todo caso, sin embargo, hay dos evidencias que todos los datos disponibles confirman. La primera de ellas es que siempre son más los ciudadanos que juzgan (con un indicador u otro) favorablemente a los jueces y a los tribunales que los que los juzgan de modo negativo. Tal vez la única excepción la represente la valoración que se hace de su grado de eficacia. Pero el grado de eficacia se funda en una disposición de recursos que escapa a la capacidad decisoria del órgano de hipotético autogobierno de la judicatura. En segundo lugar que, sea cual sea la orientación del Gobierno en cargo, la propensión a juzgar favorablemente a los jueces y tribunales siempre es mayor entre los ciudadanos situados más a la izquierda. Lógicamente, si esto es así no puede deberse sino a la existencia de imágenes preestablecidas que ubican a los jueces españoles en un sitio preciso al que ya hemos hecho referencia.

II. LA IMAGEN DEL JUEZ ESPAÑOL EN LA ELITE JURIDICA

Pasando ahora al objeto central de nuestro estudio, que es la visión de los jueces, el Poder Judicial y la Administración de Justicia

(19) Queremos agradecer, llegados a este punto, las facilidades de documentación ofrecidas tanto por el Ministerio de Justicia (y queremos concretarlas en la persona de don Joaquín García Morillo) como por el Consejo General del Poder Judicial (en la persona de don Emilio Berlanga). También nos facilitaron extraordinariamente la tarea don Joaquín Salvador Ruiz Pérez y don Rafael Caballero Bonald, presidentes en distintos momentos de la Audiencia Territorial de Granada.

(20) También a este respecto véase la tesis doctoral de VERA PADIAL, M.: «La imagen social del juez español» (cap. II).

(21) TOHARIA, J. J.: *Actitudes de los españoles ante la Administración de Justicia*, en «Poder Judicial», núm. 14, marco 1985, pp. 33-45.

existentes en la élite jurídica española, y puesto que hemos tenido ocasión de anotar la existencia de un estereotipo ideológico del juez en nuestra cultura legal externa que lo coloca como abiertamente conservador, veamos cuál es la posición al respecto de la élite jurídica española. Esta cuestión la vamos a examinar desde dos perspectivas complementarias pero diferentes.

La primera de ellas intenta conocer la mayor o menor proximidad a la democracia que, a juicio de las distintas profesiones integrantes de la élite jurídica (22) tenían los jueces españoles. Las posibilidades de respuesta eran estas cuatro: a) los jueces españoles han aceptado por completo la democracia y se esfuerzan por defenderla; b) los jueces españoles son indiferentes a la democracia, pero aplican lealmente las leyes vigentes; c) los jueces españoles han aceptado la democracia a contrapelo, pero eso no condiciona su actuación jurídica, y d) los jueces españoles no han aceptado la democracia en absoluto y hacen lo posible por entorpecerla. En la tabla número 1 se ofrecen las respuestas:

TABLA N.º 1 *

<i>Los jueces españoles respecto a la democracia</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
La aceptan y defienden	50	17,7	15	21
Son indiferentes, pero aplican lealmente las leyes	31,5	41,5	48	41
La aceptan a contrapelo, pero eso no condiciona su actuación	4,6	20,8	28	25
No la aceptan y la entorpecen	1,5	2,3	4	6
NS/NC	12,3	7,7	5	7

(*) Los números contenidos en las tablas responden en todo caso a porcentajes que, para facilitar la lectura, se han redondeado.

Con la única excepción de los fiscales —cuya proximidad en todos los órdenes a los jueces no hará falta señalar aquí— para los restantes componentes de la élite los jueces españoles no son precisamente unos entusiastas de la democracia. Casi cabría decir que cuanto menos próximos profesionalmente se encuentran los respondientes a los

(22) No podemos discutir aquí los problemas teóricos implicados en una delimitación de la élite jurídica. Nuestros datos se refieren a jueces, secretarios, fiscales, abogados, procuradores, letrados y, ocasionalmente, notarios. Los datos que se poseen respecto a unos y otros no coinciden siempre exactamente dado que fue también diverso el propósito de las investigaciones subyacentes.

jueces menos entusiasmo democrático creen ver en ellos. La imagen dominante, con la excepción mencionada, es la de que los jueces españoles son indiferentes o poco propicios a la democracia, pero sin que eso afecte a su actuación profesional. El 62,3 por 100 de los secretarios, 76 por 100 de los abogados y 66 por 100 de los procuradores así lo creen. Un cierto positivismo legalista (23) debe dominar la mentalidad jurídica de la élite cuando se estima que la indiferencia o distancia respecto a los valores democráticos nada afecta al funcionamiento del Poder Judicial en un Estado democrático. Esto mismo puede revelarse de otro modo. Concretamente al preguntar a los sectores interesados de la élite jurídica si los jueces españoles son idóneos o inidóneos para un Estado democrático. En la tabla número 2 están las respuestas:

TABLA N.º 2

<i>Los jueces españoles son</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Idóneos para la democracia	81,5	68,5	70	68
Inidóneos para la democracia	8,5	17,7	23	24
NS/NC	10	13,1	7	8

Si ahora es tan notable el convencimiento de la idoneidad de los jueces españoles para un Estado democrático o bien —como sugeríamos— es que ese positivismo legalista, con todas sus implicaciones, que no son pocas, está sumamente extendido entre secretarios, abogados y procuradores o es que es su propia posición de distancia respecto a la democracia la que trivializa la importancia de tener unos jueces más o menos entusiastas del Estado democrático. Algo puede esclarecernos al respecto la confianza comparativa que jueces y tribunales ordinarios merecen entre los profesionales del Derecho, en contraste con la confianza que merecen o merecerían instituciones más dotadas de ingredientes democráticos (24). Las tablas 3 y 4 comparando la confianza que merecen tribunales ordinarios vs., Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios vs. jurado lo ponen de relieve:

(23) Ningún tratamiento mejor al respecto que el de OLLERO TASSARA, A.: *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, en «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1982. Véase también del mismo autor: *Poder Judicial y transición democrática en España*, en «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», 1982, pp. 7-41. Para un conocimiento del juez español en el primer franquismo resulta imprescindible el extraordinario trabajo de CANO BUESO, J.: «La política judicial del régimen de Franco», Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

(24) Debe entenderse esta última expresión de forma más metafórica que precisa. Nos estamos refiriendo, claro está, a aquellas instituciones en que se incorpora la participación popular en la Administración de Justicia.

TABLA N.º 3

Ante un tema que vaya a ser afectado por una resolución judicial ¿Cuál de estas situaciones le inspira más confianza?

	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Que la tome el Tribunal Supremo	45,4	65	74
Que la tome el Tribunal Constitucional	28,5	19	15
Indiferente	23,1	16	5
NS/NC	3,1	—	6

TABLA N.º 4

¿Qué le merecería más confianza, que la decisión en un asunto penal fuera tomada por un jurado o por los jueces o tribunales?

	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Por un juez o tribunal	69,2	70	79
Por un jurado	11,5	25	17
Indiferente	13,8	5	4
NS/NC	5,4	—	—

Los datos son suficientemente expresivos como para ahorrarnos cualquier comentario. Quisiéramos, sin embargo, retener a efectos futuros una referencia que de otro modo podría pasar desapercibida. Sin alterar la pauta general, son los secretarios judiciales los que revelan un mayor índice de confianza en esas instituciones jurídicas que o bien tienen en su composición un importante papel parlamentario o bien son una forma de participación popular en la Administración de Justicia. Esto nos ocurre sin motivo como tendremos ocasión de ver.

Con los datos hasta aquí adelantados no sorprenderá comprobar cuál es la posición que a juicio de la élite jurídica española ocupan los jueces en el binomio conservadurismo-progresismo. La tabla número 5 la presenta:

TABLA N.º 5

¿Qué son los jueces españoles en términos generales?

	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Conservadores	66,1	71,5	68	42
Progresistas	2,3	3,1	4	14
Apolíticos	20	14,6	25	40
NS/NC	12,3	10,8	3	4

Esos jueces que merecen tan alta confianza comparativa a la élite jurídica española son, desde su punto de vista, dudosamente demócratas e indudablemente conservadores. Adelantaremos ya desde ahora nuestra hipótesis de que es el conservadurismo de la élite jurídica española la que funda la confianza en unos jueces presuntamente conservadores. Pero —y aquí empezamos a adentrarnos en el laberinto de los equívocos— ¿cómo son los jueces españoles en realidad? Y, previamente, ¿cómo creen los jueces que son? Por de pronto, no resulta difícil descubrir que el estereotipo es, antes que nada, autoestereotipo. Si bien en cuanto a su proximidad a la democracia no parecen existir dudas (el 56 por 100 de los jueces españoles están convencidos de que sus colegas aceptan y defienden la democracia; el 26,8 por 100 que son indiferentes a la democracia, pero aplican lealmente las leyes vigentes; el 13,2 por 100 piensan que han aceptado la democracia a contrapelo, pero sin que eso condicione su actuación jurídica, y solo 0,8 por 100 interpretan que no han aceptado la democracia y luchan por entorpecerla) el conservadurismo en la autoimagen judicial resulta meridianamente claro: 58 por 100 de los jueces piensan que la generalidad de sus colegas son conservadores, 32 por 100 que son totalmente apolíticos (lo que posiblemente no esconde sino otra versión del conservadurismo tal vez más acusado) y sólo un 2,4 por 100 los estima progresistas.

Dato curioso, pero no sin sentido porque para sacar todo el significado que las imágenes mentales tienen debemos saber algo más sobre quiénes tienen esas imágenes. Ha llegado pues, la hora de —sorprendentemente— conocer las posiciones ideológicas de nuestra élite jurídica tanto a través de su autoubicación ideológica, como de su tendencia de voto. Ampliaremos estos datos, por cierto, a algunos sectores de la élite que hasta ahora no hemos considerado. La tabla número 6 presenta los datos de referencia:

TABLA N.º 6

<i>Autoubicación política</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Notarios</i>	<i>Letrados</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Extrema derecha ...	—	2,3	1,4	—	1,5	—	2
Derecha	3,2	13,8	16,4	5,3	6,1	17	16
Centro derecha	12,4	16,1	34,3	25,3	16,1	19	32
Centro	18,4	15,4	17,9	26,7	15,4	20	17
Centro izquierda ...	26	23,8	22,1	10,7	25,4	22	14
Izquierda	23,2	17,7	4,3	8	17,7	12	7
Extrema izquierda .	0,4	4,6	0,7	—	0,8	—	—
Apolíticos	10	3,8	2,9	8	10	4	7
NS/NC	6,4	3,3	—	16	6,9	6	5

No es nuestro propósito actual obtener todo el jugoso partido de que son susceptibles estos datos. Pero al menos algunas conclusiones que sí interesan a nuestros presentes propósitos no deben quedar en

el olvido (25). Son dos los factores que nos interesa en consecuencia destacar. De un lado, el fraccionamiento ideológico que se opera en la élite jurídica española entre fiscales, jueces y secretarios judiciales, de un lado, y el resto de las profesiones jurídicas analizadas por otro, y en segundo lugar que son precisamente los jueces el sector de la élite incuestionable situada más a la izquierda.

Una simplificación del cuadro anterior a sólo tres dimensiones —derecha, centro e izquierda— puede hacérselo ver con mayor claridad. Es lo que en la tabla número 7 se efectúa:

TABLA N.º 7

	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Notarios</i>	<i>Letrados</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Derecha	15,6	32,3	52,1	30,6	23,7	36	50
Centro ..	18,4	15,4	17,9	26,7	15,4	20	17
Izquierda	49,6	47,1	27,1	18,7	43,9	34	21

Pudiera suponerse —por poner hipótesis extremas— que los apolíticos no computados en el cuadro anterior no son tales, sino que la apelación a la apoliticidad esconde posiciones de derecha incluso bastante acusadas en este sentido y también que el centro puro no es tal, sino que bajo la denominación se esconden posiciones de derecha moderada. Si este fuera el caso, el resultado final sería el que a continuación se expresa y que una vez más revela la idea del fraccionamiento ideológico de nuestra élite jurídica y el posicionamiento en la izquierda de los jueces españoles.

TABLA N.º 8

	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Notarios</i>	<i>Letrados</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Derecha	44	51,4	72,9	65,3	49,1	60	74
Izquierda	49,6	47,1	27,1	18,7	43,8	34	21

La tendencia de voto no parece alterar excesivamente lo que la autoubicación evidencia. Sin entrar en otros comentarios ajenos a nuestros problemas actuales, sí quisieramos destacar la peculiar situación de los jueces españoles al respecto, pues si bien no llegan al 13 por 100 quienes votan claramente a formaciones de la derecha y 10 por 100 a formaciones de centro, no llega al 15 por 100 el voto potencial que el PSOE recibe (y no llega al 7 al que recibe PCE-IU). La explicación a nuestro juicio proviene de una causa precisa y se puede dedu-

(25) Un aprovechamiento completo de los datos en el libro en preparación: «La élite jurídica española», del que son responsables los firmantes de estas líneas.

cir del muy alto porcentaje de jueces que no saben qué votar o han decidido no votar (38,8 por 100), porcentaje muy superior al que se da entre otras categorías. Los jueces españoles mayoritariamente ubicados del centro hacia la izquierda están divorciados del partido en principio destinado a llenar ese espacio. La política judicial socialista no ha arrojado a los jueces a la derecha, pero sí les ha roto la identificación con la fuerza política que en principio les sería más próxima. Veamos los datos ahora en la tabla número 9 (26):

TABLA N.º 9

<i>Tendencia de voto</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Notarios</i>	<i>Letrados</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
PSOE ...	14,4	5,4	7,1	9,3	18,4	11	8
AP	12,4	25,4	37,9	22,7	16,9	25	46
IU (PCE)	6,4	5,4	—	89,3	2,3	2	2
Partido Centro	10	16,1	7,9	2,7	18,4	27	19
Partido Nacio- nalista o re- giona- lista ..	3,2	3,1	7,9	13,3	0,8	1	2
Otros partidos	3,2	3,1	4,3	8	2,3	5	1
No vota	13,6	15,4	14,3	10,7	13,8	8	8
No sabe aún ...	25,2	22,3	16,4	10,7	19,2	16	11
No con- testa .	11,6	3,8	4,2	13,3	7,7	5	3

Creemos, por tanto, que con lo dicho hasta aquí hemos alcanzado uno de los primeros objetivos propuestos. Conocemos que la élite jurídica (como los propios jueces) tienen una imagen del elemento personal del Poder Judicial, caracterizado por su no excesivo entusiasmo democrático y su indiscutible conservadurismo, lo que por otra parte no es obstáculo para que los jueces merezcan dentro de esa élite una confianza de la que carecen instituciones próximas más cargadas de sustancia democrática. La visión de los jueces existente entre la élite (y la autoimagen judicial) coinciden poco con la realidad, una realidad en la que los jueces españoles se manifiestan mucho menos conservadores de lo que creen ser y lo que otros creen que son y

(26) Los momentos diferentes, ya mencionados, en que se aplicaron los cuestionarios, hacen que IU en algún momento fuera PCE y se modificara la denominación de las correspondientes fuerzas políticas autotituladas de centro.

en cualquier caso como el sector situado más a la izquierda en todo el panorama del sistema jurídico español.

Conviene ahora pasar a un segundo momento. ¿Qué visión tiene la élite jurídica española de los elementos fundamentales (o si se quiere fundamentalmente polémicos) de la regulación constitucional del Poder Judicial? Ni que decir tiene que en el abanico de problemas a presentar habremos de ser necesariamente selectivos. Examinaremos, pues, los siguientes: jurado, prohibición de militancia en partidos y sindicatos, derecho de asociación profesional, defensa de la Constitución, valor normativo que se le otorga a la Constitución, recurso de amparo frente a resoluciones judiciales, entre un largo etcétera de cuestiones próximas (27).

Empezaremos, sin embargo, por un asunto previo. ¿Cómo cree la élite jurídica española que la llegada de la democracia ha afectado a los jueces? La forma de acercarnos a la cuestión fue preguntando si se estima que el prestigio de los jueces había aumentado, permanecido igual o disminuido como resultado del cambio del régimen político. Los resultados aparecen en la tabla número 10:

TABLA N.º 10

<i>Los jueces tenían más prestigio con</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
La democracia	17,2	13,8	33,8	16	11
El régimen de Franco	42,8	49,2	25,4	28	71
Igual en ambos casos	26	20	25,4	49	17
NS/NC	14	16,9	15,4	7	1

En todos los casos, incluso independientemente de su posición ideológica, siempre son minoría quienes interpretan que la llegada de la democracia ha beneficiado al prestigio de la magistratura. Generalmente, incluso son mayoría relativa quienes estiman que el prestigio de la magistratura era superior con el régimen de Franco. ¿Cómo puede explicarse algo así en una élite jurídica que no cuestiona la democracia hablando en términos generales y mucho más en aquellos sectores de la élite no caracterizados precisamente por su conservadurismo? No tenemos elementos definitivos de respuesta, pero sí algunas hipótesis que quisiéramos adelantar. La primera apunta al marco de referencia suscitado por la imagen del juez en el régimen de Franco (autoridad, austeridad, inaccesibilidad, etc.). Podría existir de acuerdo con ello una pérdida de prestigio (siempre, claro está, que el prestigio sea así definido). En segundo lugar, podría ocurrir que mientras

(27) Buena parte de las cuales el espacio disponible nos hace retirar de estas líneas.

en los sectores más conservadores de la élite la pérdida de prestigio de los jueces representa una crítica (más o menos enmascarada) a la democracia, en los sectores más progresistas (que coinciden, por ejemplo, con jueces o fiscales) se esté adjudicando a la democracia lo que no es sino efecto de los gobiernos constituidos en base a ella. Nos referimos, por supuesto, a la política judicial de los gobiernos socialistas respecto a los cuales experimentan una notable distancia. Pudiera ser también que lo que con ello se esté significando es que la pérdida de prestigio no se considere efecto de la democracia, sino «efecto de ciertos efectos» sociales que la organización democrática implica. El caso de los medios de comunicación puede ser especialmente ilustrativo: la crítica a las resoluciones judiciales (no siempre rigurosa), la conversión en noticia sólo de los funcionamientos anormales de la Administración de Justicia, etc., pueden estar en el telón de fondo. Las tablas números 11 y 12, abordan en cierta medida el problema: en la primera de ellas, planteando si las resoluciones deberían ser sometidas a crítica o no; en la segunda, concretando la cuestión en la valoración que merece el tratamiento periodístico de los hechos judiciales:

TABLA N. 11

<i>Las resoluciones judiciales</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
No deberían someterse nunca a discusión y crítica	2,8	6,9	57,7	25	70
Deberían someterse a discusión y crítica	92	88,8	23,8	62	19
NS/NC	5,2	4,6	18,5	13	9

TABLA N.º12

<i>Cómo trata la prensa los hechos judiciales</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
De forma sensacionalista ..	76	81,4	68,4	59	75
Con rigor y objetividad ...	10,8	6,1	16,9	20	10
Con excesiva indulgencia respecto a los jueces	2	1,5	6,9	14	12
NS/NC	11,2	6,9	7,7	7	3

Jueces y fiscales así como abogados (aunque estos probablemente por otras razones) son los más propensos a considerar convenientes la crítica y la discusión pública de las resoluciones judiciales. Las cosas cambian, sin embargo, cuando damos un paso en la concreción.

Como anunciábamos, aquí las cosas han cambiado de manera radical. Quienes más propensos eran —en principio— a la crítica y libre discusión pública de las resoluciones judiciales, ahora son quienes en mayor medida rechazan la concreción del principio. Ciertamente, la prensa española no ha sido un dechado de rigor en todos los casos al tratar estos temas, pero la distancia entre posición teórica y posición concreta es demasiado pronunciada como para considerarla irrelevante. Tal vez haya que presentar, en consecuencia, una hipótesis que luego nos aparecerá de manera reiterada: los jueces (y fiscales) españoles tienen una posición ideológica general mucho más a la izquierda de la que tienen respecto a temas judiciales. Son notablemente más progresistas como ciudadanos que como jueces. Entre corporativismo e ideología, es el primero en el que triunfa (28).

Pero nuestro momentáneo propósito era considerar la posición de la élite jurídica respecto a los grandes temas polémicos de la regulación constitucional del Poder Judicial. El jurado introducido (potencialmente) por el artículo 125 de la Constitución es el primero de ellos. Veamos cuál es la opinión de la élite jurídica española al respecto. Se contiene en la tabla número 13.

TABLA N.º13

<i>Respecto a la introducción del jurado está</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>	<i>Letrados</i>
De acuerdo	47,6	38,5	36,1	41	27	30,7
En desacuerdo	30,4	44,6	37,7	47	59	58,7
Indiferente	19,6	15,4	22,3	12	14	10,2
NS/NC	2,4	1,5	3,8	—	—	—

Como se ve, sólo los jueces —una vez más— tienen una posición más favorable al jurado que contraria. La élite jurídica española en general se distancia considerablemente de la población en general (29) a este respecto. Incluso podría decirse que juzga a la institución según el «quantum» de participación popular en la Administración de Justicia que contenga. En el caso de los fiscales, por ejemplo, que es en el que disponemos de datos, frente a un 54,6 por 100 que prefiere el escabinato sólo 31,5 por 100 optaría por la fórmula del jurado puro. Con los datos que anteceden no es muy difícil sospechar cuál sería la posición al respecto de los otros sectores de la élite judicial.

(28) Lógicamente, para verificar esta hipótesis habría que trabajar sobre lo que pudiéramos denominar «ideología judicial en acción». Un excelente ejemplo, BASTIDA, F. J.: «Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura».

(29) El interesado en la materia debe consultar una vez más los datos de Toharia al respecto, así como el Banco de Datos del C.I.S.

La segunda cuestión a analizar afecta a la prohibición constitucionalmente establecida de militancia de los jueces (y fiscales) en partidos y sindicatos. La valoración que de tal prohibición efectúa la élite jurídica se presenta en la tabla número 14. Las respuestas posibles entre las que los respondientes habrían de optar eran las siguientes: a) está bien que no puedan pertenecer a partidos políticos ni sindicatos, porque de otro modo se perdería imparcialidad; b) deberían tener la posibilidad de pertenecer a partidos y sindicatos como la tiene cualquier otro ciudadano, y c) es una tontería la prohibición porque de todos modos van a tener sus ideas políticas.

TABLA N.º 14

<i>Respecto a la prohibición de militancia</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Están de acuerdo	59,6	70	45,4	66	64
Están en desacuerdo	14	17,7	12,3	7	8
Carece de sentido (tendrán de todos modos sus ideas políticas	22	6,9	41,5	26	28
NS/NC	4	5,4	0,8	1	—

Aunque jueces, fiscales y secretarios expresan los mayores porcentajes de desacuerdo con la prohibición, la actitud dominante en todos los casos es notablemente conservadora. La visión de lo político como mal, los recelos frente a la militancia política y sindical que podría hacer perder un valor fundamental como la imparcialidad, indican que en nuestra élite jurídica está profundamente enraizada una concepción estrictamente franquista de lo que es la actividad política. Probablemente no hay conciencia de esta coincidencia de valores y lo que predomina es la visión «sacralizada ingenua» de lo que es un juez, en la que con un formalismo a ultranza se supone que la amenaza proviene no de las ideas políticas, sino de la forma en que se ejercitan. Eso, desde luego, dando por supuesto que otras formas de compromiso formal con los «grupos de acción en la realidad» (por ejemplo, religiosos) no plantean problema alguno.

Como es de sobra conocido, los jueces que tienen la prohibición de militancia que hemos mencionado no carecen, sin embargo, del derecho de asociación profesional. Ahora bien, desde el momento constituyente mismo coexisten al respecto dos modelos: el de una asociación profesional única —que según sus defensores—, manteniendo la unidad de los jueces permitiría defender mejor sus intereses exclusivamente profesionales, y, por otra parte, un modelo de pluralidad de asociaciones capaz de recoger el pluralismo, incluso ideológico, realmente existente en la judicatura. En la tabla número 17 se ofrecen las respuestas:

TABLA N.º 15

<i>Es partidario de</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Una sola asociación profesional	34,4	32,5	21,5	47	63
Pluralidad de asociaciones	61,4	50,8	66,1	45	22
NS/NC	8	10,8	12,3	8	12

En plena coherencia con las pautas ideológicas que venimos observando en la élite jurídica, jueces, fiscales y secretarios son los portadores de un convencimiento pluralista mayoritario. Abogados y, sobre todo, procuradores —quienes, en cierto modo, ven el problema «desde fuera»— son los más propensos a una línea de impuesta unanimidad ¿Reflejan estos últimos sus propias preferencias o su propia visión de la preferencia judicial? No tenemos elementos para responder en este instante, pero es posible que simultáneamente ambas cosas.

El tema de la defensa de la Constitución, constituye a nuestro juicio una cuestión nuclear (al menos potencialmente) de la acción «jurídica» del juez español y desde luego del diseño del mismo nacido de la Constitución. Las posibilidades de espacio nos impiden abordar con la exigida atención el tema constitucional subyacente. Pero algo al menos está meridianamente claro. La defensa (jurídica) de la Constitución no incumbe en España únicamente al Tribunal Constitucional. Nuestra pregunta, que no era de conocimiento sino de opinión, se formulaba de la siguiente manera: ¿A su juicio, a quién debería estar encomendada en España la defensa de la Constitución? En la tabla número 16 se encuentran las respuestas:

TABLA N.º 16

<i>La defensa de la Constitución debe encomendarse</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Al T.C. exclusivamente	10	10,8	22,3	16	18
A los jueces y tribunales ordinarios exclusivamente	8,4	15,4	10	14	22
Tanto a unos como a otros	80,8	71,5	66,1	68	58
NS/NC	—	3,8	1,5	2	2

No existen en este punto divergencias importantes. Siempre son mayoría quienes desearían que existiera precisamente la solución que existe. Pero el papel que el juez debe jugar en la materia nos lleva en seguida a cuestiones más profundas, que de un modo u otro se vinculan al carácter normativo que los jueces españoles otorgan a la Constitución. Por de pronto, nos interesaba conocer si a juicio de los actores del sistema legal los jueces (y tribunales) aplicaban la Cons-

titución «como cualquier otra norma del ordenamiento» o de manera más restrictiva:

TABLA N.º 17

<i>Los jueces aplican la Constitución</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Como cualquier otra norma	66,1	43	65
De manera más restrictiva	22,3	52	27
NS/NC	11,5	5	8

Aunque los porcentajes que estiman existen una aplicación restrictiva de la Constitución siempre deben ser considerados altos para una norma que no sólo lo es, sino que «no lo es sólo como cualquiera otra», llama la atención el caso de los abogados que son en cierto sentido quienes tienen un mayor concernimiento profesional con la cuestión. ¿Hay pues, verdaderamente una aplicación restrictiva? ¿Se trata de una apreciación de quienes han de buscar un máximo de recursos en beneficio de su clientela? Algo pueden enseñarnos las respuestas a las siguientes preguntas que aparecen en la tabla número 18.

TABLA N.º 18

Como sabe, son relativamente frecuentes los recursos de amparo contra resoluciones de jueces y tribunales. ¿A qué cree usted que se debe esta situación?

	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>	<i>Letrados</i>
A que un abogado debe aprovechar hasta la última posibilidad para defender los intereses de su cliente ...	69,6	73,8	70	69	76	74,7
A que los jueces y tribunales no son lo suficientemente diligentes en la defensa de derechos y libertades	14,8	13,1	11,5	21	16	6,7
NS/NC	15,6	13,1	18,4	10	8	18,7

La coincidencia es lo suficientemente alta como para hacernos ver que el problema de fondo —al menos desde el punto de vista de la élite jurídica— no es tanto la restrictividad en la aplicación de las normas constitucionales cuanto una estrategia procesal de los abo-

gados en su ejercicio profesional. Eso parece indicar que a la élite jurídica española que le preocupa la aplicación restrictiva de la Constitución no le llega tal problema como preocupación política o ideológica (desprotección de determinados valores, por ejemplo), cuanto en la medida en que puede privarles de recursos (más o menos razonables jurídicamente hablando; ahora lo veremos) en su actuación profesional. El tema se percibe con más claridad cuando nos ocupamos de las cuestiones técnico-jurídicas fundamentales implicadas en la cuestión de inconstitucionalidad. La primera de ellas, lo que deba entenderse por el inciso «cuando un órgano judicial considere... que una norma con rango de ley... pueda ser contraria a la Constitución», del artículo 163 de la Constitución Española. Este «pueda ser» ¿significa que el juez en cuanto albergue la más mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional o bien significa que para plantear la cuestión debe tener el firme convencimiento de que es inconstitucional? Obsérvese comparativamente las respuestas de jueces y abogados en la tabla número 19:

TABLA N.º 19

<i>Para plantear la cuestión de inconstitucionalidad</i>	<i>Jueces</i>	<i>Abogados</i>
Basta con que el juez albergue la más mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma ..	34,8	52
Debe tener el firme convencimiento de que es inconstitucional	60	43
NS/NC	5	4

No cabe duda, pues, que aunque el porcentaje de jueces que optan por el «automatismo» en la presentación de la cuestión es considerable, los abogados son con mucho los más propensos al mencionado automatismo, quizá por representar al menos potencialmente un recurso más en su actuación, lo que avalaría la interpretación que aquí se viene dando. El siguiente inciso que nos interesaba en el 163 —«aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo»— no muestra, sin embargo, una pauta similar. El 55 por 100 de los abogados entienden por ello que la norma ha de ser necesariamente aplicada (frente a un 39 por 100 que estiman que basta con la posibilidad de que sea aplicada). En el caso de los jueces sostiene la primera posición el 70, 8 por 100 frente a un 24,8 por 100 que sostienen la segunda.

Algunas otras cuestiones al respecto, aún teniendo interés, deberán ser marginadas en este trabajo. Más relevante nos parece ocuparnos del segundo momento: la definición (o, para algunos, redefinición) del Poder Judicial que la Ley Orgánica significa. Ya hemos tenido ocasión de señalar que la posición ideológica bien perfilada de los jueces y la posición electoral en más de un sentido «vacante» no coinciden y en buena medida no lo hacen por el desacuerdo de

jueces y magistrados con la acción judicial del Gobierno socialista (o al menos impulsada por él). El debate ha sido demasiado largo para entrar en su resumen, pero sí quisiéramos sacar a la luz los temas considerados especialmente polémicos: adelanto en la edad de jubilación, incorporación a la judicatura de personas provenientes del denominado popularmente «cuarto turno», competencias del Consejo General y —sobre todo— forma de elección de los vocales del mismo.

Iremos, a continuación, analizando estos temas, pero ya desde ahora cabe adelantar que, a nuestro juicio, de los datos se deduce claramente que la sensibilidad judicial está menos movida por su posición profesional que por su posición como Poder; dicho de otro modo, que la pugna Consejo General-Poder Ejecutivo y Legislativo constituyen la sustancia misma de la desilusión.

Veamos un par de ejemplos: El adelanto en la edad de jubilación hizo en su momento correr ríos de enervada tinta. El adelanto de la edad de jubilación podía entenderse, según nuestra pregunta, de tres maneras: como una decisión general que debe afectar a los jueces como a cualquier otro ciudadano (lo que reflejaría una valoración favorable de normalidad), como una decisión del Gobierno para conseguir unos jueces adeptos a sus ideas (posición desfavorable) o como un mecanismo necesario para lograr una renovación imprescindible en la judicatura (lo que pudiéramos llamar posición favorable «reforzada»). En la tabla número 20 se encuentran las respuestas:

TABLA N.º 20

<i>El adelanto de la edad de jubilación es</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Una medida normal	42	59,2	61,5	42	28
Una forma de lograr jueces adeptos	38,8	27,7	17,7	39	53
Una medida democratizadora imprescindible	8,4	3,1	13,1	16	11
NS/NC	10,8	10	7,7	3	8

Con la sola excepción de los procuradores —que sostienen siempre la posición más conservadora— todos los sectores de la élite (incluidos jueces y fiscales) están más a favor que en contra del adelantamiento (de hecho el 50,2 por 100 de los jueces, sumando las respuestas 1 y 3; el 62,4 por 100, de los fiscales; el 74,6 por 100, de los secretarios, y el 58 por 100, de los abogados). Aunque los porcentajes de recelo no carecen de importancia, el cuadro en su conjunto desmiente el «masivo» rechazo de la medida que en su momento se supuso. Podría estimarse en principio, que una judicatura rejuvenecida prefiera la liberación de los mejores puestos y eso explica la respuesta. Esté o no presente el motivo, la coincidencia en la posición de

quienes, como los abogados, no se ven afectados por ello confirma la idea de normalidad.

Cuestión distinta es la que afecta a la forma de selección de jueces. Ofrecíamos identificarse con varios modelos (reales o hipotéticos) posibles. Como en el caso de los jueces el abanico de respuestas contenía algún matiz complementario que no encontraba cabida en los restantes sectores, ofreceremos separadamente la respuesta. El 63,2 por 100 de los jueces optaría por el modelo tradicional de oposición. El 2 por 100 preferiría que los jueces fueran elegidos por el pueblo. El 2,8 por 100 se identificaría más con un sistema de concurso de méritos sin oposición. El 27,6 por 100 con un sistema de oposición y concurso de méritos. Un 2 por 100 es indiferente, y otro 2 por 100 no sabe o no desea contestar. Respecto a los otros sectores de la élite jurídica, la respuesta aparece en la tabla número 21 (30):

TABLA N.º 21

<i>Forma que prefieren de selección de jueces</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Oposición	61,5	53	74
Elección popular	4,6	6	1
Concurso de méritos (sin oposición)	24,6	37	23
Indiferente	5,4	1	2
NS/NC	3,8	3	—

Aunque los respondientes entre los jueces han sido seleccionados precisamente por oposición, su respuesta no se distancia excesivamente de la del resto de la élite jurídica. Dado el porcentaje casi marginal de preferencias que acoge la elección popular, en la confrontación oposición vs. concurso de méritos es el sistema que pudiéramos llamar «tradicional» el que, con mucho, sale mejor parado.

En todo caso volvamos a nuestra idea anterior. No son los temas que afectan a la posición profesional de los jueces los que suscitan una reserva mayor. Tomemos como referencia los sueldos que reciben. Toda la élite jurídica española sin excepción juzga que los jueces españoles están mal o muy mal pagados. Pues bien, a la hora de ver qué cosas podrían afectar negativamente a la independencia judicial las que tendrían potencialmente algo que ver con la posición profesional de los jueces son escasamente relevantes para la élite jurídica. Véase en la tabla número 22:

(30) Como se verá, en este caso se ha optado por no dar al modelo intermedio «oposición con concurso de méritos» que tal vez, a nuestro juicio, para los jueces significaba más una «modernización o remodelación» de las oposiciones, que una forma de acceso diferente.

TABLA N.º 22

<i>Qué factor afectaría más negativamente a la independencia judicial</i>	<i>Jueces</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>
Bajos sueldos	13,6	15,4	9	12
Ideas políticas de los jueces	17,2	10	12	14
Presiones del Gobierno	37,2	22,3	40	43
Corporativismo de los jueces	5,6	21,5	21	15
Amistades y favores	19,2	20	14	9
NS/NC	7,2	10,8	4	7

El riesgo fundamental no procede entonces, según la visión de nuestra élite jurídica, de la posición social (profesional) del juez, sino de determinados rasgos de su mentalidad (ideología, corporativismo, tendencia al particularismo...) y sobre todo de presiones gubernamentales. (No estará de más recordar por cierto, que respecto a estas presiones, presuntas o reales, y confirmando sus posiciones ideológicas, cuando menos comparativamente, jueces y secretarios son los más indulgentes»).

El tema entonces es otro, ya lo adelantamos. Los rechazos y recelos vienen sobre todo del trato que recibe el Poder Judicial como poder, de la dinámica de las relaciones que por una vía u otra sostiene con el Ejecutivo (y ocasionalmente con el Legislativo). Veámoslo, por ejemplo, respecto a las competencias en materia presupuestaria. Se trataba de conocer cómo afectaría a la Administración de Justicia la existencia de una capacidad presupuestaria plena del Consejo General del Poder Judicial a este respecto. Pues bien, para el 68,4 por 100 de los jueces y el 74 por 100 de los abogados mejoraría sensiblemente. Sólo un 9,6 por 100 de los jueces y un 5 por 100 de los abogados juzgan que empeoraría, siendo 12,8 por 100 y 9 por 100, respectivamente, el porcentaje de quienes piensan que seguiría igual. Una posición parecida —siempre propensa a fortalecer al Consejo General en detrimento del Ministerio de Justicia— aparece en otras cuestiones (31). Pero no nos detendremos en ello. Porque el tema clave, como sabemos, es la composición del Consejo General, más exactamente la forma de elección de sus miembros. En la tabla número 23 se compara la posición al respecto de sus jueces y abogados.

(31) Tal vez las potestades inspectoras y sancionadoras pueden representar (en su hipotética configuración) el mejor ejemplo.

TABLA N.º 23

<i>Cómo debería componerse el Consejo General del Poder Judicial</i>	<i>Jueces</i>	<i>Abogados</i>
Todos los miembros elegidos exclusivamente por jueces	17,2	55
Todos los miembros elegidos exclusivamente por Cortes	20	7
Parcialmente elegidos por jueces y Cortes	59,2	33
NS/NC	3,6	5

A la hora de someter la cuestión a otros colectivos, optamos por dar cabida a una opción más: que tuviera participación en el proceso el personal al servicio de la Administración de Justicia. En la tabla número 24 se presentan los resultados.

TABLA N.º 24

<i>Cómo debería componerse El Consejo General del Poder Judicial</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Procuradores</i>
Todos los vocales elegidos exclusivamente por jueces	10,2	52
Todos los vocales elegidos exclusivamente por Cortes	15,4	2
Parcialmente elegidos por jueces y Cortes	10,8	18
Elegidos con participación del personal al servicio de la Administración de Justicia	57,7	22
NS/NC	5,4	6

Queda pues claro, que el modelo inicialmente constitucional es el que centra la preferencia de los jueces. Para los abogados y procuradores ni siquiera ésta es la mejor solución, sino lo que pudiéramos llamar un modelo «corporativo judicial puro». Este modelo entre jueces es aún menos atractivo que el que finalmente se estableció. El caso de los secretarios resulta excepcional en cuanto optan por una vía corporativa que, sin embargo, no nos permite examinar con claridad su preferencia respecto a los dos modelos que se han sucedido desde la aprobación de la Constitución. En todo caso, deja claro que el modelo de elección exclusivamente legislativa no es el que goza de sus preferencias.

Creemos, no obstante, que los datos cuantitativos no dan cuenta de toda la realidad. Ni siquiera por sí solos son capaces de explicar la notable tensión suscitada por el tema. Posiblemente, el desencadenante real de la tensión ha sido el «gap» existente entre expectativas y logros, la definición inicial que los jueces habían hecho de su autogobierno y la concreción final del mismo avalada por la experiencia del primer Consejo.

El último bloque de cuestiones que queríamos examinar afecta a la Administración de Justicia y más concretamente a sus posibles funcionamientos anormales que, como sabemos ya, han sido un ingrediente básico en la constitución de la imagen de la Administración de Justicia que parece circular entre los ciudadanos. Nos referiremos pues, al tema de la inseguridad ciudadana, a las tardanzas en la Administración de Justicia, al mayor o menor nivel de discriminación que se da en las actuaciones judiciales, a la dilación en la ejecución de sentencias y, finalmente, a los casos de corrupción, todo ello naturalmente desde el punto de vista de la élite jurídica.

Comencemos por la inseguridad ciudadana, un tema lleno de importancia desde el punto de vista de la población española en general (32). Nuestra intención fundamental era conocer a quién podría imputarse. La tabla número 25 nos presenta las respuestas:

TABLA N.º 25

	Jueces	Secretarios	Abogados	Procuradores
Al Gobierno, que no impulsa una legislación más dura	17,2	26,1	24	54
A que los jueces son demasiado blandos	1,2	3,8	3	3
A que la policía no actúa con de debida eficacia	6	2,3	3	1
A la actuación de los abogados	0,8	0,8	1	—
A la situación económica y el paro	71,2	62,3	67	42
NS/NC	3,6	3,8	2	—

Con excepción de los procuradores, es general el acuerdo en que son causas objetivas, exteriores al sistema jurídico, las que provocan la situación. Más aún; podría decirse que los incumbentes de los roles del sistema jurídico apenas cuentan en su actuación como eventuales culpables de la inseguridad ciudadana. «Quienes hacen las leyes» serían desde esta perspectiva los únicos elementos personales significativamente no excluidos de culpabilidad, pero tal vez con unas dosis de realismo considerable, la élite jurídica considera que el peso decisivo lo tiene el Gobierno como titular de la iniciativa legislativa.

Una situación similar se plantea cuando se consideran las tardanzas considerables en la Administración de Justicia. Otra vez causas «exteriores» en cierto modo al sistema jurídico —fundamentalmente

(32) En el informe FOESSA, que ya se ha mencionado, puede verse con claridad cómo la «seguridad» (59 por 100) es el valor más importante seguido de la igualdad (15 por 100), participación (11 por 100) y libertad (9 por 100). Son numerosas las referencias empíricas de orientación similar que podrían haberse citado.

la actuación del Ejecutivo (económica) y del Legislativo (legislativa)—son las que invocan más frecuentemente los interrogados (Tabla número 26):

TABLA N.º 26

<i>Las tardanzas en la Administración de Justicia se deben a</i>	<i>Jueces</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>	<i>Letrados</i>
Jueces poco laboriosos	2,8	2,3	2	5	5,3
Gobierno que no dispone los medios necesarios ...	58,4	49,2	73	64	60
Normas procesales inadecuadas	29,6	32,3	11	12	16
Personal de Administración de Justicia poco eficaz	2,8	8,5	12	13	8
NS/NC	6,4	7,7	2	6	10,7

Tal como habíamos anunciado, la tabla confirma completamente que la responsabilidad se sitúa generalmente fuera de quienes actúan de uno u otro modo en la Administración de Justicia. Pero también aquí hay matices que importan. Jueces y secretarios —quienes según conocemos de sobra tienen puntos de vista menos conservadores— son justamente en términos comparativos quienes en menor medida culpan al Gobierno por la falta de medios que dispone y quienes más culpan a las normas procesales. No se nos ocurre otra explicación del hecho que la ideología anteriormente mencionada. Una explicación técnica (por ejemplo, un conocimiento defectuoso de las normas procesales) no parece posible, dados los colectivos entrevistados.

La dilación en la ejecución de las sentencias, presenta un problema muy parecido y la valoración que la élite jurídica hace de ello no se distancia en exceso de la pauta que acabamos de exponer. La única matización significativa, si acaso, es que aumenta el porcentaje de quienes ven estas dilaciones como resultado de la carencia de medios materiales y personales y disminuye el de quienes lo ven como resultado de la inadecuación de las normas procesales.

Añadiremos, por último, dos problemas que posiblemente podríamos considerar «ásperos». El primero de ellos afecta a la imparcialidad judicial. ¿Discriminan o no discriminan los jueces? Véase la respuesta en la tabla número 27:

TABLA N.º 27

	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>	<i>Letrados</i>
Con frecuencia ...	3,2	6,9	4,6	6	12	—
Algunas veces	37,6	37,7	54,6	65	56	49,3
Nunca	51,6	31,5	30,8	24	31	34,7
NS/NC	7,6	23,8	10	5	1	16

La visión que la élite jurídica española tiene de la imparcialidad judicial no es alarmante, pero tampoco es tranquilizadora. No son excesivos los porcentajes de quienes creen ver la discriminación por parte de los jueces como una práctica corriente. De hecho, en cualquier caso, es siempre superior el porcentaje de quienes creen que no discriminan nunca que el de quienes creen que lo hacen frecuentemente. Son, con todo, considerables los porcentajes de quienes opinan que la discriminación ocurre algunas veces, porcentaje que por obvias razones es menor entre jueces y fiscales. Más expresivo que lo que se acaba de señalar puede ser la consulta de las causas de la discriminación cuando ésta se produce (tabla n.º 28):

TABLA N.º 28

<i>La discriminación se debe a</i>	<i>Jueces</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>	<i>Letrados</i>
La ideología de los jueces	59,2	26,1	28	19	18,7
Los intereses personales de los jueces	14,8	8,5	5	3	2,7
El amiguismo de los jueces	4,4	17,7	12	12	2,7
Las presiones políticas	1,2	2,3	13	27	14,7
NS/NC	2,4	3,8	12	6	10,7

En todos los casos, el mayor porcentaje relativo se concentra en quienes atribuyen a la «ideología de los jueces» las discriminaciones que operan. Pero ¿qué ideología? Lógicamente la que se supone mayoritaria en ellos. De hecho, en cada sector de la élite jurídica son los situados más a la izquierda quienes tienen una mayor tendencia a interpretar que los jueces discriminan. Es considerable el porcentaje de quienes atribuyen al particularismo (33) en una u otra forma la discriminación judicial cuando se produce ésta (probablemente «los intereses personales de los jueces» no reflejan sino otra versión del particularismo). Las presiones políticas aparecen en tercer lugar, con particular incidencia en el punto de vista de abogados, procuradores y letrados, lo que puede hacer suponer que cuanto más a la derecha esté situado el colectivo entrevistado, tanto más peso otorgará a la presión política (de quienes, de un modo u otro, gobiernan) en la génesis de la discriminación. Jueces y secretarios son quienes menor peso conceden a las presiones políticas. Ahora bien, a nuestro juicio, esto no tiene significado claro. Porque, posiblemente, aunque la literalidad de la pregunta hace pensar en un ejercicio de presión con

(33) Naturalmente, particularismo se entiende aquí en términos personianos como pauta opuesta al universalismo (si se quiere, una forma de confrontar las situaciones guiándose por la acepción de personas).

«resultados efectivos», su entendimiento por los entrevistados no se ha hecho de manera uniforme. Para unos, se tratará de intentos de ejercer presión. Para otros, del ejercicio de presión que alcanza sus objetivos. Tal vez eso explique el bajo porcentaje de jueces y secretarios que se identifican con esta respuesta. En cualquier caso, hay algo que queda meridianamente claro; lo que encuentra un eco negativo entre la judicatura española es más la acción judicial de los gobiernos socialistas respecto al Poder Judicial como tal poder, que respecto a los jueces concretos que lo sirven.

La última cuestión de que habremos de ocuparnos está representada por la eventual existencia de (casos de) corrupción en la Administración de Justicia. La visión general del tema se presenta en la tabla número 29:

TABLA N.º 29

<i>¿Hay corrupción en la Administración de Justicia?</i>	<i>Jueces</i>	<i>Fiscales</i>	<i>Secretarios</i>	<i>Abogados</i>	<i>Procuradores</i>	<i>Letrados</i>
Con frecuencia ...	20,8	12,3	19,2	18	28	18,7
Algunas veces	62,4	65,4	60	47	43	73,3
Prácticamente nada	13,2	13,1	11,5	29	25	2,7
NS/NC	3,6	9,6	9,2	6	4	5,3

Sin negar con ello diferencias de percepción importantes, la élite jurídica parece responder aquí a pautas homogéneas. Desde su punto de vista, la corrupción no es un fenómeno frecuente, pero es, sin duda, un fenómeno existente. Abogados y procuradores son quienes en mayor medida creen que en la justicia nunca se dan casos de corrupción. Este convencimiento más extendido entre ellos que en otros colectivos jurídicos puede ser resultado de la propia posición ideológica, que tiende a «sacralizar» la Justicia, pero puede ser también —digámoslo de modo suave— el resultado de la proximidad. No podemos detenernos ahora examinando a qué actores concretos atribuye cada colectivo los casos de corrupción que se dan, pero algunas tendencias sí deben ser al menos recordadas. Para los jueces es el juego conjunto del personal y de los abogados el principal factor productor de los casos de corrupción. Para los procuradores sólo el personal al servicio de la Administración de Justicia. Los secretarios estiman que son todos ellos (jueces, personal, abogados) los principales responsables conjuntos, lo que ocurre igualmente con los abogados. Los letrados del Estado atribuyen mayoritariamente a abogados y personal la mayor cuota de responsabilidad. En todo caso, conviene notar que sean quienes sean los consultados, los jueces representan el elemento personal al que, desde su punto de vista, menos intervención se le otorga en los casos esporádicos de corrupción de que pueden tenerse constancia.

Las asociaciones profesionales en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales)

Por M. J. AÑÓN, E. BEA, C. LOPEZ,
J. DE LUCAS y E. VIDAL

Valencia

SUMARIO: I. SOCIOLOGIA JUDICIAL Y ESTUDIOS SOBRE ASOCIACIONISMO. ANTECEDENTES.—I.1 *Introducción*.—I.2. *La sociología judicial y los estudios sobre asociacionismo en Italia. Treves*.—I.3. *Sociología de la Magistratura: un problema por estudiar en España*.—II EL ASOCIACIONISMO JUDICIAL EN ESPAÑA, HOY.—II.1. *Antecedentes: de justicia democrática a la asociaciones actuales*.—II.2. *La evolución desde 1987*.—II.3. *El papel del Consejo General del Poder Judicial en relación con las asociaciones judiciales*.—III. ASOCIACIONISMO EN EL AMBIO FISCAL.—III.1. *La peculiaridad del ámbito fiscal*.—III.2. *El desarrollo de las asociaciones de fiscales en España. Una introducción*.

I. SOCIOLOGIA JUDICIAL Y ESTUDIOS SOBRE ASOCIACIONISMO (ANTECEDENTES)

I.1 Introducción

Como se ha subrayado (1), los estudios empíricos en relación con la praxis jurídica han desempeñado frecuentemente funciones meramente dilatorias: el recurso a comisiones e informes cuando no se quiere obtener decisiones. Por otra parte, como pone de relieve Rotleutner (2), a menudo ante los resultados de investigaciones sobre la actividad judicial «los prácticos oscilan entre su tranquilidad por

(1) Cfr., p. ej.; ROTTER, DUX, LAUTMANN, eds., «Rechtssoziologie Examinatorium», y en concreto el art. de KLAUSA: *Soziologie für Richter*, Heidelberg/Karlsruhe, 1980. Para una muestra de la concreta relación entre jurisprudencia «académica» y sociología del Derecho «empírica», cfr., BLANKENBURG, STEINERT, TREIBER, *Empirische Rechtssoziologie und Strafrechtsdogmatik*, en «Kritische Justiz», 1977, pp. 126-146.

(2) *Jurisprudencia y ciencias sociales*, en «ACFS», 1980/81, p. 56.

el hecho de que los sociólogos no han descubierto nada sucio, y su fastidio, mezclado con la alegría por el mal ajeno, ante los resultados triviales», lo que en el fondo redonda en el convencimiento de que «debe» existir intercambio entre esas dos actividades, convencimiento del que no se sabe si subrayar su carácter ingenuo o cínico. Sin embargo, cuando los investigadores de Sociología jurídica tratan de descubrir relaciones «objetivas» desde variables «externas», la relación, tal y como subraya el mismo autor (3), entra en crisis y se llega al punto de ruptura, al aislamiento, a la cultura de separación, característica de lo jurídico. Por el contrario, se trataría de reconocer que nos encontramos ante una hipótesis básica diferente, y, por cierto, no especialmente novedosa: mientras los sociólogos se interesan por la praxis ordinaria, quienes adoptan las «gafas normativas» insisten en la justificación, el punto de vista interno, y asumen la hipótesis de racionalidad del sistema jurídico, cuya puesta en duda, como ha subrayado Febbraio (4), es una de las tareas esenciales de la Sociología jurídica. Nuestro trabajo pretende ofrecer una modesta muestra de cómo el objetivo prioritario para la Sociología del Derecho —la comprensión de las condiciones bajo las que se desarrolla el trabajo del jurista— es una condición previa para el conocimiento y la crítica —por ende, para la pregunta acerca de la justificación— de la función judicial hoy, lo que constituye tarea irrenunciable del filósofo del Derecho.

I.2 La Sociología judicial y los estudios sobre asociacionismo en Italia. Treves.

En 1962 el «Centro Nacional de Prevención y Defensa Social», con sede en Milán, promovió el inicio de un amplio programa de investigación sobre «La Administración de Justicia y la sociedad italiana en transformación», con el fin de reflexionar sobre la crisis de la Administración de Justicia en Italia, a través de trabajos que junto con los de los juristas incorporan en este ámbito la metodología de las Ciencias Sociales. Diez años después, Renato Treves ofrecía en su libro *El juez y la sociedad* (5), una valoración del alcance y signifi-

(3) *Ibid.*, p. 58., TREVES, p. ej., trata también de explicar las razones de la aversión frecuente entre sociólogos y juristas, que, por otra parte, como él mismo subraya, «no se encuentra, desde luego, en los clásicos de la sociología (Durkheim, Tönnies, Weber) y que los modernos sociólogos del derecho deberían tratar de eliminar». «Sociología del Diritto, Origine, ricerche, problemi», Torino, Einaudi, 1987, citada aquí por la trad. cast. de Atienza-Añón-Pérez Lledo, Barcelona, Ariel, p. 158. Sobre el particular, véase también REBUFFA: *Quale Sociologia del Diritto?*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1982, pp. 187-206.

(4) Cfr. FEBBRAIO: *Sistemas sociológicos y teoría jurídica*, ponencia en las Jornadas de Sociología Jurídica, Barcelona, abril 1988, Cfr. igualmente su *Per una sociologia del diritto critica*, en «Società, Norme e Valori», Milano, Giuffrè, 1984, pp. 229-258.

(5) TREVES, R.: «La sociología del Derecho», Madrid, Edicusa, 1974, 244 pp.

cado de aquellas investigaciones, así como lo que las mismas habían supuesto para la clarificación y solución del problema de la Administración de Justicia y el desarrollo de la Sociología del Derecho en Italia. El propio Treves se ocupó del tema en su *Introducción a la Sociología del Derecho* (6), y muy recientemente en su *Sociología del Diritto* (7), abarcando el asunto, en general una buena parte de su producción científica.

La importancia y el interés que estos estudios de Sociología del Derecho tienen para la realización de un análisis adecuado sobre la situación actual de la Administración de Justicia española, parece fuera de toda duda. La proximidad cultural entre ambos países y el adelanto con el que Italia ha vivido la autoconciencia de la crisis por parte de la Magistratura hacen que no pueda tampoco olvidarse la larga experiencia italiana en una disciplina como la Sociología del Derecho, en la que la obra de R. Treves ocupa un lugar capital.

Efectivamente, en España se vive hoy un debate sobre la Administración de Justicia en el que las distintas posiciones se han hecho más evidentes, con la aparición de la normativa postconstitucional: la Ley 1/80 y LOPJ 1985. Esta situación ha hecho más necesario el estudio de la Sociología judicial y de la obra de R. Treves, como ya advertía Elías Díaz en el año 1978: «La labor de aplicación y realización del Derecho... siempre ha sido de importancia capital para un entendimiento pleno del Derecho. Pero lo es doblemente en nuestro tiempo en que, sobre la base de una necesaria transformación democrática de la legislación, se propugna una intervención mucho más decidida de los jueces en ese mismo sentido. El abandono del pseudoneutralismo ideológico y político de la norma positiva y por tanto también de la función judicial están, puede decirse, en el origen de esta nueva orientación de la judicatura y también de ese mayor y creciente interés por la Sociología judicial» (8).

Sobre la importancia de la Sociología del Derecho y de la obra de Treves se ha pronunciado recientemente E. Díaz en una reseña sobre el último libro del profesor italiano (9), advirtiendo cómo la Sociología del Derecho ha constituido un «... necesario y progresivo correctivo al unilateral formalismo tantas veces en exceso prevalente entre los juristas prácticos y los científicos del Derecho». E insiste en que: «Además de ese correctivo, la Sociología del Derecho ha aportado imprescindible información, investigaciones empíricas y reflexión teórica y crítica para un más completo conocimiento del Derecho, de sus causas y sus efectos, de su relación con intereses y valores,

(6) 1.^a ed. castellano, Madrid, Taurus, 221 pp.

(7) Turín, Einaudi, 339 pp.

(8) *El juez y la sociedad: la sociología jurídica y la sociología judicial en la obra de Renato Treves*, en «Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático», Madrid, Civitas, pp. 35-54.

(9) *Vid.*, nota núm. 3.

así como del grado de su efectiva implantación en la realidad social. En ambas dimensiones, junto a otras también muy relevantes, se insiste en esta importante obra de Renato Treves...» (10).

Por todo lo que hasta aquí se ha expuesto, creemos que el plantearse la realización de un estudio de las asociaciones de magistrados y fiscales españoles, circunscrito en el debate más amplio sobre la Administración de Justicia, y de los trabajos que sobre la misma se están realizando, debe ser considerado como el momento adecuado y necesario (como lo fue en Italia hace más de dos décadas) para que la Sociología judicial (y, en general, la Sociología del Derecho) se consoliden en nuestro país y se abra una etapa de colaboración con los numerosos estudios realizados desde las distintas ramas del Derecho. Se trata, en última instancia, de llegar a un punto en el que, como lo hace Treves hoy, respecto a la situación de la Sociología del Derecho en su país, podamos afirmar, mirando hacia atrás, cómo las investigaciones sobre la Administración de Justicia «... en muchos países, han abierto el camino a las investigaciones sociológicas del Derecho» (11).

En este sentido, aunque la situación en España sea en muchos e importantes aspectos muy distinta a la que existía en Italia, cuando en el año 1962 se elaboró todo un programa de investigaciones sobre la Administración de Justicia, suficientemente avalado y desarrollado a lo largo de los diez años siguientes, se puede hablar de motivos e intereses comunes, hasta el punto de suscribir los que animaron aquel programa: la preocupación por profundizar en el estudio de la llamada «crisis de justicia», intentando hallar vías de solución y, en segundo término, la firme creencia en la necesidad de superar el tradicional análisis jurídico con la insustituible ayuda que la Sociología puede proporcionar, conscientes de que: «Las investigaciones sobre la Administración de Justicia en sus relaciones con la sociedad... puedan además constituir un hecho decisivo para el posterior desarrollo y progreso de las Ciencias Sociales» (12).

Esta comunidad de intereses explica el que pueda ofrecer hoy para nosotros los trabajos realizados en su tiempo en Italia, sobre todo respecto a aquellos en los que se aprecia una coincidencia temática y aun en ocasiones metodológica, y que fueron agrupados (con posterioridad a su elaboración, con meros fines expositivos) bajo el rótulo de estudios sobre el «problema ideológico» de la Magistratura.

En este ámbito se desarrolló la investigación efectuada por Ezio Moriondo (13), «La ideología de la Magistratura italiana», donde se intentaba descubrir la llamada ideológica profesional de la Magistratura, tomando como única fuente de información las revistas de la

(10) «Saber leer», 12, 12.

(11) «Sociología del Diritto», Turín, Einaudi, p. 245.

(12) TREVES, R.: «La Sociología del Derecho», Madrid, Edicusa, 1974, p. 32.

(13) *Ibid.*, pp. 96 y ss.

asociaciones de magistrados italianos: *La Magistratura*, órgano de la Asociación Nacional de Magistrados (en adelante, ANM), y la *Rassegna dei Magistrati*, órgano de la Unión de Magistrados Italianos (en adelante, UMI).

Se trata de un trabajo de Sociología del conocimiento, tanto por las fuentes elegidas para su realización, como por el esquema expositivo empleado, resuelto por Moriondo con la división en dos partes bien diferenciadas.

En la primera parte, se estudia el sistema de valores de la Magistratura como estructura (aspecto estático), en un momento histórico preciso: los años inmediatamente posteriores al fascismo. Este sistema de valores se distribuye en una pirámide jerarquizada en orden decreciente de importancia, donde los mismos adoptan una relación de medio-fin (libertad-democracia, independencia, autonomía, bienestar económico), esquema típico de una noble y alta autoconsideración de la labor del juez, que implica a su vez, de cara al exterior, la asunción de dos valores fundamentales: la apoliticidad, de modo que la actividad llevada a cabo en las asociaciones viene a ser una «compensación psicológica» de la prohibición de pertenecer a partidos políticos (sancionada por referéndum en 1946), y la asindicalidad.

En la segunda parte, Moriondo efectúa un análisis del desarrollo de los valores de la Magistratura hasta los inicios de los años sesenta (aspecto dinámico). En éste se descubre la lucha de la Magistratura por la puesta en práctica de la Constitución, por su independencia frente al Gobierno (luchando, en un primer momento, por su propio órgano de control, y en una fase posterior, por la democratización del mismo), hasta llegar a cuestionarse el propio «status» del juez, los valores internos del sistema, rompiéndose el acuerdo en torno a los principios de jerarquía y de carrera. Esta ruptura daría lugar a que, en 1957, los magistrados más viejos y de categoría más elevada abandonaran la ANM para crear, en 1961, su propia asociación (la ruptura se produjo, en concreto, por no aceptar los más jóvenes el ascenso de acuerdo con el sistema tradicional de «concurso de títulos»). Este cambio en los valores internos motivaría más tarde la discusión en torno a los externos de apoliticidad y asindicalidad.

Continuando el trabajo de Moriondo, R. Treves (14) concretó, en su libro que reúne todas estas investigaciones, y ante la necesidad de actualizar el tema, las diferencias existentes entre las dos asociaciones, reflejadas en las actas de los Congresos mantenidos por las mismas; en Gardone, el año 1965, el de la Asociación, y en Terracina, el año 1966, el de la Unión. Las diferencias se concretaban, en cuanto a los fines de las asociaciones, en la defensa de los valores de certeza y seguridad jurídica, en el caso de la UMI, frente a la justicia que debería prevalecer sobre aquéllos, según la ANM. Los medios

(14) *Ibid.*, pp. 93 y ss.

para alcanzar tales fines se hallarían, respectivamente, en la defensa de la estructura jerárquica piramidal de la Magistratura y el correlativo mecanismo de carrera como sistema de selección, frente al sistema basado en la igualdad de todos los jueces y la libertad, no estando sometidos al superior mediante el control de la carrera, y a la defensa de la selección según las aptitudes. Finalmente, muy distintas eran también las teorías y el modelo de juez defendido por cada asociación (15): lealtad a los principios del liberalismo clásico, al positivismo jurídico (nunca definido, por cierto) y a la función del juez apolítico, mero intérprete de la ley, en el caso de la UMI; necesidad de conjugar las exigencias del Estado de Derecho con las de la democracia, preocupada por los cambios socioeconómicos, rechazo del positivismo y defensa de una jurisdicción «creadora e innovadora», sensible a las exigencias sociales, en el supuesto de la ANM.

Otras investigaciones que Treves encuadra también dentro de este gran apartado dedicado a la ideología profesional de la Magistratura italiana, son las dirigidas hacia finales de los sesenta —principios de los setenta—, por Angelo Pagani, quien aplicó la Sociología de las profesiones al problema de la profesión judicial, a fin de determinar la actitud o imagen que los jueces tenían de su propia profesión, así como, su actitud ante la sociedad en general.

De las conclusiones a las que se llegó con estas investigaciones, interesa dejar constancia aquí que «en relación con el asociacionismo... el autor constata que éste es más bien bajo en los primeros años de carrera. Aumenta luego rápidamente alcanzando los valores más elevados en los que integran las posiciones centrales de la categoría (en particular los magistrados del tribunal más jóvenes) y decrece después con el aumento de la edad y de la carrera hasta casi anularse». Constata además el autor que «los jueces provenientes de las grandes ciudades y de contextos urbanos... demuestran una mayor tendencia al asociacionismo» (16).

El último de los trabajos sobre la «ideología profesional» de la

(15) En este sentido, resulta muy interesante la observación efectuada por el mismo Treves en su trabajo *Crisis de la justicia y política de los jueces*. En él se sostiene la tesis de que la Magistratura italiana está en crisis, entendida como divergencia profunda entre instituciones y exigencias sociales, crisis que tuvo su inicio, en lo que a la justicia se refiere, en el período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, cuando se hacen patentes las divergencias entre una legislación fascista y la nueva Constitución Republicana, y que se ha acentuado progresivamente al evolucionar y transformarse constantemente la realidad social.

El desfase en la situación de mediados de los años setenta es tal, que evidencia que la función del juez es necesariamente política, como políticos son los enfrentamientos entre las asociaciones, aunque siempre ocultados bajo la envoltura de una discusión doctrinal, como se evidencia por las Actas del Congreso. El conflicto real, que se ocultaba en este caso era la lucha política entre los magistrados más conservadores y de grado más elevado, respecto a los de menos grado, más jóvenes y partidarios de sustituir los sistemas tradicionales organizativos.

(16) TREVES, R.: «La Sociología del Derecho», Madrid, Edicusa, 1974, p. 83.

Magistratura fue el realizado por Giorgio Freddi (17): «Las tensiones de los conflictos en la Administración de Justicia.» Es éste un estudio de Sociología de la organización que pretende «describir, analizar y valorar» el conflicto en una organización compleja: la Magistratura italiana. Para ello, en una de las fases de su trabajo, Freddi examinará las revistas de las asociaciones italianas hasta finales de 1967, observando cómo las tensiones dentro de la Magistratura provienen del propio sistema organizativo: del mecanismo interno de promoción en la carrera, de la desigual distribución de gratificaciones, de la insatisfacción y explotación provenientes del sistema jerárquico tal como es aplicado por la élite judicial.

Fiel en su descripción del conflicto al modelo teórico weberiano en el que se basa, el autor describirá un primer período (1946-51) en la judicatura, en sus asociaciones, en el que existe un alto grado de cohesión interna y una clara actitud defensiva frente a los sectores políticos y gubernativos; un segundo período (1952-57), en el que manteniendo parte de las características anteriores, surge el descontento y se abre la crítica, fundamentalmente académica, del status quo, sobre asuntos administrativos y profesionales, y un último período (1958-67), en el que la disidencia, desoída, ha tomado conciencia contra la ideología de la organización y busca otra nueva ideología organizativa, por lo que la frecuencia del conflicto en esta fase es enorme, altamente polémica y contraria al status quo.

Los resultados a los que llega Freddi no hacen sino reflejar la nueva etapa en el debate sobre la Administración de Justicia italiana de los años setenta, caracterizada por Treves por la agudización de las tendencias y la ruptura del consenso inicial: la solución al problema de la justicia, se dice, no es funcional, reforma que sólo interesa a aquellos a quienes favorece la Administración de Justicia; no se ataca a la jerarquía de los órganos judiciales, sino al carácter de clase, burgués, del juez, gestor del aparato represivo estatal, un juez que, se añade, no debe ser apolítico ni neutral. Las consecuencias en el fenómeno asociativo son claras: en 1968 se escinden de la ANM un grupo de jueces que se reúnen en la nueva «Magistratura Democrática» (18), la cual, a su vez, sufrió en 1969 una nueva escisión entre maximalistas y reformistas, constituyendo estos últimos una nueva asociación: «Progreso Constitucional».

La nueva situación se hace también patente en los Congresos que las asociaciones tuvieron aquellos años. En Salerno (1970), la UMI se muestra de nuevo fiel a los principios del liberalismo garantista y se opone frontalmente a la politización del juez, que hace peligrar su imparcialidad e independencia. Por su parte, el mismo año 1970,

(17) *Ibid.*, 1974, pp. 96 y ss.

(18) Sobre la historia y desenvolvimiento de la asociación, PAPPALARDO, S.: «Gli iconoclasti: Magistratura Democratica nel quadro della Associazione Nazionale dei Magistrati», Milán, F. Angeli ed., 1987, 389 pp.

en Trieste, la ANM, aunque mantiene en su seno tendencias diversas más o menos cercanas a la UMI, acentúa estas últimas, defendiendo la tesis de la función promocional del Derecho ejercida por un juez nuevo «... que abandone la jerarquía y la burocracia e intervenga, como el legislador, en la transformación del orden jurídico» (19), criticando el apoliticismo y la neutralidad. Una vez más, denunciará más tarde Treves, el auténtico debate se oculta bajo una capa de teorías y discusiones doctrinales (20), ya que en realidad se trata de nuevo de un problema y una discusión política, donde se pueden advertir claramente tres posiciones entre los magistrados ante la situación de la justicia: «conservadora», «reformista» y «maximalista». Lo verdaderamente importante, concluirá Treves, no es descubrir o indicar la posible opción política de un magistrado, sino constatar el gran poder que los mismos ejercen y plantear posibles límites al mismo: el autocontrol y la cautela en su toma de decisiones conscientes del manto que les ofrece el aparato técnico doctrinal, capaz de encubrir cualquier opción política, y, sobre todo, el principio de sujeción, en la interpretación y aplicación de las leyes a los principios constitucionales.

Con lo expuesto hasta el momento, se ha intentado proporcionar un somero conocimiento sobre algunos de los trabajos de Sociología judicial, los más cercanos al tema que nos ocupa, el asociacionismo, tal y como los analiza Renato Treves en su libro que resume las investigaciones que formaron parte de aquel programa iniciado en 1962. Somos conscientes de la reducción que se produce: muchos más fueron y han sido hasta la actualidad los estudios realizados en Italia sobre la Administración de Justicia, y dar cuenta de todos excede sin duda alguna los límites de este trabajo.

Baste con indicar cuáles fueron los otros grandes temas de trabajo efectuados: los relativos a la ideología político-social de la Magistratura; aquellos que adoptaron para explicar la crisis de la justicia, una perspectiva funcional, ya desde el punto de vista orgánico, ya del económico, y, por último, aquellos otros que trataban sobre las actitudes del público ante la justicia, remitiéndonos a la obra de Renato Treves para quienes estén interesados en el estudio de estos temas, donde se encontrará una vía abierta a la investigación sobre la Sociología judicial.

I.3. Sociología de la Magistratura: un problema para estudiar en España

Si tuviéramos que poner un rótulo para, en cierto modo, resumir lo que en España han sido y aún siguen siendo hoy, los estudios de Sociología de la Magistratura y, en concreto, los análisis sociológi-

(19) TREVES, R.: «La Sociología del Derecho», Madrid, 1974, p. 131.

(20) Vide cita 11.

cos en relación con el asociacionismo judicial, tendríamos que decir, que constituye una cuestión pendiente, un problema por abordar, que se encuentra muy lejos del nivel alcanzado por los trabajos que, con este fin, y como hemos visto, se realizan en Italia. No se trata, claro está, de recoger aquí las aproximaciones que se han hecho respecto a la Magistratura o al Poder Judicial, desde perspectivas constitucionales o procesales, de las que contamos con algunos estudios, aunque desde luego no abundantes, sino de un análisis estrictamente sociológico jurídico tanto teórico como empírico. En este sentido, los pasos dados en nuestro país son bastante escasos.

El estudio sociológico sobre jueces y magistrados que vamos a reflejar, elaborado por Toharia, constituye el acercamiento más importante a esta cuestión en nuestro país. Si bien, por las circunstancias que vamos a reseñar, la atención al fenómeno del asociacionismo en sus trabajos es poco frecuente y limitada. La razón más importante descansa en el hecho de que la encuesta básica a partir de la que se construye el análisis data de 1971-72, por tanto, no sólo la situación política, social y económica ha cambiado en nuestro país, sino que, en virtud de la imposibilidad legal de constituir en esos momentos algún tipo de asociación profesional, esta cuestión sólo recibe un planteamiento marginal y, aunque se traten aspectos o factores que tienen consecuencias sobre tal dimensión, la relación causal entre ellos no llega a establecerse.

En este sentido, nos parece importante señalar el contexto histórico en el que se realiza este análisis. En primer lugar, para mostrar cuáles han sido los pasos que se han dado en nuestro país en relación con los estudios empíricos de Sociología de la Magistratura y, en segundo lugar, para no perder el punto de referencia a la hora de interpretar los datos sometidos a examen. De esta forma podemos decir que la primera encuesta (21) que se realizó a jueces y magistrados queda enmarcada por un contexto histórico muy determinado. En lo jurídico está tipificada por la pertenencia a un modelo o sistema jurídico más amplio, al que pertenece el sistema español. En lo político, por la existencia de un régimen autoritario y en lo socioeconómico por situarse en un proceso de crecimiento que altera la estructura social. Todos estos factores afectan a la definición del papel del juez, aunque con distinta intensidad, según el grado de proximidad estructural con el mismo. Sin embargo, Toharia (22) señala que el factor más importante es el primero, ya que la urdimbre básica de lo que sea en España el rol del Juez, puede ser analizada como resultante del tipo de sistema jurídico con que cuenta el país.

(21) Los datos con los que Toharia elabora este trabajo provienen de una encuesta realizada en el curso 1971-72 a una muestra aleatoria y estratificada de jueces y magistrados de las Audiencias Territoriales de Madrid, Barcelona, Burgos, Sevilla y La Coruña. El número total de entrevistas fue de 194.

(22) Cfr. TOHARIA, J. J.: «El juez español», Madrid, Tecnos, 1975, p. 16.

Lo que trata de analizar Toharia en su estudio, que como veremos tiene un carácter muy general, quizá por tratarse de la primera aproximación, puede resumirse en dos aspectos: primero, señalar el grado en que determinados rasgos «actuales» del juez pueden ser explicados en base a un legado del pasado histórico. Segundo, el modo en que los factores políticos y socioeconómicos del momento histórico en que se hace el análisis, pueden afectar a dicha definición del rol del juez. Es importante señalar, a su vez, que Toharia propone una definición normativa de la función del juez, como objetivo último del trabajo, es decir, en qué debe consistir la conducta de la persona que desempeña el papel de juez. Definición que resulta mediada por la influencia de determinados factores, alguno de los cuales tiene una relación clara con el fenómeno del asociacionismo, que, como venimos diciendo, aquí no se encuentra planteado directamente. Estos factores son enumerados por Toharia en los siguientes términos (23):

1. Los contextos de aprendizaje de su función.
2. Las expectativas que respecto del modo en que el rol haya de ser desempeñado se encuentran en relación con otras funciones directamente asociadas, es decir, el rol-set.
3. Los grupos o individuos que en la realización de su función el juez utiliza como puntos de referencia, a la hora de desempeñar su papel social.
4. La idea que sobre el contenido de la función acaban formándose los ocupantes del rol.
5. La personalidad del individuo que desempeña esa función en un momento dado. En este sentido, estudia el impacto que estos factores tienen sobre la conducta real de los jueces a través de una serie de análisis:
 - 5.1. «La carrera», selección de miembros, destinos y ascensos, instancias socializadoras, régimen de retribución económica.
 - 5.2. Origen social y geográfico.
 - 5.3. Entorno social, análisis del rol-set del juez.
 - 5.4. La concepción del juez ideal. La imagen pública y privada de sí mismo.

Centrándonos en la cuestión que nos ocupa, en un primer trabajo realizado por Toharia en 1974 (24), elaborado en base a la misma encuesta de 1971-72, plantea la pregunta sobre la asociatividad de los jueces, respecto a cualquier tipo de asociaciones voluntarias. En virtud de las encuestas concluye que el grado de asociatividad registrado (45 por 100) es muy similar al que se da en Italia, entre los jueces de Milán (49 por 100), lo que confirma, en su opinión, que no hay nada particularmente llamativo en la propensión mostrada por los jueces españoles. Esta tendencia a pertenecer a asociaciones vo-

(23) *Ibid.*, p. 17.

(24) Cfr., TOHARIA, J. J.: *Los jueces españoles y su entorno social*, en «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», 1974. pp. 127-128. El contenido de este análisis coincide literalmente con el expresado en «El juez español», *ob. cit.*, pp. 86-89.

luntarias no resulta afectada, como se desprende de sus tablas, por ninguno de los siguientes factores: a) La categoría profesional actual de los entrevistados. b) Su actitud respecto a la creación de una hipotética asociación de jueces y magistrados. c) El tamaño de su lugar de destino. La actitud, en este momento histórico, *a priori* sobre la conveniencia de una asociación profesional, que Toharia analiza como índice de inclinación asociativa general, no afecta para nada a la pertenencia o no, en la realidad, a algún tipo de asociación y concluye que, pese al escaso número de casos considerados, no resulta arriesgado afirmar que el porcentaje de jueces en favor de una eventual creación de una asociación profesional es igual entre aquellos que pertenecen a alguna asociación (62 por 100), que aquellos que no pertenecen a ninguna (60 por 100). (Vid. Tabla 1) (25). El único factor decisivo o discriminante respecto a la propensión asociativa es el hecho de que su lugar de destino esté situado en un entorno industrial o no. Situación bastante lógica, ya que es casi una ley sociológica que asociatividad y nivel de industrialización son factores que suelen estar estrechamente ligados (Tabla 2).

(25) TABLA N.º 1

Pertenencia o no a asociaciones voluntarias según la actitud del entrevistado respecto de la hipotética creación de una Asociación de Jueces y Magistrados en España (en porcentajes)

<i>Actitud respecto de la hipotética Asociación de Jueces y Magistrados</i>	<i>Pertenece a algún club o asociación</i>	
	<i>SI</i>	<i>NO</i>
Contrario	12,5	25
Indiferente	25	15
Favorable	62,5	60
(N)	(16)	(20)

TABLA N.º 2

Pertenencia o no a asociaciones voluntarias según el carácter socio-económico del contexto en que está enclavada la localidad de destino del entrevistado (en porcentajes)

<i>Pertenece a algún club o asociación</i>	<i>Contexto indus.</i>	<i>Contexto no indus.</i>
Sí	31,3	60,5
No	68,7	39,5
(N)	(99)	(86)

Engloba Madrid capital, Barcelona capital, territorio judicial de Barcelona y Vizcaya (parte del territorio judicial de Burgos).

Engloba territorio judicial de Madrid, La Coruña (capital y territorio judicial), Sevilla (capital y territorio judicial) y Burgos (capital y territorio judicial, excepto Vizcaya).

En un trabajo posterior (26), Toharia hace una breve referencia al fenómeno asociativo profesional, posible a partir de la Constitución de 1978. A comienzos de 1984, como veremos, existía una única asociación judicial: la Asociación Profesional de la Magistratura, que posteriormente experimentó la secesión en dos grupos y que contaba con el 53 por 100 de todos los jueces y magistrados. Es decir, que de un 60 por 100 que en 1971 estaban a favor de la creación de una asociación profesional, se asoció a ella el 53 por 100. Por otro lado, como puede verse en la tabla 3 (27), existe una clara propensión a afiliarse a dicha asociación entre los jueces más veteranos. Así, el 65 por 100 de los jueces con más de 15 años de carrera pertenecen a la Asociación Profesional, frente al 41 por 100 de los jueces con menos de 5 años de carrera. Toharia señala, a su vez, que la evaluación del funcionamiento de dicha asociación es claramente negativa, el 43 por 100 de los jueces expresan una valoración en este sentido, mientras sólo el 13 por 100 expresan una valoración positiva. A este respecto no hay diferencias sustanciales de opinión entre quienes pertenecen a ella y quienes no son miembros. La opinión parece ser generalizada (Tabla 4). Hay que reseñar también que los jueces que se sitúan en los valores centrales de la escala izquierda/derecha tienden a ser menos negativos en su evaluación del funcionamiento de la asociación, que los que se sitúan en los valores de derecha o izquierda de la escala. Sin embargo, no contamos con datos que nos permitan responder por qué se produce una opinión en un sentido o en otro.

No podemos concluir sin mencionar de nuevo el escaso material disponible para responder adecuadamente o para plasmar las dimensiones del fenómeno asociativo en España, en toda su extensión. Fenómeno que se enmarca dentro de unas coordenadas que, al menos

(26) Cfr. TOHARIA, J. J.: *La Administración de Justicia española diez años después: muchos cambios y algunas continuidades*, en «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», 1984-85, p. 13. La encuesta sobre la que se basa este trabajo y en relación con el tema que nos ocupa se realizó en 1980 a una muestra de jueces y en 1984 a una muestra de 335 jueces y magistrados (p. 7).

(27) TABLA N.º 3

Pertenencia a la Asociación Profesional de Jueces y Magistrados, según antigüedad en la carrera judicial (en porcentajes)

<i>Pertenece a la asociación</i>	<i>Antigüedad en la carrera</i>			<i>Total</i>
	<i>Menos de 5 años</i>	<i>Entre 6 y 15 años</i>	<i>Más de 15 años</i>	
Sí	41	51	65	53
No.	53	49	32	42
NC	5	0	3	6
(N)	(111)	(76)	(156)	(355)

TABLA N.º 4

Valoración del funcionamiento de la Asociación Profesional de Jueces y Magistrados, según la pertenencia o no a la misma (en porcentajes)

Valoración (entre 1 y 5)	Total Jueces	Jueces que	
		No pertenecen a la asociación	Sí pertenecen a la asociación
1 y 2	43	45	46
3	18	9	28
4 y 5	13	7	18
NC	25	39	8
(N)	(355)	(148)	(187)

Nota: Entre los jueces (20 en total) que no dicen si pertenecen o no a la asociación (y que, por tanto, no figuran recogidos en la tabla) son más los que expresan una valoración positiva que los que la expresan negativa. Ello explica que el porcentaje corresponde, en los valores 1 y 2, al total de jueces sea inferior al correspondiente a los que no pertenecen y sí pertenecen a la asociación.

en principio, podríamos calificar como ideológicas. Una de las preguntas que mejor respondería a esta cuestión es la referida a la concepción de la propia profesión, a la idea que se tiene de la organización judicial y directamente a la pregunta por las distintas asociaciones de jueces y magistrados en el momento actual. Así como otro número de cuestiones directamente relacionadas con ésta como el tema de la «apoliticidad» de los jueces, su planteamiento respecto al ámbito político y de intereses sociales en general, la cuestión de la sindicación o el tema de la huelga. Por ejemplo, respecto a la primera cuestión planteada, la encuesta realizada entre 1971 y 1972 hace referencia a la imagen del juez ideal, y aunque ahora la señalaremos, no tiene correlato alguno, y por tanto, no contamos con elementos de comparación con la encuesta de 1984. La imagen del juez ideal que Toharia recoge (28) puede resumirse del siguiente modo: las características del juez ideal pueden dividirse en dos de claro matiz profesional y dos de contenido sustantivo. Se trata entonces de un juez con una sólida preparación técnica, completamente dedicado a sus funciones, que las desempeña con un alto grado de flexibilidad tomando en cuenta no solamente los factores puramente legales, sino todos aquellos que pueden ayudarle a tomar decisiones acordes no sólo con la lógica de los preceptos legales, sino también con lo que exija la realidad social. Comparando las respuestas referidas al juez ideal con las respuestas sobre características del juez real hay enormes diferencias (Tabla 5), en general, el juez real tiende a ser percibido como menos competente y dedicado, menos entregado a la defensa de derechos y libertades, menos flexible y menos implicado en la realidad social de lo que de-

(28) Cfr., TOHARIA. J. J.: «El juez español», *ob. cit.*, pp. 108 y 114.

bería ser, en virtud del modelo propuesto previamente. Sólo en independencia, vida privada intachable y formalismo supera el juez real al ideal.

(28) TABLA N.º 5

Rasgos más importantes a reunir por el juez ideal y rasgos más característicos del juez medio actual, según los actuales jueces españoles
(en porcentajes)
(A cada entrevistado se le pidió que mencionase tan sólo un máximo de cuatro rasgos)

Rasgos mencionados	(A)	(B)	(B)—(A)
	Para el juez ideal	Para el juez real	
Un alto grado de preparación técnico-jurídica	71,4	37	-34,4
Capacidad para contribuir con su jurisprudencia a la evolución del Derecho	15,3	10,1	- 5,2
Una constante preocupación por su independencia .	42,3	44,4	+ 2,1
Una gran dedicación a su trabajo	67,7	49,2	-18,5
Un interés constante en velar por las libertades y derechos de los ciudadanos	32,8	19	-13,8
Un sentido profundo de la equidad que le permita interpretar con flexibilidad la ley	67,2	38,1	-29,1
Una vida privada intachable	31,2	42,9	+ 11,7
Una preocupación constante por los aspectos formales y procesales de las causas y asuntos	5,3	19,6	+ 14,3
Una clara conciencia de las consecuencias de todo orden (sociales, humanas, políticas, económicas, etcétera), que puedan tener sus decisiones	54,5	32,8	-21,7
Una gran religiosidad	6,3	4,5	- 1,8
Contestan «todos esos rasgos»	1,1	8,5	+ 7,4
(N)	(189)	(189)	

Un trabajo que en parte plantea algunas de estas cuestiones es el realizado por Iglesias (29), en el que se subraya la importancia de atender a aquellos factores personales que, de hecho, operan una influencia en el juez en su toma de posición respecto a un proceso. La tradición jurídica cultural ha llevado siempre, señala Iglesias, a sobrestimar la influencia de las normas y subestimar la influencia personal del juez. Durante mucho tiempo se ha prescindido de la idea de que la elaboración de la decisión judicial constituye un proceso mediatizado por numerosos rasgos personales del juez, por ello son necesarios más estudios teórico-empíricos sobre esta cuestión. Este trabajo gira en torno a algunas sentencias de los tribunales de familia donde todos estos elementos se interrelacionan de una manera especial y una de las conclusiones muestra cómo muchos de los principios

(29) IGLESIAS DE USSEL, J.: *Ideología y realidad de decisión judicial*, en «Anuario de Sociología y Psicología Jurídica», 1976, pp. 161-182.

(30) PERE RALUY, J.: *Necesidad de una urgente racionalización del servicio judicial*, en «Anuario de Sociología y Psicología Jurídica», 1980, pp. 89-105. COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA: *Los profesionales de la justicia*, en «ASPJ», 1982, pp. 93-167.

en los que se basan las sentencias son sumamente discutibles desde un punto de vista sociológico.

Desde la perspectiva del funcionamiento, pueden reseñarse dos trabajos, que aunque estudian la cuestión desde una perspectiva general, es decir, respecto al Poder Judicial y a cada una de las funciones que en él se ejercen, tiene algunos aspectos dedicados a los jueces y magistrados. El primero de los trabajos gira en torno a las reformas que serían necesarias tanto desde el punto de vista legal como desde un planteamiento práctico de funcionalidad de las oficinas, para que se produjera una racionalización de los servicios judiciales. El segundo trabajo realizado en base a encuestas responde al problema del funcionamiento del Poder Judicial. Es éste, las preguntas van dirigidas a los siguientes grupos profesionales: a) abogados y procuradores; b) jueces, fiscales y secretarios; c) oficiales, auxiliares y agentes.

Por último, quisiéramos recoger el estudio sobre sociología judicial que desde una perspectiva metodológica realiza L. Mosquera (31). El objetivo central del trabajo se encuentra en la posibilidad de aplicar el método estructural-funcionalista al mundo judicial desde un punto de vista sociológico. En virtud de la capacidad explicativa y de organización racional y científica que las Ciencias Sociales exigen, le parece que su utilización respecto a las instancias judiciales es de gran utilidad. Mas como se trata de un punto de vista que sirve para descubrir aspectos parciales del funcionamiento del sistema judicial en la sociedad, precisa otros enfoques ulteriores. En su opinión, el enfoque sistemático es el mejor complemento para ello.

II. EL ASOCIACIONISMO JUDICIAL EN ESPAÑA, HOY

II.1 Antecedentes. De Justicia Democrática a las asociaciones actuales (*)

Hasta 1980, el movimiento asociativo judicial en España tiene un carácter reivindicativo muy marcado, siempre ligado a exigencias de tipo político y sindical que se transforman tras la Constitución Española y la regulación legislativa que la desarrolla. En este sentido, hay que tener bien presente desde el principio el contenido del artículo 127 de la Constitución, que prohíbe a jueces, magistrados y fiscales la pertenencia a partidos políticos y sindicatos. La disposición adicional

(*) Resumimos aquí la primera parte de nuestra investigación, que publicamos en la revista *Sociología del Diritto*, 1/1988, con el título: «El asociacionismo judicial en España, hoy. Un estudio de Sociología de los jueces». Remitimos a la bibliografía y notas de dicho artículo para obtener toda la información referente a los aspectos allí tratados y resumidos ahora.

(31) MOSQUERA, L.: *Sugerencias sobre la aplicación del estructural-funcionalismo y del sistemismo en Sociología Judicial*, en «ASPJ», 1975, pp. 75-105.

segunda de la Ley Orgánica 1/1980 del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y el artículo 401 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (LOPJ) continúan la misma tendencia restrictiva en este ámbito, como veremos más adelante.

La historia del asociacionismo en la judicatura hasta la creación en 1980 de la Asociación Profesional de la Magistratura puede identificarse con la historia de Justicia Democrática, que, como bien es sabido no sólo se opone a gran parte de los principios dominantes en la Administración de Justicia, sino que toma postura frente a muchos de los aspectos que conforma la realidad política española. Su primer documento, fechado en 1971 y titulado «El Gobierno y la Justicia», va seguido por una serie de informes anuales sobre «Justicia y política» hasta el Primer Congreso Nacional de Justicia Democrática celebrado en Madrid en enero de 1977. A partir de este congreso, se intenta combinar el mantenimiento de la actividad asociativa de Justicia Democrática con un proceso de sindicación al servicio de objetivos diferentes a los de la Asociación, que será pronto interrumpido por el citado artículo 127 de la Constitución Española, que en su primer apartado establece: «Los jueces y magistrados, así como los fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema de modalidades de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales».

Desaparecida la vía sindical, junto a Justicia Democrática otros sectores más conservadores de la Administración pretenden crear una «asociación profesional» estatal que integre a todos los grupos existentes hasta entonces, como es el caso de la Asociación Profesional de la Magistratura, cuyas funciones quedarán muy limitadas por la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, que restringe la finalidad del asociacionismo a la mera defensa de intereses profesionales y que impone condiciones estrictas para la constitución de una asociación.

En la vida de la Asociación Profesional de la Magistratura un momento decisivo es, sin duda, su tercer congreso (febrero de 1983), en el que admite la creación de corrientes organizadas dentro de la única asociación existente. Poco tiempo después aparece Jueces para la Democracia, formada principalmente por antiguos miembros de Justicia Democrática, y más tarde la corriente Francisco de Vitoria, de carácter centrista. Como parecía inevitable, se produce pronto la ruptura de esas corrientes respecto a la Asociación Profesional de la Magistratura, pasando a constituirse en asociaciones independientes tal y como figuran en la actualidad.

A pesar del mantenimiento de las tres asociaciones, el sentido de la separación puede ser cuestionado por el escaso papel que se asigna al asociacionismo judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La

lectura del artículo 401 lo muestra claramente; entre las reglas para el ejercicio de libre asociación profesional de jueces y magistrados figura la siguiente: «Podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la justicia en general. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos o sindicatos».

Desde la ruptura de 1984, las tres asociaciones judiciales existentes han manifestado posturas diversas respecto a las diferentes cuestiones suscitadas en el ámbito de la judicatura española. Estas cuestiones pueden agruparse formando tres bloques, referidos respectivamente, a la dimensión constitucional del Poder Judicial, a la organización de la Administración de Justicia y el estatuto del juez, y a la dinámica asociativa.

En cuanto al primero de estos temas, Jueces para la Democracia señala como primer fin de la asociación el de contribuir a la promoción de las condiciones que hagan efectivos los valores que la Constitución proclama, y se rechaza la prohibición de la actividad política de la asociación, ya que debe acabarse con la consideración del juez como un sujeto apolítico, no implicado en la situación real. La exigencia de un control parlamentario de la justicia, y la búsqueda de otras formas complementarias de legitimación democrática y participación popular, son rasgos constantes de los programas de esta asociación. Aquí se encuadran su pronunciamiento en favor de la Justicia de paz de base electiva, de la instauración del jurado y del fortalecimiento de la opinión y la crítica pública a la Administración de Justicia. También se aboga por la supresión de la Audiencia Nacional por conculcar el derecho al juez natural consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Por su parte, la asociación Francisco de Vitoria insiste especialmente en la independencia del Poder Judicial, criticando al Consejo General del Poder Judicial por no haber asumido plenamente su obligación constitucional de defensa de la independencia de los miembros del Poder Judicial, en relación con la injerencia del poder ejecutivo en determinados supuestos. Asimismo, se hace hincapié en la necesidad de cumplir el compromiso de la lucha por la eficacia del servicio público de la justicia. En los estatutos de la asociación se señalan como fines de la misma: defender y promover los valores y principios constitucionales; potenciar la justicia como función al servicio de la Comunidad; garantizar la independencia judicial; intensificar la inserción de los jueces en la realidad social y salvaguardar y reivindicar los intereses profesionales de sus asociados.

Algunas de estas preocupaciones son compartidas por la Asociación Profesional de la Magistratura, tanto cuando integraba todavía corrientes organizadas como después de la separación. La Asociación Profesional de la Magistratura manifiesta igualmente la sumisión de

los jueces a las normas constitucionales y principios que las informan, y plantea la exigencia de la independencia de los jueces respecto a su propio órgano de gobierno. En relación con el jurado, sólo se pronuncia por el adecuado desarrollo del artículo 125 de la Constitución Española. En lo que concierne a la Audiencia Nacional, mantiene un punto de vista contrario al de Jueces para la Democracia.

Sobre la organización de la Administración de Justicia y el estatuto del juez, Jueces para la Democracia se refiere al establecimiento del principio de igualdad frente a la estructura jerárquica existente, propugnando la no admisión de otra diferencia entre jueces en el orden jurisdiccional que la del puesto de trabajo, y ninguna forma de poder político en el ámbito de la justicia que no sea temporal y no proceda del sufragio directo. También reclama la intervención del juez en los mecanismos de calificación y la prohibición de informes reservados. En cuanto al controvertido debate sobre el llamado «cuarto turno» en el sistema de acceso a la carrera judicial, Jueces para la Democracia es partidaria de un turno especial con menores requisitos para aquellos cuya cualificación profesional previa pueda compensarlos. Estos también deben integrarse en el régimen general de formación y selección de jueces de la Escuela Judicial, al que, por cierto, esta asociación quiere dar una importancia muy superior a la que ha tenido hasta ahora.

En la misma línea, la asociación Francisco de Vitoria admite la existencia del «cuarto turno», aunque solicita las garantías suficientes para que los que accedan a la actividad jurisdiccional por esta vía tengan la debida preparación y se comprometan a una dedicación plena en el desempeño de sus funciones. Los textos de esta asociación denuncian, continuando lo dicho anteriormente, la deficiente dotación presupuestaria de la Administración de Justicia, exigiendo el incremento y mejor aprovechamiento de los recursos. A ello hay que añadir la queja de la asociación, porque el peso institucional y constitucional del Consejo General del Poder Judicial no se haya dejado sentir y no se haya materializado en la organización y funcionamiento del Centro de Estudios Judiciales. Así una de las ponencias de su Segunda Asamblea General de 1987, la titulada: «Los juzgados de distrito y la Ley Orgánica del Poder Judicial», critica con rotundidad la supresión de los juzgados de Distrito y demanda la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en este sentido. En la citada Asamblea se reitera la necesaria y urgente potenciación del Centro de Estudios Judiciales dentro de su marco actual de competencias.

Respecto al ingreso en la carrera judicial, la Asociación Profesional de la Magistratura se muestra partidaria del único sistema de oposición por considerar que es éste el que mejor contribuye a la consecución de una auténtica independencia judicial. En todo caso restringe el acceso sin oposición a los Tribunales colegiados, en proporción de uno por cada tres y siempre que se haya desempeñado

prolongadamente alguna función relevante en el ámbito jurídico. Por otra parte, es significativo que el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 5 de noviembre de 1986 sobre la obligación de guardar silencio en materias sometidas a su decisión jurisdiccional únicamente fuera respaldado —aunque matizadamente— por la ejecutiva de la Asociación Profesional de la Magistratura, para la que los temas generales sobre Administración de Justicia, existencia y trámite de los procesos, no se ven afectados por el acuerdo. La asociación celebra también la decisión del Consejo General del Poder Judicial de crear oficinas de información, lo que es claramente criticado por los portavoces de Francisco de Vitoria.

Por lo que se refiere al papel que cada una de las asociaciones asigna al asociacionismo en la judicatura, las diferencias son muy acusadas. Jueces para la Democracia ha desarrollado más la idea de colaboración entre diversos cuerpos de funcionarios dedicados a tareas con incidencia en el área judicial o entre organizaciones de otros países, proyectando la creación de un marco asociativo europeo. Francisco de Vitoria insiste en la importancia del asociacionismo y propugna que las asociaciones judiciales sean oídas en cuanto al mejor aprovechamiento e incremento de los recursos de la Administración de Justicia. Por último, la Asociación Profesional de la Magistratura, única asociación de jueces y magistrados en España durante algún tiempo y las más numerosa hasta la actualidad, no deja de subrayar la relevancia del asociacionismo para la defensa de los intereses profesionales y para la garantía de la independencia entendida como autogobierno, mostrándose partidaria de una forma de asociación que integre a todos los jueces y magistrados por compartir éstos en lo fundamental una misma problemática.

II.2 La evolución desde 1987

Nuestro primer trabajo acerca de la situación del fenómeno asociativo en la judicatura española, del que acabamos de ofrecer una síntesis, no apareció hasta enero de 1988, a pesar de que se elaboró casi un año antes de su publicación. Por ese motivo, los datos que se utilizaron son anteriores a febrero de 1987. Podría pensarse que esto no justifica suficientemente una reelaboración de la investigación relativa a las asociaciones judiciales, pero no es así. Efectivamente, en primer lugar, desde aquella fecha se ha producido un interesante proceso de reactivación de la presencia pública de las mencionadas asociaciones, así como de la relación, frecuentemente conflictiva, con el Consejo General del Poder Judicial, que ya había institucionalizado en su seno una comisión específica para dichas relaciones, de la que se informa en sus Boletines. Por otra parte, la previsión, que ya hicimos en el citado artículo, acerca de una convergencia posible

de los tres grupos como consecuencia de la pérdida de atribuciones, parece no haberse cumplido totalmente, aunque, como veremos, hay datos para la polémica.

Aunque, como decíamos, la revitalización de la actividad pública de las asociaciones judiciales se produce a lo largo del año 1987, ya a finales del año anterior habían comenzado a recrudecerse sus manifestaciones críticas. Esto se pone de relieve, por ejemplo, en las declaraciones «autocríticas» de la sección valenciana de la APM que insistía, antes de la celebración del IV Congreso de dicha asociación que tendría lugar en el año 1987, en la necesidad de abandonar «la línea de mimetismo y conformismo con los gobiernos», así como en la prioridad de la lucha contra la corrupción en la Administración de Justicia, y, por todo ello, subrayan la coincidencia con las tesis de JPD, y en concreto con las conclusiones de la comisión sobre corrupción judicial de la JPD, elaboradas en su reunión de Alicante (8-9 de noviembre de 1986). Sin embargo, ese proceso de convergencia no acaba de consolidarse, como se comprueba en el transcurso de los meses siguientes, ante las diferentes tomas de posición de esas asociaciones frente al CGPJ e incluso ante los enfrentamientos entre ambas.

Efectivamente, el problema de la corrupción en la Administración de Justicia, que fue planteado en unas jornadas que tuvieron lugar a principios de año, organizadas por el CGPJ entre los días 21 y 23 de enero con el título: «La Administración de Justicia como servicio público (disfunciones y corruptelas)» y que se celebraron a puerta cerrada, provocó una reacción del Colegio de Procuradores que dio instrucciones precisas en relación con prácticas irregulares aceptadas por algunos funcionarios (la denominada «astilla»), ante lo que el Sindicato Profesional e Independiente de Funcionarios de la Administración de Justicia acordó no realizar ninguna labor que no fuera lo estrictamente encomendado, provocando inmediatamente una situación que alcanzaba el colapso, por ejemplo, en los Juzgados de Madrid en la primera semana de febrero. Ante esta situación, el colectivo de JPD pertenecientes a la Audiencia Territorial de Madrid elaboró un comunicado de apoyo a la posición del Colegio de Procuradores y crítico respecto a la responsabilidad del CGPJ y del Ministerio de Justicia en relación con la difícil situación de la Administración de Justicia. Posteriormente, se celebraron en Valencia unas jornadas sobre corrupción en la Administración de Justicia, abiertas por primera vez al público, y organizadas por JPD, la Unión Progresista de Fiscales (UPF, en adelante), Jóvenes abogados y Unión Estatal de Médicos Forenses, entre los días 8 y 11 de abril de 1987. En ellas, los representantes de JPD volvieron a acusar al CGPJ de «pasividad» ante el Gobierno, rayana en el «encubrimiento» de su actitud, y de desviar la atención únicamente sobre el problema de la productividad judicial —de su incremento— como la vía de asegurar las garan-

tías procesales. Así, P. A. Ibáñez, destacado representante de dicha asociación, criticaba poco después (32) que el «manido tema de los medios materiales y personales expresa implícitamente pero con toda claridad una opción y una renuncia. La opción de dispensar un servicio... sólo o preferentemente a los detentadores de determinado tipo de intereses; la opción de perseguir... sólo cierto tipo de conductas. La renuncia a dar la satisfacción en sede jurisdiccional a determinadas demandas sociales; la renuncia a perseguir otro tipo no menos cierto de comportamiento». Por su parte, la APM en las conclusiones de su IV Congreso (29 de marzo de 1987), se mostró también especialmente crítica con la actuación del CGPJ, insistiendo en su falta de independencia, entendiéndolo como muestras de la misma la elección parlamentaria de sus 20 vocales, la falta de moderación y sensatez en la política de nombramientos, «con olímpico desprecio de cualquier dato objetivo de antigüedad y profesionalidad» (33), a la par que censuraba lo que denominó «torcido ejercicio» de las facultades inspectoras y disciplinarias.

Las críticas al CGPJ por la falta de pronunciamiento y apoyo en favor de los jueces sometidos a veces al papel de «únicos responsables de las deficiencias de la justicia» concitaron una intervención conjunta de las tres asociaciones en el enfrentamiento entre un juez y un abogado en Granada (34). Sin embargo, pronto apareció un motivo de fricción entre APM y JPD al recurrir al comité ejecutivo de aquélla —infructuosamente— el nombramiento de C. Movilla, un magistrado miembro de JPD, como Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla.

Con todo, posiblemente el acontecimiento más significativo del año 1987 es la celebración del I Congreso-Asamblea de Gentes del Derecho del Estado Español, bajo el lema (sin duda elocuente): «La justicia tiene solución», realizado al margen de ayudas institucionales y, muy señaladamente, de la del CGPJ. En dicho Congreso tuvo un pa-

(32) *Crisis de la justicia en el Estado en crisis*, en «El País», 8-V-87.

(33) Ponencia: *La independencia judicial*, conclusiones, IV Congreso APM, Madrid, 29-III-87.

(34) Así resumía MARTÍNEZ LÁZARO, J., representante de JPD en la Comisión negociadora, los objetivos de la propuesta: «Introducir unos elementos mínimos de racionalidad en el funcionamiento del aparato judicial, que permitan después abordar cuestiones de mayor alcance... No se trataba de formar un frente común contra la política gubernamental, sino de destacar unas medidas elementales de organización». En concreto, los cuatro puntos eran, según dicho portavoz: «Reconocimiento a las asociaciones de la facultad de negociar la situación profesional de jueces y magistrados... Determinar el volumen de asuntos que pueden tramitar los distintos órganos jurisdiccionales como paso previo a un programa global de actuación de inmediata aplicación en los órganos que superen dicho módulo... Establecer la cuantía de las retribuciones atendiendo a la función ejercitada... Formación de jueces y magistrados», en su artículo que, con el título *Sin ruido de togas*, se publicó en «El País», 5-IV-88.

pel especialmente relevante la JPD. Efectivamente, el Congreso se organizó en torno a tres ponencias:

1. «La justicia que exige una sociedad democrática», preparada por la Asociación pro Derechos Humanos, en la que se calificaba de desastre, e impropia de una sociedad democrática, la situación de la justicia en España, con fuertes discriminaciones para los menos favorecidos económicamente, y se hablaba de fraude respecto a las expectativas creadas en este ámbito por la Constitución.

2. «Radiografía de la Administración de Justicia en el estado español», preparada por la Asociación Catalana de Juristes Democràtics, donde se criticaba el corporativismo imperante y el mercantilismo de las profesiones liberales relacionadas con la Administración de Justicia, así como el modelo de independencia judicial que se traducía en «arbitrariedad de la gestión».

3. «La alternativa», propuesta por dos representantes de JPD, M. Carmena y L. Varela: Un plan de cinco años para la reforma de la justicia.

En el congreso se reiteraron las críticas a la experiencia del funcionamiento del CGPJ cuya revisión fue una de las conclusiones, de acuerdo con lo expuesto por Jaraulde, ex-vocal del CGPJ y fundador de Justicia Democrática, y se insistió en la responsabilidad fundamental del poder político al respecto, concluyendo con la propuesta de una iniciativa popular para una ley de reforma de la Administración de Justicia, ante la inoperancia del Ejecutivo y del máximo órgano de gobierno de los jueces.

La situación crítica de la Administración de Justicia se agravó a comienzos del año 1988, lo que motivó el hecho insólito de que un grupo de funcionarios de la misma, entre los que había jueces, se manifestara ante el Ministerio de Justicia. Esto provocó una airada reacción del portavoz del CGPJ que llegó a calificar esos hechos como «ruido de togas», comparándolos al «ruido de sables» de las conspiraciones militares de años atrás contra la democracia. Tales declaraciones provocaron durísimas críticas por parte de las asociaciones judiciales, y el portavoz tuvo que dimitir.

A comienzos de febrero, se produjo una reunión de representantes de las tres asociaciones en Madrid (prevista para el 13 de febrero, tuvo lugar el 27) para estudiar la situación y las medidas a adoptar. Como resultado, se plantea una plataforma común de reivindicaciones en torno a los siguientes puntos: volumen de trabajo y posibilidad de establecer baremos de producción (lo que ya había hecho en su primer mandato el CGPJ), retribuciones, procedimiento de selección y formación de los jueces, con especial atención al denominado «cuarto turno».

Y, finalmente, el estatuto asociativo. Se emplazó al CGPJ y al Ministerio de Justicia a una negociación sobre estos puntos con

una comisión técnica (35) y se anunció la adopción de medidas de presión, sin excluir paros, concentraciones y «en último extremo, la huelga», si el día 8 de abril no se habían realizado satisfactoriamente tales negociaciones. Esta reunión constituía, indudablemente, un hito en la historia del movimiento asociativo judicial. Sin embargo, frente a quienes se apresuraron a interpretarla como la verificación de la hipótesis de la inevitable convergencia de las asociaciones, desprovistas de otra función que las reivindicaciones estrictamente profesionales, y, sobre todo, como el abandono, por parte de JPD, de su posición militante en el terreno político o ideológico, la respuesta no se hizo esperar. Efectivamente, el portavoz de la asociación, J. A. Belloch, declaraba inmediatamente a la prensa que en ningún caso se trataba de obtener un frente común sobre política judicial frente al Ministerio o al CGPJ, lo que, por lo demás, se consideraba inviable ante las diferencias ideológicas y políticas entre las asociaciones, pero negaba también que fuese una actuación corporativista y que JPD hubiese abdicado de su definición, pues se trataba de una reflexión a tres bandas para afrontar «la degradación del servicio judicial, que ya no puede cumplir su función constitucional», e insistía en el objetivo de que el CGPJ, al constatar el respaldo unánime de los jueces, «asumiera su liderazgo y el protagonismo del proceso judicial», abandonando la actuación seguidista del Ejecutivo (36).

Casi de inmediato, una comisión de cinco miembros de CGPJ, encabezada por su Presidente, se reunió —8 de marzo de 1988— con la mencionada comisión técnica y se comprometió a estudiar las reivindicaciones relativas al establecimiento de módulos de trabajo, retribuciones adecuadas y problemas de formación, pues aunque por parte del CGPJ se insistía en que buena parte de estas medidas ya habían sido incluidas entre los objetivos de actuación del CGPJ en su pleno de 29 de febrero (continuado al respecto el 9 de marzo), se convocó un pleno extraordinario al efecto, celebrado el 23 de marzo, en el que se juzgó «razonables» las peticiones de las asociaciones y se eligió a tres vocales (37) para la negociación y elaboración de un proyecto que, una vez aprobado por el CGPJ, sería elevado al Ministerio de Justicia. Resulta muy significativo que dicha actitud fuera considerada como un giro trascendental en la línea del CGPJ, hacia la constitución de «un Poder Judicial autónomo e independiente», objetivo en el que, por ejemplo, JPD cifra el cometido básico de si la acción asociativa, por encima de las consideraciones meramente corporativas (38).

(35) Los magistrados José Gabaldón y J. M. Maza (APM), Carlos Granados y Francisco Marín (FV) y J. A. Belloch y Javier Martínez Lázaro (JPD).

(36) Rueda de prensa 20-III-80. Citamos por «El País» la fecha.

(37) Cristina Alberdi, Antonio González Cuéllar y Adrián Celaya.

(38) Efectivamente, como recordaba Martínez Lázaro en el artículo citado, si a las asociaciones judiciales, reconocidas constitucionalmente, se les desproveyera de po-

La primera reunión tuvo lugar el día 25 de marzo y a ella siguieron otras tres (6, 12 y 19 de abril), relativas a los problemas concretos de elaboración de un plan urgente de actuación respecto a las situaciones críticas, la evaluación por una empresa privada del volumen de trabajo que debe realizar cada juez y el sistema retributivo (todo ello mientras no entre en vigor la nueva Ley de Planta y Demarcación). El efecto más relevante fue la desconvocatoria de las asambleas del proceso de movilización judicial. Con posterioridad, el pleno del CGPJ (29 de abril de 1988) asumió buena parte de los acuerdos a los que había llegado la comisión negociadora respecto a módulos de volumen de trabajo (aunque será una comisión mixta, con posible participación del Ministerio de Justicia, quien establecerá si se contrata un servicio privado y, una vez decidido, dispondrá de seis meses para elaborarlos), fijación de sistema retributivo y sistema de formación y selección de los jueces. Sin embargo, es de destacar que en las votaciones del CGPJ se reflejó la existencia de una minoría dentro del propio CGPJ, formada por seis miembros que anunciaron votos particulares sobre los aspectos del acuerdo, desde la perspectiva de una concepción que subraya más el carácter de órgano de gobierno que debe tener en su opinión el CGPJ y más «exigente» con el estatuto de la función judicial (39).

Todavía es pronto para establecer conclusiones acerca del giro que todo ello puede significar en el papel desempeñado por las asociaciones, y muy especialmente acerca de la exactitud de las previsiones formuladas al respecto por los representantes de JPD y que hemos recogido

sibilidad de negociar y adoptar medidas de presión, quedarían vacías de contenido; pero eso no es óbice para que se insista en el principal objetivo, tal y como recalca tanto Martínez Lázaro como Belloch en las declaraciones citadas.

sibilidad de negociar y adoptar medidas de presión, quedarían vacías de contenido, pero eso no es óbice para que se insista en el principal objetivo, tal y como recalca tanto Martínez Lázaro como Belloch en las declaraciones citadas.

(39) Efectivamente, la minoría de vocales del CGPJ mencionada rechaza la «visión funcional» de la Administración de Justicia que impregna el acuerdo adoptado y rechaza muy significativamente la «inserción de las asociaciones judiciales en la organización de CGPJ», por cuanto supone de «distorsión del esquema previsto por la Constitución y la LOPJ para el órgano de gobierno de la Magistratura». Con ello se critica el que representantes de las asociaciones intervengan en la elaboración de módulos de trabajo, en el plan de urgencia o en el control o verificación de lo acordado, según está previsto que se acuerde en el pleno siguiente del CGPJ, lo que implica, entre otras cosas, que, en cierto modo, las asociaciones se conviertan en parte, en interlocutores del diálogo con el Ministerio de Justicia, lo que es rechazado de plano por éste. Por su parte, la mayoría del CGPJ entiende que un planteamiento como el sostenido por dicho voto particular supone el incurrir en seguidismo del Ejecutivo y en reducir las competencias del CGPJ al ejercicio de la potestad disciplinaria frente a los jueces, so pretexto del fantasma de la democracia judicializada (el Richtersstaat). Por el contrario, para dicha mayoría, el precepto constitucional impone precisamente contar con quienes son los titulares del Poder Judicial, a través de sus representaciones asociativas. Como se ve, alienta aquí un debate de mayor alcance que el aparentemente planteado.

II.3 El Consejo General del Poder Judicial y las asociaciones judiciales.

La Constitución Española de 1978 y la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante LOPJ—, constituyen el marco legal de las asociaciones de jueces y magistrados.

El artículo 127 de nuestra Ley Fundamental que cierra el título VI «del Poder Judicial», regula el régimen asociativo de jueces y magistrados cuando dice: «La Ley establecerá el sistema de modalidades de asociación profesional de jueces y magistrados».

En cumplimiento de dicho mandato constitucional, la LOPJ dedica el capítulo 2.º del título II del libro IV, integrado por un sólo artículo, el 401, a la ordenación del régimen de asociación profesional de los jueces y magistrados. En su apartado 2.º dice: «Las asociaciones de jueces y magistrados podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la justicia en general. No podrán llevar a cabo otras actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos (40).

El artículo 401 es fácilmente criticable. Por razones de fondo, en primer lugar, por cuanto establece una importante limitación a la actividad y a los fines de dichas asociaciones que se reducen a lo estrictamente profesional. Es razonable prever que conforme a dicha regulación se acreciente el corporativismo de las asociaciones y la homologación de sus reivindicaciones. Limita además también las posibilidades de inserción de jueces y magistrados, tanto a nivel individual como en su dimensión asociativa, fomentando la endogamia en la carrera judicial. Finalmente, su tenor literal compromete seriamente la actividad y los fines de las asociaciones que pudieran ser calificados como presuntamente políticos.

Y, en segundo lugar, por razones de forma, ya que no se acierta a comprender el significado de la expresión «fines ilícitos», puesto que si una asociación los contuviere, sería ilegal y en su virtud nula según el artículo 22.2 de la Constitución. En cualquier caso no podría quedar válidamente constituida, ya que el número 6 fija el requisito de inscripción en el registro llevado a tal efecto por el consejo, siendo ésta, por tanto, constitutiva y no declarativa, por lo que parece razonable pensar que el consejo denegaría la inscripción de tal asociación que en definitiva nunca habría alcanzado existencia jurídica.

(40) En el debate parlamentario, sólo se presentó una enmienda al art. 424 del Proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes, la núm. 48 del Sr. Bandrés Molet, pidiendo la supresión de este párrafo. Aunque la comisión aceptó «en espíritu» el contenido de la enmienda, ésta no prosperó y la prohibición del 424.2 del Proyecto pasó a constituir el art. 401.2 de la Ley. Sobre todo ello, vid. Ley Orgánica del Poder Judicial, Trabajos Parlamentarios, Cortes Generales, Madrid, 1986, p. 1021.

Según lo establecido en el marco legal, el CGPJ es el interlocutor válido de las asociaciones de jueces y magistrados. Para desempeñar tal cometido, el Pleno del Consejo procedió en noviembre de 1985 a la constitución de la Comisión Delegada de Relaciones con las Asociaciones y Colegios Profesionales, designando como vocales a los señores Albesanz, Alberdi y Linares. Posteriormente, y en virtud de acuerdo del Pleno del Consejo de 3 de junio de 1987, se amplió dicha comisión, mediante el nombramiento de tres nuevos vocales, los señores Berlanga, García Manzano y del Cacho. El 15 de junio se constituyó la comisión reforzada, acordándose que funcionara con dos subcomisiones, una (Berlanga, García Manzano y del Cacho) para las relaciones con las asociaciones de jueces y magistrados, y otra (Albesanz, Alberdi y Linares) para los restantes cometidos de dicha Comisión, designando Vocal Coordinadora de la misma a la señora Alberdi (41).

EL CGPJ se ocupa del tema de las asociaciones de jueces y magistrados en el apartado final de su Declaración Programática, que encabeza con el rótulo de «Otros cometidos prioritarios», y en donde dice: «Propósito del consejo es también mantener las ya iniciadas relaciones con las asociaciones de jueces y magistrados constituidas de conformidad con el artículo 127 de la Constitución y el 401 de la LOPJ, en reconocimiento de un pluralismo ideológico esencial al sistema democrático al que el Consejo no puede ser indiferente. Las asociaciones siempre encontrarán en el Consejo un interlocutor atento en el diálogo por una buena Administración de Justicia»..., etc. Parece que se perfila una cierta contradicción entre la declaración del Consejo, para quien las asociaciones constituyen el reconocimiento de un pluralismo ideológico esencial al sistema democrático, y la regulación legal del artículo 401.2, que limita la actividad y fines de las asociaciones.

La definición y configuración legal del Consejo como el interlocutor válido de las asociaciones de jueces y magistrados no está exenta de consecuencias entre las que podemos señalar la posible ocultación y privatización del «diálogo por una buena Administración de Justicia», como dice su declaración programática, o del debate sobre la Justicia, que se limita al diálogo entre el CGPJ y las asociaciones, acentuando con ello los matices corporativos y el factor de endogamia antes referido (42). De otro lado, a consecuencia de la prohibición que establece el artículo 401.2 de la LOPJ, de llevar a cabo actividades políticas o tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos, este diálogo se ciñe a los temas estrictamente profesionales, lo que a su vez produce un cierto proceso de homogeneización, no tanto de los programas cuanto de las reivindicaciones concretas de las asociacio-

(41) Cfr. «Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial», Madrid, núm. 42, XII-85 y núm. 62, VII-87, p. 62.

(42) Cfr. «Memoria del Consejo General del Poder Judicial», Madrid, 1986, p. 64.

nes y de los objetivos a corto plazo, al menos en el aspecto formal de su relación con el Consejo. De ahí las grandes diferencias que existen en la actividad de las asociaciones o al menos de alguna de ellas, cuando se dirigen al Consejo en el marco de la relación formal del artículo 401 de la LOPJ, o cuando se manifiestan ante la opinión pública.

Podemos, pues, distinguir en las asociaciones dos tipos de actividades: aquellas que, encaminadas al servicio de la justicia en general (y que sólo el recurso a la ficción legal permite no calificar como políticas), marcan las diferencias entre unas y otras asociaciones, y aquellas que se inscriben en la línea de defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos sus aspectos, y que también sirven a la justicia en general, en donde se está manifestando un proceso de convergencia y homogeneidad de dichas asociaciones.

Por lo que al primer grupo se refiere, Jueces para la Democracia mantiene firme su concepción de la justicia como servicio público, postula la realización del principio de inmediatez en la Administración de Justicia y exige una actitud activa contra la corrupción en las Oficinas Judiciales. La asociación Francisco de Vitoria, por su parte, pone especial énfasis en la lucha contra las corrupciones y disfunciones en la Administración de Justicia, interpela al CGPJ mediante la presentación de escritos en relación con el llamado caso Bardellino y con la Declaración Programática del Consejo y muestra su preocupación por las medidas de desarrollo de la LOPJ. Finalmente, la Asociación Profesional de la Magistratura muestra su preocupación por algunos temas en materia de nombramientos.

Un buen resumen de las actividades encaminadas a la defensa de los intereses profesionales de sus asociados se puede ver en la selección de temas hecha por los representantes de las asociaciones y los miembros de la Comisión Delegada del Consejo en la reunión de 12 de diciembre de 1987. Son los siguientes: formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados, estatuto de las asociaciones, retribuciones, envío a las asociaciones de las publicaciones del Consejo, disposición de locales, medidas de seguridad, inspección, expedientes disciplinarios, comunicación de informes desfavorables y observaciones al anteproyecto de Ley de Demarcación y Planta (43).

III. ASOCIACIONES EN EL AMBITO FISCAL

III.1 La peculiaridad del Ministerio Fiscal

Tiene razón Toharia cuando dice que la situación institucional de los fiscales en el esquema de la Administración de Justicia española

(43) Cfr. «Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial», Madrid, núm. 64, XII-87, p. 57.

puede ser calificada como ambigua (44). Los fiscales constituyen un cuerpo de funcionarios estructurado jerárquicamente y dependiente en última instancia del Poder ejecutivo, mientras que los jueces y magistrados sólo dependen del Consejo General del Poder Judicial que es, en aras de la independencia, un órgano de autogobierno, de modo que como también apunta el mismo Toharia, «la situación existencial de los fiscales parece, pues, moverse entre esos dos contradictorios polos: servicio a la justicia, de un lado, y servicio a las consignas y directrices del Gobierno, por otro» (45).

Por todo ello, se hace necesario definir el Estatuto del Ministerio Fiscal, fijar las diferencias que pueden existir frente al de los jueces y magistrados y referir algunas peculiaridades de interés. Procederemos, en primer lugar planteando el problema de si el Ministerio Fiscal constituye o no Poder Judicial, y compararemos brevemente su estatuto con el de los jueces, para referirnos finalmente a alguna particularidad de su estatuto asociativo.

El artículo 124 de la Constitución Española de 1978, encuadrado sistemáticamente en el Título VI, bajo la rúbrica «del Poder Judicial», regula el Ministerio Fiscal que tiene por misión «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social». En su número 2, dice que «el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad y actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad». Cumpliendo con el mandato constitucional del artículo 124.3, las Cortes procedieron a la regulación del Estatuto Orgánico mediante la Ley 50/81 de 30 de diciembre, cuyo artículo 1.º reproduce íntegramente el artículo 124.1 de la Constitución; añadiendo en su artículo 2.º respecto al texto constitucional una declaración expresa de «integración funcional» del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial (46).

La normativa constitucional ha sido bien recibida por los miembros del Ministerio Fiscal (47), ya que les libera, aunque sólo parcialmente, de la sujeción al Ejecutivo, y amplía positivamente sus funciones, que superan con mucho la meramente represora (48). A pesar

(44) Cfr., TOHARIA, J. J.: *Op. cit.*, p. 83.

(45) *Ibid.*, p. 84.

(46) Cfr. «Ponencias y comunicaciones del Segundo Congreso de la Asociación de Fiscales», Caja de Ahorros de Málaga, 1983, pp. 43 y ss. y 197 y ss.

(47) Cfr. Conclusiones del II Congreso de la Unión de Progresista de Fiscales.

(48) Cfr. «Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos Parlamentarios. Cortes Generales», Madrid, 1984, p. 205. En el trámite parlamentario de discusión del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el entonces portavoz centrista y hoy Fiscal General del Estado, Sr. Moscoso del Prado, dijo: «Efectivamente, la LOPJ otorga a este su autogobierno, pero lo hace porque el principio informador del Poder Judicial

de la equiparación y regulación conjunta que de algunos aspectos de su estatuto realiza la constitución en su título VI, en lo que al régimen de incompatibilidades y asociación profesional se refiere, las dudas surgen cuando su artículo 117 que sistemáticamente abre dicho Título VI del Poder Judicial declara solemnemente que «la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial», con lo que parece excluir al Ministerio Fiscal de los órganos que componen el Poder Judicial.

También parece que la LOPJ se inclina por la negativa y considera al Ministerio Fiscal como un órgano cooperador de la Administración de Justicia, lo que se infiere no sólo de la distinción que establece en su Exposición de Motivos entre los cuatro primeros libros de la Ley que regulan cuanto se refiere a la organización, gobierno y régimen de los órganos que integran el Poder Judicial y su órgano de autogobierno, y los libros V y VI que establecen el marco básico regulador de aquellos otros órganos, cuerpos de funcionarios y profesionales, que sin integrar el Poder Judicial, colaboran de diversas formas con él, sino también de lo dispuesto en 1,2 y 12, que limita el Poder Judicial a los jueces y magistrados, en quienes reside el ejercicio de la potestad jurisdiccional cuya garantía fundamental es su independencia. Por su parte, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), se limita a señalar que el Ministerio Fiscal queda integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, en lo que parece una declaración vacía de contenido y contraria al propio espíritu de la ley, por lo que podemos concluir este primer punto afirmando que el Ministerio Fiscal no constituye el Poder Judicial.

La definición del Estatuto del Ministerio Fiscal constituyó uno de los temas de estudio y debate en el Congreso de la Asociación de Fiscales, que tuvo lugar en Fuengirola los días 10, 11 y 12 de diciembre de 1982. En la ponencia «Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en la Constitución», el señor Calvo Rubio sostuvo, y el congreso hizo suyas sus conclusiones, la definición del Ministerio Fiscal como un órgano estatal, no del ejecutivo, constitucional e integrado en el Poder Judicial «subrayando con ello el indudable avance que la Constitución y el EOMF suponen al desvincular el Ministerio Fiscal del Ejecutivo, y superando con ello la vieja concepción

no solamente es diferente del principio que informa según la Constitución la actuación del Ministerio Fiscal, sino que es, por el contrario, el opuesto. El Poder Judicial se rige por el principio de independencia..., pero es que el principio que informa al Ministerio Fiscal es el opuesto. El Ministerio Fiscal, según nuestro primer texto, según la Constitución, está sometido al principio de dependencia. De ahí que aquello que es bueno y válido para el Poder Judicial, su propio autogobierno sea absolutamente, no diré que malo, pero en todo caso innecesario e impropio para el Ministerio Fiscal», p. 205. Y más claramente en la p. 231, dice el Sr. Moscoso del Prado: «El Ministerio Fiscal, no es, propiamente, Poder Judicial». En la misma línea de razonamiento, cfr. VARGAS CABRERA, B.: *Naturaleza del Ministerio Fiscal y conveniencia de postular su organización a la luz del principio de autogobierno*, en «Ponencias y comunicaciones del II Congreso de la Asociación de Fiscales», *op. cit.*, p. 101.

que hacía de él un representante del Gobierno (LOPJ de 1870 y Estatuto de 1926) o que lo definía como órgano de comunicación del Gobierno con los Tribunales (Ley Orgánica del Estado de 1967) (49).

La ponencia del señor Calvo Rubio fue matizada por la comunicación que presentó el señor Beltrán Ballester: «El Ministerio Fiscal como institución dentro del marco constitucional», que planteó la consideración del Ministerio Fiscal como magistrado o como funcionario, apostando a la vista de la legislación vigente, por esta segunda alternativa, conclusión ésta también asumida por el Congreso en sus conclusiones cuando proclaman que los fiscales reunidos en el Congreso «siguen manteniendo un juicio crítico sobre las posibilidades reales de que el fiscal puede cumplir sus funciones debido a su dependencia, como funcionario, del Ejecutivo» (50).

Sus respectivos estatutos son, por consiguiente, distintos. Mientras que la independencia del Poder Judicial comporta la definición de un «status» especial de los jueces y magistrados respecto al resto del funcionariado, el del Ministerio Fiscal, con algunas peculiaridades derivadas de su función, se asimila al régimen general de los funcionarios del Estado con quienes comparte la nota de la sumisión jerárquica.

Consecuencia de todo ello es que el Poder Judicial tiene su propio órgano de autogobierno, el Consejo General del Poder Judicial, mientras que el Ministerio Fiscal carece de un órgano semejante, pues el Consejo Fiscal tan sólo asiste al Fiscal General del Estado siendo sus competencias limitadas (arts. 13 y 14 del EOMF), en relación con las del Consejo General del Poder Judicial (arts. 104 y ss. de la LOPJ). Mientras que el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo es la primera autoridad judicial de la nación, tiene los honores correspondientes al titular de uno de los tres poderes del Estado, siendo nombrado por el Rey a propuesta del Consejo (arts. 106 y 123 de la LOPJ), el Fiscal General del Estado ocupa un lugar inmediato al del Presidente del Tribunal Supremo, siendo nombrado y cesado por el Rey a propuesta del Gobierno, previa audiencia del Consejo General del Poder Judicial (arts. 22 a 30 del EOMF).

Finalmente, mientras que a los jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la ley corresponde exclusivamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Ministerio Fiscal, que carece de la potestad jurisdiccional, ejerce su función por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad (arts. 1 y 2 del EOMF), siendo en consecuencia y a diferencia de lo que sucede en los jueces y magistrados, dependiente del superior jerárquico y en última instancia del Fiscal General del Estado que a su vez lo es del Gobierno.

(49) Cfr. «Ponencias y comunicaciones», *cit.*, p. 56.

(50) *Ibíd.*, p. 197.

Por último, apuntar una diferencia significativa existente entre el régimen de asociación profesional de jueces, magistrados y fiscales, cuyo origen, como sabemos, parte del artículo 127 de la Constitución que remite a sus respectivas leyes de desarrollo. Así el artículo 401.2 de la LOPJ, prohíbe que las asociaciones de jueces y magistrados lleven a cabo actividades políticas o tengan vinculaciones con partidos políticos o sindicatos, mientras que el artículo 59 del EOMF regula el régimen asociativo de los fiscales diciendo que podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos sus aspectos y la realización de estudios y actividades encaminadas al servicio de la justicia en general» (51). Nada dice respecto a la prohibición de realizar actividades políticas o tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos del 401.2 de la LOPJ. En consecuencia, los miembros de la carrera fiscal parecen disfrutar de un estatuto asociativo más amplio que el regulador de los del Poder Judicial.

III.2 El desarrollo de las asociaciones de fiscales en España. Una introducción *

El origen del movimiento asociativo fiscal se halla íntimamente unido a las primeras propuestas gubernativas en orden al desarrollo legislativo de la normativa constitucional. Así, el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, elaborado por el Gobierno en mayo de 1980, desencadenó de modo inmediato la primera reunión del cuerpo mantenida en Sigüenza el mismo 17 de mayo de 1980, y a la que asistían unos cincuenta fiscales (52).

La insatisfacción de la regulación contenida en aquel proyecto dio

(51) Dicha prohibición sí constaba en el pár. 2.º, núm. 1, art. 49, del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes y fue eliminada en el dictamen de la comisión a consecuencia de una enmienda, la núm. 41, del Grupo Comunista: «Ya que no puede establecerse para la asociación una prohibición que va más allá de los límites del art. 127 de la Constitución a los derechos de los fiscales», y de otra enmienda, la núm. 194, del Grupo Socialista en favor de una «mejor regulación y garantía del derecho de asociación profesional de los miembros de la carrera fiscal». Curiosamente en el informe de la ponencia se dice que se rechazan tales enmiendas «aunque exista una parcial admisión que conlleva una cierta reforma del apartado 1 en sus términos originarios», por más que dicha prohibición quedó fuera del texto legal, cfr. «Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal», *cit.*, p. 146.

* Desde estas páginas quisiéramos hacer constar nuestro agradecimiento al Dr. D. Enrique Beltrán, quien nos ha ofrecido una ayuda inestimable en la elaboración de este trabajo, proporcionándonos materiales, sin los cuales no habríamos podido llevar a cabo el mismo. Damos las gracias, asimismo, al Dr. D. Tomás Vives, gracias al que hemos conseguido valiosa documentación.

(52) La documentación básica utilizada en la elaboración de esta parte del trabajo ha sido la siguiente: «Estatutos de la Asociación de Fiscales», «Boletín Informativo de la Asociación», «Boletín Informativo de la Asociación en Cataluña», «Información referente a los Congresos de la Asociación de Fiscales», «Estatutos de la Unión Progresista de Fiscales» e «Información del II Congreso de la Unión Progresista de Fiscales».

lugar a la elaboración en Sigüenza de una propuesta alternativa en la que se insistía fundamentalmente en el carácter judicial del Ministerio Fiscal que debía «... concebirse como institución integrada en el Poder Judicial», aclaración que constituía el primer punto de la propuesta, y que cerraba la misma, dejando constancia, en el punto decimotercero de «... la profunda preocupación que a los fiscales producen determinados artículos del Proyecto de Estatuto, en íntima relación con otros igualmente preocupantes del Proyecto de LOPT, que tienden a degradar al Ministerio Fiscal a una especie de Magistratura de segundo grado, lo que se refleja en ocasiones en proyectadas disposiciones discriminatorias e incluso vejatorias para los fiscales». Y prosigue afirmando ante la colocación sistemática del Título dedicado a los fiscales en el Proyecto de LOPT, entre las personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia que: «Con la mayor firmeza queremos recordar que el Ministerio Fiscal no solamente coopera en la Administración de Justicia, sino que está constitucionalmente dentro del Poder Judicial».

Por otra parte, el documento alternativo insistía (en el punto 2.º) en la necesidad de que el nuevo Estatuto declarara de modo expreso, como principios fundamentales de su actuación, el de legalidad (que «... exige que el fiscal actúe de acuerdo exclusivamente con las normas jurídicas», punto 3.º) y el de imparcialidad (al que hace referencia expresa el punto 4.º, y el 8.º relativo a la inamovilidad).

Por último, el documento trataba de conciliar los principios de jerarquía interna (punto 5.º) y unidad de actuación (establecida mediante la elaboración de criterios generales de actuación elaborados por el Consejo Fiscal, según el punto 6.º, y al que corresponden además el resto de funciones enunciadas en el 10.º), con los principios de autonomía funcional y democracia interna. Además, la autonomía se predica fundamentalmente frente al Poder Ejecutivo: «Por ello, cuando el Gobierno formula al Fiscal General del Estado sugerencias en orden a la defensa del interés social, la resolución sobre la procedencia de cumplirlas deberá adoptarla el Fiscal General del Estado previa consulta a la Junta de Fiscales de Sala» (punto 3.º, *in fine*). Y por la misma razón se afirma en el punto 5.º que «La línea jerárquica de dependencia que vincula a los miembros del Ministerio Fiscal ha de acabar dentro de su propia estructura orgánica, sin que sea admisible dependencia con respecto al Gobierno ni ninguna otra institución». Por su parte, la democracia interna se trata de conseguir flexibilizando y racionalizando el principio de jerarquía (punto 7.º), buscando mecanismos que posibiliten la promoción efectiva de los Fiscales de Distrito (punto 11.º) y abogando, en lo que se refiere a sus órganos de representación, por el «carácter democrático y representativo» del Consejo Fiscal, «órgano colegiado de gobierno» (punto 9.º) y por la «revitalización y potenciación de las Juntas de Fiscalías» (punto 12.º).

De la coherencia interna de la declaración conjunta de estos principios, y de la suerte que en la discusión parlamentaria, y posterior texto legislativo, tuvo la propuesta elaborada por este grupo de fiscales, ya se ha dado con anterioridad cuenta. Interesa ahora poner de manifiesto lo que José Jiménez Villarejo, que llegaría a ser el Presidente de la Asociación, recuerda, en relación con aquella reunión de Sigüenza: «En cierto modo, puede decirse que fue el rechazo de aquel proyecto y la decisión de oponerle una alternativa válida el factor que más decisivamente contribuyó a poner en marcha el movimiento asociativo».

Así fue, efectivamente. La voluntad asociativa nacida en Sigüenza en mayo, se concretó en el Congreso desarrollado en Albacete el 29 de noviembre del mismo año 1980, en el que se acordaba la constitución de la «Asociación de Fiscales» (con 248 asociados) y se aprobaban los estatutos redactados en Sigüenza.

Los estatutos de la nueva «Asociación de Fiscales» (denominación que adoptan según el artículo 1.º), reflejan fielmente la coyuntura del fenómeno asociativo, y de este modo resulta coherente que sólo un capítulo, el segundo, contenga declaraciones programáticas («Principios y fines») y que el resto del texto se preocupe brevemente de cuestiones generales acerca de los asociados (título II), el régimen económico (título IV) y la disolución de la asociación (título V), centrándose la mayor parte del mismo en el capítulo III, dedicado a describir pormenorizadamente la organización de la asociación: sus órganos estatales y los territoriales, ya que, a pesar de que su ámbito se extiende a todo el territorio del Estado, ello se entiende «...sin perjuicio de su estructura organizativa a nivel de Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas o Audiencias Territoriales» (art. 2.º) y de su organización «... descentralizada con autonomía funcional de las secciones territoriales... » (art. 4.º).

De la enumeración de principios y fines del capítulo 2.º se puede constatar la coincidencia respecto al texto de Sigüenza en la declaración de los principios de legalidad e imparcialidad (art. 7.º-3), así como el de independencia (art. 7.º-2), si bien expresada ahora en términos más enérgicos «... respecto a los poderes públicos, partidos políticos y centrales sindicales, así como de la propia organización jerárquica del Ministerio Fiscal» (art. 6.º-2). Se insiste además en la defensa de la jerarquía interna, recordando el mantenimiento de los principios de «unidad y dependencia» (es el art. 7.º del texto). Jerarquía y unidad, que quedan suficientemente compensadas con la autonomía funcional que la organización descentralizada proporciona, y que como se ha dicho ostenta en el conjunto de los Estatutos un lugar central: en cuanto a la exclusión de su regulación, al ocupar el ya aludido extenso título III, y en cuanto a la importancia que se le otorga, al aparecer expresamente mencionada como uno de los principios de la asociación (art. 4.º, cap. II), y como correctivo del ámbito

de aquélla, que si bien se extiende a todo el Estado, debe entenderse «sin perjuicio de su estructura organizativa descentralizada» (art. 1.º, cap. 1, del tít. 1: disposiciones generales). Por último, y por lo que a referencias comunes con el proyecto alternativo del 80, respecto a los principios y fines (cap. 2.º, tít. 1) de los Estatutos, se intenta guardar la democracia interna, a través de la declaración general contenida en el artículo 3.º: «Todo funcionario de carrera del Ministerio Fiscal, cualquiera que sea su categoría, en servicio activo tiene derecho a pertenecer a la Asociación y a separarse libremente de ella». Además la asociación afirma su carácter democrático en cuanto a su funcionamiento y organización» (art. 5.º) y enumera, entre sus fines el «velar por la objetividad del sistema de ingreso a la Carrera Fiscal...» (art. 7.º-5) y el «promover la participación... de los miembros de la Carrera Fiscal en los órganos del Ministerio Fiscal...» (art. 7.º-7).

No existe en el texto, sin embargo, declaración alguna referente a la pertenencia al Poder Judicial (cuestión que, como se ha visto no deja de suscitar problemas en la normativa postconstitucional), pero el artículo 7.º-9 no se resiste a declarar como fin la comunicación de la Asociación en general con todos los sectores de la Administración de Justicia, y la coordinación, en concreto: «... con las demás asociaciones de funcionarios del Ministerio Fiscal y entidades asociativas surgidas en el ámbito de la Administración de Justicia», y puntualiza, «especialmente con las asociaciones de las Magistraturas nacionales e internacionales».

No falta, como corresponde a los estatutos de una organización profesional, un apartado (art. 7.º-8) dedicado a declarar como fin específico de la asociación la defensa de sus asociados en su actuación profesional, «... y, en general, de sus intereses y derechos profesionales». Junto a este fin típicamente «profesional», la asociación menciona otros que tratan de acercar la labor de sus miembros a la más alta misión encomendada por el texto constitucional: «Promover la defensa y plena realización de los principios, derechos y libertades consagrados en la Constitución» (art. 7.º-1) y «el perfeccionamiento de la Administración de Justicia, en cuanto servicio público, mediante la promoción y realización de cuantas actividades y medidas se orienten a su más perfecta y eficaz prestación, de modo que la misma corresponda a los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos» (art. 7.º-4).

Esta alusión al texto constitucional obedeció, según las declaraciones hechas en el «Boletín Oficial de Fiscales» por José Jiménez Villarejo (que como se recordará, sería promotor y después Presidente de la asociación), a que la misma «no nació únicamente con vocación y programa “profesional”. En el ánimo de sus primeros impulsores, alentaba la ilusión de que la Asociación fuese también un valioso instrumento para reflexionar y profundizar en el papel que a los fiscales

incumbe en la consolidación de la democracia y en la defensa de las libertades y derechos de nuestros ciudadanos».

La redacción de los estatutos de la recién constituida «Asociación de Fiscales», refleja una etapa muy inicial del asociacionismo en la que no se han mostrado todavía las diferencias. Se trata de un estudio inicial, del desarrollo del movimiento asociativo (que también se daba en el caso de los magistrados, si bien con sus propias peculiaridades), en el que la lucha frente a un «objetivo común» mantiene la cohesión entre los miembros del grupo. El movimiento asociativo fiscal surge de esta manera, unido en el interés común por mostrar su disconformidad frente al gubernativo, y unido también al menos en lo esencial, y en un primer momento, en la comprensión de la tarea que la Constitución ha encomendado al Ministerio Fiscal en la nueva sociedad democrática. Ello no implica, como ya se ha dicho, una absoluta coherencia entre el cuerpo de fiscales. Las diferencias, evidentemente, existían (Jiménez Villarejo lo reconocía así, a los dos años de la creación de la asociación: «Nuestro interno pluralismo, que no hemos querido sofocar ni enmascarar bajo el manto engañoso de una hipotética ausencia de ideologías, ha provocado ocasionalmente tensiones. Pero —atención— éstas no han derivado en rupturas»), y la escisión se acabaría produciendo (como se verá), pero la unión en el punto de partida, mantenida durante los años siguientes, no deja de indicar una dinámica asociativa algo diferente a la de la Magistratura donde las diferencias se harían patentes mucho antes.

Mientras tanto, la actividad de la asociación, que en cumplimiento del artículo 19 de sus estatutos, debía celebrar su siguiente congreso ordinario a los dos años siguientes en Fuengirola (en diciembre de 1982), desplegaría una importante actividad hasta esta fecha, en orden al desarrollo de su esquema organizativo estatutario y al de la defensa de aquellos intereses que habían animado su nacimiento: la constante exigencia y vigilancia al poder gubernativo del desarrollo de su estatuto orgánico, así como la defensa, oposición a las distintas medidas adoptadas por el Gobierno, que se entenderían como intromisiones en terreno ajeno, y que trataban de intereses profesionales más concretos; así, las relativas a la integración de los fiscales de distrito, a la lucha contra las pruebas selectivas aplicables a los entonces abogados fiscales en ascenso, su reacción frente a la concesión de traslados, nombramiento, etc.

Durante los días 9 a 12 de diciembre de 1982, se celebró en la ciudad malagueña de Fuengirola el segundo Congreso de la «Asociación Profesional», que contaba por aquel entonces con 307 asociados. Tres temas fundamentales constituyeron el objeto de las ponencias y del posterior debate que se desarrolló a partir de las mismas: 1.º el movimiento asociativo y los Estatutos de la Asociación; 2.º el Ministerio Fiscal como institución constitucional, y 3.º el Ministerio Fiscal en los procesos.

De entre las cuestiones analizadas en el Congreso, las que se hallaban comprendidas en los dos últimos grupos de ponencias, entraban de lleno en el análisis del «status» del Ministerio Fiscal, especialmente el primero, donde, por ejemplo, se suceden la discusión sobre la integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial, con las de las declaraciones de su dependencia como funcionarios del Poder Ejecutivo.

No es este el lugar indicado para recoger pormenorizadamente el debate sobre temas muy significativos, que configuran el «status» del cuerpo de fiscales, debate al que, por otra parte, ya se ha hecho referencia con anterioridad, ni aquel otro, más técnico, sobre el papel del fiscal en los procesos. Nos limitaremos únicamente a indicar lo acontecido en el Congreso sobre los temas referentes al movimiento asociativo y la reforma de sus Estatutos.

Sobre el primero, se desarrollaron tres ponencias: la relativa al «movimiento asociativo y las relaciones de la asociación con otras semejantes y organismos oficiales», que realiza un análisis comparado con el asociacionismo y los estatutos de la asociación de magistrados franceses, en búsqueda de alternativas en orden a la reforma de los estatutos; aquella que bajo la rúbrica «perspectivas asociativas», tras analizar el entonces existente y el futuro marco institucional asociativo, ofrecía entre sus conclusiones la conveniencia de mantener una única asociación de fiscales, y, por último, la que afirmaba «la necesidad de designar como candidato al Consejo Fiscal a un Abogado Fiscal, grado de ascenso».

En cuanto a los Estatutos, al Congreso de Fuengirola corresponde la aprobación de la modificación de algunos artículos, como el 7.º, añadiendo entre los fines el número 5.º, modificando el 6.º, que adquiere mayor extensión, y el 8.º, para insistir en la especial relación con las asociaciones de la Magistratura y las internacionales (53).

A pesar de la cohesión generada en el ámbito fiscal por la defensa de intereses comunes y la búsqueda de objetivos compartidos por todos los miembros de la única asociación existente, desde la creación de la Asociación de Fiscales podían observarse ciertas discrepancias y tendencias internas en un sentido semejante al que constatamos en el asociacionismo judicial. El Congreso de la Asociación, celebrado en Valencia en 1984, puso de manifiesto tales desavenencias al solicitarse la admisión de corrientes organizadas dentro de la asociación,

(53) En concreto, se modifican los artículos siguientes: art. 9 (pasó a añadir el párrafo 3.º de dación de cuenta a la Secretaría General de la Asociación, de la admisión de un nuevo asociado); del art. 14 (inciso final, pár. 2.º); art. 17 (modificando el núm. 2.º y dando nueva redacción al 7.º); art. 18 (añadiendo un 3.º pár.); art. 19 (puntualizando la reunión del Congreso: entre los días 15-XI y 15-XII); art. 22 (añadiendo un inciso en el pár. 2.º); art. 24 (en el que se da nueva redacción al 1.º pár., y se introduce, al igual que en el 18, un tercero); art. 31 (donde dos nuevos párrafos relativos al «quorum», mayoría simple o absoluta para la toma de acuerdos por la comisión ejecutiva, sustituye al párrafo 3.º anterior), y, finalmente, el art. 33 (donde se regula, en nuevo párrafo, la reelección del Presidente).

como ocurriera en la Judicatura según bien sabemos. El resultado fue diferente en este caso, rechazándose el reconocimiento de corrientes organizadas, lo que supondría la constitución de una nueva asociación denominada Unión Progresista de Fiscales, cuyo 2.º Congreso, que tuvo lugar los pasados 12, 13 y 14 de junio, permite comprobar su vitalidad y preocupaciones actuales. Esta diferencia en la forma en que se produjo la ruptura forma parte de la especificidad del movimiento asociativo fiscal respecto al judicial, que se explica básicamente por la distinta coyuntura sociopolítica en la que nacieron ambos movimientos: la defensa del nuevo régimen democrático y el orden constitucional en el caso de la Magistratura, la búsqueda de instrumentos jurídicos y políticos que realicen efectivamente los principios democráticos proclamados formalmente por el nuevo régimen ya consolidado, en el caso de los fiscales. La Unión Progresista de Fiscales se constituyó en junio de 1985 al amparo del artículo 127.1 de la Constitución y del artículo 54 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de 30 de diciembre de 1981, con un total de setenta y siete miembros de la carrera fiscal; los Estatutos de la Asociación fueron aprobados unánimamente por el Congreso Constituyente.

Sin embargo, antes de entrar a considerar los rasgos que configuran la peculiaridad de la Unión Progresista, es necesario hacer referencia a la disminución del índice de asociacionismo que se produjo a partir de la separación, seguramente en gran parte por el problema que se planteaba a los nuevos fiscales al tener que optar entre dos asociaciones, cuyas diferencias en ocasiones parecen más nominales que reales. Aunque actualmente el movimiento asociativo de los miembros de la carrera fiscal se encuentre en un momento crítico en busca de nuevas formas con que dotar de contenido su propia misión, el reciente Congreso de la Unión Progresista, que acabamos de mencionar, deja ver ciertas iniciativas y propuestas de indudable interés, que permiten confiar en la incentivación del papel del asociacionismo de los componentes del Ministerio Fiscal.

Respecto a este tema, la 4.ª Comisión del 2.º Congreso de la Unión Progresista señala, entre las reivindicaciones reglamentarias, las referidas a los «derechos colectivos», que se desglosan en tres puntos acerca de la asociación, la negociación colectiva y los conflictos colectivos, reclamando el reconocimiento del derecho de huelga. Hay que subrayar el primer punto por cuanto significa la vuelta a uno de los principales combates librados en el movimiento asociativo de la Administración de Justicia, hasta que la regulación legislativa lo eliminara de forma tajante; se trata de la creación de asociaciones profesionales mixtas de jueces y fiscales, «estimándose como una postura restrictiva al derecho de libre asociación la actual situación de establecer asociaciones separadas de jueces y fiscales».

También es significativa la inclusión entre los derechos de los asociados que figuran en los Estatutos de la Unión Progresista, del dere-

cho a «constituir corrientes de opinión organizadas dentro de la Asociación y expresar sus criterios fuera de ella, cuando fueren contrarios a los adoptados por los órganos asociativos».

Aunque no podamos transcribir los doce puntos que configuran en sus Estatutos los fines generales de la Unión Progresista, parece conveniente referirse, al menos, a los cinco fines que encabezan la relación, y que son los siguientes: «Promover la defensa y plena realización de los principios, derechos y libertades consagrados en la Constitución; defender los principios de imparcialidad y legalidad, conforme a los valores constitucionales, en la actuación del Ministerio Fiscal; promover la satisfacción del interés social y la defensa de los derechos sociales y económicos de los ciudadanos y la protección de los sectores marginados de nuestra sociedad; promover una ejecución penitenciaria caracterizada por el estricto respeto de los derechos fundamentales del interno, potenciando su ejercicio y desarrollo como medio para alcanzar la integración real del mismo en la sociedad, y promover la independencia de los órganos que integran el Poder Judicial y su legitimación democrática.

El Congreso de 1987 desarrolla estos aspectos en sus diversas ponencias, resaltando la preocupación de la Unión Progresista por la constante redefinición del criterio de «interés social», que exige una conexión directa de los componentes del Ministerio Fiscal con la sociedad. Así, puede leerse en las conclusiones de la Segunda Comisión sobre «El fiscal ante la demanda social del servicio público de la justicia»: «Es necesario dar a conocer a la sociedad esa imagen real de las posibilidades legales de actuación del fiscal, haciendo para ello un esfuerzo de comparecencia ante los medios de comunicación social y conectando con las organizaciones de ciudadanos que vertebran la sociedad». La aceleración y simplificación de los trámites contribuirán a dar respuesta a la demanda social, siempre que no implique la automatización deshumanizadora y la pérdida de garantías procesales, y para ello la Asociación propone la disminución de los «tiempos muertos» que provocan la lentitud de la justicia. La Unión Progresista de Fiscales se pronuncia, asimismo, sobre el deber de no dilatar «sine die» la implantación del jurado en relación a los principios procesales de concentración, oralidad y publicidad.

En una misma línea, hay que resaltar el pronunciamiento de la Comisión en favor de dar prioridad a la persecución de los delitos que lesionen bienes jurídicos colectivos, dada la desigualdad social determinante de la existencia de comportamientos antisociales desiguales; lo que supone la reforma del Código Penal y la dotación al Ministerio Fiscal de «instrumentos auxiliares de investigación adecuados a la complejidad de esas nuevas formas de criminalidad». La forma de elección de los componentes del Ministerio Fiscal también influye, a juicio de la Unión Progresista, en la delimitación de los criterios de «interés social», y sobre este tema realiza un amplio análisis que

alcanza tanto a los ejercicios de acceso al Centro de Estudios Judiciales como a la organización de sus actividades.

En cuanto a la «actuación no penal del fiscal», las conclusiones del 2.º Congreso de la Unión Progresista de Fiscales se centran en el resultado de los debates sobre cuestiones más asistenciales que estrictamente judiciales, relativas a la problemática de los menores, los internamientos forzosos por causas de enfermedad mental, las toxicomanías y el estado sanitario de las prisiones.

Para terminar, por lo que respecta a las exigencias retributivas y las reivindicaciones reglamentarias, además de lo expuesto, podemos mencionar la demanda de un nuevo reglamento y la petición del mantenimiento de dos únicas categorías: la del Fiscal de Sala y la de Fiscal. En el orden retributivo lógicamente se denuncia la insuficiencia de la retribución actual.

3. CLASICOS Y CONTEMPORANEOS DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA

Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de Max Weber: un problema metodológico

Por MARIA JOSE FARIÑAS DULCE

Madrid

Afrontar un estudio de la problemática que plantea la relación derecho y sociedad, comporta necesariamente analizar los problemas metodológicos que, en todo caso, subyacen a aquella relación. A tal objetivo respondió el propósito que Max Weber (Erfurt, 1864-München, 1920) se marcó en sus escritos de carácter sociológico-jurídico. En concreto, y fundamentalmente: la distinción entre la metodología de la ciencia dogmático-jurídica frente a la nueva metodología empírico-causal de la Sociología del Derecho, por él propuesta; a lo que se yustapone el problema de la relación entre la normatividad y la empirie y, con ello, la *tensión* entre el concepto jurídico del derecho y el concepto sociológico del mismo y, en definitiva, la *tensión* entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho.

I. PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

El análisis y sistematización de los trabajos sociológico-jurídicos de Max Weber exige, como estadio previo a la investigación misma, una necesaria y detenida referencia a los problemas metodológicos, claves en su época y, claro está, ante los que Weber no permaneció ajeno; me refiero a la delimitación del método, objeto y función de la consideración sociológica del derecho frente a la ciencia jurídica tradicional. Es precisamente esta problemática el objetivo básico de aquellos trabajos de Weber, en una significada línea que pretende destacar el valor científico de la investigación sociológica del derecho, diferenciándola de la investigación propiamente jurídico-dogmática (1).

(1) ENGISCH, K.: *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologe*, en «Max Weber. Gedächtnisschrift der Ludwig-Maximilians-Universität München, zur 100. Wiederkehr seines Geburtstages 1964», hrsg. Von ENGISCH, K.; PFISTER, B., und WINKELMANN, J.: Berlín, 1966, pp. 67-88, señala al respecto, que «lo decisivo de su apor-

Conviene ahora detenerse en delimitar las causas y circunstancias, que promovieron a Weber a incorporarse participativamente en aquella problemática, esto es, la raíz y justificación de sus escritos sociológico-jurídicos.

Weber abordó por primera vez el tema de la separación entre norma y hecho, entre la consideración jurídica y la consideración sociológica del derecho y, en definitiva, entre la «Jurisprudencia» y la Sociología del Derecho, en el año 1907, con ocasión de la recensión crítica (2) a la segunda edición corregida de la obra de Stammler, titulada: *Wirtschaft und Recht* (Economía y Derecho) (3). Esta recensión, titulada *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen Geschichtsauffassung*, en cuya primera parte Weber muestra sus críticas contra la teoría de Stammler, con una rudeza y agresividad impropias de él, se convierte en su segunda mitad —al tiempo la más extensa (4)—, en una plataforma para la expresión de las propias ideas weberianas, sobre la posibilidad de una metodología sociológico-jurídica independiente de la metodología propia de la Dogmática jurídica. En esta segunda parte, su contenido material se centra, principalmente, en el análisis de los conceptos claves de la Sociología del Derecho de Weber, a saber: el concepto de «regla», distinguiendo entre la «regla» en el sentido de «regularidad» y en el sentido de «norma»; el concepto de «máximas»; los conceptos de «reglas de juego» y «reglas de derecho», y la distinción entre «conceptos jurídicos y conceptos empíricos». Todo este análisis conceptual, le permitió a Weber defender la posibilidad de la existencia de un análisis científico de las normas jurídicas desde un punto de vista empírico-causal.

Pero incluso con anterioridad a este escrito, podemos encontrar también algunas incipientes y breves referencias sobre la posibilidad de existencia de dos formas metodológicas distintas de abordar el derecho, en su ensayo de carácter metodológico, aparecido en 1903 y titulado *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*. En esta ocasión, Weber distinguió, por una parte, el método teleológico-normativo de la formación de conceptos

tación se encuentra en la concepción fundamental de su obra: el esfuerzo por iluminar la tarea específica de una Sociología del Derecho, en el deslinde sutil a realizar entre una metodología jurídico-dogmática y una metodología científico-social... » (p. 69).

(2) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen Geschichtsauffassung*, en «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 24, Bd., 1907, pp. 94-151. Posteriormente recogido en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. von WEBER, M.: Tübingen (Mohr-Siebeck), 1922; aquí he utilizado la 5.ª ed. de WINKELMANN, J., Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1982, pp. 291-359.

(3) STAMMLER, R.: *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*, Zweite verbesserte Auflage, Leipzig, Veit und Co., 1906. Existe traducción castellana de la 4.ª ed. alemana de esta obra: *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia*, versión de Wenceslao Roces, Madrid, 1929.

(4) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 322-359.

jurídicos, propio de la Dogmática jurídica, que «hace referencia a la esfera conceptual en la que son válidas ciertas normas jurídicas», y por otra parte, el método empírico-causal, propio de las disciplinas histórico-sociales, que hace referencia «a las causas y a los efectos de la “existencia” fáctica de un “orden legal”, de una “institución legal” concreta o de una “relación jurídica”» (5).

Posteriormente, en el año 1910 —según señala Winckelmann—, Weber participó en las discusiones celebradas en el *Frankfurter Soziologentag*, sobre la problemática metodológica de la ciencia sociológico-jurídica, respondiendo a las conferencias pronunciadas por Voigt y Kantorowicz, respectivamente (6). En estas discusiones Weber mantuvo la misma postura, que había defendido en la recensión anteriormente citada. También, en el año 1913, en el que apareció su ensayo metodológico, titulado *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, vuelve a insistir en la diferencia de método entre la «Jurisprudencia» y la ciencia sociológico-jurídica (7), distinguiendo, en esta ocasión, entre el proceder de la sociología *comprehensiva* con respecto al derecho y el de la ciencia jurídica tradicional.

Finalmente, junto al conocido capítulo VII de la parte II de *Wirtschaft und Gesellschaft*, en donde Weber abordó específicamente el tema de la *Rechtssoziologie*, se debe tener en cuenta también —fundamentalmente, por lo que se refiere al planteamiento metodológico referido— el capítulo I de la parte II de *Wirtschaft und Gesellschaft*, que lleva por título *Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen* (La economía y las órdenes sociales) (8). Este capítulo es

(5) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, en «Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre», cit., p. 1-145 (la cita se encuentra en la p. 87). Existe traducción castellana: WEBER, M.: *Roscher y Knies y los problemas lógicos de la escuela histórica de economía*, en «El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales», traducción y estudio preliminar de García Blanco, J. M.^a, Madrid, ed. Tecnos, S.A., 1985, pp. 3-173 (la cita se encuentra en la p.103).

(6) WINCKELMANN, J.: *Max Weber «Rechtssoziologie»*, estudio preliminar a la *Rechtssoziologie* de Max Weber, hrsg., von J. Winckelmann, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1960, pp. 15-36 (la cita se encuentra en la p. 16, nota núm. 5). Y la referencia a las críticas de Weber a las respectivas conferencias de VOIGT, A., sobre *Wirtschaft und Rechts*, y de KANTOROWICZ, H., sobre *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Estas discusiones críticas (*Diskussionsrede*) de Weber fueron publicadas en *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik. Von Max Weber*, hrsg., v. WEBER, Marianne, Tübingen, 1924, pp. 471-476 y 476-483, respectivamente.

(7) WEBER, M.: *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, en «Logos», Internationales Zeitschrift für Philosophie der Kultur, hrsg., von R. Kroner und G. Mehlis, Tübingen, 1913, pp. 253-294; posteriormente fue recogido en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit. (1.^a ed., 1922, pp. 403-450), 5.^a ed., pp. 427-474; se hace referencia ahora al cap. III: *Verhältnis zur Rechtsdogmatik*, pp. 439-440. Existe traducción castellana en WEBER, M.: *Ensayos sobre metodología sociológica*, versión de Etcheverry, J.L., Buenos Aires, ed. Amorrortu, 1978, pp. 175-221, cap. III, pp. 187-189.

(8) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1.^a ed. de WEBER, Marianne, Tübingen 1922, aquí he utilizado la 5.^a edición revisada por WINCKELMANN, J., Tübingen, JCB, Mohr (Paul Siebeck), pp. 181-198. Existe traducción castellana: *Economía y sociedad*,

esencial también para la comprensión del pensamiento sociológico-jurídico de Weber, porque en él, junto a la exposición del doble planteamiento metodológico con respecto al derecho, Weber señala además las líneas caracterizadoras del orden jurídico, considerado desde el punto de vista empírico-causal o sociológico.

En este planteamiento de Weber referido al derecho subyace, sin embargo, toda una serie de fundamentos lógicos y metodológicos adoptados por Weber con respecto a la teoría de la ciencia en general, de los cuales se deriva aquél.

Así, frente a la clásica oposición entre ciencias naturales y ciencias de la vida social, Weber, ya en su primer artículo sobre *Roscher und Knies* (9) —y siguiendo la clasificación metodológica de las ciencias, que habían propuesto Windelband y Rickert (10)—, distinguió entre «ciencias de leyes» (*Gesetzeswissenschaften*) y «ciencias de la realidad» (*Wirklichkeitswissenschaften*). Las primeras se proponen «ordenar la multiplicidad infinita de los fenómenos... en un sistema de leyes y de conceptos que sean... de validez universal» (11). Las segun-

4.^a reimpresión de la 2.^a ed. en castellano, versión de Medina Echavarría, J.; Roura Parella, J.; Imaz, E.; García Máñez, E., y Ferrater Mora, J., México, Fondo de Cultura Económica, 1979. pp. 251-272.

(9) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, (Erster Artikel), en «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich», hrsg., v. Schomoller, G., 27. Jg., 3. Heft, Leipzig, pp. 1181-1221; posteriormente reeditado en «Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre», cit., pp. 1-42. Existe traducción castellana en: WEBER, M.: *El problema de la irracionalidad en...*, cit., pp. 3-51.

(10) Entre los neokantianos de la escuela de Baden (Südwestdeutschen Schule), el primero, que formuló una diferenciación de las ciencias naturales y las ciencias culturales, desde un punto de vista lógico, fue WINDELBAND. Este historiador de filosofía, en su discurso de toma de posesión como rector de la Universidad de Estrasburgo en el año 1894, titulado *Geschichte und Naturwissenschaft*, diferenció las ciencias, desde el punto de vista metodológico, en ciencias *ideográficas* y ciencias *nomotéticas*: WINDELBAND, W.: *Geschichte und Naturwissenschaft*, Strasburgo, 1894. Este discurso se publicó después en una de sus obras más notables: *Präludien. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, 7.^a y 8.^a ed., Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1921, vol. 2.^o, pp. 136-160. Existe traducción castellana: *Preludios filosóficos. Figuras y problemas de la filosofía y de su historia*, versión de Wenceslao Roces, Buenos Aires, ed. Al Fin, 1949. Sobre la referida conferencia de WINDELBAND ha dicho HONIGSHEIM, P., que se pronunció «en una época en que una cantidad regular de gente consideraba que la metodología de las ciencias naturales era aún una especie de "panacea". Por tanto, la conferencia había llamado la atención y, además, quizá fuera el punto de partida para gran parte de lo que Jellinek, Troeltsh y Weber tenían que decir sobre metodología»: HONIGSHEIM, P.: *Erinnerungen an Max Weber*, en «Max Weber zum Gedächtnis. Materialien und Dokumente zur Bewertung von Werk und Persönlichkeit», hrsg., von KÖNIG, R., und WINCKELMANN, J. (número especial de la «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie», Sonderheft, 7, 1963), Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1964, pp. 161-271 (la cita se encuentra en pp. 174-175). RICKERT, H., se refirió expresamente a la clasificación introducida por Windelband, en *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, Tübingen, JCB Mohr, 1921, p. 62. Existe traducción castellana: *Ciencia cultural y ciencia natural*, versión de García Morente, M., Madrid, Espasa-Calpe, 4.^a ed., 1965, pp. 91-92.

(11) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., p. 3 (trad. castellana, p. 7).

das, por el contrario, tienen como objetivo «el conocimiento de la *realidad* en relación a sus cualidades invariablemente cualitativas y responsables de su peculiaridad y unicidad» (12).

Weber no comparte, pues, la contraposición tradicional entre «naturaleza» y «vida social», que persigue la diferenciación de las ciencias de la vida social y las ciencias naturales, en función del objeto de ambas: esto es, «naturaleza» como un objeto complejo determinado en oposición a otros objetos heterogéneos. Se inclina, sin embargo, por un concepto de «naturaleza», que deriva de la contraposición entre «la totalidad de las disciplinas que operan con una explicación empírico-causal» y «las disciplinas que persiguen fines normativos o dogmáticos, como son: la lógica, la ética teórica, la estética, las matemáticas, la Dogmática jurídica y la metafísica dogmática...». En esta acepción propuesta por Weber, «se diferenciaría la contraposición de las proposiciones (“ser” y “deber ser”) y caerían también bajo el concepto de “ciencias naturales”, la totalidad de los objetos de las “ciencias históricas”, e incluso también la Historia del arte, la Historia de la moral, la Historia económica y la Historia del derecho, cuyos ámbitos llegan tan lejos como la investigación que trabaja con la categoría de la causalidad» (13). Defiende Weber, por tanto, una diferenciación metodológica, que no impida la aplicación del método empírico-causal a las disciplinas que, según aquella diferenciación tradicional, no pertenecían al ámbito de las denominadas ciencias naturales. Por ello, nada impide que se denomine «naturalista» a la concepción empírico-causal de las reglas del derecho, en oposición a su utilización en la Dogmática jurídica. Y ello precisamente, porque Weber entiende bajo el término «naturaleza», «la totalidad de todo ser empírico»; con lo cual la Historia del derecho, por ejemplo, al igual que la Sociología del Derecho, es considerada por Weber como «una disciplina “naturalista”, porque también tiene por objeto la factividad de las normas jurídicas, y no su sentido ideal» (14).

Según lo dicho hasta ahora, y en lo que respecta al Derecho, por una parte tendríamos la ciencia dogmático-jurídica, que se ocupa de la esfera conceptual de las normas jurídicas y que, metodológicamente, parte de la siguiente pregunta: «¿cómo debe ser pensada la definición del concepto X a fin de que todas las normas positivas que lo emplean o lo presuponen puedan subsistir la una junto a la otra, de forma que esté dotada de sentido y sea coherente?» (15). Por otra

(12) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., p. 4 (trad. castellana, p. 8).

(13) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 321-322.

(14) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 356-357.

(15) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., pp. 86-87 (trad. castellana, p. 103).

parte, nos encontramos con todo tipo de consideración histórico-empírica (Sociología del Derecho e Historia del Derecho), que, en contraposición a la anterior, «abordan las “normas jurídicas” —incluyendo el producto de la elaboración dogmático-jurídica— considerándolas como “entes fácticos” en la realidad histórica. Las asumen sólo como ideas presentes en la mente de los hombres, como uno entre tantos de los motivos que determinan su voluntad y su acción, y tratan estos aspectos de la realidad objetiva como los otros: con la imputación causal» (16).

Por consiguiente, la posición de Max Weber, a diferencia de las posturas estrictamente sociologistas imperantes en su época, principalmente entre los autores del denominado Movimiento del Derecho Libre (*Freirechtsbewegung*) —fundamentalmente Ehrlich y Kantorowicz (17)—, consistió en no negar carácter científico a la Dogmática jurídica o ciencia tradicional del derecho. Por el contrario, entre los sociólogos o autores sociologistas hubo la tendencia a negar el «status» de ciencia a la «Jurisprudencia», considerada, al igual que la teología, como una dogmática, esto es, como un conjunto de reglas para la interpretación de textos (18).

(16) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., p. 87 (trad. castellana, p. 103).

(17) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1931. Aquí he utilizado la 3.ª ed. alemana de la editorial Duncker und Humblot, 1967. Otros trabajos de este autor, que afectan a la polémica entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica, son: *Die Erforschung des lebenden Rechts; Ein Institut für lebendes Recht; Das lebende Recht des Völker der Bukowina; Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft; Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*; todos estos trabajos se encuentran recogidos en: EHRLICH, E.: *Rechts und Leben Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre von Eugen Ehrlich*, recopilados por Rehbinder, M., Berlín, 1967. Y, por último, es también importante su ensayo titulado, *Juristische Logik*, en «Archiv für civilistische Praxis», CXV, 1917, pp. 125-439; este ensayo fue posteriormente reeditado como libro en Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1966. KANTOROWICZ, H.: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*; la 1.ª ed. alemana fue publicada en Heidelberg, en 1906, con el pseudónimo de GNAEUS FLAVIUS. Aquí he manejado la 1.ª ed. castellana de 1949: GOLDSCHMIDT, W.: *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, ed. Losada, 1949, pp. 325-373. *Rechtswissenschaft und Soziologie*, conferencia pronunciada en 1910, en las Primeras Jornadas de Sociología Alemana de Frankfurt (*Frankfurter Soziologentag*), publicada en *Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie, I., Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages*, vom. 19-22, Oktober 1910 in Frankfurt a. M., Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1911, pp. 275-309. Estos trabajos de KANTOROWICZ, así como otros del mismo autor: *Zur Lehre vom richtigen Recht* (1909), *Aus der Vorgeschichte der Freirechtsbewegung* (1925), *The Definition of Law*, Cambridge, 1958, se encuentran recogidos en la selección realizada por WÜRTEMBERGER: *Rechtswissenschaft und Soziologie* (Freiburger Rechts-und Staatswissenschaftliche Abhandlungen), t. 19, Karlsruhe, 1962.

(18) KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la ciencia del derecho*, cit., pp. 357-360: «El paralelismo, que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa (hablemos sólo de esta última), salta a la vista. Por un lado, se habla de Dios; por el otro, del legislador, ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las revelaciones...»

Ehrlich y Kantorowicz son considerados como los fundadores y máximos representantes del llamado Movimiento del Derecho Libre, aun cuando los antecedentes de este movimiento hay que buscarlos en Bülow, que en el año 1885, en su escrito *Gesetz und Richteramt* (La ley y la función judicial), fue el primero en afirmar, «que la ley no puede crear derecho, mientras que la sentencia judicial implica una acción jurídicamente creadora» (19). El Movimiento del Derecho Libre representó la aparición de la Sociología del Derecho en sentido estricto y se propuso, fundamentalmente, dos objetivos:

En primer lugar, la reivindicación de la función judicial como función creadora de derecho, poniendo en cuestión el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, que no proporciona sino una visión deformadora de la realidad. Se propone, pues, la libre creación del derecho.

En segundo lugar, la reivindicación de la sociologización del pensamiento jurídico, hasta el punto de que la Sociología jurídica aparece con la idea de excluir a la Dogmática jurídica. Según los defensores de este movimiento, la ciencia que no se atiene a los hechos de la realidad no es, en verdad, ciencia. Este argumento fue utilizado contra la Dogmática jurídica, en cuanto que ésta es una ciencia, cuyo objeto es el estudio de las normas jurídicas, con la finalidad de hallar el contenido lógico de las mismas y formar un sistema cerrado y coherente.

El que fue considerado como uno de los padres de la Sociología jurídica —Ehrlich—, separó radicalmente a esta última de la Dogmática jurídica, tanto en lo que se refiere al objeto de estudio, como al método y al fin propuesto por cada una de dichas disciplinas. Por ello —como ha señalado Febbrajo—, el «indudable mérito de Ehrlich, en las árdas cuestiones de metodología de las ciencias sociales,

Por otra parte, conocido es, que von KIRCHMANN, H. (1802-1884), en su famosa conferencia *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, pronunciada en Berlín, en el año 1847, adelantándose a su época, anticipó ya estas ideas, negando el valor científico de la Jurisprudencia, y defendiendo, en su contra, la verdadera realidad jurídica: «¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, cuestiones, meditaciones, tratados y casos jurídicos? Sólo una pequeña parte de esta literatura se ocupa del derecho natural: más de nueve décimas partes tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, de lo falso, anticuado y arbitrario de las leyes positivistas. Su objeto lo es la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador. El genio inclusive no se niega de servir a la impremeditación y de desarrollar para justificarla, todo su ingenio y toda su erudición. Por culpa de la ley positivista los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer de azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles» (versión castellana de Goldschmidt, W., titulada *El carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho*, en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELAMANN, KANTOROWICZ: *La ciencia del derecho*, cit., pp. 249-286). La importancia de esta conferencia de Kirchmann ha sido resaltada por PECESBARBA, G.: «Introducción a la Filosofía del Derecho», Madrid, Editorial Debate, 1983.

(19) LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1979.

ha sido el haber separado netamente la Sociología del Derecho de la Dogmática jurídica, sea por lo que se refiere a su área de relevancia, que comprende el derecho vivo (...), sea en cuanto al método de investigación, que es aquel experimental de las ciencias naturales, sea en cuanto al fin, que es cognoscitivo, no práctico como el de la Dogmática jurídica» (20)

Pero, además Ehrlich, en su obra titulada *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, negó el carácter científico a la Dogmática jurídica y, en sustitución de ella, propuso a la Sociología del Derecho, que estudia los hechos, la realidad vital —esto es, el derecho como realidad sociológica, que el jurista debe buscar— y que no opera sobre ficciones, como la hace la Dogmática jurídica. Así, en la primera página de la obra citada, Ehrlich afirmaba que «la ciencia independiente del derecho, que no quiere servir a fines prácticos, sino al puro conocimiento, que no se ocupa de palabras, sino de hechos es la Sociología del Derecho» (21). Desde estos planteamientos, Ehrlich llegó a defender, que «la Sociología del Derecho es la verdadera (y única) teoría científica del derecho» (22), desvalorizando, así, científicamente a la Dogmática jurídica, a la que considera como un mero conjunto de reglas prácticas dirigidas al juez.

Por su parte, Kantorowicz, uno de los más briosos defensores del referido movimiento, sentó las bases del mismo en su, tradicionalmente, denominado como «panfleto», *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, publicado en el año 1906, bajo el pseudónimo de *Gnaeus Flavius*, y que tuvo una amplia e inmediata difusión. Para Kantorowicz, todos los postulados de la «Jurisprudencia» o ciencia tradicional del derecho se sublevan contra las aspiraciones de la nueva «ciencia jurídica», propugnada por el Movimiento del Derecho Libre. De esta forma, «si la ciencia del derecho reconoce Derecho Libre, la Jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee ciencia creadora, la Jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede exigir ya, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la Jurisprudencia ya no puede ser ciencia. Si en la ciencia domina la voluntad, la Jurisprudencia no podrá desoír los efectos. En resumidas

(20) FEBBRAJO, A.: *Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana*, en «Rivista de Sociologia del Diritto», 1976/1, pp. 1-28 (la cita en p.10).

(21) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., p. 1, citado por LARENZ, K.: «Methodenlehre der Rechtswissenschaft», Vierte, ergänzte Auflage, 1979, Berlín-Heidelberg, Springer Verlag; aquí se cita la traducción castellana de Rodríguez Molinero, M., con el título «Metodología de la ciencia del derecho», 2.^a ed. (de la 4.^a ed. alemana definitiva), 1980, Barcelona, editorial Ariel, pp. 105 y ss.

(22) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., pp. 1-19.

cuentas: los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con nuestro movimiento» (23).

En mi opinión, la postura weberiana es más compleja, pero, a la vez, más equilibrada que la de Ehrlich y la de Kantorowicz, autores ambos a los que Weber criticó, principalmente, por no haber distinguido entre el punto de vista sociológico y el punto de vista jurídico, lo cual les condujo a considerar a la ciencia sociológico-jurídica, como la única ciencia del derecho (24). Para Weber, por el contrario, existen dos tipos de aproximaciones al derecho: el *sociológico* y el *jurídico*, y consiguientemente, dos métodos diferentes, pero ambos igualmente válidos desde un punto de vista científico (25). En la obra de Weber no se da predominio a uno sobre otro; se trata de una distinción metodológica, que da lugar a dos tipos de aproximaciones

(23) KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la ciencia del derecho*, cit., pp. 361-362.

(24) WEBER, M., dirigió críticas a ambos autores, cuyas obras conocía en profundidad. A EHRLICH le criticó expresamente en *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit. p. 441 (trad. castellana, p. 512). Y a KANTOROWICZ, en la *Diskussionrede al Frankfurter Soziologentag*, sobre la ciencia sociológico-jurídica, en el que Kantorowicz pronunció su famosa conferencia, titulada *Rechtswissenschaft und Soziologie*; la crítica de Weber a la conferencia de Kantorowicz está publicada en «Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik», cit., pp. 471-476.

(25) En este mismo sentido se dirigen las interpretaciones de: FEBBRAJO, A.: *Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana*, cit., pp. 1-12; del mismo autor: *Introducción* a la edición italiana de LUHMANN, N.: *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 7-23. BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, en «Rivista di Sociologia del Diritto», 1981/1, núm. especial editado también como libro, con el título de «Max Weber e il Diritto», a cura di TREVES, R., Milano, Franco Angeli Editore, 1981, pp. 135-154. TREVES, R.: *Introducción a la Sociología del Derecho*, versión castellana de Atienza, M., Madrid, editorial Taurus, 1978, pp. 76-77. SCHMILL ORDÓÑEZ, U.: *Concepto del derecho en Weber y en Kelsen*, en «Boletín Mexicano de derecho comparado», año XVIII, núm. 52, 1985, pp. 113-141. GROSCLAUDE, J.: *La Sociologie du droit de Max Weber, Introduction et traduction*, Strasbourg, 1973, tesis doctoral defendida en la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg, en el año 1960 (texto mecanografiado, obtenido por la amabilidad del prof. Gregorio Peces-Barba Martínez). LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, Tübingen, JCB Mohr, 1970, pp. 93 y ss.; TOSCANO, M. A.: *Evoluzione e crisi del mondo normativo: Durkheim y Weber*, Bari, ed. Laterza, 1975, pp. 216 y ss. RICHTER, G.: *Max Weber als Rechtsdenker*, Dissertation, Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen, 1953, pp. 18-24. KÄSLER, D.: *Einführung in das Studium Max Webers*, München, Verlag C. H. Beck, 1979, p. 146. HILTERHAUS, F.: *Zum Rechtsbegriff in der Soziologie Max Webers*, Dissertation, Köln, 1965, pp. 44 y ss. Por su parte, DUX considera que la principal asimilación que podemos extraer de la Sociología del Derecho de Weber es «la separación meticulosamente exacta entre un orden jurídico puramente normativo y un orden jurídico puramente empírico»: DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, Freiburg/München, 1976, p. 252. También RYFFEL opina que «Max Weber ha comprendido, de forma más decisiva que Ehrlich, el tratamiento sociológico del derecho como una sociología especial, que se coloca junto a la Dogmática jurídica y que, en ningún modo, afecta a la autonomía de ésta»: RYFFEL, H.: *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied und Berlín, 1974, p. 64.

(26) Según la opinión de GURVITCH, G.: *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, 1968, pp. 38-39, el gran mérito de Weber está en «haber superado el imperialismo de la sociología», en el campo de la Sociología del Derecho.

científicas, que giran en torno al derecho. Weber, aun siendo fundamentalmente un científico social, evita caer en una mera postura sociologista (26), que pretendiera una primacía de la ciencia sociológico-jurídica frente a la Dogmática jurídica.

Por ello, como afirma Elías Díaz, «Weber aparece como uno de los padres de la Sociología del Derecho propiamente dicha». Para el citado autor —que participa, a su vez, de la postura de Treves—, «puede decirse que frente a la tesis de la absorción del Derecho en la Sociología (Comte) y de la relativa reconducción de la Sociología a Sociología del Derecho (Durkheim), Max Weber (...) “ha intentado poner de manifiesto las diferencias que separan el fenómeno jurídico de los demás fenómenos sociales y ha fundado sustancialmente la Sociología del Derecho entendida como ciencia autónoma y distinta de la Sociología”».

«Pero Weber —prosigue Elías Díaz— no sólo ha diferenciado claramente entre Sociología del Derecho y Sociología general. Superando las actitudes extremas del sociologismo jurídico, ha evitado, al propio tiempo, la imposición de aquélla sobre la Filosofía del Derecho y la Dogmática jurídica —salvando expresamente la idea del derecho como norma coactiva—: con ello, puede decirse, suministra base suficiente para afirmar la coherente compatibilidad entre una concepción normativa del derecho y una auténtica Sociología jurídica» (27).

En la distinción metodológica entre Sociológica del Derecho y Dogmática jurídica, parece que Weber estuvo influido por el planteamiento de Georg Jellinek (28), que fue uno de los primeros autores en defender el dualismo metodológico existente respecto al análisis del fenómeno jurídico (29). Jellinek había diferenciado en la primera edi-

(27) DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus Ediciones, S.A., 1986, pp. 145-146; y la referencia a TREVES, R.: *Sociología del Diritto*, separata del «Novissimo Digesto Italiano», Turín, Unione Tipografico-Editore Torinese, 1969, p. 18.

(28) Por lo que respecta a la distinción metodológica weberiana, también han destacado la relación entre Weber y Jellinek: LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, cit., pp. 95-96, y del mismo autor, *Max Weber Wissenschaftslehre und Rechtswissenschaft*, en «Juristische Schulung», 1982, pp. 87-93. BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., pp. 141-142. HONIGSHEIM, P.: *Erinnerungen an Max Weber*, cit., pp. 227-229. RICHTER, G.: *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 17. ROTH, G.: *From Constitutional Theory to Sociological Typology*, en BENDIX, R., and ROTH, G.: *Scholarship and Partisanship: Essays on Max Weber*, University of California Press, Berkeley, 1980, pp. 260-265.

(29) RICHTER plantea la duda acerca de qué Jellinek haya sido el primero en sostener el dualismo metodológico en este sentido, basándose en un dato señalado por KANTOROWICZ, en su *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 298. Kantorowicz indica, que, en el año 1882, PACHMANN (teórico ruso del derecho), en su discurso, titulado *Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft* (Sobre el movimiento actual en la ciencia del derecho), había adelantado ya el mismo orden de ideas, con relación al referido dualismo metodológico. Sin embargo, y sin entrar en la discusión de este dato señalado por Kantorowicz, Richter subraya que «Weber, al igual que todos los defensores del dualismo metodológico en Alemania, recibió el estímulo principal de Jellinek»: RICHTER, G.: *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 7, nota núm. 41.

ción de su obra *Allgemeine Staatslehre*, en el año 1900, entre la doctrina social del Estado y la doctrina jurídica del Estado; diferenciación que tiene como base, a su vez, la distinción entre conocimiento causal y conocimiento normativo, lo cual le llevó a defender la existencia de dos tipos de ciencias: las ciencias de las causas, por una parte, y las ciencias de las normas, por otra. Así, Jellinek reconoció que existen «dos órdenes de reglas: uno, el que hace conocer el enlace, la relación causal de los fenómenos, y otro, el que muestra la relación entre el pensar y la acción. El primer orden de reglas expresa lo que el ser es; el segundo, lo que debe ser» (30) (31). También, en su obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Jellinek había señalado ya la diferencia entre, lo que en esta ocasión denominó, la consideración «naturalista» o empírico-causal y la consideración jurídica, propia de la Dogmática jurídica (32). A la distinción formulada por Jellinek en esta obra, se referirá —como veremos— el propio Weber, en uno de sus primeros artículos.

Por su parte, Honigsheim señala, que el punto principal, en el que Jellinek influyó sobre Weber, fue en la consideración de la «Jurisprudencia» o ciencia jurídica tradicional como un campo de estudio, cuyo valor de conocimiento era bastante limitado. Ciertamente, Weber tenía muchos puntos en común con Jellinek, al que conoció a su llegada a Heidelberg, y del que fue amigo personal. Jellinek fue profesor de Derecho público, pero, al igual que Weber, consideraba que el método estrictamente jurídico era excesivamente teórico y limitado. A este respecto Honigsheim recoge en sus *Recuerdos a Max Weber* cuatro observaciones, que Jellinek hizo a lo largo de su vida, algunas de forma oral y otras de forma impresa, sobre el valor del conocimiento en el campo de la Jurisprudencia o ciencia del Derecho, y que reflejan claramente la similitud de pensamiento entre Weber y Jellinek: «Así, “La filosofía fue mi primer amor; pero he realizado un matrimonio de conveniencia con el Derecho”; además: “Es una pena que Kant no escribiera una cuarta crítica, esto es, la crítica del poder jurídico del juicio”. Además: “El jurista que tiene conciencia de sus limitaciones se queda en el mundo empírico, en donde la vida de la ley se descubre y en donde reina la acción, no la teoría”; y finalmente: “Las categorías, con cuya ayuda se pueden comprender varios fenómenos sociales, no son las de la ley”» (33).

A mi juicio, son precisamente las dos últimas observaciones las

(30) JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre*, 2., Aufl., Berlin, Häring, 1905, pp. 19-21 y 48-51. Existe trad. castellana: *Teoría General del Estado*, versión y prólogo de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, 1970, pp. 7-10 y 15-16.

(31) Obsérvese, que la distinción de Jellinek se remonta hasta Kant, pasando por Windelband, Rickert, el propio Weber..., hasta llegar a Kelsen, de cuya mano la referida distinción llegaría a tener una importancia decisiva.

(32) JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpression de la 2.ª ed., Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1964.

(33) HONIGSHEIM, P.: *Erinnerungen an Max Weber*, cit., p. 227.

que mejor revelan un tipo de pensamiento que fue compartido también por Weber. Se denota en ellas un interés por el aspecto empírico del derecho, frente al tratamiento dogmático-jurídico de la ciencia del derecho. Metodológicamente, tanto Jellinek como Weber destacaron la existencia de un enfoque empírico del Derecho, junto al estrictamente jurídico. Pero, Weber en mayor medida que Jellinek rechazó hacer un tratamiento del derecho desde un punto de vista jurídico-dogmático, por considerarlo excesivamente limitado, y prefirió el análisis empírico del mismo, que implicaba un campo de acción mucho más amplio y un conocimiento del fenómeno jurídico más enriquecedor.

Volviendo a la distinción metodológica de Weber entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica, hay que manejar la hipótesis —como ya he apuntado más arriba—, según la cual Weber enlaza dicha distinción con las investigaciones anteriores de Jellinek. Weber se remite expresamente a este autor y, en concreto, a su *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, en su ensayo metodológico sobre *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*. En una nota a pie de página del citado ensayo, Weber señala textualmente que: «La distinción lógica de principio entre las formaciones conceptuales de la Jurisprudencia y de las disciplinas puramente empírico-causales ha sido formulada con claridad por Jellinek en su “System der subjektiven öffentlichen Rechte”, 2.ª edición, páginas 23 y siguientes» (34).

Posteriormente, en la *Gedankenrede auf Georg Jellinek*, que Weber pronunció el 21 de marzo de 1911, con motivo de la boda de la hija de Jellinek, que tuvo lugar poco después de la muerte de su padre, Weber señaló los siguientes tres puntos del trabajo de Jellinek, que aquél expresamente reconoció como temas de influencia en su propio pensamiento: «la distinción entre pensamiento naturalístico y pensamiento dogmático en el “Sistema de derechos públicos subjetivos”, por lo que respecta al problema metodológico; la acuñación del concepto de doctrina social del estado, por lo que respecta a la aclaración de las tareas de la sociología; la prueba de la derivación religiosa en la génesis de los derechos del hombre, por lo que respecta a la investigación de la relevancia del fenómeno religioso en general en los campos, donde normalmente no se la investiga» (35).

Sin embargo, a pesar del reconocimiento expreso de Weber hacia Jellinek, aquél profundizó más que éste en lo que respecta a la distinción de los dos tipos de métodos para el análisis del fenómeno jurídi-

(34) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., p. 87, nota núm. 1 (trad. castellana: p. 103, nota núm. 136).

(35) WEBER, M.: *Gedankenrede Max Webers auf Georg Jellinek, bei der Hochzeit von dessen Tochter Frau Dr. Dora Busch Am 21-3-1911*, en «Max Weber zum Gedächtnis», cit., pp. 13-17 (la cita en la p. 15).

co: el método dogmático-jurídico y el empírico-causal. Jellinek en sus obras —tanto en su *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (36), como en su *Allgemeine Staatslehre* (37)— no advirtió la dualidad de objetos, que implica aquella diferenciación metodológica previa. Weber, en cambio, señaló claramente —como veremos— la existencia de un objeto propio de la investigación empírico-causal o sociológico-jurídica, distinto del objeto de la Dogmática jurídica. Además, Weber intentó la formulación de un concepto sociológico, tanto del derecho como del Estado, diferentes también de la conceptualización dogmático-jurídica. Jellinek, sin embargo, no consiguió una clara formulación de un concepto sociológico del Estado diferente del concepto jurídico del mismo, lo cual fue tajantemente criticado por Kelsen, si bien desde una posición estrictamente jurídico-normativista (38).

El planteamiento weberiano, con respecto a la consideración jurídica y a la sociológica del derecho, queda reflejado de forma clara en el siguiente párrafo: «Cuando se habla de “derecho”, “orden jurídico”, “preceptos jurídicos”, debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: qué significación o qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal, que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica» (39).

De este párrafo se desprende que en la distinción que Weber plantea subyace, en principio, un problema *metodológico* entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho. Pero esto le llevó también a distinguir un *objeto* y un *fin* diferentes para cada una de aquellas disciplinas.

(36) JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., pp. 13-14, incurre en el error de suponer que los diferentes métodos —el jurídico y el sociológico— tiene el mismo objeto de estudio: «El mismo objeto puede dar motivo para una abundancia de formas de conocimiento. Tan grande como sea la diferencia, no tiene que haber contradicción entre ellas.»

(37) JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 156 (trad. castellana, p. 167).

(38) Kelsen criticó a Jellinek, en otro sentido al aquí mantenido, por no haber liberado al concepto de Estado —jurídico, se entiende— de toda connotación o elemento sociológico. Kelsen se extrañó de que, tras la distinción metodológica de partida, Jellinek no elaborase posteriormente un concepto jurídico de Estado y un objeto propio de la teoría jurídica del Estado, diferente del objeto de la «pretendida» consideración sociológica del Estado: KELSEN, H.: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, (1.^a ed., 1922), reimpresión de la 2.^a ed. de 1928, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1962, pp. 114-120.

(39) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, cit., p. 53 (trad. castellana en «Economía y sociedad», cit., p. 251).

En primer lugar, la consideración científico-sociológica del derecho utiliza un método empírico de análisis causal, que Weber desarrolla, tanto en el ámbito de la *macrosociología*, esto es cuando se propone investigar las causas y efectos de la existencia fáctica de un orden jurídico, como en el ámbito de la *microsociología*, es decir, cuando se propone la investigación del origen y las causas de determinadas regularidades empíricas, calificables como jurídicas. Por el contrario, la aproximación dogmático-jurídica utiliza un método lógico-normativo de carácter formal, que trabaja con el «contenido de sentido objetivo lógicamente correcto de proposiciones jurídicas», permaneciendo, por tanto, en el mundo de los conceptos.

En cuanto a la finalidad de ambas aproximaciones científicas, la distinción es clara: la Sociología del Derecho intenta averiguar lo que sucede de hecho en la realidad, esto es, intenta determinar cuál es el comportamiento de los miembros de una asociación o grupo, en relación con un orden jurídico en vigor; la Dogmática jurídica tiene por finalidad establecer la coherencia lógica de las proposiciones jurídicas, ordenándolas en un sistema lógico exento de contradicciones, o como dice Weber: «La tarea de la ciencia jurídica (la jurídico-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos, cuyo contenido se presenta como un orden determinate de la conducta de un círculo de hombres... » (40).

Ante semejante heterogeneidad de planteamiento, evidentemente el objeto no puede ser idéntico (41). Mientras, desde el punto de vista sociológico, el objeto está constituido por comportamientos «jurídicos», esto es, por acciones sociales, entre cuyos elementos determinantes ocupan un puesto relevante los preceptos jurídicos; desde el punto de vista jurídico, el objeto es un precepto jurídico, cuyo contenido lógico-ideal hay que ordenar sistemáticamente. Tal distinción en cuanto al objeto, la resume Weber en la siguiente frase de *Wirtschaft und Gesellschaft*: «El orden jurídico ideal de la teoría jurídica nada tiene que ver directamente con el cosmos del actuar (...) real, porque ambas cosas yacen en planos distintos: una, en la esfera del «deber ser»; la otra, en la de los acontecimientos reales» (42). Esta misma idea la había expresado ya Weber en el año 1903, en su escrito metodológico titulado *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*. En esta ocasión, Weber afirmó que «la sociología..., no tiene que ver con la dilucidación del contenido de sentido “objetivo”, lógicamente correcto, de “preceptos jurídicos”, sino con un “actuar”, respecto de cuyos determinantes y de cuyas resultantes revisten tam-

(40) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, cit., p. 53 (trad. castellana, p. 251).

(41) LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, cit., p. 96, indica, que Weber «dice claramente que a las distintas concepciones les corresponden diferentes objetos..., el interés por conocer según cada método saca a relucir diferentes objetos de conocimiento, uno ideal, el “derecho jurídico”, y otro real, el “derecho fáctico”».

(42) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, cit., p. 54 (trad. castellana, p. 252).

bién importancia, entre otras, las representaciones, que los hombres tengan acerca del “sentido” y del “valor” de determinados preceptos jurídicos (43).

Weber centró, por tanto, la cuestión de la relación entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica, «en un tipificación de la ciencia, que parte de la distinción fundamental entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, y entre método sociológico y método dogmático-jurídico» (44). La distinción weberiana se constituye así como una consecuencia de la diferenciación kantiana y neokantiana entre la dimensión del «sein» y la del «sollen». Es la oposición entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, esferas forzosamente heterogéneas, que no pueden ser deducidas una de otra, desde el punto de vista metodológico. «No se debe confundirlas —señala Grosclaude—, a fin de no desnaturalizar la ciencia positiva por una ciencia normativa, y viceversa» (45). Todo lo cual quiere decir, que el jurista busca la significación dogmática de una regla, mientras que el sociólogo busca los motivos, las máximas, los desarrollos reales, empíricos del actuar humano. El jurista estudia el mundo normativo del «deber ser», mientras que el sociólogo estudia lo que «es», es decir, el mundo del «ser».

Esta distinción de naturaleza kantiana y neokantiana la toma Weber como punto de partida, desde una perspectiva metodológica, ya que lo que a Weber le interesaba era defender una argumentación frente a la consideración de la realidad jurídica social a través de una disciplina normativa. Ahora bien, la posición weberiana no responde a una tajante y radical separación entre el mundo del «deber ser» y el mundo del «ser», al menos desde un punto de vista práctico, como lo demuestran las múltiples interrelaciones existentes entre la norma jurídica y la realidad empírica (46).

Respecto a esta diferenciación metodológica weberiana es de gran importancia otro trabajo de Weber, aparecido con anterioridad, tanto al último ensayo citado, como a su *Rechtssoziologie*. Me refiero a la —anteriormente aludida— recensión crítica a la obra de Stammler (*Wirtschaft und Recht*), titulada *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen Geschichtsauffassung*. En dicha recensión, al criticar a Stammler por no distinguir entre validez normativa y validez empí-

(43) WEBER, M.: *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., p. 440 (trad. castellana: p. 188).

(44) FEBBRAJO, A.: *Introducción* a la edición italiana de Luhmann, N., *Sistema Giuridico e...*, cit., p. 11.

(45) GROSCLAUDE, J.: *La sociologie du droit de Max Weber...*, cit., p. 35.

(46) Sobre este punto, DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, cit., p. 243, opina que «la diferenciación (weberiana) entre un orden empírico y un orden normativo no está referida simplemente a la diferenciación corriente entre lo que realmente es y lo que realmente debería ser. Tampoco únicamente se dirigió a la diferenciación, ya mucho más problemática, entre lo que es derecho según la práctica de la Jurisprudencia y lo que es derecho según el mejor conocimiento de las leyes».

rica, Weber anticipa ya esa misma distinción entre la aproximación sociológica y la aproximación dogmática al derecho, si bien —como ha señalado Febbrajo— «insertándola en un contexto más amplio y desarrollando más difusamente la conexión entre método, objeto y fines, que cada aproximación comporta» (47).

Weber realizó en este trabajo un amplio análisis del concepto de «regla jurídica», tanto desde el punto de vista conceptual, como desde el punto de vista de sus efectos prácticos. El punto de partida básico está en evitar el constante peligro que supone confundir lo empírico con lo normativo y, consiguientemente, en delimitar el sentido, en el que se analiza y se utiliza el concepto de «regla jurídica», puesto que la existencia empírica del derecho es algo completamente distinto de la idea de su validez jurídica como «deber ser».

Weber desarrolló esta idea tomando como ejemplo un determinado «parágrafo» o artículo del Código Civil, el cual puede ser objeto de análisis desde distintos puntos de vista: desde el punto de vista de su justificación o de su autoridad normativa, partiendo de determinados principios éticos; desde supuestos de política jurídica, o desde perspectivas de clase o personales. En todos estos casos, se trata de discusiones valorativas que, desde un punto de vista lógico, no nos interesan aquí. Previamente a cualquier discusión valorativa sobre el valor ético, político, etc., del «parágrafo» en cuestión, es preciso —dice Weber— que hagamos aún dos reflexiones: en primer lugar, qué significado conceptual y dogmático tiene el «parágrafo» aquí propuesto, y, en segundo lugar, qué efectos empíricos produce. En respuesta a estas dos cuestiones, Weber señaló que «en ambos casos el sujeto gramatical de la pregunta es “el” (*er*), es decir, el “parágrafo” del que se habla, y, sin embargo, en los dos casos se trata de objetos absolutamente distintos. En el primer caso, “el” (*er*), el “parágrafo” mencionado, es una conexión de conceptos expresados verbalmente, que se sigue tomando como objeto puramente ideal de análisis conceptual, extraído por el investigador jurídico. En el segundo caso, “el” (*er*) —el “parágrafo”— es, en principio, el hecho empírico de que alguien que lea algún artículo del Código civil, encuentra regularmente en un determinado lugar una cierta frase impresa, por medio de la cual se suscita en su conciencia, a través de los principios interpretativos, que le son conocidos empíricamente —con mayor o menor claridad y univocidad—, determinadas representaciones sobre las consecuencias fácticas, que pudiera tener un determinado comportamiento exterior» (48). En este segundo caso, pues, estaríamos ante una serie de representaciones humanas basadas en el conjunto de medidas que se proyectan desde el «deber ser», o —como ha señalado Loos,

(47) FEBBRAJO, A.: *Per una rilettura della Sociologia...*, cit., p. 11.

(48) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 345-346.

parafraseando a Weber— «el segundo caso significa una posibilidad de que los hechos descritos en el artículo se vean secundados por los hechos de efecto jurídico» (49). Y esto tiene, principalmente, una consecuencia fáctica, consistente en que los individuos cuenten con una fuerte probabilidad sobre un determinado comportamiento de los demás con respecto a él mismo —por ejemplo, no ser perturbado en la posesión de un objeto—, y que, sobre esa probabilidad, puedan organizar efectivamente su propia vida.

De todo ello se deduce, que, por una parte, tenemos la existencia empírica del derecho y, por otra parte, su validez ideal-normativa. Una cosa es preguntarse por lo que vale idealmente como derecho y, otra distinta, preguntarse por «lo que sobreviene empíricamente, en un caso determinado, como consecuencia causal de la validez de un determinado precepto jurídico» (50). De aquí llegamos a la conclusión de que, para nuestro caso concreto, la regla jurídica debe ser considerada en dos sentidos diferentes: En un caso, es una «norma ideal-mental» de carácter lógico-normativo, y, en otro caso, es una «máxima empírica y comprobable en las relaciones humanas concretas» (51).

La regla jurídica, en sentido empírico, se configura como la «representación mental» que tienen los individuos sobre su contenido y su obligación, lo cual, a su vez, constituye una de las razones determinantes de su actuación fáctica. Así pues, la regla jurídica, entendida no en sentido «ideal-normativo», sino como la «representación» o apreciación real, que los individuos tienen de ella, es considerada por Weber como un determinante causal —constante y efectivo— del comportamiento de los individuos.

De todo esto se derivan, a su vez, dos conceptos diferentes de orden jurídico: uno, entendido en sentido jurídico-dogmático, y otro, entendido en sentido sociológico-empírico. En el primer sentido, el orden jurídico es considerado como «un cosmos lógico de normas “correctamente” inferidas» (52) o, dicho con otras palabras del mismo Weber, el orden jurídico, desde el punto de vista dogmático, es «un sistema de pensamientos y conceptos, que utiliza el científico dogmático del derecho» (53). Esto es, Weber entiende el derecho en sentido dogmático-jurídico como un conjunto de reglas formalmente válidas, que los juristas y el juez, principalmente, han de interpretar para aplicarlas a los casos concretos. En el segundo sentido —el sociológico—,

(49) LOOS, F.: *Zur Wert-und Rechtslehre Max Webers*, cit., p. 96.

(50) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348.

(51) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348.

(52) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, cit., p. 54 (trad. castellana, p. 252).

(53) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348.

orden jurídico significa «un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real» (54) o, en otras palabras, «un complejo de máximas que operan como precisas determinaciones en el pensamiento de los seres humanos» (55). Esto es, para Weber, el orden jurídico, en sentido empírico, es uno de los *motivos determinantes*, que orientan los comportamientos sociales de los individuos y que permiten explicar el porqué éstos actúan de determinada forma en un contexto social dado. Por tanto, si seguimos la terminología de Toscano, podemos concluir afirmando que Weber distingue entre el «derecho como ordenamiento» y el «derecho como experiencia» (56).

Por otra parte, se puede observar, que el concepto dogmático del derecho en la obra de Weber responde claramente al concepto positivista, que comenzaba a ser imperante en su época (57). Aun cuando Weber no se ocupó de definir expresamente el concepto dogmático del derecho, en las referencias que a él hace, se aprecia una caracterización positivista del mismo, que excluye la referencia a los valores o a los ideales de justicia. Además, Weber no rechazó el concepto dogmático-jurídico del derecho, como hicieron los autores sociologistas, tales como Ehrlich o Kantorowicz, sino que intentó defender la existencia de un concepto empírico del derecho, junto al concepto dogmático del mismo, que, en su caso, se aproxima al concepto de derecho dado por la *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudencia de conceptos).

En resumen, el gran mérito de Weber está en que la referida diversidad de método, fines y objeto de las dos aproximaciones al derecho —La dogmático-jurídica y la empírico-causal—, la encuadra en una dualidad metodológica, cuyos logros son: por una parte, el no haber establecido un predominio de una disciplina sobre otra, y, por otra parte, el no haber negado el carácter científico a ninguna de ellas. La diferenciación weberiana entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho es, por tanto, una diferenciación de carácter *lógico y metodológico*, que considera a ambas disciplinas como igualmente válidas desde un punto de vista científico y, a su vez, las mantiene en un mismo plano de complementariedad.

Por otra parte, esta complementariedad, que Weber atribuye a ambas disciplinas, queda perfectamente reflejada en la siguiente frase de Kantorowicz —salvando, no obstante, las diferencias de planteamiento de este último autor con respecto a Weber (58)—, inmersa

(54) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, cit., p. 54 (trad. castellana, p. 252).

(55) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., t. I, p. 348.

(56) TOSCANO, M. A.: *Evolucione y crisi del mondo normativo...*, cit., p. 251.

(57) RICHTER, G.: *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., pp. 19-20, ha señalado también este dato, relacionando el concepto dogmático del derecho de Weber con el concepto de derecho, propio de la *Begriffsjurisprudenz*. En un contexto más amplio, también RYFFEL, H.: *Rechtssoziologie...*, cit., p. 72, resalta el hecho de que Weber confiase demasiado en la consideración del orden social en el sentido de la *Begriffsjurisprudenz*.

(58) No obstante, el influjo que Weber ejerció en Kantorowicz fue notable. Dicho influjo queda reflejado en las constantes y elogiosas alusiones a Weber, que hace Kan-

en su, ya referido, discurso sobre *Rechtswissenschaft und Soziologie* (Ciencia del derecho y sociología): «La Dogmática sin la Sociología está vacía. La Sociología sin la Dogmática está ciega» (59).

Ahora bien, tal complementariedad entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho —o bien, entre el orden jurídico en sentido jurídico-dogmático y el orden jurídico en sentido empírico— sólo es posible sin nos movemos en la esfera de las relaciones *facticas* entre ambas. Porque, desde un punto de vista puramente *metodológico*, cada uno de los órdenes jurídicos son totalmente independientes el uno del otro. Para Weber —al igual que para otros autores neokantianos, como Simmel o Kelsen (60)—, el orden jurídico-normativo y el orden empírico se mueven en dos esferas teóricamente heterogéneas: uno, en la esfera del *deber ser*; el otro, en la esfera del *ser*. «La diferencia entre ellas es totalmente irreconciliable, un puente conceptual entre ambas es impensable» (61). Cosa distinta es la relación fáctica entre el orden jurídico, en sentido dogmático, y el orden jurídico, en sentido empírico, puesto que debe tenerse en cuenta —como a continuación se verá—, que el significado dogmático-jurídico del derecho juega un importante papel como medio «heurístico», para explicar un proceso concreto como proceso causal, es decir, aquél es de inestimable valor para la explicación empírico-causal del desarrollo real de las «regularidades empíricas», calificables como «jurídicas».

II. EL OBJETO DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO DE MAX WEBER: LA CRITICA DE HANS KELSEN

El objeto de la Sociología del Derecho lo constituyen los comportamientos humanos, en cuanto se orienten subjetivamente por un orden jurídico considerado como válido. Es decir, las regularidades em-

torowicz en su obra «The Definition of Law», edición de Campbell, A. N., London, 1958. Se maneja aquí la trad. castellana de De la Vega, J. M., «La definición del derecho», Madrid, ed. Revista de Occidente, 1964. Asimismo, GOODHART, A. L., en la *Introducción* a la citada obra, p. 17, señala que Kantorowicz «aceptó muchas de las doctrinas que Max Weber enseñaba...». Afirmaciones de este tipo las ha realizado también, DE FEO, N. M.^a: *Max Weber*, Fireze, La Nuova Italia Editrice, 1975, p. 135.

(59) KANTOROWICZ, H.: *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 303.

(60) Para SIMMEL, G.: *Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe*, 2 bde. (1892/93), Stuttgart, 1904, pp. 12 y ss., la diferencia entre la esfera del ser y la del deber ser es un «hecho originario» (*Urtatsche*). Por su parte, KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, zweite Auflage, Wien, 1960, p. 5. Aquí se cita la versión castellana de VERNENGO, R. J.: *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1981, pp. 19-20, señaló: «Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real— es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma, y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea».

(61) DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, cit., pp. 243-244.

píricas que han sido motivadas subjetivamente por la representación, que los individuos tienen de un orden jurídico válido. Ahora bien, para la delimitación del objeto de la Sociología del Derecho, según la propuesta weberiana, juega un papel muy importante la sociología comprensiva y su metodología característica, ya que difícilmente se podría captar lo esencial de la sociología jurídica de Weber, si se ignorase su sociología «comprensiva». Es más, en el ámbito de la Sociología del Derecho es donde mejor se plasman los presupuestos metodológicos de la sociología «comprensiva» de Weber. «Sólo una sociología comprensiva —escribe Loos—, que investigue el sentido subjetivo de los actores de acontecimientos relevantes para una Sociología del Derecho, está en condiciones de dar respuesta al por qué se ha llegado a tales regularidades en el acontecer social» (63).

En efecto, la sociología para Weber es una ciencia *comprensiva* y *causal*, «que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esta manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos». Y la «acción social» es una acción en donde «el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo» (64). La sociología comprensiva, pues, lo que hace es investigar cuál es el «sentido» que toda acción social implica; lo cual significa analizar por qué se produce una acción en un determinado contexto social, cuáles son sus motivos y causas, y cuál su desarrollo y efectos. El término «sentido», tal y como aquí lo emplea Weber, es el *motivo subjetivo-empírico*, que el individuo tiene para realizar su acción social; es decir, el sentido intencionado por el actor. No se trata, por tanto, de investigar cuál es el sentido «justo» o el sentido «válido», lo cual sería tarea de toda disciplina dogmática como lo es, por ejemplo, la Jurisprudencia o ciencia jurídica tradicional (65).

Según esto, el sentido subjetivo, que los individuos enlazan a sus acciones sociales, hay que entenderlo como el factor causal de dichas acciones. «Para la “sociología comprensiva” —escribe Ryffel— el contexto de motivaciones es su punto central» (66). Es decir, el sentido

(62) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 359.

(63) LOOS, F.: *Zur Wert-und Rechtslehre Max Webers*, cit., pp. 97-99. También consideran que la Sociología del Derecho de Weber es el mejor exponente de su sociología «comprensiva»: PARSONS, T.: *Wertgebundenheit und Objektivität in Sozialwissenschaften. Eine Interpretation der Beiträge Max Webers*, en STAMMER, O., (Hrsg.), *Max Weber und die Soziologie heute*, Tübingen, JCB Mohr, 1965, pp. 39-64, y, aunque no de forma tan explícita, HILTERHAUS, F.: *Zum Rechtsbegriff in der Soziologie Max Webers*, cit., pp. 39-41.

(64) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 1 (trad. castellana: p. 5). Sobre el concepto de «acción social» en Weber: GIRNDT, H.: *Das soziale Handeln als Grundkategorie erfahrungswissenschaftlicher Soziologie*, Tübingen, JCB Mohr, 1967 y la bibliografía citada en pp. 79 y 87.

(65) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 1 (trad. castellana, p. 6).

(66) RYFFEL, H.: *Rechtssoziologie...*, cit., p. 65.

subjetivo es, en realidad, el *motivo* por el cual se producen determinados comportamientos humanos y determinadas regularidades empíricas, entendidas éstas como «el desarrollo de un acción repetida por los mismos agentes o extendida a muchos (...), cuyo sentido *mentado* es típicamente homogéneo» (67). Ahora bien, en este último supuesto —en el caso de las regularidades empíricas—, la acción social puede orientarse también por «la *representación* de la existencia de un *orden legítimo*» (68). Es decir, que el contenido de sentido de la acción social sería dicho orden, entendiendo por tal un conjunto de máximas de conducta, cuyas representaciones operan en los individuos como modelos de conducta. Además, cuando el orden legítimo en cuestión es un *orden jurídico*, entonces todas las acciones sociales, cuyo sentido subjetivo esté constituido por dicho orden jurídico, tendrán que ser tomadas como objeto de análisis por la Sociología del Derecho.

Por ello, la sociología jurídica no estudia el orden jurídico en cuanto conjunto de preceptos o proposiciones normativas, sino en cuanto «complejo de motivaciones del actuar humano real» (69). Por tanto, la apreciación de la existencia de un orden legítimo o, mejor dicho, la *representación*, que los individuos tienen de aquél, es el *factor causal* de la existencia de regularidades empíricas, que pueden ser calificadas como jurídicas. De esta forma, las acciones empíricas de los individuos, orientadas por la representación de un orden jurídico válido, se pueden explicar de forma causal —utilizando una expresión de Dux—, «al remitirse de nuevo a su punto de partida motivacional» (70).

Pero, desde el punto de vista sociológico, el factor o determinante causal de los comportamientos jurídicos reales no es el orden jurídico o las normas jurídicas, entendidas desde un punto de vista dogmático-jurídico, esto es, en cuanto a su validez ideal-normativa, sino la *representación* o apreciación real que los individuos tienen de ellas. El orden jurídico, en cuanto factor causal y determinante del actuar empírico, es considerado, pues, como «un complejo de máximas que operan en el pensamiento de determinadas personas» (71), en el sentido de que algo debe ser (72).

Sin embargo, en esa *representación* o apreciación real del orden jurídico, en cuanto determinante causal del comportamiento humano, juega también un importante papel —«como medio heurístico ines-

(67) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 14 (trad. castellana, p. 23).

(68) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 16 (trad. castellana, p. 25).

(69) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, cit., p. 54 (trad. castellana, p. 252).

(70) DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, cit., p. 241.

(71) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348.

(72) Una interpretación similar del orden jurídico, en sentido empírico, la dan: RYFFEL, H.: *Rechtssoziologie...*, cit., p. 65. DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, cit., pp. 254-255.

timable» (73)— la interpretación dogmático-jurídica del derecho, realizada por los jueces u otros funcionarios. En efecto, Weber reconoce la importancia *instrumental* de la ciencia dogmático-jurídica para los fundamentos metodológicos y los fines cognoscitivos de la Sociología del Derecho. No hay duda de que en la representación mental, que lo individuos tienen de un orden jurídico y que, a su vez, actúa como factor causal de su comportamiento real, influye de forma decisiva el hecho empírico de que determinados instrumentos de coacción psíquicos y físicos estén en manos de los jueces y funcionarios, que son personas que están en condiciones de interpretar el contenido de las normas jurídicas, es decir, de señalar «de una forma muy determinada, que un comportamiento ha existido o existirá en un caso concreto». «También el hecho de que exista una Jurisprudencia —ha señalado Weber— y la configuración empírico-histórica de la forma de las “costumbres de pensamiento”, que ella domina de *facto*, es de la mayor trascendencia práctico-empírica para la formación de hecho del comportamiento humano, porque en la realidad los jueces y otros funcionarios, que pueden influir este comportamiento, a través de determinados medios coactivos psíquicos y físicos, están educados para buscar una “verdad jurídica” (74) y persiguen —en circunstancias fácticas muy distintas— esta máxima» (75).

Ahora bien, no hay que olvidar que el fin cognoscitivo de la Sociología del Derecho de Weber se centra en la comprensión de las regularidades empíricas, mediante la interpretación causal de sus factores determinantes. Por ello, Weber diferencia con toda precisión la interpretación normativamente correcta de un orden jurídico («la verdad jurídica») de la existencia empírica del derecho y de los factores reales que determinan la misma. Es decir, a los fines cognoscitivos de la Sociología del Derecho lo que interesa es la comprensión el «sentido» de las acciones reales, para poder determinar los *factores causales* de las mismas. Por eso, para la consideración empírica de un orden jurídico, tanto las «interpretaciones jurídicas erróneas» o incorrectas, como las «interpretaciones jurídicamente correctas» o válidas pueden ser igualmente consideradas como factores causales determinantes del actuar humano real (76).

En este punto creo interesante traer a colación la crítica de Kelsen a la delimitación weberiana del objeto de la Sociología del Derecho.

(73) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 351.

(74) He traducido el término *juristische Wahrheit* literalmente como «verdad jurídica», pero quiero advertir que el sentido que Weber, probablemente, quiso dar a dicha expresión se corresponde con el contenido de las expresiones: «interpretación jurídicamente correcta» o «interpretación jurídicamente válida».

(75) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 346-347.

(76) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 347-348.

Hans Kelsen fue, desde luego, conocedor de los escritos weberianos, a los cuales se refirió en varias ocasiones, y sometió a crítica. Cuando Weber escribió su *Rechtssoziologie*, entre los años 1911 a 1913 (77), Kelsen había publicado ya, en 1911, su primera gran obra, titulada *Hauptprobleme der Rechtsstaatslehre* (78). Según señala Bobbio, Kelsen cita a Weber en el prólogo de esta obra, con fecha de febrero de 1911 y, sin embargo, no lo cita ya en el prólogo de la segunda edición, que apareció en 1923. No obstante, aquella primera referencia es importante como signo de la relevancia que Weber tenía ya en Alemania (79). Posteriormente, cuando en 1921 apareció la gran obra póstuma de Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Kelsen la somete en seguida a crítica en su artículo titulado *Der Staatsbegriff des verstehende Soziologie* (80) que ha pasado después a constituir un capítulo de su libro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (81). Finalmente, en su *General Theory of Law and State*, Kelsen vuelve a insistir en la crítica a la sociología weberiana.

La crítica de Kelsen a Weber es similar, en sustancia, a las que dirigió a Ehrlich y a Kantorowicz, respectivamente (83). Kelsen mantuvo que la Sociología del Derecho no es una ciencia autónoma e independiente, porque no está en condiciones de delimitar su objeto, esto es, de establecer lo que es el derecho. Si bien Kelsen consideró que «el ensayo más afortunado de definición del objeto de la Sociología del Derecho nos lo ofrece Max Weber» (84); no obstante, para

(77) Este dato ha sido señalado por WINCKELMANN, J.: *Max Weber «Rechtssoziologie»*, cit., p. 16.

(78) KELSEN, H.: *Hauptprobleme der Rechtsstaatslehre*, Tübingen, JCB Mohr, 1911. Recientemente, se ha publicado la versión castellana de esta obra, con el título *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, 1987.

(79) BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., pp. 134-136.

(80) KELSEN, H.: *Der Staatsbegriff der verstehende Soziologie*, en «Zeitschrift für Volkswirtschaft und Soziologie», 1921, pp. 104-119.

(81) KELSEN, H.: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., pp. 156-170.

(82) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y del Estado*, versión de García Máynez, E., México, UNAM, 1983, pp. 208-212.

(83) KELSEN escribió una amplia recensión a la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* de EHRlich, titulada *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, en «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», XXXIX, 1915, pp. 839-876. Esta dura crítica provocó la reacción de Ehrlich en una *Entgegnung*, publicada en la misma revista, XLI, 1916, pp. 844-849, la cual fue seguida, a su vez, por una *Replik* de Kelsen, ídem, XLI, 1916, pp. 850-853. En el siguiente año apareció otra *Replik* de Ehrlich, ídem, XLII, 1916-17, pp. 609-610, y, como punto final de la polémica, un *Schlusswort* de Kelsen, ídem, XLII, 1916-17, p. 611. Sobre la polémica entre Ehrlich y Kelsen, véase: ROBLES MORCHON, G.: *Normativismo y sociologismo: la polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica*, en «Epistemología y Derecho», Madrid, ediciones Pirámide, 1982, pp. 27-41. La crítica de KELSEN a Kantorowicz se encuentra en *Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen*, en «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», XXXIX, 1912, pp. 601-607.

(84) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 209.

aquél, el valor de la Sociología del Derecho se ve mermado frente al de la ciencia jurídica tradicional o Dogmática jurídica, en cuanto que aquélla, para delimitar su objeto, tiene que recurrir necesariamente al concepto de derecho establecido por la que Kelsen denominó «Jurisprudencia normativa». La crítica de Kelsen a Weber —recogida en *la Teoría general del derecho y del Estado*— se dirigió en dos frentes:

En primer lugar, Kelsen consideró que la definición weberiana del objeto de la Sociología del Derecho era insatisfactoria, por ser demasiado restringida. Si, para Weber, el objeto de la Sociología del Derecho lo constituyen los comportamientos humanos, que se orienten hacia un ordenamiento, considerado como válido, Kelsen se pregunta qué es lo que ocurriría en el supuesto de un hecho «antijurídico», cometido sin que el infractor tuviera conciencia del ordenamiento jurídico o ignorase la existencia de normas jurídicas, que castigasen su comportamiento. Estaríamos ante una acción no orientada para un ordenamiento válido, pero que también la Sociología del Derecho debería tomar en consideración. «Cada acto que, desde el punto de vista del derecho, es “antijurídico” —escribió Kelsen—, es también un fenómeno que pertenece a la línea de la Sociología del Derecho, en cuanto existe la probabilidad de que los órganos de la sociedad reaccionen contra él ejecutando la sanción que el ordenamiento jurídico establece. El acto es objeto de la Sociología del Derecho, incluso cuando el infractor lo ha cometido sin pensar en el derecho. La conducta humana pertenece al dominio de tal disciplina, no porque se encuentre “orientada” hacia el orden legal, sino porque se halla determinada por una norma jurídica, como condición o como consecuencia» (85).

En segundo lugar, sostuvo Kelsen, que ningún sociólogo del derecho podía delimitar su campo de acción o el objeto de su investigación, sin un criterio que le permitiera distinguir un comportamiento «jurídico» de otro que no lo es. Y este criterio sólo podía venir dado por la ciencia jurídica. Para aclarar su postura, Kelsen puso el ejemplo de una persona, que recibe un requerimiento fiscal para el pago de una determinada suma de dinero, bajo la amenaza de una sanción; a su vez, recibe una carta de un bandido exigiéndole igual cantidad de dinero, bajo una determinada amenaza, y, por último, recibe otra carta de un amigo, requiriéndole la misma cantidad de dinero para su propia subsistencia. ¿En qué se diferencian los citados comportamientos, a efectos de la Sociología del Derecho? ¿Cuáles de ellos serían objeto de la misma? Evidentemente, desde un punto de vista jurídico, sólo uno de esos comportamientos es jurídico, el primero, en cuanto que tal requerimiento proviene de una autoridad legal, conforme a un ordenamiento jurídico válido. Y desde el punto de vista sociológico, únicamente podría saberse cuál de esos comportamientos

(85) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 212.

es objeto de la Sociología del Derecho, si se considera el concepto de derecho tal y como es definido por la ciencia jurídica. Por tanto, para Kelsen, el objeto de la Sociología del Derecho, conforme es definido por Weber, sólo es posible si el comportamiento humano es referido «al derecho en la forma en que éste existe en la conciencia de los hombres, como contenido de sus representaciones. En realidad, el derecho existe en la mente de los seres humanos como un conjunto de normas válidas, como un sistema normativo. Sólo refiriendo tal comportamiento al derecho —concluye Kelsen—, concebido como sistema de normas válidas, al derecho tal como lo define la Jurisprudencia normativa, es capaz la Jurisprudencia sociológica de distinguir su objeto específico del de la sociología general» (86).

Todo ello demuestra claramente, según Kelsen, que la Sociología del Derecho presupone el concepto jurídico del derecho, es decir, «el concepto del derecho definido por la Jurisprudencia normativa» (87), para delimitar su objeto de estudio. «El individuo, cuya conducta constituye el objeto de la Sociología del Derecho, considera ese orden en la misma forma en que la Jurisprudencia normativa considera el derecho. Para poder ser objeto de una sociología jurídica, el comportamiento humano tiene que hallarse determinado por la idea de un orden válido» (88).

También Kelsen, en su *Allgemeine Staatslehre* y en su *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, dedicó sendas críticas a la Sociología del Derecho weberiana (89). En ambos casos, rechazó la existencia de dos objetos diferentes de derecho: uno, el derecho en sentido dogmático-jurídico, y otro, el derecho en sentido sociológico. «Seguramente es de gran importancia y trascendencia —escribió Kelsen al respecto— establecer la probabilidad con la que ocurren de hecho acciones de cierto sentido, y muy especialmente, hasta qué punto es probable que la representación de las normas jurídicas sea eficaz, si bien no existe actualmente ningún método para averiguar, siquiera aproximadamente, en un caso concreto, el grado de esta probabilidad, y hay que contentarse siempre con constatar en el caso extremo que una cierta representación de normas ha perdido su eficacia motivadora» (90).

Para Kelsen, pues, el único concepto de derecho posible es el dado por la ciencia jurídica, si bien posteriormente es posible realizar un estudio sobre la eficacia de un determinado orden jurídico, pero tal estudio dependerá siempre del objeto y de la delimitación del mis-

(86) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 211.

(87) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 212.

(88) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 209.

(89) KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, 1.^a Auflage, 1925. Se cita aquí la versión castellana de LEGAZ LACAMBRA, L.: *Teoría general del Estado*, 15.^a ed., México, Editora Nacional, 1979, pp. 23-27, y *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., pp. 156-170.

(90) KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, cit., p. 27.

mo, realizada por la ciencia jurídica. «Para este autor (Weber) —señaló Kelsen—, la “sociología comprensiva” designa, pues, con la palabra Estado, tanto el orden jurídico-normativo (que, en cuanto contenido de ciertas representaciones, posee validez ideal), como el hecho real de las representaciones de este contenido, motivadoras de una conducta adecuada; y de este modo, cree haber distinguido la existencia meramente “jurídica” de la existencia “sociológica” del Estado» (91).

Kelsen, sin embargo, no niega la posibilidad de averiguar la efectividad de las normas jurídicas, pero lo que no admite es que se pueda delimitar un objeto sociológico del derecho independiente del dado por la ciencia jurídico-normativa. Reduce, por tanto, el concepto sociológico del derecho, propuesto por Weber, al momento de la *efectividad* de un orden jurídico (92); y considera, consecuentemente, que la única ciencia del derecho posible es la, que él denominó, «Jurisprudencia normativa» (93).

(91) KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, cit., p. 25.

(92) Al respecto, la interpretación de STOCKHAMMER se dirige a demostrar, que Kelsen admite también la efectividad del derecho y la posibilidad de una consideración gradual de la misma. Con ello, pretende reducir el concepto sociológico del derecho de Weber al nivel de la efectividad kelseniana, hasta el punto de que llega a considerar a la sociología comprensiva weberiana como «la antecesora y la compañera digna de la teoría pura del derecho, la cual también diferencia entre un derecho ineficaz (sólo jurídico) y uno eficaz (sociológico)»: STOCKHAMMER, M.: *Hans Kelsens Rechtslehre und Max Webers Soziologie in Spiegel der Erkenntnistheorie*, en «Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», NF 5/1953, pp. 410-427. Por lo que se ve, Stockhammer no ha alcanzado a comprender el punto esencial de las diferencias existentes entre la postura kelseniana y las tesis de Weber. Ello se debe, probablemente —como también le reprocha Loos—, a que de la lectura de su artículo se deduce el desconocimiento del importante y decisivo ensayo crítico de Weber contra la obra de Stammler. Tal desconocimiento de dicho trabajo weberiano ocasiona —como ya he señalado anteriormente, desde una perspectiva más general— la falta de comprensión del alcance último de la Sociología del Derecho de Weber. (La referencia de LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, cit., p. 100, nota. núm. 55).

También BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 145, parece incurrir en un error semejante al de Stockhammer, cuando afirma que «en la teoría pura del derecho el término “validez” coincide con la expresión weberiana “validez ideal”. El término weberiano de la validez empírica se corresponde en la teoría pura del derecho al problema de la eficacia del ordenamiento jurídico, del cual Kelsen no se ocupa particularmente, aunque no niega ni su relevancia ni su legitimidad».

(93) Sin embargo, se debe hacer constar, que —según algunos autores han puesto de manifiesto— la posición de Kelsen respecto, no ya a la Sociología del Derecho de Weber, sino a la Sociología jurídica —o Jurisprudencia sociológica, como el propio Kelsen la denominaba—, en general, varía en sus últimas obras, sobre todo en las escritas en Estados Unidos. Esta idea fue puesta de manifiesto por TREVES, R.: *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen (Per el suo settantesimo compleanno)*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XXIX, serie III, 1952, pp. 177-197: «Es especialmente interesante resaltar que, a diferencia de cuanto podía interpretarse en el pasado, Kelsen sostiene hoy que la sociología jurídica o, como también la llama, la Jurisprudencia sociológica, es ciencia del derecho o, mejor, una de las ciencias del derecho, y afirma que para el conocimiento del derecho debe ser ésta indisolublemente ligada con la otra ciencia del derecho, esto es, con la teoría pura, que él llama también Jurisprudencia normativa. Si confrontamos la *Reine Rechtslehre* de 1934 (...) con el ensayo sobre Austin (que podría decirse que representa el punto de partida de la elaboración

No obstante, a pesar de la crítica kelseniana, en mi opinión, han de advertirse algunos puntos en favor de la tesis weberiana. En principio —como se ha apuntado anteriormente—, es preciso distinguir, por una parte, la delimitación de carácter *lógico y metodológico* entre la consideración jurídico-dogmática del derecho y la consideración sociológica del mismo, en los términos —ya analizados— en que Weber la realiza, esto es, como ámbitos teóricamente heterogéneos; y, por otra parte, las relaciones *fácticas* existentes entre el orden jurídico, en sentido jurídico-dogmático, y el orden jurídico, en sentido sociológico. Por lo que respecta a este segundo punto, es cierto que un análisis empírico-causal del derecho no puede prescindir de las construcciones e interpretaciones jurídico-dogmáticas del mismo. Ahora bien, estas últimas adquieren un carácter *instrumental* para los fines cognoscitivos de la Sociología del Derecho. Evidentemente, sin un orden jurídico previo, como condición general, su desarrollo empírico sería prácticamente imposible. A la Sociología del Derecho le interesa la comprensión de las regularidades empíricas y sus interconexiones causales. Pero para «la explicación empírico-causal del desarrollo real de un proceso concreto» juega un importante papel, «como medio heurístico», el conocimiento del *sentido ideal*, es decir, del contenido normativo de un orden jurídico, así como su «significación dogmático-jurídica» (94).

Precisamente lo que Kelsen no tomó en consideración en la Sociología del Derecho de Weber fue este carácter *instrumental y heurístico*, que tiene la consideración jurídico-dogmática del derecho para los fines cognoscitivos de la sociología jurídica, y que Weber destacó

americana) vemos que, mientras en el primer escrito, Kelsen no concibe otra ciencia jurídica fuera de la teoría pura del derecho y afirma que la sociología jurídica no tiene propiamente por objeto el derecho, sino “sólo ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza”, en el segundo distingue, por el contrario, claramente dos diversas especies de ciencias jurídicas: una interpretativa, que sería la Jurisprudencia normativa, y una causal, que sería la Jurisprudencia sociológica. Vemos, por otra parte, que, después de haber renunciado con esta nueva distinción a considerar la Jurisprudencia normativa como la única ciencia jurídica, Kelsen replega, por así decirlo, de una posición ofensiva a una defensiva y se limita a rechazar la opinión de aquellos que querrían reducir la ciencia del derecho sólo a la Jurisprudencia sociológica, excluyendo sin más la Jurisprudencia normativa» (pp. 193-194). Estas opiniones, que TREVES defendió en 1952, las ha vuelto a defender recientemente en: *Hans Kelsen et la sociologie du droit*, en «Droit et Société», núm. 1, 1985, pp. 15-23. Opinión semejante mantienen también: EISENMANN, CH.: *Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen*, en BATIFFOL, BOBBIO et al., *Méthode sociologique et droit*, París, 1958, p. 60 (citado por TREVES: *cit.*, p. 16, nota núm. 3), y BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del derecho*, ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, pp. 132-133. Ahora bien, cabría plantearse la duda, de si este cambio en las posturas de Kelsen responde a una propia evolución de su pensamiento, o más bien, se debe o está motivado por las duras críticas, que desde las posturas sociologistas, recibió Kelsen. Más aún, si se tiene en cuenta que en la época, en que Kelsen se trasladó a Estados Unidos, imperaba allí el «realismo jurídico».

(94) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, *cit.*, p. 351.

de forma expresa y reiterada —como ya he señalado— en su ensayo crítico contra la obra de Stammler.

De esta forma, el orden jurídico interpretado normativamente pasa a convertirse, para los fines cognoscitivos de la Sociología del Derecho de Weber, en lo que Loos, muy acertadamente, ha denominado «el esquema de interpretación típico-ideal del acontecer» (95). Es decir, que Weber utiliza el derecho y la interpretación dogmático-normativa del mismo como esquemas interpretativos, con los cuales se pueden medir las regularidades empíricas, con objeto de establecer el regreso causal en las acciones humanas reales, calificables como jurídicas. Ya que el fin cognoscitivo de la Sociología del Derecho no es el sentido ideal-normativo del derecho, sino el sentido *subjetivo-empírico*, que los individuos enlazan a sus acciones. Y por esto precisamente las normas jurídicas son consideradas, desde el punto de vista de la sociología jurídica weberiana, no como un contenido de sentido lógico-ideal, sino como «entes fácticos», es decir, como las representaciones mentales que los individuos tienen sobre el contenido y obligación de aquéllas y que constituyen uno de los *motivos causales* de sus acciones reales (96).

No obstante, lo que subyace, por encima de todas estas consideraciones, es un problema exclusivamente metodológico. A pesar de las críticas de Kelsen a la sociología comprensiva de Weber y de las incomprensiones de aquél con respecto a las tesis weberianas, no puede pasar desapercibido, que Kelsen habla desde un punto de vista estrictamente jurídico-normativista, mientras Weber lo hace desde una perspectiva sociológica. Como dice Bobbio, parafraseando a Max Rheinstein, «la mezcla de los dos métodos, jurídico y sociológico, no puede crear más que confusión, la obra de Weber y la de Kelsen han de ser consideradas *complementarias*, en sus respectivos campos» (97). En efecto, Kelsen, «en su teoría pura del derecho —señala Rheinstein— trata de las normas y sus estructuras. ¿Cuál es el carácter distintivo de los conceptos que son reglas de conducta y de otros conceptos? ¿En qué modo aquellos conceptos son referidos al concepto de Estado? ¿En qué orden se relacionan entre sí los conceptos de ley? Estas son las cuestiones que alientan a Kelsen. ¿Por qué los pueblos tienen el concepto de ley? ¿Cómo se constituye su contenido? ¿Cómo y por qué cambian? ¿En qué modo influyen en los comportamientos sociales? Estas son las cuestiones que alientan a Weber» (98).

(95) LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, cit., pp. 99-100 y nota núm. 55, señala, que Kelsen, en su crítica a Weber, desconoce «la razón específica que Weber persigue, utilizando al derecho y a la interpretación del derecho como esquemas interpretativos de desarrollos reales».

(96) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348, y *Rechtssoziologie*, cit., pp. 54 y ss. (trad. castellana, pp. 252 y ss.).

(97) BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 147 (el subrayado es mío), y la referencia a RHEINSTEIN: *Introducción a Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1954, p. LXXI.

(98) RHEINSTEIN: *Introducción a Max Weber on Law in...*, cit., pp. LXX-LXXI.

Aun compartiendo las opiniones tanto de Rheinstein como de Bobbio —y prueba de ello es que también en este trabajo he mantenido, desde una perspectiva general, la diferencia metodológica que subyace a las obras de Weber y de Kelsen, respectivamente, así como la complementariedad de las mismas—, he preferido, sin embargo, destacar en esta última parte, y de forma diferenciada, otro elemento, quizá más sustancial al objeto de este discurso, cual es: el por qué Kelsen rechazó el concepto sociológico del derecho delimitado por Weber, lo cual, consecuentemente, le llevó a negar la existencia de una ciencia sociológica del derecho, que pretendiera interpretar el «sentido» de las regularidades empíricas.

La orientación dada en esta aproximación al aspecto metodológico no ha sido otra, que la de sugerir elementos adicionales de reflexión, en orden a la búsqueda de un punto de equilibrio y complementariedad entre la Sociología del Derecho y la Dogmática-jurídica.

El derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger

Por CARLOS ALARCON CABRERA

Sevilla

La sociología jurídica de T. Geiger parte de una concepción funcionalista de la sociedad, según la cual ésta se compone de un conjunto de individuos perfectamente interconectados y cuyas conductas son recíprocamente dependientes. De esta conjunción deriva la existencia de los ordenamientos sociales, entre los cuales figura el derecho. La estructuración de este estudio responde, conforme a lo adelantado, a los siguientes puntos: 1. Concepto de interdependencia y causas de la aparición de los ordenamientos sociales. 2. Significado y caracteres de un ordenamiento social. 3. Significación de la norma de un ordenamiento social; la noción de vinculatoriedad u obligatoriedad. 4. Diferencias entre el derecho y los demás ordenamientos sociales, y 5. Conclusiones.

1. CONCEPTO DE INTERDEPENDENCIA Y CAUSAS DE LA APARICIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS SOCIALES

Para Geiger, la noción de sociedad humana equivale a la idea de que, en su existencia, los hombres se adaptan unos a otros jerárquicamente y dependen unos de otros; la especie humana tiende, irremisiblemente, a la existencia colectiva, y no cabe el aislamiento duradero. Es más, si dicho aislamiento se produjera y el individuo superviviera, los cambios culturales e incluso físicos a los que se debería someter harían de él un ser vivo con rasgos que ya no serían los propios del «homo sapiens» (1). Ahora bien, la interdependencia no sólo se refleja en conductas humanas de las que se desprende un

(1) GEIGER, T.: *Estudios de Sociología del Derecho*, trad. cast. de Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, introducción de Paul Trappe, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 40.

afán por procurar el bien de la comunidad, sino, todo lo contrario, abundan actitudes asociales que generan conflictos y hostilidades entre los integrantes de la sociedad. Tanto unas como otras son el efecto de una «interrelación vital» entre los hombres (2).

Geiger soslaya la cuestión del porqué de la interdependencia humana, e incluso critica las soluciones aportadas por la antropología filosófica, soluciones que podrían ser resumidas en dos: las teorías contractualistas y las teorías organicistas. Según las primeras, a los hombres, de cara a la consecución de determinados fines, les es conveniente unirse aceptando restringir su libertad a cambio de la seguridad personal que les proporciona el hecho de la formación de la sociedad. Así, como señalan W. Ogburn y M. Nimkoff, los grupos se forman para satisfacer las principales necesidades humanas: en primer lugar, la necesidad de supervivencia, y sucesivamente otras, como la de alimentación, vivienda... Para ello es precisa la concurrencia del dato que es el síntoma más claro de la existencia de una comunidad: la división del trabajo de acuerdo con la progresiva especialización de los trabajadores (3). Según las segundas, la sociedad es un organismo, tanto desde el punto de vista estructural como desde el punto de vista funcional, por lo que está sujeta a las mismas leyes de desarrollo, madurez y decadencia que los individuos. El carácter orgánico de la sociedad se hace patente por su unicidad y por la participación de sus miembros en ella, por lo que estas teorías terminan desembocando en la misma exigencia que reclamaban las teorías contractualistas: la organización y división del trabajo (4). En opinión de Geiger, estas teorías no constituyen realmente la explicación de las causas de la interdependencia social, ya que no dejan de ser, o bien meras demostraciones analíticas de las correspondencias que hay entre la estructura de la sociedad y la estructura de la persona, o bien una mera exposición de caracteres que explican la vida social tanto desde el punto de vista macroscópico como desde el microscópico (5).

La tarea de la sociología no es, por tanto, para Geiger, estudiar el porqué de la naturaleza social del hombre, sino partir de ese hecho para comprender el origen de los ordenamientos sociales. Este dato está en concordancia, tal como anota Renato Treves, con la afinidad entre el normativismo de Austin y Kelsen y el rígido formalismo que se aprecia en Geiger (6), también muy crítico respecto a la especula-

(2) Ibid, p. 41.

(3) OGBURN, W. F., y NIMKOFF, M. F.: *Sociología*, trad. cast. de José Bugada Sanchiz, adaptación a la 4.^a ed. norteamericana de Josefina Culebras Abril y José Mario Páez Martínez, Aguilar, Madrid, 1979, pp. 138 y ss.

(4) Véase MCIVER, R. M. y PAGE, C. H.: *Sociología*, trad. cast. de José Cazorla Pérez, Tecnos, Madrid, 1972, pp. 43 y ss.

(5) GEIGER, T., *cit.*, p. 40.

(6) TREVES, R.: *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. cast. y nota preliminar de Manuel Atienza, Taurus, Madrid, 1978, p. 85.

ción filosófica, y que se puede encuadrar dentro del denominado funcionalismo estructural que, en palabras de Nicholas Timascheff, insiste en la idea de que «un sistema social es un sistema real en el que las partes desempeñan funciones esenciales para la subsistencia (y finalmente para la expansión o fortalecimiento) del todo, y en consecuencia son interpedendientes y están más o menos integradas» (7).

La interdependencia social conlleva que la mayoría de las acciones individuales afectan a los demás individuos, los cuales responderán de una u otra forma según haya sido la acción primaria y traerán a su vez como consecuencia un determinado tipo de respuesta. Es decir, siguiendo el planteamiento de Geiger, cada individuo dispone su modo de obrar según las posibles reacciones de los demás, lo cual es, por fuerza, consustancial al significado de interdependencia social (8). El tránsito de un sistema «inorganizado» a otro «organizado» es irremisible desde el momento en que los sujetos manifiestan explícitamente o implícitamente la necesidad de coordinar sus conductas para eliminar perjuicios mutuos y aceptan la «categorización de las acciones» (9). El proceso que conduce a la aparición de los ordenamientos sociales es, necesariamente, imparable.

En efecto, en la vida en comunidad se suceden las acciones sociales —acciones del individuo referentes a los demás— y las reacciones sociales —acciones de los demás causadas por la acción previa y dirigidas al individuo actuante. Ante ello, el individuo programa su conducta según piense que le responderán los demás, creando modelos de conducta. El conjunto de implicaciones recíprocas entre los individuos que se producen como consecuencia de los modelos de conducta conforman, para Geiger, la coordinación de la conducta, que es la base del ordenamiento social. El ordenamiento y la forma de vida social en la que dicho ordenamiento posee vigencia se condicionan entre sí y nacen simultáneamente. «El ordenamiento social es el integrado social mismo visto bajo un aspecto particular» (10). El planteamiento de Geiger coincide plenamente con la idea kelseniana de que la sociedad no es sino un orden social, y todo orden social, toda sociedad, «provoca cierta conducta recíproca de los seres humanos» (11). La vida social se puede considerar, o como configuración de un grupo de personas, o, igualmente, como convivencia organizada y ordenada.

(7) TIMASHEFF, N. S.: *La teoría sociológica*, trad. cast. de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 277.

(8) GEIGER, T., *cit.*, pp. 41 y 42.

(9) Véase BOUDIN, R.: *La lógica de lo social*, trad. cast. de Luis Horno Liria, Rialp, Madrid, 1981 pp. 96 y ss.

(10) GEIGER, T., *cit.*, pp. 41 y 42.

(11) KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. cast. de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 17.

2. SIGNIFICADO Y CARACTERES DE UN ORDENAMIENTO SOCIAL

Desde el punto de vista del método, Geiger se sirve de la lógica matemática para explicar la estructura del ordenamiento social, designando con letras minúsculas los fenómenos de cosas, con letras mayúsculas las personas y con letras griegas mayúsculas los fenómenos colectivos. Trataré por mi parte de ser fiel a dichas pautas metodológicas.

Todo ordenamiento social parte de que en un grupo Σ hay una relación constante entre una serie de situaciones («s») y los correlativos modelos de conducta («g»). Si alguien se halla en la situación «s», sigue el modelo de conducta «g». El ordenamiento social es, por tanto, un conjunto de correlaciones que siguen el esquema $s \rightarrow g$ («s» tiende a «g»), que es la muestra a seguir por el actor «A» ante «s» (12). Puede también que la muestra consista en un modelo de no-conducta. Entonces, si llamamos a la conducta no deseada «t» (tabú), $s \rightarrow \bar{t}$ («s» tiende a no «t»). Destaca de nuevo la peculiar analogía con juristas como Austin y Kelsen, paradójicamente contrarios a las teorías sociológicas del derecho (13). Así, el proyecto analítico austiniano de estudio lógico-científico del derecho se apoyaba en la distinción entre normas preceptivas —imponen el cumplimiento de actos— y prohibitivas —imponen ciertas omisiones— (14), e igualmente Kelsen resaltó que la función de todo ordenamiento social era doble: hacer que los individuos se abstengan de realizar determinados actos que se estimen perjudiciales para la sociedad y estén obligados a realizar aquellos otros que sean beneficiosos (15).

Me centraré a continuación en los dos principios que, a juicio de Geiger, son definitorios de los ordenamientos sociales: el principio de no identidad de las conductas y el principio de no regularidad de las acciones.

a) El principio de no identidad de las conductas

La concurrencia en los ordenamientos sociales del esquema citado $s \rightarrow g$ conlleva que todo individuo perteneciente a un grupo ($A\Sigma$) espere determinadas conductas de los demás ($A_{\Sigma-1}$ o $A_{1, 2, 3}$). Pero esta expectativa no significa que el comportamiento de todos los individuos sea siempre idéntico ante las mismas «s». Al contrario, en los

(12) GEIGER, T., *cit.*, pp. 42 y 43.

(13) Entendiendo por tales las que parten de que el derecho es un producto de la sociedad y, por tanto, posterior a ella. Véase TREVES, R.: *cit.*, pp. 84 y 85.

(14) AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence*, edición de Robert Campbell, John Murray, Londres, 5ª ed., 1911, pp. 91 y ss.

(15) KELSEN, H., *cit.*, p. 17.

grupos las posiciones individuales difícilmente son iguales; suelen ser desiguales y, es más —recalca Geiger—, es lo lógico que sean desiguales. A_x no espera de A_y que haga lo que él hace ante una misma «s», sino que espera que actúe como lo hacen los individuos del tipo de A_y (16). Como ya advirtió Simmel, una vez asentado el proceso de diferenciación social, el mero hecho formal de ocupar una posición social «x» crea, entre los miembros de todos los grupos («x», «y», «z»...) una relación interna y externa concreta (17). La desigualdad no sólo hace referencia a las diferencias de clase o «status», sino a las de todo tipo (en virtud del sexo, la edad, la nacionalidad, las características físicas o psicológicas, etc.).

Considerando que las acciones esperadas de A_Σ en una «s» van dirigidas a otra persona (B), interesada en que A haga «g» si ocurre «s», el principio de no identidad de las conductas se puede representar gráficamente de esta forma:

$s \frac{A_x}{B} \neq \frac{A_y}{B}$; es decir, ante una mis-

situación y ante un mismo interesado pasivo en la actuación de otro, la conducta esperada puede ser distinta si la diferencia entre A_x y A_y es relevante para esa «s» y frente a ese B (la raya horizontal significa que quien está por encima de ella es el sujeto activo de la acción y quien está por debajo es el sujeto pasivo). De modo semejante, un mismo A, en el caso de una misma «s», puede deber obrar de forma distinta cuando lo haga ante B_y , si las diferencias entre

B_x y B_y son relevantes en ese caso: $s \frac{A}{B_x} \neq \frac{A}{B_y}$ (18).

Ahora bien, para que el hecho del desigual comportamiento («g») no contradiga el ordenamiento social, éste debe haber regulado cuándo existe una diferencial entre las personas, cuándo es relevante una diferencia. Por tanto, junto a la regulación de todas las $s \rightarrow g$, un ordenamiento social debe establecer las líneas generales sobre la estructuración de Σ , de las que se desprenden las diferentes posiciones de los individuos. A esas líneas generales, Geiger las llama situación estructural: «repetición regular de concatenaciones de sucesos en el transcurso de la vida de los grupos». Así, una situación estructural es la democracia, y, si tomamos como ejemplo el ordenamiento jurídico, no sólo contiene normas que establecen modelos de conducta

(16) GEIGER, T., *cit.*, p. 43.

(17) También para Simmel todo grupo social tendía naturalmente a desigualar a sus miembros. Pone el ejemplo del origen de los gremios, en los que dominaba una absoluta igualdad, que no podía mantenerse porque si algún maestro, por cualquier circunstancia, se enriquecía, ya no acataba las normas que limitaban la cantidad de productos para vender, el número de trabajadores dependientes, etc. (SIMMEL, G.: *Sociología*, Revista de Occidente, Madrid, 1977, T. II, pp. 743 y ss.).

(18) GEIGER, T., *cit.*, pp. 43 y 44.

para cada situación ($s \rightarrow g$), sino que también contiene una Constitución o Norma Fundamental que ofrece las líneas generales de estructuración del Estado.

En suma, el ordenamiento de la situación estructural es un sistema de determinaciones de posición y sólo de él pueden resultar diferencias relevantes a la hora de la actuación de uno u otro individuo (19). Se puede observar cómo Geiger se atiene exclusivamente al estudio de la estructura formal de los ordenamientos sociales, sin entrar en su función y fundamento, e ignorando los intereses reales que se ocultan detrás de cada ordenamiento y que pueden respaldar y asegurar la superioridad de la clase dominante.

b) El principio de no regularidad de las acciones

El hecho de que se haya definido un ordenamiento social como el conjunto de correlaciones que sigue el esquema $s \rightarrow g$ no significa, desde luego, que, si es «s», siempre es «g». Mientras que las leyes de la naturaleza se rigen por el principio de regularidad, en cuanto que la relación entre causa y efecto es segura, las normas sociales, por su propia esencia, no siguen ese principio, por que si una conducta que se introduce como modelo a seguir fuera regularmente seguida ante una determinada situación, no haría falta ordenarla. Por tanto, el esquema $s \rightarrow g$ quiere decir que el ordenamiento incita a que si es «s», deba ser «g», pero no asegura que siempre que sea «s», sea «g» (20). En este punto, Geiger vuelve a coincidir con Kelsen en que las normas sociales y las leyes naturales difieren, no por los elementos que enlazan, sino por la forma de dichos enlaces, forma que, para Kelsen, se expresa bajo el principio de imputación: bajo ciertas condiciones, deben producirse determinadas consecuencias (si es A, debe ser B) (21).

Geiger profundiza en el análisis de la no regularidad de las normas sociales, y aclara que dicha no regularidad no implica la voluntariedad de las acciones humanas en contraposición a la necesidad de los hechos naturales. Para ello refuta los argumentos indeterministas:

Para los indeterministas es evidente que un hecho natural se rige por el principio de causalidad («Si suelto una piedra en el aire, cae al suelo»; la relación causa-efecto es perfecta). Pero no ocurre lo mismo con las acciones humanas, porque, al contrario que los hechos naturales, producen una relación causa-efecto que no es perfecta («Si

(19) *Ibíd.*, pp. 44 a 46.

(20) *Ibíd.*, pp. 46 y 47.

(21) KELSEN, H.: *Causalidad e imputación*, en el vol. «¿Qué es justicia?», trad. cast. y estudio preliminar de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 221 y ss. En el mismo sentido su *Teoría general del derecho y del Estado*, *cit.*, pp. 53 y 54, y su *Teoría pura del derecho*, trad. cast. de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 38 y ss. y 130 y ss.

un hombre tiene hambre y no tiene dinero, se apropia del pan ajeno»; la relación causa-efecto no es perfecta, porque puede haber hombres que aun teniendo hambre y sin tener dinero no se apropian del pan ajeno)

El error de este argumento se debe, para Geiger, en que se da por supuesto que todos los hombres son iguales por naturaleza. En realidad, cuando A o B se disponen a realizar una acción (por ejemplo, apropiarse o no del pan ajeno), sus voluntades no son sino el producto de un cúmulo anterior de causas. La ley de causalidad no deja de ser perfecta en el caso de las acciones humanas, porque, precisamente por dicha ley, A reacciona de modo distinto a como reacciona B. A actúa de una forma determinada porque un conjunto de circunstancias le induce a esa actuación; y B actúa de otra forma ante la misma situación porque otro conjunto de circunstancias distintas influye en su decisión (22). Tanto A como B pueden creer que su modo de proceder es la consecuencia de su libre reflexión, pero realmente no es sino el resultado de la pugna entre un conjunto de motivos y de contramotivos, resultando que es el efecto de esa conjunción de causas. La conducta no es espontánea, sino que tiene una explicación policausal, por lo que no contradice el principio de causalidad (23).

En cualquier caso, Theodor Geiger no extrae importantes consecuencias prácticas del determinismo de la conducta humana. Aunque el hombre no sea éticamente culpable de sus actos contrarios a lo que se ordena, ya que son el efecto de causas ajenas a su voluntad, ello no trasciende de cara a la necesidad de una instancia punitiva que reacciona frente a quienes incumplen las normas, lo que se justifica por su carácter ejemplificador. En este sentido, la postura de Geiger es radicalmente conductista: aunque moralmente al hombre no se le pueden censurar sus acciones, socialmente es imprescindible guiar su voluntad hacia un sentido u otro mediante la promesa de premios por una conducta deseada y la amenaza de sanciones por una conducta no deseada (24).

3. SIGNIFICADO DE LA NORMA DE UN ORDENAMIENTO SOCIAL; LA NOCIÓN DE VINCULATORIEDAD U OBLIGATORIEDAD

Frente a las teorías sociológicas del derecho, que, críticas con la representación del ordenamiento social como sistema de normas, se centran en la realidad social y en el ordenamiento considerado en

(22) GEIGER, T.: *cit.*, pp. 47 y 48.

(23) *Ibid.*, pp. 48 y 49.

(24) *Ibid.*, pp. 49 y ss. Véanse las coincidencias con el planteamiento kelseniano en la *Teoría general del Derecho y del Estado*, *cit.*, pp. 17 y 18.

su totalidad, Geiger propone una vuelta atrás para recoger y readaptar el concepto de norma, de forma que ésta se asuma como una realidad por sí misma y no como simple integrante del mecanismo global del ordenamiento social:

1. La norma es, para Geiger, una realidad que se expresa y consolida mediante la proposición normativa. Existe una norma subsistente, con un núcleo ($s \rightarrow g$), un carácter obligatorio («v»), unos destinatarios (A_{Σ}) y, eventualmente, unos beneficiarios (B_{Σ}), que se

puede expresar gráficamente así: $(s \rightarrow g) \frac{A_{\Sigma}}{B_{\Sigma}}$. La proposición norma-

tiva es la simple expresión con palabras de esta relación, es «la envoltura lingüística», salvo que $s \rightarrow g$ no haya existido previamente en Σ , en cuyo caso la proposición normativa no solamente es declarativa, sino también proclamativa (25). En palabras de Olivecrona, la norma subsistente o pauta de conducta es el «ideatum», el «elemento ideacional»; es decir, propiamente, el contenido de la norma. La proposición normativa es el «imperantum», que se dirige a la parte volicional de la mente del destinatario, no a su parte intelectual. «El eco del “imperantum” en la mente de destinatario es “tengo que” o algo similar. Pero no se evoca ninguna otra idea aparte de la imagen mental de las palabras» (26).

Ahora bien, para Geiger, tal como señala Manfred Rehbinder, puede haber una valoración primaria sobre el modelo de relación $s \rightarrow g$ anterior a la justificación normativa mediante el juicio de valor correspondiente, que es una espontánea toma de posición de carácter inconsciente (27). Un nuevo miembro C, que se incorpora a un grupo social Σ , puede seguir la pauta $s \rightarrow g$ de un modo mecánico, por imitación, e incluso puede que nunca conozca que $s \rightarrow g$ es el contenido de una norma. O bien puede seguir dicha pauta porque observa que es una proposición normativa, y aunque no esté de acuerdo con la norma subsistente, sí la acata (28). De nuevo es relevante en este caso la influencia que ejercen Weber y Kelsen en Geiger (29).

2. Conforme a lo expuesto, Geiger da por hecho que en toda norma («n») el modelo $s \rightarrow g$ se presenta como obligatorio o vincula-

(25) GEIGER, T., *cit.*, pp. 50 y 51.

(26) OLIVECRONA, K.: *El derecho como hecho*, trad. cast. de Luis López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 116 y ss.

(27) GEIGER, T., *cit.*, pp. 52 y 53. REHBINDER, M.: *El sentimiento jurídico como sentimiento comunitario*, en «Sociología y psicología jurídicas», núm. 12, 1986, p. 31.

(28) GEIGER, T., *cit.*, pp. 27 y 28.

(29) De nuevo encontramos en Kelsen un esquema similar sobre las motivaciones de la conducta humana (*Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, pp. 27 y 28). Y en Weber, que descompone en cuatro los posibles motivos de la actuación conforme a la norma: 1. Por motivos puramente efectivos. 2. Por comprensión racional conforme a valores. 3. Por motivos religiosos, y 4. Por la expectativa de consecuencias externas (WEBER, M.: *Economía y sociedad*, trad. cast. de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Imaz y José Ferrater Mora, ed. preparada por Johannes Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México, 1977, p. 27).

torio $[n=(s \rightarrow g)_v]$. $s \rightarrow g$ es el contenido de la norma y «v» expresa su vinculatoriedad. También da por hecho que ello no implica que $s \rightarrow g$ sea «v» para todos, sino que puede que sólo lo sea para determinados individuos y en relación con determinados benefi-

$$\text{ciarios } [n=(s \rightarrow g)_v \frac{A_\Sigma}{B_\Sigma} \text{ o } n=(s \rightarrow g)_v \frac{AA}{BB}] \text{ (30).}$$

El segundo principio que caracteriza la concepción del ordenamiento social diseñada por Geiger es, como ya se analizó, el principio de no regularidad de las acciones humanas. A diferencia de las leyes naturales, las normas sociales no se cumplen regularmente, ya que si así fuera su obligatoriedad («v») no tendría razón de ser. Nos adentraremos a continuación en el estudio de las consecuencias del incumplimiento de las normas.

Si $s \rightarrow g$ (entendiendo a partir de ahora siempre que cuando se dice $s \rightarrow g$ se alude, asimismo, a $s \rightarrow t$, y viceversa), el grupo Σ reacciona a través de algún tipo de instancia o mediante la opinión pública (Geiger utiliza la letra griega Ω para referirse a la opinión pública o instancia que reacciona ante el incumplimiento). De este hecho se infiere que a todo A se le presenta una alternativa: seguir la norma o soportar la reacción («r») de Ω . Esta alternativa equivale, para Geiger, al contenido de la realidad de «v»:

$$v = s \begin{cases} \rightarrow g \\ \rightarrow \bar{g} \end{cases} \frac{\begin{matrix} A \\ BB \\ A \\ BB \end{matrix}}{\rightarrow r \frac{\Omega}{A}}$$

Aunque advierte que «v» no es la disyunción, no es una de las dos posibilidades, sino la alternativa en sí misma (31).

Ahora bien, también es posible que a g no le siga siempre «r». Las causas pueden ser múltiples: g queda oculto, Ω es negligente en ese caso, B decide no acudir a Ω , etc. Ello obliga a introducir otra variable en el concepto de «v», ya que entonces:

$$s \begin{cases} \rightarrow g \\ \rightarrow \bar{g} \end{cases} \frac{\begin{matrix} A \\ BB \\ A \\ BB \end{matrix}}{\rightarrow r \frac{\Omega}{A}}$$

«v» es la probabilidad de que la norma sea eficaz excluyendo a \bar{r} . Si a la cantidad del número de casos en que la norma es eficaz la llamamos «e», $v=e/ss$. No es que en esos casos la norma sea «v» y en los otros no, sino que la norma es «v» siempre, aunque con un grado de intensidad mayor o menor, que se cuantifica a través de e/ss (el porcentaje de supuestos en los que la norma es eficaz) (32).

(30) GEIGER, T., *cit.*, p. 60.

(31) *Ibid.*, pp. 61 y 62.

(32) *Ibid.*, pp. 62 y ss.

Como Geiger, Olivecrona aclara que el hecho de que la norma sea siempre vinculativa no implica que siempre se cumpla. El pensador sueco también contempla como posibles consecuencias del incumplimiento de la norma, junto a la intervención efectiva de una instancia sancionadora, su no intervención (por ejemplo, si el titular de un derecho subjetivo violado no acude a los tribunales) o su intervención no efectiva (por falta de pruebas, insolvencia u otras circunstancias). La posibilidad de dichas consecuencias no resta vinculatoriedad a la norma en sí misma (33).

En definitiva, Geiger sostiene que la vinculatoriedad o validez de la norma es una magnitud mensurable, y una vez más no tiene en cuenta aspectos materiales. En este sentido, le podrían ser aplicables críticas como la de Hart, disconforme con la idea de que la obligatoriedad o vinculatoriedad de la norma derive de la amenaza de consecuencias desfavorables para el caso de un comportamiento que la quebrante (34), o como la de Frederic Munné, crítico con Geiger por no prestar importancia al hecho de que el bajo coeficiente de efectividad en las normas pueda servir de parámetro para medir la validez y vinculatoriedad no sólo formal, sino también material de las mismas, tanto si se debe a altos índices de incumplimiento por parte de AA como si se debe a altos índices de \bar{r} ante el incumplimiento (35).

3. Geiger, siguiendo su análisis de la norma como realidad vinculante, plantea una cuestión muy debatida en el positivismo jurídico: la de la naturaleza imperativa de la norma; aunque no se adhiere a las posiciones más radicales, converge con la idea de que, en un sentido amplio, la norma es un orden o un imperativo.

Fue por primera vez John Austin quien de una forma más extrema concibió la norma como una orden imperativa que emanaba del soberano legislativo y se dirigía a los destinatarios de las normas. Toda norma es un mandato, término que Austin define como expresión de un deseo de quien lo enuncia acompañado de la amenaza de un mal para el caso de que el destinatario no realice la conducta mandada. Es la posibilidad del mal la que determina la vinculación del supuesto pasivo (36). Joseph Raz ha descompuesto en seis requisitos las condiciones necesarias para que exista un mandato: 1. A desea que alguna otra persona se comporte de cierta manera. 2. A expresa este deseo. 3. A prevé producir daño al destinatario del deseo si éste no es cumplido. 4. A tiene poder suficiente para producir este daño. 5. A expresa su intención de producir el daño en ese caso. 6. El man-

(33) OLIVECRONA, K., *cit.*, pp. 151 y ss.

(34) HART, H. L.-A.: *El concepto de Derecho*, trad. cast. de Genero Carrió, Nacional, México, 1980, especialmente pp. 65 y ss. y 125 y ss.

(35) MUNNÉ, F.: *Sobre el concepto de conducencia jurídica: un análisis psicológico social*, en «Sociología y psicología jurídicas», núm. 5, 1978, pp. 20 y 22.

(36) AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence*, *cit.*, pp. 88 y ss.

dato expresa el contenido del deseo y de la amenaza de A (37). Es, por tanto, fundamental que el deseo y la amenaza del mal no sólo se constaten en la voluntad del mandante, sino que dicha voluntad trascienda mediante su expresión.

Geiger no concuerda con esta noción de la norma como mandato, pero sólo por una razón: porque —como ya tuve ocasión de citar— las proposiciones normativas no son todas proclamativas de la norma subsistente, sino que, todo lo contrario, suelen ser meramente declarativas. Sin embargo, en sentido amplio, sí acepta que la norma, en cuanto expectativa exigente, se considere un imperativo (38). Ya antes de sus «Estudios de Sociología del Derecho» («Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts»), Geiger había abordado el tema en «Moral y Derecho» («Über Recht und Moral»), señalando que indirectamente la legislación es expresión de la voluntad del gobernante efectivo, si bien dicho gobernante efectivo también debía, si el Estado poseía una organización constitucional, someterse a su propia voluntad en forma de legislación (39). En realidad, nos encontramos con un planteamiento comparable al de Kelsen (40) y, sobre todo, al de Olivecrona, para quien el carácter imperativo de las normas es evidente, pero entendiendo como imperativo no una declaración de voluntad, sino una forma de expresión utilizada para influir en la conducta de los individuos, que no se relaciona personalmente con los destinatarios —tal como entendía Austin— porque es «independiente» de esa relación personal (41). Es esta independencia la que diferencia a la norma de la orden que un atracador dirige al cajero para que le entregue el dinero bajo la amenaza de un mal en caso de que no cumpla la orden. Tanto la norma como la orden del atracador son imperativas, pero en la primera este rasgo connota una mera forma de expresión cuyo objeto es influir en la conducta de los individuos, pero sin crear con ellos una relación personal (42).

A pesar de esta coincidencia entre Geiger y Olivecrona, el pensador alemán se separa frontalmente de la Escuela de Uppsala al discordar con la idea de que las normas, al contrario que el ordenamiento real, son sólo meras expresiones de deseo o representaciones de la realidad. Para Geiger el concepto de norma no es metafísico. Aun aceptando que A tiene una idea metafísica que le conduce a una determinada forma de obrar, esa idea, incluso admitiendo que es de contenido irreal, causa un fenómeno que percibimos en el mun-

(37) RAZ, J.: *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 11.

(38) GEIGER, T., *cit.*, p. 57.

(39) GEIGER, T.: *Moral y Derecho*, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés, Alfa, Barcelona, 1982, pp. 122 y ss.

(40) KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, *cit.*, pp. 37 y 38.

(41) OLIVECRONA, K.: *cit.*, pp. 127 y 128.

(42) *Ibid.*, pp. 110 y 209 y ss.

do sensible, por lo que también es una realidad. Esquemáticamente, si en Σ $s \rightarrow g$ es una consecuencia de que los A_{Σ} tengan la repre-

sentación mental $(s \rightarrow g)_v \frac{A_{\Sigma}}{BB}$, esta representación mental es a la

a la vez realidad, aunque se demuestre que «v» es sólo una representación de la fantasía de los A_{Σ} (43). Es más, Geiger afirma que

$(s \rightarrow g)_v \frac{A_{\Sigma}}{BB}$ no siempre posee un contenido irreal, porque puede que

lo que induzca a A a comportarse de un modo determinado, es decir, «v», no sea una fuerza interna (por ejemplo, la creencia en un demonio que le pueda castigar o en una divinidad que le pueda recompensar, o simplemente la sensación de obrar conforme al Bien), sino una fuerza externa, y entonces «v» misma es una realidad (44). En cualquier caso, Geiger defiende, frente a realistas y sociologistas, que el concepto de norma no responde a representaciones ni a sentimientos, sino a una relación empírica real.

4. EL DERECHO Y LOS DEMAS ORDENAMIENTOS SOCIALES

Cuando Theodor Geiger habla del significado de los ordenamientos sociales y de las normas de los ordenamientos sociales, apunta rasgos generales que, obviamente, también atribuye al ordenamiento jurídico, en cuanto que es un tipo de ordenamiento social. No es hasta la segunda parte de sus «Estudios de Sociología del Derecho» cuando profundiza en las diferencias entre el ordenamiento jurídico y los demás ordenamientos sociales, diferencias que, para Geiger, nunca son nítidas. Así, desde el punto de vista temporal, no se puede concretar el momento histórico en que el ordenamiento social se convierte en jurídico. Hasta llegar al derecho, es necesaria la previa existencia de ordenamientos anteriores, prejurídicos, pero durante determinados períodos históricos el ordenamiento no poseerá todavía naturaleza jurídica, y a pesar de ello tampoco será «meramente» lo que precede al derecho (45).

Geiger analiza el fenómeno que denomina «pluralismo de los sistemas sociales de ordenamiento». Del hecho de que con el tiempo se consolide un ordenamiento jurídico no se infiere que llegue a ser el único ordenamiento dominante en una sociedad. Junto a él, conviven otros ordenamientos sociales que, aunque no se subordinan a la organización estatal, se subordinan al «conjunto de la sociedad

(43) GEIGER, T.: *Estudios de Sociología del Derecho*, cit., pp 57 y 58.

(44) *Ibid.*, p. 59.

(45) *Ibid.*, pp. 114 v 115.

libre» (46). Para T. B. Bottomore, este pluralismo se evidencia incluso en las sociedades más avanzadas, y se comprueba en el hecho de que tanto el legislador, al elaborar las leyes, como el juez, al aplicarlas, obran influenciados por las concepciones morales y religiosas y por las costumbres y convenciones (47).

El ordenamiento jurídico y el conjunto de los demás ordenamientos sociales coexisten en una continua interconexión, pero desde luego este dato no impide que Geiger se adentre en el estudio de los factores diferenciales entre uno y otro. Lo destacable es que Geiger sostiene que, tanto si pensamos en una creación endógena del derecho (cuando una sociedad regida por un ordenamiento social convierte algunas de sus reglas en jurídicas) como si pensamos en una creación exógena del derecho (cuando una sociedad recibe de otra sociedad invasora reglas que regulan determinadas relaciones entre sus miembros), existe una ordenación social previa que, en mayor o menor medida, continúa vigente sin que se transforme en jurídica. La única distinción que se puede realizar entre las normas sociales no jurídicas y las normas jurídicas es en base a los criterios que se utilizan para seleccionar las relaciones que van a ser ordenadas jurídicamente. Por tanto, de nuevo nos topamos con que sólo formalmente y no por su contenido posee diferencias relevantes el ordenamiento jurídico, tal como veremos a continuación (48). Como indica Rosaria Ferrarese, Geiger concibe el derecho como el resultado del progreso de las estructuras de ordenamientos arcaicos que de un carácter prejurídico evolucionan hacia un carácter jurídico, por lo que se puede definir como la formalización de las reglas consuetudinarias particularmente consolidadas y, por tanto, merecedoras de tutela especial. Todo ello redundará, además, en la protección del principio de estabilidad de la norma (49).

La diferencia fundamental entre el ordenamiento jurídico y los ordenamientos no jurídicos consiste en la existencia en el primero de un aparato especial y unos órganos propios que lo respaldan. En los ordenamientos sociales, Ω , como opinión pública o como «los otros», se encarga de mantener el cumplimiento de las normas y, en su caso, de reaccionar inmediatamente contra los infractores. Geiger recalca que esta tarea de mantenimiento y reacción se institucionaliza en el ordenamiento jurídico, ya que Ω pasa a ser Δ , que abarca la organización judicial (con fines declarativos y ejecutivos) y la policial (con fines preventivos) (50); el sociólogo alemán sigue así los pasos de Kelsen y sobre todo, en esta ocasión, de Weber.

Para Kelsen, mientras en el Derecho las reacciones en caso de

(46) *Ibíd.*, pp. 142 y 143.

(47) BOTTOMORE, T. B.: *Introducción a la sociología*, trad. cast. de Jordi Sole-Tura y Gerardo Di Masso, Península, Barcelona, 8.ª ed., 1978, pp. 298 y ss.

(48) GEIGER, T.: *Estudios de Sociología del Derecho*, *cit.*, pp. 143 y 144.

(49) FERRARESE, M.ª R.: *Diritto, tempo e legittimazione*, en «Sociología del Derecho», 1984, fasc. 1, p. 188 y nota 2.

(50) GEIGER, T.: *Estudios de Sociología del Derecho*, *cit.*, pp. 118 y ss.

incumplimiento son medidas coactivas socialmente organizadas, en las normativas no jurídicas no hay tal concreción y organización (51). Como describe Pattaro, en el derecho, Kelsen imputa al hecho asumido como condición una consecuencia que es un acto coercitivo y socialmente organizado, lo que no ocurre en la moral. Pero una misma norma puede ser a la vez moral y jurídica, teniendo un mismo contenido pero siendo formalmente desiguales (52).

Igualmente, Weber define el derecho como un orden garantizado externamente por la probabilidad de la coacción ejercida por un «cuadro de individuos» instituidos para hacer observar dicho orden o castigar su transgresión (53); la convención (en el sentido de orden no jurídico) es también un orden garantizado externamente, pero no por la probabilidad de la coacción ejercida por un cuadro de individuos, sino por la probabilidad de la reprobación general y pública (54). Lo decisivo es ese «cuadro coactivo», que al igual que para Geiger no tiene por qué ser análogo al que poseemos en la actualidad (55).

Por tanto, en el derecho, «r» ya no es la respuesta espontánea de Ω a $s \rightarrow g$, sino el producto de una decisión que procede de instancias especiales y que se toma tras la reflexión de la adecuación de $s \rightarrow g$ a una norma previamente tipificada. Ello produce un efecto secundario, también importante, que es la necesidad de elaborar normas que no se dirijan a todos los A_{Σ} , sino sólo a los AA que participan en la función judicial o policial; normas que no serían materiales, sino procesales (56), indispensables para el funcionamiento eficaz del sistema (57).

(51) KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pp. 23 y 24.

(52) PATTARO, E.: *Elementos para una teoría del Derecho*, trad. cast. de Ignacio Ara Pinilla, Debate, Madrid, 1986, pp. 53 y ss.

(53) WEBER, M., cit., p. 27.

(54) *Ibid.*, pp. 28 y ss. Como indica Elías Díaz, al tomar el «cuadro coactivo» como elemento decisivo en el concepto de derecho, Weber, por una parte, supera las actitudes extremas del sociologismo jurídico, y por otra asegura la compatibilidad entre una concepción normativa del Derecho y la sociología jurídica. En este sentido, E. Díaz reconoce situarse más cerca de Weber y Geiger que de otros sociólogos del Derecho que defienden el dominio de su disciplina sobre la Filosofía del Derecho y la dogmática jurídica (DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 2.ª ed., 1982, pp. 145 y 146, y nota 45 de la 3.ª part.).

(55) La transición de Q a D es fluida. Geiger cita cinco etapas: 1. Q es el jefe o rey-juez de la tribu. 2. En la sociedad jurídico-sacramental, Q es el sumo sacerdote. 3. Q son los alcaides que los conquistadores ensalzan para vigilar a sus súbditos. 4. Q es el «ting» o tribunal popular, que al evolucionar pasa a ser D, y 5. D son los tribunales compuestos por personas designadas por la autoridad o por la comunidad en general (GEIGER, T.: *Estudios de sociología del derecho*, cit., p. 119). Weber comparte esa idea de evolución paulatina e incluso cita ejemplos que en la actualidad se sitúan a medio camino entre la sanción jurídica y la sanción no jurídica, como el boicot formalmente organizado y proclamado que, aunque es un medio de coacción, no es propiamente jurídico, ya que no es un cuerpo de personas imparciales el que decide y ejecuta la sanción (WEBER, M., cit., p. 28).

(56) GEIGER, T.: *Estudios de Sociología del Derecho*, cit., pp. 119 y 120.

(57) Para Carnelutti, sólo las normas procesales pueden considerarse órdenes o mandatos, ya que no se debe confundir el destinatario de la norma con el destinatario

El hecho de la institucionalización de la reacción contra el transgresor de la norma mediante la creación de una nueva instancia (Δ) repercute además, a juicio de Geiger, en una modificación de la noción de interdependencia, sustrato necesario para la aparición de los ordenamientos sociales. En la sociedad organizada jurídicamente, «la interdependencia social está institucionalizada y monopolizada», en cuanto que se concentra en un poder central, con lo que, en palabras de Geiger, «pierde inocencia»: el ordenamiento jurídico es una expresión directa de la desconfianza. La persona individual es más independiente y, aunque la interdependencia social subsiste, ya no actúa de forma tan inmediata, y el estilo de vida familiar del grupo pequeño lo sustituye la frialdad en las relaciones recíprocas entre las personas, que sólo persisten en círculos estrechos de amistad y parentesco (58). El nacimiento del ordenamiento jurídico y sus repercusiones en la interdependencia entre los hombres significan, para Geiger, un cambio sustancial en el integrado social, similar al que Weber concibiera en el paso de la «comunidad», relación social en la que los individuos tienen el sentimiento subjetivo de constituir un todo, a la «sociedad», relación en la que las actitudes sociales se deben a una compensación o unión de intereses y se orientan racionalmente con arreglo a valores o a fines (59).

Al expandirse Σ , se crea un poder central Π , que condensa la interdependencia social, por lo que ya sólo funciona por la aceptación racional de la subordinación a un conjunto social y, asimismo, por la amenaza del empleo de la coacción organizada por Π . En definitiva, es consustancial a la idea de ordenamiento jurídico o de derecho la idea de Estado, lo que se refleja en dos planos: a) en la adscripción del derecho a una «clase especial de integrados-sociales que sustentan un ordenamiento», entendiendo por «Estado» la «multitud organizada de personas pertenecientes al mismo grupo»; b) en la idea de una peculiar estructura de la maquinaria jurídica, entendiendo el Estado como un aparato impersonal de dominio que actúa mediante sus órganos (60).

5. CONCLUSIONES

Por lo hasta ahora expuesto, se podría recapitular diciendo que la sociología del derecho de Theodor Geiger se apoya en la existencia de una pluralidad de ordenamientos sociales entre los cuales el orde-

de la sanción. La sanción es «la determinación de la conducta por personas distintas de los interesados para el caso en que el precepto fuera desobedecido», de tal modo que si la ley condena al homicida a ser encarcelado, no ordena a quien quebranta la ley, sino a los funcionarios encargados de decidir su pena y de ejecutarla (CARNELUTTI, F.: *Teoría general del derecho*, en «Revista de Derecho Privado», trad. cast. de Carlos G. Posada, Madrid, 1941, pp. 65 y 66).

(58) GEIGER, T.: *Estudios de Sociología del Derecho*, cit., pp. 120 y ss.

(59) WEBER, M., cit., p. 33.

(60) GEIGER, T.: *Estudios de Sociología del Derecho*, cit., pp. 115 y 116.

namiento jurídico destaca no por su contenido, sino por basarse en la existencia de Δ dentro de Σ . En este último epígrafe mencionaré las principales consecuencias que se deducen de esa diferencia cualitativa que distingue al derecho, para finalmente tratar de extraer algunas conclusiones generales.

Las consecuencias a las que acabo de hacer alusión pueden resumirse en cuatro: a) la necesidad de regular la aportación de pruebas, que puede provocar que Δ decida en contra de su propia opinión; b) la tendencia de Δ a adquirir el monopolio total de la ejecución de la reacción; c) la proporcionalidad de la reacción al daño ocasionado por el transgresor de la norma, y d) la capacidad del transgresor de la norma de hacer valer sus derechos frente a Δ :

a) Anteriormente analicé cómo con la institucionalización de la administración de justicia era precisa la creación de normas procedimentales que regularan el funcionamiento de Δ , que de este modo no es libre, sino que su modo de actuar debe ajustarse a las pautas formales marcadas. Pues bien, estas normas procesales, además de regular las facultades y obligaciones de quienes participan en el proceso, establecen directrices sobre la marcha del mismo y, en concreto, sobre la forma de presentación y la valoración de las pruebas. Con ello se llega a la situación de que para la creación de Σ ante el incumplidor A, no basta el convencimiento de Δ de que A ha infringido la norma, sino que se requiere que se aporten pruebas de dicha reacción. E incluso, opuestamente, puede que el convencimiento de Δ de la inocencia de A no sirva cuando los hechos se le imputan salvo prueba en contrario o cuando se otorgue pleno valor a las presunciones (piénsese, por ejemplo, en la «*praesumptio iuris et de iure*») (61).

b) El hecho de que el Estado (II) monopolice a través de Δ las reacciones frente al incumplimiento de las normas significa que sólo Δ es competente para decidir si hay motivos para «r». Pero además de esta función declarativa, Δ ha ido acaparando la función ejecutiva. En los ordenamientos jurídicos arcaicos, Δ encargaba al propio B (supuesto beneficiario de la norma) o a la colectividad la ejecución privada de la reacción contra A. Sólo con la plena consolidación del ordenamiento jurídico, Δ monopoliza la función de ejecución, pero hasta llegar a este momento hay toda una evolución intermedia (62).

c) Otra consecuencia de la aparición de Δ es que la reacción se racionaliza y se mide según el perjuicio ocasionado por A y según su intención. Las normas jurídicas penales tipifican las posibles conductas y cuantifican la pena de forma proporcional al dato objetivo del daño de un bien jurídico y al dato subjetivo de la culpa o el dolo del transgresor. Mientras la reacción espontánea anterior a la existencia de Δ se centra en el dato subjetivo, la reacción organizada a tra-

(61) *Ibid.*, pp. 135 a 137.

(62) *Ibid.*, pp. 137 a 139.

vés de Δ , ante las dificultades de conocer las verdaderas intenciones de A, prevé pautas supletorias objetivas. Además, la proporcionalidad de la reacción no sólo se asegura por la tipificación del delito y de la pena, sino también por la posibilidad de apelar a instancias superiores dentro de Δ (63).

d) El hecho de la existencia del ordenamiento jurídico proporciona, por otra parte, mayor grado de certeza en los «derechos» del infractor de la norma, en cuanto que Δ tiene obligaciones frente a él, tanto formales —obligación de atenerse al procedimiento establecido— como materiales —obligación de no cargar al incumplidor con más desventajas jurídicas que las expresamente especificadas en las normas (64).

¿Qué conclusiones generales se pueden extraer del examen del concepto de ordenamiento jurídico como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger?

En el epígrafe cuarto de este trabajo analizábamos el tránsito de las normas pertenecientes a ordenamientos no jurídicos que se convertían en jurídicas, tránsito que representaba una modificación en la naturaleza de la norma y que afectaba a aquellas relaciones que el poder central (II) consideraba que debían ser ordenadas jurídicamente. Por tanto, la mejor forma de diferenciar el contenido de las normas jurídicas del contenido de las no jurídicas equivaldría a los criterios de selección empleados por II para escoger las relaciones que pasarían a regirse por el derecho.

Esos criterios de selección se podrían concretar de la siguiente manera: deben regularse jurídicamente, de modo que se garanticen con la amenaza de reacciones institucionalizadas, «aquellas normas que parecen imprescindibles para la supervivencia y funcionamiento del integrado social en su estructura total dada», ya que dicha supervivencia y funcionamiento no pueden dejarse a expensas de reacciones espontáneas, dependientes de factores instintivos y volitivos (65). Pero, como advierte R. Bettini, para Geiger el «mito della conformità allo scopo» como factor de selección de las normas jurídicas no es más que un dogma del racionalismo del iluminismo tardío, del socialdarwinismo y de la hegeliana «astuzia dello spirito» (66), porque ese dogma viene a afirmar que el poder central escoge para ordenarlas jurídicamente relaciones cuya regulación «se considera imprescindible para el interés de la sociedad de derecho», con lo que se trata de encubrir una evidente tautología, un círculo vicioso, porque el hecho de que «la regulación de una determinada relación de la vida se juzgue indispensable para la supervivencia de la sociedad de derecho»

(63) *Ibid.*, pp. 139 a 141.

(64) *Ibid.*, pp. 141 a 142.

(65) *Ibid.*, pp. 143 a 144.

(66) BETTINI, R.: *Effectività ed efficacia del diritto nella prospettiva della legittimazione*, en «Sociología del Diritto», 1984, fasc. 1, p. 213 (nota 7).

no sólo se debe al hecho de que «el ordenamiento jurídico se encargue de su defensa» (67).

En resumen, desde el punto de vista de la sociología del derecho lo único factible es, para Geiger, constatar que los ordenamientos jurídicos regulan determinados conjuntos de relaciones de vida de distintas sociedades de derecho; pero tratar de llegar a conclusiones del tipo: «En una sociedad teocrática el culto religioso está sancionado jurídicamente» o «la propiedad privada es un derecho cardinal de la sociedad capitalista», no conduce más que a enunciar tautologías (68).

Determinar materialmente el ordenamiento jurídico respecto a los demás ordenamientos es, en definitiva, siguiendo a Geiger, imposible; las únicas diferencias son las derivadas del tipo de integrado social que sustenta el ordenamiento y de la estructura del mecanismo del ordenamiento (69). Es más, Geiger no admite como excepción que las normas que se refieren a la estructura y a las funciones del poder central sean por su contenido, «per se», jurídicas. Las normas con ese contenido no pueden dejar de ser jurídicas sólo porque sus objetos propios únicamente se manifiestan en el plano de la vida social cuando se forma un ordenamiento jurídico, por lo que volvemos a tropezar con una flagrante tautología (70). En palabras de Paul Trappe en su ensayo introductorio a la obra de Geiger, las normas no jurídicas no se distinguen de las jurídicas, salvo por su garantía, imposibilidad, esfera de validez, descriptibilidad y capacidad de abstracción, todos ellos factores formales (71). Manfred Rehbinder ha llegado a decir que la «sociología del derecho sabe, desde las detalladas exposiciones de Theodor Geiger sobre el nihilismo práctico de los valores, que la afirmación de que una solución es justa constituye una ilusoria superestructuración de un sentimiento y es insostenible desde el punto de vista teórico» (72). En Geiger encontramos también los prejuicios contra el iusnaturalismo que parecían monopolizados por el positivismo jurídico.

(67) GEIGER, T.: *Estudios de sociología del derecho*, cit., p. 144.

(68) *Ibid.*, pp. 144 y 145.

(69) *Ibid.*, p. 145.

(70) *Ibid.*

(71) TRAPPE, P.: *El campo legítimo de investigación de la sociología del derecho*, ensayo introductorio a la obra cit. *Estudios de sociología del derecho*, p. 12.

(72) REHBINDER, M.: *El sentimiento jurídico*, en «Sociología y Psicología Jurídicas», núm. 10, 1983, p. 29.

Sociología sistémica y política legislativa

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Oviedo

INTRODUCCION (*)

Prácticamente desde los primeros pasos de la sociología del Derecho se acepta que uno de sus temas principales habrá de consistir en el examen de la repercusión de las normas jurídicas sobre la sociedad. Pero en los últimos tiempos la cuestión ha cobrado matices nuevos, que complican la investigación: el Estado tiene una participación cada más activa en la configuración de la sociedad, los poderes públicos aparecen comprometidos, incluso por imperativo constitucional, en la empresa de hacer operativos ciertos derechos sociales, impensables bajo la óptica del Estado liberal, el número de las normas de todo rango crece en proporción sólo comparable al aumento de la burocracia y de las necesidades fiscales, las instancias mediadoras entre los sujetos particulares y la maquinaria estatal van en aumento constante, movimientos corporativos y grupos de influencia de todo tipo condicionan en medida cada vez mayor la producción de normas y su aplicación, especialmente en el nivel administrativo, las investigaciones empíricas ponen de relieve la creciente inaplicación de las normas y los constantes atentados contra el principio de legalidad y la jerarquía normativa, las experiencias de algunos países muestran el fracaso de políticas reformistas que únicamente se expresan en las páginas de la Gaceta oficial, crece el número de disposiciones legales que sólo muestran eso que los sociólogos llaman la función simbólica de la ley en las normas la tipificación de supuestos, o programación condicional, cede cada vez más terreno a la proclamación de objetivos, o programación teleológica, etc.

En este marco, no es chocante que se expresen en la teoría las posturas más contradictorias, y que sociólogos, juristas y politólogos

(*) Agradezco a Pilar Jiménez Alcover y Jesús Ignacio Martínez García por su amabilidad al proporcionarme algunos de los materiales bibliográficos usados en este trabajo. Particularmente profunda es también mi deuda con André-Jean Arnaud.

se enzarcan en polémicas en las que, por igual, se exprese la crítica al desbordamiento legislativo y la necesidad de reglamentar en sede jurídica nuevos ámbitos (medio ambiente, informática...); la conveniencia de perfeccionar las técnicas regulativas del derecho, con vistas a su mayor eficacia, y el postulado de desreglamentar ciertos ámbitos de la vida social; la defensa del Estado social y la nostalgia del Estado mínimo; el elogio del carácter formal del derecho y la exigencia de un mayor contenido material. En el fondo, las discusiones parecen moverse en torno al trilema siguiente: un derecho alternativo, una alternativa al derecho o el derecho tradicional reformado (1).

Lo que en este trabajo nos proponemos es examinar los contornos que esta problemática adopta desde una de las más pujantes y actuales direcciones de la sociología jurídica, como es la teoría de sistemas, bajo la influencia predominante de la obra, compleja y voluminosa, de Niklas Luhmann (2). Ahora bien, en torno a las teorías de Luhmann haremos sólo unas indicaciones introductorias, y ello por varios motivos. En primer lugar, porque de su obra comienzan a existir ya entre nosotros buenas y claras exposiciones (3). Por eso consideramos que, en vez de repetir aquí argumentos conocidos, puede interesar más analizar ulteriores desarrollos de esa teoría. Y, en segundo lugar, esos desarrollos, en lo que se refiere al tema de la política jurídica, que aquí nos interesa, han venido de la mano, ante todo, de autores como Gunther Teubner y Helmut Willke, quienes han tratado de desarrollar a tales efectos un nuevo concepto del derecho, de base sistémica, que recibe la denominación de «derecho reflexivo», y que sería, a la luz del trilema citado, un derecho alternativo. En su teoría, van más allá de los postulados de Luhmann en algunos aspectos importantes y, sobre todo, formulan un nuevo programa de política legislativa, con el ánimo de mediar en las polémicas citadas.

(1) Vid., al respecto, GÖRLITZ, A. y VOIGOT, R.: *Rechtspolitologie. Eine Einführung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1985, p. 37.

(2) Como muestra del lugar creciente que va ganando esta dirección en la sociología del derecho, puede verse, por ejemplo, el amplio espacio que le dedica uno de los más completos tratados recientes: RÖHL, K. F.: *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*, Köln, etc., Carl Heymann, 1987, pp. 389 y ss. Sobre el supuesto cambio de paradigma que representa, NELKEN, D.: *Changing Paradigms in the Sociology of Law*, en TEUBNER, G. (ed): *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1988, pp. 191 y ss.

(3) Hay que destacar, especialmente, el trabajo de MARTÍNEZ GARCÍA, J. I.: *Justicia e igualdad en Luhmann*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1987, pp. 43-87, que recoge la bibliografía en español. Especial mención merece también la temprana exposición que de las ideas de Luhmann llevó a cabo entre nosotros OLLERO, A. (entre otros trabajos: «Systemtheorie»: *¿Filosofía del Derecho o Sociología Jurídica?*, en «Anales de la Cátedra», F. Suárez, 13, 1973, pp. 147-177). Sobre la cuestión de la dogmática jurídica en Luhmann, ATIENZA, M.: *El futuro de la dogmática jurídica*, en «El Basilisco», núm. 10, mayo-octubre 1980, pp. 63-69. En cuanto a la teoría política en Luhmann, GARCÍA BLANCO, J. M.: *Poder y legitimidad en la teoría sociológica de Niklas Luhmann*, en «Revista Internacional de Sociología», 44, 1986, pp. 503-525. También nosotros hemos realizado alguna contribución al respecto: GARCÍA AMADO, J. A.: *Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann*, en «Droit et Société», 11, 1988 (en prensa).

De ahí que nos concentremos en el análisis de este último aspecto y de sus consecuencias (e inconsecuencias) y nos conformemos con una sucinta introducción a los fundamentos de la sociología sistemática luhmanniana, dando el resto por conocido o, cuando menos, accesible.

1. LOS SISTEMAS SOCIALES Y EL SISTEMA JURIDICO EN LUHMANN

Para Luhmann, la sociedad existe como sistema social, que surge en respuesta al problema de la doble contingencia y con la función de reducir complejidad. Por complejidad se alude al conjunto de todos los sucesos (*Ereignisse, events*) posibles (4). Significa, por tanto, un mundo de posibilidades que no es un mundo real, de realidades, por cuanto que la igualdad radical de lo posible, en tanto que posible, no se rompe hasta que alguna forma de prelación permita la decantación de uno de esos mundos posibles como mundo real. Sólo una vez que se haya introducido alguna forma de orden en esa inabarcabilidad de lo posible, se habrá reducido complejidad, habrá comenzado a existir sociedad. Pero ello no tendrá lugar como resultado de ningún propósito, ni de la acción inteligente de ser alguno, sino de la necesidad de resolver el problema de la «doble contingencia» y como producto de lo que Luhmann denomina «la fatalidad del acaso» (5).

«Contingente» sería aquello que no es ni necesario ni imposible, sino meramente posible. En un momento en que aún no existiera sociedad y dos individuos se encontraran, cada uno percibiría esa contingencia, tanto referida a sí mismo como al otro. Ninguno sabría lo que puede esperar del otro, ni lo que el otro puede esperar de él mismo, ante ese campo de posibilidades de acción que se les abre, ante esa complejidad no reducida. En tanto no ha aparecido ningún principio de orden no existe pauta de previsibilidad de comportamiento propio ni ajeno, nada es previsible donde todo es posible; no hay expectativas, no hay comunicación. La inducción de orden, la reducción primera de la complejidad originaria, la ruptura de esa doble contingencia es, simplemente, la transformación de la posibilidad genérica en realidad concreta: basta que uno de los individuos haga algo. Luhmann se apoya en la lógica de Spencer Brown para describir ese paso inicial de constitución de lo social. La situación de partida

(4) LUHMANN, N.: *Soziologische Aufklärung 1*, Opladen, Westdeutscher, 1970, p. 115; *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas*, en HABERMAS, J., y LUHMANN, N.: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt, Suhrkamp, 1971, p. 312.

(5) LUHMANN, N.: *Oekologische Kommunikation*, Opladen, Westdeutscher, 1986, p. 55.

equivale al *unmarked space*, a un espacio carente de límites definidos y señalizaciones, en el que la orientación no es posible. El acto, cualquiera que sea, de un individuo significa una primera referencia en ese espacio, una *distinction* que pone fin a la indeterminación de lo indiferenciado (6). Con ello, ese individuo ha realizado una primera selección: ha elegido una de sus posibilidades de actuación. En tal selección se contiene implícita una primera oferta a la otra parte: la de atenerse o no a la misma selección, a la misma pauta. Se ha producido una primera estructuración del horizonte de lo posible, que lo hace accesible en clave binaria: aceptar o no aceptar la selección. Pero, cualquiera que sea la respuesta, operará, a su vez, como selección con la que la otra parte podrá enlazar en idéntica clave. Algo habrá surgido indefectiblemente: comunicación.

Así pues, el sistema social aparece desde el momento que un acontecimiento enlaza los individuos a través de su sentido compartido y posee, con ello, el carácter de comunicación. Las comunicaciones son, para Luhmann, los elementos componentes del sistema social global o sociedad. De ahí que diga que, en cuanto sistema, la sociedad consta de comunicaciones, sólo de comunicaciones y de todas las comunicaciones (7). Lo que no sean comunicaciones (la materia, los organismos biológicos, la conciencia de los individuos...) no forma parte del sistema social, sino de su medio o ambiente (*Umwelt*) (8).

Sociedad surge, como vimos, desde el momento en que entran en interrelación personas. Pero tanto el aumento del número de las personas que se integran en ese sistema primero, como la multiplicación de las comunicaciones y los comportamientos posibles, conllevan un nivel de complejidad paralizante. La sociedad no puede crecer mientras la complejidad que aún admite dentro de sí no se reduzca, mientras no se canalice nuevamente. En tanto que cada individuo social deba ante cada evento tomar en consideración todas las respuestas posibles en el seno de la sociedad, y mientras cuente para ello con un sistema comunicativo general e indiferenciado, se hará inevitable muy pronto el bloqueo de la dinámica social por sobresaturación.

La solución a ese problema, estriba, según Luhmann, en la generación, a partir del sistema social global, de nuevos sistemas, que son subsistemas de aquél y cuya función es acotar un ámbito determinado de la complejidad operante en la sociedad, con vistas a su reducción. Ya no será necesario que todos se ocupen de todo para to-

(6) Véase LUHMANN, N.: *Die Lebenswelt —nach Rücksprache mit Phänomenologen*, en «ARSP», 72, 1986, p. 181.

(7) Véase, por ejemplo, LUHMANN, N.: *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher, 2.^a ed., 1983, p. 356; *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System*, en «Zeitschrift für Soziologie», 13, 1984, p. 311; *Die Einheit des Rechtssystems*, en «Rechtstheorie», 14, 1983, p. 137.

(8) «La sociedad —dice Luhmann— no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas» (LUHMANN, N.: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München/Wien, Olzog, 1981, p. 20).

do. Cada (sub) sistema permite un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de complejidad con que se ocupa. Y los otros (sub) sistemas, a su vez, podrán prescindir del tratamiento de la misma. La génesis de los sistemas no es ni más ni menos que la especialización funcional para la reducción de complejidad. Solo así podrá evolucionar la sociedad; sólo así podrá hacerse más compleja. Y esa dinámica de aumento y reducción de complejidad sería el motor de la evolución social.

En tanto que los subsistemas lo son del sistema social, éste constituye su medio, y se componen de comunicaciones. Pero, puesto que ello no les impedirá ser sistemas perfectamente autónomos, habrán de contener algún dato especificador, que los diferencia frente a su medio social; deberán poseer unos límites definidos, que eviten su confusión con el medio o su disolución en él. Esos límites son límites de sentido (*Sinn Grenzen*). Cada sistema posee su sentido delimitador frente a su medio. Ahora bien, «no hay un sustrato óptico del sentido» (9). Por sentido entiende Luhmann únicamente una determinada «estrategia» de selección de elementos o posibilidades, a partir de un medio más complejo, y las *Sinn Grenzen* o límites de sentido son los apoyos de esa selección (*Selektionshilfen*) (10), en cuanto que estabilizan una diferencia entre lo que integra el sistema y lo que queda fuera de él, mediante un simple esquema binario en términos de sí-pertenece/no-pertenece. La función del sentido es la estructuración de un campo abarcable de posibilidades bajo ese esquema bipolar. Y esto es tanto como decir que sirve a la reducción de complejidad y a un subsiguiente aumento de la misma, pero traducida al esquema peculiar del sistema así constituido y, por tanto, manejable (11). En suma, los sistemas se componen de comunicaciones, pero se delimita la pertenencia de éstas a los sistemas mediante el sentido.

Para Luhmann, los sistemas sociales nacen en razón de su función para el sistema social, pero, en cuanto que, una vez constituidos, permanecen, no son sino producto de sí mismos. Aun cuando cada sistema social se compone de comunicaciones es el propio sistema el que gobierna el sucederse de las comunicaciones dentro de él, enlazando cada nueva comunicación con otras comunicaciones anteriores del mismo sistema. El sistema existe realmente como tal desde el momento en que es autónomo para encadenar mediante sus elementos la reproducción de sus propios elementos, en un «proceso sin fin» (12). De ahí

(9) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, Frankfurt, Suhrkamp, 1985, p. 142.

(10) LUHMANN, N.: *Moderne Systemtheorien als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse*, en HABERMAS, J., y LUHMANN, N.: *op. cit.*, p. 13.

(11) Ejemplo: sólo puede ser derecho aquello que caiga bajo los límites de sentido que en cada caso configuran qué pertenece al sistema jurídico, con lo cual se ha reducido complejidad, pues un enorme campo de posibilidades (complejidad) queda en cada momento al margen del derecho —la moral, la ciencia, las relaciones íntimas...—; pero, al mismo tiempo, un número de posibilidades muy alto puede ser sometido al examen de legalidad bajo el código binario legal/ilegal, que rige el funcionamiento del sistema jurídico.

(12) LUHMANN, N.: *Die Wirtschaft der Gesellschaft...*, *cit.*, p. 315.

que los sistemas sociales sean, para Luhmann, sistemas autorreferenciales o autopoieticos: «son sistemas que por sí mismos producen todo lo que usan como unidad, mediante lo que usan como unidad, consistiendo precisamente en ello su unidad como sistemas» (13). Producen sus elementos mediante sus propios elementos, y, a partir de ahí, producen también todo lo que identifica al propio sistema como unidad: sus operaciones, procesos y estructuras, su misma identidad como sistema. La autonomía del sistema es su modo de reproducción. Su autonomía es la autonomía de su reproducción recursiva. El sistema jurídico, por ejemplo, como tal, no es ni la totalidad de los actos jurídicos acontecidos, ni un conjunto de normas, ni una jerarquía formal: es el modo como el derecho se puede crear únicamente a partir del propio derecho.

Esta recursividad de su autorreproducción convierte a los sistemas sociales en cerrados, pero es, al mismo tiempo, su «condición de apertura» (14). Si el sistema puede relacionarse con su medio es porque previamente aparece preordenada por el propio sistema la forma de tal relación, el esquema a que se ha de ajustar. Y la autorreferencialidad del sistema consiste en esa autoconstitución continuada del propio sistema a través de sus propias operaciones, que conlleva que toda operación con el medio sea una operación dentro del sistema, una operación del sistema consigo mismo. No habría referencia externa sin autorreferencia (15). Un ejemplo: la juridicidad de un acto (acto que, como dato fáctico, psicológico, etc., es externo al sistema jurídico) sólo puede establecerse dentro del sistema jurídico sobre la base de actos jurídicos anteriores, de los elementos previos de ese sistema; una vez sentada esa juridicidad, ese acto será un nuevo elemento del sistema, condicionante de la juridicidad de los actos siguientes que se le sometán. Por tanto, la clausura autorreferencial de los sistemas es la «forma de extender los contactos posibles con el medio» (16).

El medio es el desencadenante de los cambios estructurales del sistema, pero lo que cada sistema recibe de su medio no es un impulso causal sin participación del sistema mismo, sino una «resonancia» (*Resonanz*), subsiguiente a la producción de un cambio en ese medio, pero en cuanto percibido por el sistema con arreglo a sus claves propias. Los cambios en el medio son meros «datos» que, en cuanto tales, no significan nada en el sistema. Para éste, sólo son relevantes:

(13) LUHMANN, N.: *Systeme verstehen Systeme*, en LUHMANN, N., y SCHORR, K. E. (ed.): *Zwischen Intransparenz und Verstehen: Frangen an die Pädagogik*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, p. 77.

(14) LUHMANN, N.: *The Autopoiesis of Social Systems*, Florencia, EUI Autopoiesis Colloquium Papers, 1985 (Doc. IUE 328/85 -Col. 81), p. 22.

(15) Véase LUHMANN, N.: *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt, Metzner, 1986, p. 12.

(16) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, cit., p. 63.

como «información», pero es el sistema mismo el que determina el valor informativo de los datos que asume (17). Como dice Luhmann, «cada sistema abarca su medio a través de un retículo (*Raster*) de admisión selectiva de información» (18).

Explica Luhmann, que «los sistemas autorreferenciales se ocupan *siempre* consigo mismos, pero *no* pueden ocuparse *sólo* consigo mismos» (19). Se individualizan gracias a la posesión de un código binario propio (legal/ilegal, en el derecho; verdadero/no verdadero, en la ciencia, etc.), y bajo ese esquema dual propio encajan las «irritaciones» provenientes del medio. Pero la asignación, a los datos que toman del medio, de uno u otro término de ese esquema dual, la gobierna el sistema a través de la «programación»: lo verdadero es lo contrario de lo falso, pero la correcta asignación de tal valor se hace depender en cada momento *por el sistema* (el sistema científico, en este caso) de la concurrencia efectiva de algún estado de cosas dentro o fuera del sistema.

En cuanto que cada sistema social es un sistema parcial de la sociedad, su medio o ambiente está formado por las partes de esa sociedad que están fuera de él, es decir, por los otros sistemas sociales. Pero cada sistema no percibiría su medio como sistema, sino como «correlato negativo» de sí mismo, como «todo lo demás» (20), como un todo desordenado, ya que sus criterios de orden se le escapan al sistema. Cada sistema forma parte del medio de los otros sistemas y cada uno percibe a los otros sistemas como aquella parte de la complejidad social que no se reduce con arreglo al código y los programas propios. No hay ningún sistema que posea una perspectiva privilegiada sobre la realidad, sobre los demás sistemas. Ninguno puede conocer los objetos tal cual «son», sino sólo tal como los puede contemplar con arreglo a su código propio. De ahí que el sentido de cada objeto sea «policontextual» (21), y que la sociedad, sistema de sistemas, carezca de vértice y de centro (22). Cada sistema es «opaco» para los otros, tiene el carácter de una «caja negra» (23).

En consecuencia, para Luhmann, el conocimiento es «una cualidad no jerárquica» (24). Existirán tantos conocimientos como sistemas: cada sistema sólo se conoce a sí mismo, sólo posee una percepción de aquello

(17) Cfr. LUHMANN, N.: *Oekologische Kommunikation, cit.*, p. 44-45; *The Autopoiesis of Social Systems, cit.*, p. 17-18.

(18) LUHMANN, N.: *Funktion der Religion*, Frankfurt, Suhrkamp, 1977, p. 18.

(19) LUHMANN, N.: *Selbstlegitimation des Staates*, en «ARSP», Bhf. 15, 1981, p. 75.

(20) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme, cit.*, p. 249.

(21) LUHMANN, N.: *Die Lebenswelt, cit.*, p. 179.

(22) LUHMANN, N.: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, cit.*, p. 22.

(23) LUHMANN, N.: *Soziologische Aufklärung 3*, Opladen, Westdeutscher, 1981, p. 287; *Soziologie der Moral*, en LUHMANN, M., y PFÜRTNER, S. H. (ed.): *Theorietechnik und Moral*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978, p. 44.

(24) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme, cit.*, p. 654.

que llega a integrarse dentro de sus límites (25). Y si cada sistema conoce mediatizado por sus claves internas, habrá que aceptar «la incognoscibilidad de la realidad en sí» (26). Dice Luhmann que «todo lo que el sistema, en el nivel de sus operaciones, contempla como realidad, es construcción del sistema mismo» (27). Y en otra parte añade, con su peculiar estilo: «un sistema sólo puede ver lo que puede ver; no puede ver lo que no puede ver. Tampoco puede ver que no ve lo que no ve» (28). Si insistimos tanto en este punto es porque, como se verá, las apreciaciones de Teubner y Willke divergen un tanto al respecto.

Si los sistemas sociales nacen con la función de reducir complejidad, su propia existencia en las sociedades complejas obedece a la imposibilidad de un consenso fáctico entre los individuos como mecanismo de orientación social, como fundamento de la sociedad. Si a ello añadimos lo que acabamos de ver sobre los límites al conocimiento de cada sistema y recordamos que no hay comunicación fuera de algún sistema social, se sigue la tesis principal de Luhmann frente a Habermas: no podrá ser ningún tipo de «racionalidad comunicativa» la base del consenso, ni éste el referente ideal de la comunicación. No hay discurso al margen de la «dominación» de algún sistema, pues sería *noise*, ruido, no comunicación; no hay una razón previa o superior a los sistemas, o encarnada prototípicamente en uno de ellos. «Al sistema —dice Luhmann— le falta la razón» (29).

Todo esto le conduce a concluir que la legitimación de las actuaciones de un sistema habrá de ser producto del propio sistema, y no venir dada desde fuera. «Toda legitimación es autolegitimación» (30). Aquello sobre lo que en la sociedad se consiente es el funcionamiento de los sistemas, no las decisiones o los contenidos que se sigan de ese funcionamiento. Por ejemplo, fuera del sistema de la ciencia se carece de los presupuestos necesarios para juzgar de la verdad de los enunciados científicos, pero allí donde existe un sistema científico diferenciado, se presupone la fiabilidad de los mismos. E igual con los demás sistemas. Por eso, define Luhmann la legitimidad como «una disposición generalizada a aceptar decisiones de contenido aún indeterminado, dentro de ciertos márgenes de tolerancia» (31).

Todo lo que veníamos mostrando se predicaría también del derecho, aquel de los sistemas sociales concretos a cuyo análisis probable-

(25) Cfr. LUHMANN, N.: *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, p. 449.

(26) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, cit., p. 146.

(27) LUHMANN, N.: *Closure and Openness: On Reality in the World of Law*, en TEUBNER, G. (ed.): *Autopoietic Law*, cit., p. 337.

(28) LUHMANN, N.: *Oekologische Kommunikation*, cit., p. 52.

(29) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, cit., p. 134.

(30) LUHMANN, N.: *Selbstlegitimation des Staates*, cit., p. 65.

(31) LUHMANN, N.: *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand, 3.^a ed., 1978, p. 28.

mente ha dedicado Luhmann más páginas y, quizá, el que mejor se presta a ejemplificar sus tesis.

En opinión de Luhmann, los sistemas se estructuran sobre la base de expectativas, y sólo sobre esa base estructural puede acontecer la autorreproducción de los elementos del sistema. Siendo comunicaciones los elementos de los sistemas sociales, las estructuras de cada sistema tienen que ver con el modo de hacer posible que unas comunicaciones se sigan de otras con arreglo a un cierto orden. «Formación de estructuras —afirma Luhmann— es siempre limitación de la libertad en la combinación de elementos» (32). Se trata de hacer pre- visibles las comunicaciones que se sigan de cada comunicación dentro del sistema. Por eso se afirma que las estructuras sociales se componen de expectativas, son estructuras de expectativas (*Erwartungsstrukturen*) (33) y gracias a su generalización adquieren los sistemas la estabilidad que necesitan. Pues bien, en relación con las expectativas sociales se sitúa la función del derecho.

Existirán expectativas cognitivas, que son las que se modifican al ser defraudadas: si se comprueba que no todos los cuerpos caen con la aceleración previsible a tenor de la ley de gravedad, habrá que sustituir esa ley por otra que acoja esas excepciones como previsibles y cree, así, más adecuadas expectativas. Sin embargo, habría expectativas que deben mantenerse frente a cualquier frustración. Son las expectativas normativas. Aquí los sistemas ya no se adaptan a las circunstancias, sino que defienden sus estructuras contra ellas: la constatación de que hay conductores que circulan en las autopistas por el carril contrario al debido, no lleva a modificar la obligación, y la consiguiente expectativa general, de circular por carriles de sentido único, sino que se mantiene la expectativa originaria y se busca la recomposición de su efectividad, luchando contra la infracción. Si en toda sociedad no existiera un amplio entramado de tales expectativas, que no cambian ante cualquier defraudación, la posibilidad de orientación intersubjetiva de las conductas desaparecería, y las estructuras sociales se harían evanescentes, quedando sin solución el problema de la doble contingencia. Para asegurar esas expectativas existe el derecho. Su función es, en expresión de Luhmann, la «estabilización contrafáctica de expectativas de comportamiento» (34). El derecho usa la posibilidad del conflicto precisamente como medio de aseguramiento de las estructuras sociales, con lo que el conflicto no es disfuncional para la sociedad, sino que sirve para reforzar las expectativas.

En cuanto sistema autorreferencial, es el derecho el que produce derecho, sólo se producen normas jurídicas sobre la base de normas

(32) LUHMANN, N.: *Funktion der Religion*, cit., p. 13.

(33) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, cit., p. 397.

(34) LUHMANN, N.: *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., p. 117.

jurídicas (35), «no hay derecho fuera del derecho» (36). El derecho establece las condiciones de su propia validez y se autolegitima como derecho, y, en cuanto positivo, se acredita exclusivamente por el hecho de haber sido «puesto» por el propio derecho y poder ser también, conforme a derecho, modificado (37). En suma, «la legalidad es la única legitimidad» (38).

También en el derecho es la presencia conjunta de *Code* y programas la que permite al sistema ser a la vez abierto y cerrado. Es normativamente cerrado, pero cognitivamente abierto. No hay normas jurídicas fuera de él, pero su funcionamiento se vincula a acontecimientos externos, cuya averiguación requiere una actividad cognitiva. En este nivel de la elaboración de los programas, el sistema puede «aprender» y adaptarse, reaccionar ante la no realización de expectativas, perseguir un mejor cumplimiento de ciertos fines, etc. Así se procede en las instancias legislativas, a la hora de dotar de contenido a las normas que se crean. Pero una vez creadas, son «programas condicionales», y, como tales, rigen para quienes las aplican, sin que aquí quepa «aprendizaje» ni la adaptación, salvo dentro de unos márgenes muy restringidos. El juez, por ejemplo, no actúa en razón de fines, sino a partir del cumplimiento de ciertas condiciones desencadenantes: las previstas en el supuesto de la norma. Opina Luhmann que desconocer esto e introducir elementos finalísticos, propios de una programación teleológica, que fuerce, por ejemplo, a la ponderación de consecuencias como base de la decisión, significa dificultar la función del derecho como garante de expectativas (39).

También la política es para Luhmann, en las sociedades modernas, un sistema autorreferencial, cuya función consiste en proporcionar a la sociedad decisiones vinculantes. El problema surgirá allí donde la política, que funciona también conforme a un código propio y, en cuanto un sistema más, ya no es el «centro conductor» del acontecer social (40), aplique tales decisiones a la resolución de problemas de funcionamiento internos de otros sistemas. Por ejemplo, ordenando el funcionamiento propio del sistema económico, o del sistema educativo. Ocurriría que, por poseer la política su racionalidad específica y serle los otros sistemas «cajas negras», en cuyo funcionamiento no puede penetrar con sus categorías políticas y sus medios de conocimiento, no existiría ninguna garantía de acierto para sus intentos de dirección de esos otros sistemas, dándose, además, el ries-

(35) LUHMANN, N.: *Oekologische Kommunikation*, cit., p. 125.

(36) LUHMANN, N.: *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., p. 20.

(37) *Ibid.*, pp. 26-37; *Die Einheit des Rechtssystems*, cit., p. 209; *El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho*, en «Anales de la Cátedra F. Suárez», 25, 1985, p. 94.

(38) LUHMANN, N.: *Die Rückgabe des zwölften Kamels*, Florencia, EUI Autopiesis Conference Materials, 1984, p. 42.

(39) Cfr., por ejemplo, LUHMANN, N.: *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., pp. 134 y ss., 275 y ss.

(40) LUHMANN, N.: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, cit., p. 23.

go de que el atentado contra su autonomía posea efectos destructores del orden social diferenciado y su mecánica de evolución social. Ese riesgo sería máximo en el actual Estado del bienestar, con sus crecientes demandas de conducción política y garantía jurídica de cada vez más aspectos de la organización social.

Por ser el derecho uno de los medios de la acción política, el peligro sería el de una «juridificación» de cada vez más ámbitos de la vida social, que se traduciría en su inaplicación y en la saturación de sus estructuras, así como en el desencadenamiento de procesos causales imprevisibles en los sectores regulados (41). Por todo ello, estima Luhmann que una política y un derecho que, merced a sus teorías respectivas, posean una visión realista de sus propias posibilidades realizativas y de la existencia de los otros sistemas con su operatividad autónoma, se abstendrán de proceder a la juridificación de esos otros sistemas (42). Y cuando de la mecánica social se sigan efectos dañosos, como los peligros para el sistema ecológico, por ejemplo, las soluciones se ven poco menos que imposibilitadas, desde el momento que no existiría una racionalidad social global desde la que establecerlas, sino racionalidades parciales, a partir de las cuales la percepción del problema es totalmente diversa, y la instrumentalización de cualquier medida, imprevisible en sus relaciones externas y, quizá incluso, contraproducente, en último extremo, para la solución pretendida del problema global (43).

2. HACIA EL «DERECHO REFLEXIVO»

Acabamos de comprobar que en Luhmann el refinamiento teórico conduce a una aporía en cuanto a la práctica. Tal parece que la complejidad de los sistemas no dejara para sus observadores, o quienes en ellos operan, más alternativa que la perplejidad paralizante. A partir de ahí, hablar de política legislativa (44) parecería sarcasmo o igno-

(41) *Ibid.*, pp. 99 y ss.

(42) Cfr. LUHMANN, N.: *Rechtssoziologie*, cit., pp. 324 y ss. Al respecto opina Ingeborg Maus que en Luhmann «las legalidades propias de las respectivas estructuras de los subsistemas que forman el medio del sistema jurídico alcanzan el papel de una legalidad de grado más alto frente al derecho positivo (MAUS, I.: *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, Fink, 1986, p. 62. Sobre esta problemática puede verse también, DEGGAU, H. G.: *The Communicative Autonomy of the Legal System*, en TEUBNER, G. (ed.): *Autopoietic Law*, cit., pp. 149-151.

(43) Al análisis de esta cuestión, referida precisamente a los problemas ecológicos, dedica Luhmann su libro *Oekologische Kommunikation*, ya citado.

(44) Richard Lempert muestra cómo en el esquema de Luhmann no está claro el papel de la legislación (LEMPERT, R.: *The Autonomy of Law: Two Visions Compared*, en TEUBNER, G. (ed.): *Autopoietic Law*, cit., p. 182). Críticamente respecto a la restrictiva visión de Luhmann sobre el papel de la legislación, ROTTLEUTHNER, H.: *Les métaphores biologiques dans la pensée juridique*, en «Archives de Philosophie du Droit», 31, 1986, p. 240.

rancia de los diseños sistémicos: los sistemas, incluido el jurídico, siguen sus legalidades intrínsecas, actúan en su clave específica y operan sólo bajo su prisma particular, con arreglo a su código y su sentido delimitador. Lo que cae fuera de esos límites, incluidos los programas legislativos, es, en cada caso, parte de la turbulencia exterior al sistema, opacidad de un medio inaprensible, salvo en la medida en que pueda ser leído en el lenguaje del sistema.

Sin embargo, este paradigma sistémico de la sociología del derecho ha experimentado desarrollos por parte de autores, como Gunther Teubner y Helmut Willke, que tratan de escapar del *impasse* práctico y edificar sobre ese edificio teórico una doctrina que contenga indicaciones concretas acerca del modo de ordenar la sociedad por medio del derecho, de modo que, en alguna medida, se pueda esperar una conducción efectiva de aquélla por éste, y no ya la mera aleatoriedad de la interrelación azarosa entre unos sistemas que recuerdan la clausura de las nómadas leibnizianas. Para ello, introducen algunas modificaciones y algunos desarrollos en la teoría de Luhmann, con vistas ante todo a hacer teóricamente verosímil la intercomunicación, recíproca comprensión e influencia intencional entre sistemas sociales, el derecho incluido, que, pese a ello, siguen siendo concebidos como sistemas autorreferenciales y autopoéticos.

2.1 Problema de partida: función y eficacia del derecho en el *Welfare State*

Coinciden con Luhmann los autores mencionados en el diagnóstico de los males que aquejan al moderno Estado de bienestar: una vez que se rebasó el nivel del Estado liberal, mero garante de la autonomía de los individuos y del libre juego del mercado y las fuerzas sociales, como factor ordenador de la sociedad, y el Estado intervencionista empezó a erigirse en parte activa en el diseño y conducción de los procesos sociales, comenzando por la economía, se inició un proceso de crecientes demandas de beligerancia estatal en la consecución y mantenimiento de garantías y estatutos favorables para los sujetos individuales y colectivos, de forma que, cada vez más, se fía a la actividad estatal y a su instrumento principal, la legislación, la dinámica de la organización social. De este modo, se ha terminado por llegar a una situación en la que la saturación de funciones y demandas significan tal sobrecarga para la acción del Estado y su derecho, que se paga con el precio de la ineficacia. Se estima que existe un desfase entre las tareas asignadas al Estado y los medios (humanos, fiscales, organizativos, etc.) con que puede dotarse para hacerles frente, con el agravante de que todo intento de aumentar estos medios no conlleva una mejora, sino un agravamiento, de su inadaptación estructural al contexto social. Esto valdría especialmente para el tema que aquí nos interesa, el derecho.

A la hora de explicar el porqué de esta situación, argumentan en clave sistemática. Es la propia autonomía de los sistemas la que priva al Estado, expresión del sistema político, de la posibilidad de influir eficazmente en su medio social, de dirigir los otros sistemas, llámense éstos economía, ciencia, enseñanza, sanidad, etc. Subyace aquí lo que Willke llama «un dilema profundo de las sociedades modernas»: «por un lado, el principio de la diferenciación funcional conduce a la especialización y a una *interdependencia* creciente, ya que cada subsistema especializado sólo es viable y conserva su potencial evolutivo en combinación con todos los demás subsistemas. Por otra parte, el principio de “clausura operativa”... radicaliza la autonomía y la recursividad, aumentando con ello la *independencia* de cada subsistema» (45). Lo que, desde esta perspectiva, se busca es, como se verá, un tipo de actuación estatal, plasmada en un nuevo tipo de derecho, que respete esa independencia creciente de los diversos sistemas, al tiempo que asegure el necesario equilibrio de su interrelación y evite la aniquilación de cualquiera de ellos por la invasión de otro u otros.

El panorama que se presenta al Estado actual poseería tintes paradójicos, pues, a la vez que se reclama del Estado una actuación cada vez más extensa en la persecución de fines sociales, atribuyéndole, conforme al esquema político clásico, la representación legítima del todo social y la consiguiente capacidad decisoria, decrece su capacidad de dirección efectiva de esa sociedad, sociedad que ya no funciona de hecho como conglomerado de individuos iguales, sino como agregación funcional de sistemas sociales autónomos, autónomos incluso frente a la política y el derecho (46). El Estado moderno es visto, así, con los atributos del héroe trágico: es víctima de su propio éxito; bajo su férula han podido desarrollar su autonomía los diversos (sub) sistemas y actores sociales (partidos, sindicatos, asociaciones, consorcios, universidades, etc.), que, de ese modo, y ahí radica lo trágico, anularían toda posibilidad de perpetuación de esa dirección social jerárquica y unitaria que les permitió nacer. «Los logros específicos del Estado son, al mismo tiempo, las condiciones para su desfase» (47). Nuevamente asoma la paradoja: «*The State ceases to be the top or center of society because with the help of the central State society has outgrown the need for a top or center*» (48).

El Estado no puede regular la sociedad mediante el derecho desde el momento en que los determinantes concretos que gobiernan el fun-

(45) WILLKE, H.: *Diriger la société par le droit?*, en «Archives de Philosophie du Droit», 31, 1986, p. 191.

(46) Cfr. WILLKE, H.: *Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Programm*, en TEUBNER, G. (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1986, p. 289.

(47) WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, Königstein/Ts., Athenäum, 1983, p. 49.

(48) WILLKE, H.: *The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society*, en «ARSP», 72, 1986, p. 466.

cionamiento de cada (sub) sistema social le son inaccesibles en virtud de la propia autonomía y recursividad de los sistemas. El sistema político, que se observa a sí mismo como Estado, produce decisiones sociales vinculantes valiéndose del derecho y su código específico. Pero el tipo de decisiones que gobiernan, por ejemplo, el sistema económico no se expresan en el código legal/ilegal, sino en clave de costes y beneficios. Y un Estado y un derecho que hicieran dejación de su propio lenguaje para expresarse en estos términos económicos, habrían renunciado a su autonomía y su función diferenciadora y habrían sido absorbidos por el sistema de la economía. La autonomía de los demás sistemas se traduce en ineficacia de las pretensiones reguladoras del Estado. El alto grado de complejidad social que la diferenciación funcional de los sistemas permite, la opacidad de cada sistema para los demás, y su inaccesibilidad frente a la acción directa proveniente del exterior de sus límites, de su medio, la diversidad de horizontes temporales en que los diversos sistemas se mueven (49), son factores determinantes de que cualquier intento de guiar el proceso social global por parte del Estado esté abocado al fracaso y la inoperancia. O así será, al menos, según estos autores, en tanto el Estado haga uso de lo que han venido siendo sus medios ordenadores habituales: un derecho, ante todo, que trata de cumplir una tarea regulativa valiéndose de la programación condicional y la teleológica.

Sostienen que en la fase del Estado liberal abstencionista, el derecho se configuraba como derecho formal, articulando su racionalidad interna como racionalidad analítica, conceptual y deductiva, y su racionalidad externa como garante de esferas de libertad y del despliegue de los mecanismos de mercado. En la etapa de intervencionismo del Estado de bienestar, el derecho deviene material, prescribe comportamientos y no sólo abstenciones, la programación condicional, o tipificación estable de supuestos que operan como desencadenantes del mecanismo normativo y permite la apariencia de rigor y linealidad, es sustituida por el establecimiento de metas, o programación teleológica, con lo que el automatismo de la consecuencia que se sigue de la condición es sustituido por la necesaria ponderación de los medios posibles que conducen a la meta y de las consecuencias de cada uno (50). Ese papel activo del derecho estatal en la dirección del acontecer social conlleva, por una parte, un aumento cuantitativo del material normativo y un nuevo tipo de derecho, el llamado derecho «regulativo», que sería, según Teubner, un derecho con función

(49) Ejemplo: los ciclos económicos no coinciden con la duración de los ciclos políticos (elecciones, cambios de gobierno...), con lo que la actuación política en la economía se supedita a sus consecuencias inmediatas con repercusión política, más que a los efectos profundos en la escala económica. Véase WILLKE, W.: *Entzauberung des Staates*, cit., pp. 49 y ss.; *Three Types of Legal Structure*, cit., pp. 281-282, 284.

(50) Cf. TEUBNER, G./WILLKE, H.: *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch Reflexives Recht*, Florencia, EUI Autopoiesis Colloquium, Working Paper núm. 93, pp. 38 y ss.

directiva de la sociedad y estructurado como «derecho tendencialmente particularístico, teleológicamente orientado y fuertemente dependiente del auxilio de las ciencias sociales» (51); por otra parte, presupone ese derecho un modelo de explicación social en términos de encadenamientos lineales simples de causas y efectos, a tenor de los que las normas jurídicas se entienden como causas operantes directamente en los ámbitos que regulan, y su eficacia como el despliegue de los efectos buscados sobre esos ámbitos. La investigación de las condiciones de aplicación del derecho o, como hoy se dice, de su «implementación», trataría de precisar justamente esos nexos causales, de manera que se maximice la operatividad del derecho sobre el medio social (52). Pero es sabido, entre los cultivadores de la sociología sistémica, que la linearidad de las causas es sustituida por la circularidad de los sistemas autónomos, en cuanto éstos existen. Las diferencias delimitadoras de los sistemas limitan también los impulsos provenientes del exterior de los mismos; por mucho que el medio aporte turbulencias desencadenantes de procesos internos, la selección de las causas del propio acontecer interno se opera también dentro del sistema, no se recibe directamente de su exterior: no todo acontecimiento externo al sistema económico, por ejemplo, produce efectos dentro de éste, ni siquiera cualquier norma jurídica; ni siquiera cualquier norma que pretenda regular aspectos de la economía produce efectos económicos o produce, precisa o solamente, los efectos que persigue.

En su configuración moderna, y aún actual, el derecho, con su pretensión de ser factor causal del desarrollo social, presupone modelos sociales simples, con escasa complejidad, dirección centralizada, canales de comunicación fluidos entre las partes de la sociedad, previsibilidad de las reacciones, basada en el conocimiento de las linearidades causales, y conflictos simples y fácilmente adaptables al código bipolar de legalidad/ilegalidad. Es decir, todo lo que, según estos autores, faltaría en las actuales sociedades complejas. A este respecto, señala Willke seis aspectos que marcan el paso de conflictos simples a conflictos complejos y, con ello, la inadecuación de las formas habituales de derecho: 1. De la unidimensionalidad a la pluridimensionalidad de los conflictos: los conflictos simples se plantean en una dimensión única (económica, moral, sanitaria...), mientras que los complejos se extienden y poseen repercusiones sobre varias de ellas, con lo que los efectos de su regulación jurídica pueden ser contrapuestos. 2. De la bipolaridad a la multipolaridad: los conflictos complejos no se reducen al enfrentamiento de dos únicos autores. 3. De la homogeneidad de las partes en el conflicto a su heterogeneidad en tanto que partes de sistemas diferenciados. 4. De conflictos de su-

(51) TEUBNER, G.: *Juridification —Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, en TEUBNER, G. (ed.): *Juridification of Social Spheres*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1987, p. 19.

(52) *Kontext und Autonomie*, cit., pp. 16, 44.

(53) WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., p. 59-60.

ma cero, en los que la pérdida de una parte equivale a la ganancia de la otra, a conflictos de suma no cero. 5. De conflictos con temporalidad lineal a conflictos sin temporalidad lineal, y, por tanto, con consecuencias que no se despliegan simultáneamente para todas las partes. 6. De conflictos basados en una unidad de conocimientos y visiones, a conflictos a los que subyacen esquemas cognitivos, lógicas y racionalidades distintas de los sistemas (53).

Por todo ello, se postula, desde esta orientación, el tránsito hacia nuevas formas de derecho: un derecho reflexivo que haga uso de una programación relacional.

2.2. Derecho reflexivo y programación relacional

Desde el punto de vista de la teoría de sistemas, es la autonomía de los sistemas la que comporta el problema central de la acción legislativa. En palabras de Teubner: «Si autonomía es por definición autorregulación, ¿cómo será posible legislación, en cuanto regulación externa?» (54). Por ser la legislación, desde este prisma, un proceso «estrictamente interno al derecho», la dificultad se hallará precisamente al tiempo de aplicarla sobre los otros sistemas, para los que no es más que parte del desorden o «ruido» de su medio: «no es la legislación la que crea orden en los subsistemas sociales, sino que cada subsistema opera muy selectivamente con la legislación, y a su arbitrio la usa —o no la usa— en aras de la construcción de su orden particular» (55). La tesis es, pues, la de la inaccesibilidad de los sistemas sociales autónomos frente a la intervención legislativa directa.

Pudiera pensarse que subyace aquí la pretensión de retornar a un modelo de Estado abstencionista y de sociedad abandonada a las determinaciones del mercado. Pero lo que los autores que examinamos dicen buscar es una salida a una serie de alternativas que vendrían presentándose como exclusivas y excluyentes: la alternativa entre Estado y mercado, entre legalización y deslegalización (*Verrechtlichung/Entrechtlichung*), entre materialización y reformatización del derecho, entre programación condicional o teleológica del derecho, entre las visiones restrictiva o expansiva de la política e, incluso, entre racionalidad sistemática y racionalidad discursiva. Es curioso comprobar cómo, frente a todas estas polémicas, la postura de Teubner y Willke consiste siempre, más que en opciones radicales por cualquiera de los extremos aludidos, en la búsqueda de la síntesis y el término medio. Frente al modelo abstencionista y al intervencionista,

(54) TEUBNER, G.: *Social Order From Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation*, Florencia, EUI Autopoiesis Colloquium Papers, 1985 (Doc. IUE 322/85 -Col. 75), p. 8.

(55) *Ibid.*, p. 16.

el modelo de la dirección social (*guidance, guidage, Steuerung*); frente al derecho formal o al derecho material, el derecho reflexivo; frente a la centralización estatal o la descentralización del mercado, la dirección descentralizada; frente al aumento o la disminución del derecho, un derecho con otros contenidos; frente a la legitimación de las decisiones jurídicas por la forma o por las consecuencias, la legitimación procedimental; frente a la programación condicional o teleológica, la programación relacional; frente a la racionalidad sistemática, la posibilidad de reflexión discursiva, y frente a la racionalidad discursiva, la especificidad de las reglas del discurso dentro de cada sistema. Posiblemente no sea el de eclecticismo y sincretismo el menor de los reproches que se les puede imputar. En cualquier caso, la clave estará en comprobar hasta qué punto es posible, más allá de la geométrica fascinación de las teorías, esa síntesis de contrarios que permanentemente parecen buscar.

Toda legislación pondría en interacción tres sistemas distintos: el político, el jurídico y aquel que en cada caso se pretende regular. Por tratarse de sistemas autónomos, la dificultad radicaría en su «acoplamiento estructural» (*strukturelle Kopplung, structural coupling*) (56), de forma que la regulación pueda cumplir sus propósitos sin que ninguno de los sistemas perezca en el empeño. Siempre que alguno de esos sistemas en relación se expanda, a través de la legislación, a costa de los otros, fracasará el propósito legislativo y, por afectar a la autonomía de los sistemas, se dañará el tejido social. Por eso se dice que «una regulación tiene éxito sólo en la medida en que mantiene la interacción interna y autoprodutiva entre los elementos de los sistemas reguladores, derecho y política, y, al mismo tiempo, es compatible con las interacciones autoprodutivas internas del sistema regulado» (57). Así es como se plantea lo que llama Teubner el «trilema regulativo», que expresa los tres modos posibles de fracasar una regulación: por el predominio del sistema político, que lleva a desajustes con el sistema regulado y a la consiguiente falta de efectos sobre éste, tal como ocurriría siempre que la legislación trasluce sólo la llamada función simbólica del derecho; por el predominio del sistema jurídico, que acarrea una «sobrelegalización» de la sociedad, con efectos desintegradores de la autonomía de los sistemas regulados, y, en tercer lugar, por la supremacía de los propios sistemas sociales que supuestamente serían objeto de regulación, que conlleva una «sobre-socialización» del derecho y efectos de descomposición de sus es-

(56) Sobre el alcance de esta expresión en los creadores de la teoría de los sistemas autopoieticos, véase Maturana, H. R.: *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig/Wiesbaden, Wieweg & Sohn, 2.^a ed., 1985, p. 144-145.

(57) Teubner, G.: *Das Regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle*, en «Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico», 13, 1984, p. 128; *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law*, en «International Journal of the Sociology of Law», 12, 1984, p. 310.

estructuras, como sucede cuando su perspectiva propia se ve asaltada por la perspectiva económica o la política, etc. (58).

La adecuada respuesta del derecho a esta realidad social y el modo de sortear estas dificultades para su función ordenadora, provendrían de su orientación hacia un nuevo tipo de derecho, el llamado derecho reflexivo. Aquí, el objeto de la regulación no serían comportamientos o aspectos internos del funcionamiento específico de los sistemas, sino la propia autonomía de éstos, que sería, de ese modo, una «autonomía regulada» (59). Se parte de afirmar la autonomía de los sistemas y su funcionamiento, sin negar por ello la responsabilidad política y la acción estatal. Estas se plasmarían en la regulación del marco en que esa autonomía se ejerce, estableciendo la «constitución social» de los sistemas.

¿En qué consistiría ese marco reglado para los sistemas? Según Teubner, se trataría de establecer mecanismos procedimentales y democráticos para la autorregulación de los sistemas, de manera que éstos puedan maximizar su racionalidad interna mediante los adecuados procedimientos de formación de consenso y decisión colectiva. De ahí que el contenido de esas regulaciones jurídicas consista fundamentalmente en normas organizativas, de procedimiento y de reparto de roles directivos y derechos de participación (60). Semejante regulación no atentaría contra la autonomía de los sistemas, sino que la facilitaría, se trataría meramente de «una estimulación externa de procesos internos de autorregulación que, en principio, no pueden ser controlados desde fuera» (61). Ya no sería intervención directa del Estado en los comportamientos de los sistemas regulados, sino regulación indirecta, «condicionamiento de las condiciones circunstanciales sobre las que se basan los respectivos procesos reflexivos» (62). Son ámbitos de libertad interna los que se aseguran, posibilidades opcionales de regulación interna de los sistemas, mecanismos de formación de consenso y de legitimación procedimental y discursiva de las decisiones que recaigan dentro de esos márgenes de libertad así regulados. El modelo jurídico intervencionista de la «implementación», al estilo del keynesianismo y el Estado del bienestar, y el abstencionista de la *deregulation*, al estilo de Hayek o la Escuela de Chicago, son reemplazados aquí por el modelo del «control de la autorregula-

(58) TEUBNER, G.: *Das Regulatorische Trilemma*, cit., pp. 128 y ss.; *After Legal Instrumentalism*, cit., pp. 311 y ss.

(59) TEUBNER, G.: *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, en «ARSP», 68, 1982, p. 26.

(60) Véase *ibíd.*, pp. 28, 49-50, 55; *Das Regulatorische Trilemma*, cit., p. 123.

(61) TEUBNER, G.: *Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg*, en «Law and Society Review», 18, 1984, p. 298.

(62) TEUBNER, G.: *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, en «Sociologia del Diritto», 12, 1985, p. 29. Igualmente, WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., pp. 136-137.

ción» (63): ni puede ser la de los sistemas una libertad «salvaje», ni basta la «mano invisible» del mercado, con ser necesaria (64), para asegurar la integridad de los sistemas y su compatibilidad. La autorregulación ha de ser asegurada mediante el derecho, y el derecho ha de velar porque ningún sistema extienda su dominio a costa de la autonomía de los otros. Tal parece que oyéramos a un Kant convertido a la fe sistémica y dispuesto a abdicar del sujeto cartesiano en pro del sistema luhmanniano.

Junto a esa labor de garantía de la autonomía interna, la segunda tarea de este derecho reflexivo viene marcada, como ya se ha quedado insinuado, por el aseguramiento de la compatibilidad entre sistemas y la canalización de los conflictos entre ellos. Aquí prestarían su virtualidad los programas relacionales, alternativa a los condicionales y los teleológicos, y adecuados para operar en las estructuras complejas de las modernas sociedades. Estos programas harían compatibles las diversas racionalidades de los sistemas bajo una óptica social global, que ya no es expresión de la superioridad jerárquica de ningún sistema, ni siquiera el político a través del Estado, sino del interés conjunto en el mantenimiento de la diferenciación funcional y la reducción de complejidad creciente. No se programan en las normas condiciones ni metas materiales a alcanzar, sino procedimientos de consecución de una «integración social descentralizada». De ese modo, la compatibilidad entre los sistemas no resultaría directamente de la acción imperativa del Estado sobre cada uno de ellos, sino del establecimiento de mecanismos de interrelación entre los sistemas, de modo que de su intercambio discursivo se podría seguir el respectivo acatamiento de los límites necesarios para la acción de cada uno. El Estado, por medio del derecho, se limitaría a poner las reglas del juego para esa interrelación, a programar los modos de relación mediante las normas. El propio Estado se autolimitaría en sus pretensiones reguladoras, y abdicando de su preeminencia jerárquica en el desenvolvimiento concreto de esas interrelaciones, adoptaría el papel de *primus inter pares*. El modo prototípico de llevar esto a cabo se traduce, según estos autores, en el establecimiento de sistemas de negociación social (*sozietale Verhandlungssysteme*) (65), entendidos como

(63) TEUBNER, G.: *Juridification*, cit., p. 33; *Aspetti, limiti, alternative*, cit., p. 26.

(64) TEUBNER, G.: *Reflexives Recht*, cit., p. 26.

(65) Entre los ejemplos que menciona Willke de funcionamiento efectivo ya de tales mecanismos de integración entre sistemas heterogéneos, se puede citar, ante todo, la concertación social o *Konzertierte Aktion*, tal como vino institucionalizada en Alemania desde 1967 a 1979, y entre las plasmaciones institucionales de procedimientos de este tipo en los diversos países cita la *Commission of Industrial Relations* y el *National Economic Development Council*, en Gran Bretaña; el *Commissariat Général du Plan*, en Francia; el *Wissenschaftsrat* y el *Nuklearrat*, en Alemania Federal; el *Sozial-Oekonomische Rat*, en Holanda, etc. Véase WILLKE, H.: *Der Staat am Verhandlungstisch. Das Beispiel der Konzertierten Aktion*, en VOIGT, T. (ed.): *Abschied vom Recht?*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983, pp. 306 y ss.

«formas procesales para los programas relacionales», y en los cuales, una vez más, el acuerdo será fruto de una racionalidad discursiva y procedimental, que permite el hallazgo de los intereses comunes y generalizables (66).

Parece patente que subyace en esto un elemento idealístico, expresado en esa creencia en la capacidad de los sistemas para trascender su perspectiva «egoísta» y los límites de sus percepciones específicas, para tomar cuenta de la necesidad de atender a las necesidades del sistema social global y someterse a una reglas discursivas de decisión y legitimación que, de por sí, son ajenas a sus códigos y sus programas propios. Todo ello reposa sobre una modificación esencial que Teubner y Willke llevan a cabo de las teorías de Luhmann, sobre la base del concepto de «reflexión» de los sistemas.

2.3. Presupuestos teóricos del derecho reflexivo (sistemas cerrados, pero menos)

Ya sabemos que la inspiración general de su teoría la toman los autores del derecho reflexivo en la teoría de los sistemas autorreferenciales y autopoieticos, tal como arranca de las doctrinas biológicas de Maturana y Varela y como se traduce a la teoría de los sistemas sociales, por obra de Luhmann principalmente (67). Pero ya se ha mencionado también el callejón sin salida a que parece abocada la teorización de la política legislativa que se quede en esos parámetros sistémicos. De ahí que, para sostener sus doctrinas del derecho reflexivo y la programación relacional, tengan Teubner y Willke que introducir alteraciones en algunos puntos importantes de la teoría luhmanniana.

Puesto que los sistemas autopiéticos operan cerrados sobre sí mismo, procesando el «ruido» proveniente de su ambiente con arreglo a sus códigos particulares y determinando por sí mismos cuáles de los impulsos procedentes del medio les sirvan como información con la que operar dentro de sus estructuras; puesto que constituyen por sí mismos y recursivamente sus elementos, sus estructuras, sus procesos y su misma identidad, gobernando autónomamente sus fronteras de sentido frente al medio; puesto que, por todo ello, en tanto se mantienen, los sistemas se autogobiernan y no son accesibles al manejo directo de sus mecanismos internos desde su exterior, ni siquiera desde cualquier otro sistema; y puesto que la sociedad o sistema social global se compone de subsistemas sociales que participan de ella en cuanto que constan de comunicaciones, pero están entre sí al mis-

(66) Cf. WILLKE, H.: *Three Types of Legal Structure*, cit., p. 290.

(67) Una magnífica exposición de la evolución del «paradigma» autopoietico, desde sus orígenes en la biología, puede verse en ZOLO, D.: *Autopoiesis: un paradigma conservatore*, en «MicroMega», 1, 1986, pp. 129-155.

mo nivel y en pie de igualdad, de modo que la sociedad queda articulada como sistema sin vértice y sin centro; por todo ello, el problema de la regulación social queda patente y Willke lo recoge expresamente: ¿no está el autogobierno de cada sistema en contradicción con el postulado de la necesaria interrelación entre los sistemas? (68). ¿Desde qué perspectiva, desde qué sistema se puede regular la interrelación entre sistemas diversos, condicionando incluso su propio autogobierno? Cabría responder que desde el sistema social global, pero la pregunta, entonces, será por qué se vale para ello de un sistema particular, como es el jurídico. Mantener, a este propósito, que esa función reguladora, supraordenada a los demás sistemas, es la función específica del derecho, significaría negar el último de los presupuestos mencionados y entender, conforme al modelo que se dice desfasado, que Estado y derecho constituyen el vértice superior de una sociedad que volvería a ser jerárquica. La salida que Teubner y Willke proponen está, como comprobaremos, a medio camino una vez más entre la síntesis de la dialéctica y las transmutaciones de la alquimia: el derecho es la condición del autogobierno reflexivo de los otros sistemas, y éstos la razón de ser del autogobierno reflexivo del derecho.

El concepto central, a este respecto, es el de «reflexión». En Luhmann alude a una propiedad que los sistemas sociales autopoieticos han de poseer para ser tales. «En el plano de la *reflexión* —dice— el sistema determina su propia identidad en la diferencia frente a los otros» (69). La reproducción autopoietica de los elementos del sistema a partir de los elementos sistemas, sólo es posible cuando el mismo sistema gobierna su propia identidad como referencia. El sistema se observa a sí mismo y se describe a sí mismo, aprecia su identidad sobre la base de las diferencias de sentido que la especifican frente a su medio, del que forman parte los otros sistemas. De esta manera, el sistema controla su propia identidad mediante el control de la propia diferencia sobre la que el sistema se asienta, opera con su propia diferencia especificadora, reintroduce la diferencia en lo diferenciado (el sistema), con arreglo a un proceso que en la lógica de Spencer Brown recibe el nombre de *re-entry*. Un ejemplo puede quizá, aclarar estas brumas teóricas: el derecho mismo determina mediante sus elementos (actos jurídicos) la reproducción de sus elementos (un acto sólo posee relevancia jurídica en relación con un acto anterior con relevancia jurídica, y así sucesivamente hasta el momento del azar originario del que arranca la evolución jurídica), y se autonomiza como sistema desde el momento en que el control de su identidad global recae en manos del propio sistema jurídico y deja de estar a merced de otros sistemas. Ese control se llevaría a cabo por obra de la teoría del derecho, que es parte del sistema y se ocupa de su auto-

(68) Véase WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., p. 27.

(69) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme* cit., p. 252.

descripción, estableciendo, por ejemplo, los criterios de validez de las normas (70).

Luhmann entiende que cada sistema mantiene tres clases de relaciones: la relación con el sistema social global, que recibe la denominación de función, pues es en razón de una específica función de reducción de complejidad en ese sistema global como se decanta de él cada (sub) sistema; la relación con los demás sistemas, que se denomina de rendimiento o prestación (*Leistung*) y que nunca es una relación de traslación directa de elementos de un sistema a otro, pues los elementos lo son solamente de cada sistema específico (un acto sólo posee calificación de legal o ilegal en el sistema jurídico, pero verdadero o falso lo será solamente en un sistema de conocimiento, y hermoso o feo en un sistema estético), y los elementos de cada sistema sólo son percibidos por los otros sistemas como parte de su ambiente respectivo y tomados bajo el tamiz de sus códigos particulares; y la relación del sistema consigo mismo, que es la que denomina «reflexión» (71). Sólo en la medida en que en esta su reflexión pueda un sistema incorporar una visión de su medio no deformada por sus parámetros propios, una perspectiva de las perspectivas de los demás sistemas que no sea una nueva forma de manifestarse la perspectiva propia, sólo así será coherente demandar de los sistemas algún tipo de autocontrol en atención a las necesidades de los demás sistemas y del sistema global, o alguna forma de participación en una común regulación de las interrelaciones entre los sistemas. En Luhmann, la cuestión no tiene, en nuestra opinión, una solución inequívoca, pero parece primar en los sistemas lo que podemos llamar la perspectiva «egoísta»: su «comprensión» de su medio y de las particularidades de los sistemas en él operantes poseería una intencionalidad estratégica, como mecanismo de maximización de sus posibilidades y su racio-

(70) Es sumamente curioso, a estos efectos, comprobar cómo se entiende a sí misma la doctrina del derecho reflexivo. Si se planteara exclusivamente como teoría científica y parte, por tanto, del sistema de la ciencia, se derivarían dos consecuencias teóricas importantes: quedaría sin explicación de qué modo desde un sistema diferente del jurídico, y exterior a él, se puede dar una descripción válida del mismo, y, además, supondría renunciar, paradójicamente, dada la orientación hacia los problemas pragmáticos de la regulación jurídica, a cualquier posibilidad de influencia directa sobre su funcionamiento. Sin embargo, lo que se hace es afirmar que el concepto de «derecho reflexivo», al igual que otros, como los de «derecho formal» o «derecho material», no expresan teorías científicas, sino «modelos estratégicos del derecho», para cuya consecución sí que puede haberse hecho uso de teorías sociológicas del derecho. Se trataría de «construcciones jurídicas de la realidad social» (el subrayado es nuestro), y su función consistiría en «utilizar la identidad del derecho con vistas a desarrollar criterios para su (auto) transformación» (TEUBNER, G.: *Das Regulatorische Trilemma*, cit., pp. 111 y ss. Véase también TEUBNER, G.: *Episodenvknüpfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht*, en BAECKER, D., y otros (ed.): *Theorie als Passion. Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, Frankfurt, Suhrkamp, 1987, pp. 437 y ss. TEUBNER, G.: *Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiesis*, en HAFERKAMP, H.; SCHMID, M. (ed.): *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1987, pp. 111 y ss.

(71) Véase, por ejemplo, *Soziologische Aufklärung 3*, cit., pp. 199 y ss.

nalidad propia (72). Por contra, a Teubner y Willke el concepto de reflexión les sirve para justificar la posibilidad de una actitud «altruista» desde los sistemas y, con ello, la conducción de sus interrelaciones, más allá de la contingencia y el azar evolutivo en que Luhmann las deja (73).

Definen la reflexión como aquella capacidad de los sistemas para institucionalizar mecanismos a través de los que tematizan su propia identidad y perciben que en su ambiente otros sistemas actúan en relaciones de interdependencia, relaciones que incluyen al propio sistema reflexivo (74). A partir de la reflexión, por tanto, el sistema no sólo se ocuparía de sus mecanismos, sino también de los de los otros sistemas relevantes de su medio, y no en interés del mantenimiento de la condiciones exteriores de pervivencia del propio sistema, sino en atención al interés social global en el mantenimiento del equilibrio entre los sistemas. De esta forma pueden, como Teubner dice, sustituir los mecanismos globales de integración social, como el Estado (75). Lo que no parece fácil de mostrar, desde la coherencia de la teoría, es cómo adopta el sistema un ángulo de apreciación que no es el suyo, sino el de la sociedad total de la que sólo es una parte (76), sin que por ello dejen los sistemas de percibirse como *black boxes*, pues basta con que estén claros los mecanismos de la interrelación externa entre los sistemas (77). Pero veamos, al menos, cómo se intenta explicar.

La reflexión implica, en expresión de Willke, «una recíproca auto-limitación de las posibilidades de los sistemas en atención a las necesi-

(72) Hay un texto de Luhmann, constantemente citado por Teubner y Willke, que parece contradecir esta interpretación que acabamos de dar y que, como mínimo, muestra que el problema que estamos planteando no recibe de este autor una solución inequívoca. Nos referimos a LUHMANN, N.: *Funktion der Religion*, cit., p. 245. En apoyo de la interpretación que defendemos podríamos citar, por ejemplo, textos contenidos en *Soziale Systema*, cit., pp. 641-642; *Oekologische Kommunikation*, cit., pp. 129-130, 133, 143, 226; *The Self-reproduction of Law and its Limits*, en TEUBNER, G. (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, cit., pp. 113, 119; *Systeme verstehen Systeme*, cit., pp. 80-81, 88, 90; *Einige Probleme mit «reflexiven Recht»*, en «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 6, 1985, pp. 7-8.

(73) De ahí que se haya dicho que la de Teubner y Willke es una orientación optimista, dentro del moderno debate sobre la posibilidad de dirigir la sociedad. Véase EDER, K.: *Die Autorität des Rechts. Eine soziale kritik prozeduraler Rationalität*, en «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 8, 1987, p. 202.

(74) TEUBNER, G.; WILLKE, H.: *Kontext und Autonomie*, cit., pp. 4-5.

(75) TEUBNER, G.: *Reflexive Recht*, cit., p. 47.

(76) A veces puntualizan que basta con que cada sistema posea «una vaga comprensión» de los procesos autorregulativos de los demás sistemas. Véase TEUBNER, G.: *Das Regulatorische Trilemma*, cit., pp. 135-136.

(77) *Ibid.*, pp. 142-143; *Kontext und Autonomie*, cit., p. 70. Un tratamiento más detallado de este problema puede verse en WILLKE, H.: *Strategien der Intervention in autonome Systeme*, en *Theorie als Passion*, cit., pp. 333 y ss, especialmente 352 y ss. Entre las críticas a este punto puede verse: FEBBRAJO, A.: *Regolazione giuridica e autoregolazione sociale*, en «Sociologia del Diritto», 13, 1986, p. 154.

dades (de supervivencia) *de otros sistemas*» (78). Al tiempo de aclarar cómo es viable esa sintonía de los sistemas, recurren nuestros autores a uno de los conceptos más chocantes en este contexto teórico: la empatía. Sostienen que «la orientación reflexiva de un actor individual o colectivo significa la capacidad de empatía, es decir, la capacidad de colocarse a sí mismo en el papel de otros actores, para ver desde esa perspectiva el papel propio» (79). Ya no es la comprensión del otro un recurso para la mejor autoobservación y comprensión de sí mismo, sino efectiva penetración en las claves propias de sistemas ajenos.

Otra vuelta de tuerca en ese alejamiento de la ortodoxia sistémica tiene lugar al describir en qué consiste internamente la reflexión de los sistemas. Se dice ahí que la reflexión de los sistemas sociales sólo es, en puridad, posible cuando dentro de ellos se dan «procesos de democratización» que crean «estructuras discursivas» (80). Aquí el sincretismo de racionalidad sistémica y racionalidad discursiva, de teoría de sistemas luhmanniana y teoría crítica habermasiana, cobra ya la fatal espectacularidad del salto mortal sin red (81). Concluyen, consiguientemente, que en una sociedad en la que el sistema político ha perdido su papel predominante en la conducción de los procesos sociales y pasa a ser uno más junto a los otros sistemas, la democracia no puede ser entendida ya fundamentalmente como aumento de la participación en la dirección política, sino en la reflexión interna de los distintos sistemas.

Si los sistemas pueden ser tan racionales y democráticos en lo interno y tan «prudentes» en lo externo como para optar por los cursos de acción que mejor se adapten a los requerimientos del «prójimo», surge la pregunta acerca del papel que está llamado a desempeñar un derecho que, además de ser también un sistema, pretende especificarse en su forma (post) moderna como derecho «reflexivo». Y aquí nos esperan nuevos e inesperados guiños dialécticos. Si la perspectiva

(78) WILLKE, H.: *Differenzierung und Integration in Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, cit., p. 268 (el subrayado es nuestro).

(79) *Kontext und Autonomie*, cit., pp. 23-24. También WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., p. 33. Nahamowitz ha expresado la duda, creemos que fundada, de que el sistema económico, por ejemplo, pueda apartarse de la óptica del beneficio, por la que se guía en la sociedad capitalista, en favor de una racionalidad discursiva, favorable a los requerimientos de los otros sistemas (NAHAMOWITZ, P.: «*Reflexives Recht*»: *Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen Steuerungskonzepts*, en «*Zeitschrift für Rechtssoziologie*», 6, 1985, pp. 36-37).

(80) TEUBNER, G.: *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, en «*Law and Society Review*», 17, 1983, p. 273. En el mismo sentido se expresa en *Reflexives Recht*, cit., p. 48; *Kontext und Autonomie*, cit., p. 57.

(81) El propio Luhmann ha expresado su escepticismo ante esta síntesis: *Einige Probleme mit «reflexiven Recht»*, cit., p. 2. Al respecto también, MÜNCH, R.: *Die sprachlose Systemtheorie. Systemdifferenzierung, reflexives Recht, reflexive Selbststeuerung und Integration durch Indifferenz*, en «*Zeitschrift für Rechtssoziologie*», 6, 1985, p. 27.

que los sistemas ganan a través de la reflexión les permite un generoso autocontrol en aras de su contexto social, otro tanto ocurrirá con el derecho. Este cumple su función reguladora, precisamente, comenzando por limitar su actividad reguladora. Ello no quiere decir *deregulation*, sino autolimitación del derecho al papel de garante de la autonomía de los demás sistemas y de los mecanismos de su reflexión, sin tratar de penetrar en su conducción interna. Así, el derecho «realiza su propia orientación reflexiva al establecer los presupuestos estructurales para la reflexión en otros sistemas sociales» (82).

Mientras que la huella que la teoría de Luhmann deja es una resignada perplejidad y una sospecha que no para mientes ni ante sí misma (83), nos topamos aquí con un optimismo de la más pura raigambre idealista. Los sistemas son omnipresentes y cerrados, pero tienen salida: la salida de la razón. Parece como si la tan manida postmodernidad, a la que se acogen estos autores, fuera también un concepto singular y gratuito que se realiza negándose y completa su periplo intelectual de negaciones con una afirmación que, en nuestros escasamente (post) modernos pueblos, está a la orden del día con cualquier pretexto: la razón no tiene mas que un camino.

¿Cómo entender, si no como optimismo de la razón, la fe de Willke en la disposición y capacidad de los actores sociales para asumir su corresponsabilidad en la dirección social racional? (84). Pensemos que como actores sociales se está aludiendo a todo género de asociaciones corporativas, patronales, sindicatos, grupos económicos, etcétera. Lo que en Luhmann es, como ya hemos dicho, mera evolución, azarosa plasmación de una realidad. «a priori» tan improbable como cualquiera de las posibilidades que no pasaron de tales, requiere para Willke la acción civilizadora de la razón (*Vernunft*). Gracias a ésta, se produciría la «civilización de la evolución», a la que no le faltaría, incluso, su matiz ético, si bien Willke no aclara qué sistema es en este caso el encargado de aportar los contenidos éticos (85). En cualquier caso, a Willke le parece verosímil la posibilidad de una «interrelación discursiva entre el Estado y los otros actores sociales», para la cual los medios de la acción estatal no sean ya los habituales del poder o el dinero, sino uno nuevo, a medio camino «entre la *moral situation* y el discurso racional» (86). Tal parece que, al fin, podremos olvidarnos de Hobbes.

(82) TEUBNER, G., y WILLKE, H.: *Kontext und Autonomie*, cit., p. 62.

(83) Explica, bellamente, Eligio Resta: «No es el *desencanto* el elemento predominante de esta teoría; en este plano, me parece mucho más relevante una refinada autoironía presente en este estilo cognitivo. La teoría de sistemas es capaz de explicar muchas otras teorías de la política, pero es, al mismo tiempo, sabedora de ser *una* teoría junto a las otras» (RESTA, E.: *Stili cognitivi della legittimazione*, en «Sociología del Diritto», 11, 1984, p. 78).

(84) Cfr. WILLKE, H.: *Der Staat am Verhandlungstisch*, cit., p. 311.

(85) WILLKE, H.: *Differenzierung und Integration*, cit., p. 269.

(86) WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., pp. 63 y 64.

Y, ya que aparece la razón, no podía dejar de hacer acto de presencia su portador, su protagonista que en Luhmann es, todo lo más, entendido como presupuesto o instrumento de la acción de los sistemas, o como parte de sus condiciones «ecológicas» de posibilidad, pero no como su sujeto (87). Nos referimos al sujeto individual (88), que reaparece en Teubner como mediador activo entre la autopoiesis de los sistemas sociales (89).

3. OBSERVACIONES FINALES

Ya hemos aludido al alto grado de eclecticismo que se trasluce en las tesis del derecho reflexivo. Mientras que en Luhmann la coherencia teórica termina en aporía práctica, la orientación práctica del derecho reflexivo desemboca en incoherencia teórica.

Se le ha reprochado a esta doctrina un deficiente desarrollo de sus postulados básicos (90), así como una visión desenfocada de la realidad del derecho. En este sentido, parece llevar razón Nahamowitz cuando hace ver que en el derecho europeo actual las institucionalizaciones «reflexivas» de que hablan Teubner y Willke no son sino «islas en el mar de la normación tradicional» (91), o Blankenburg, cuando afirma que esos escasos desarrollos positivos de un derecho reflexivo no van parejos con una disminución de la producción normativa tradicional, sino con su aumento (92). También a la hora de juzgar ese aumento se impone la matización, pues, como dice Voigt, una parte de ese crecimiento normativo proviene de medidas protectoras de los ciudadanos más débiles, y garantes de la extensión de los llamados derechos sociales (93).

(87) Véase LUHMANN, N.: *Systeme verstehen Systeme*, cit., pp. 91-92.

(88) Es esta una de las cuestiones más controvertidas de la teoría de Luhmann. Véase, por ejemplo, LADEUR, K-H.: «*Abwägung*», *Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts*, Frankfurt/New York, Campus, 1984, pp. 160 y ss., y 223 y ss.; SCHEIT, H.: «*System*» und «*Subjet*»: *Der «liberale» Charakter der Systemtheorie Luhmanns*, en «*Zeitschrift für Politik*», 29, 1982, pp. 132 y ss.; TÖNNIES, S.: *Organismus und Freiheit. Der Verlust der Subjektivität in Luhmanns Systemtheorie*, en «*Recht Justiz-Kritik. Festschrift für Richard Schmid zum 85 Geburtstag*», Baden-Baden, Nomos, 1985, pp. 375 y ss.; FERRARI, V.: *I soggetti e la sociologia del diritto. Una nuova «Methodenstreit*», en «*RIFD*», 62, 1985, pp. 551 y ss.; HEJL, P. M.: *Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die soziologische Systemtheorie*, en «*Rechtstheorie*», 13, 1982, pp. 68 y ss., 82.

(89) Cfr. TEUBNER, G.: *Evoluzione giuridica ed autopoiesis*, en «*Sociologia del Diritto*», 13, 1986, pp. 210-211. También WILLKE, H.: *Three Types of Legal Structure*, cit., p. 292. Un modelo más complejo de la constitución gradual de los sistemas autopoieticos y del papel de los diversos discursos en su interrelación, se contiene en TEUBNER, G.: *Episodenvknüpfung*, cit., pp. 423 y ss., especialmente 432 y ss.

(90) Cfr. GÖRLITZ, A., y VOIGT, R.: *Rechtspolitologie*, cit., p. 36-37.

(91) NAHAMOWITZ, P.: «*Reflexives Recht*», cit., p. 34.

(92) BLANKENBURG, E.: *The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for «Reflexive Law»*, en «*Law and Society Review*», 18, 1984, p. 275.

(93) VOIGT, R.: *Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft*, en VOIGT, R. (ed.): *Verrechtlichung*, Königstein/Ts., Athenäum, 1980, p. 28.

Creemos, además, que hay un punto en el que las propuestas de política legislativa que Teubner y Willke realizan difieren de modo importante de las implícitamente contenidas en Luhmann, y resultan más criticables. En Luhmann, el derecho sirve a la garantía general de expectativas, y sabemos que en su ataque a la programación teleológica en el derecho, que considera prototípica del *Welfare State*, y su consiguiente defensa de la programación condicional, le pueden acarrear, en lo político, la crítica, seguramente motivada, de liberal, o, incluso, conservador. Pero no se podrá negar que en esas tesis de Luhmann se contiene una defensa de ciertos «valores» tenidos por básicos del derecho moderno: generalidad de las normas, seguridad jurídica, previsibilidad de las decisiones. Y esto es algo que desaparece con la propuesta de «programación relacional del derecho», de la que se reconoce que implica la disolución de los imperativos normativos rígidos y la superación de los mecanismos del Estado de derecho, tales como la generalidad de la ley o la preeminencia del control formal de legalidad. De esta forma, la razón de ser del derecho dejaría de situarse en el aseguramiento de expectativas (95).

De ahí que parezca deseable que lleve razón Münch, al presagiar que en el derecho continental la tradición jurídica, basada en un derecho general, aplicado por instancias independientes, apenas dejará sitio a la institucionalización del derecho reflexivo (96).

Por otra parte, la vena neoliberal o economicista de estos autores se manifiesta con particular claridad en su insistencia en la necesidad de frenar las pretensiones dirigistas de la política, desconociendo, o no poniendo suficientemente de relieve, que idénticas pretensiones caben perfectamente en otros sistemas, como el económico o el científico. Tal parece como si bastara con neutralizar la política y su arsenal jurídico, para asegurar una sociedad armónica, de sistemas angélicos, y regida, como no, por la «mano invisible».

Frente a esto, creemos que lleva razón Ingeborg Maus, cuando sostiene que no es el rigorismo formal del derecho el que permite el dominio de los mecanismos sistémicos sobre las estructuras comunicativas de la sociedad, sino que, por el contrario, este dominio resulta facilitado por un derecho débil y escasamente formal (97). A ello se añadiría la circunstancia negativa de que un derecho que no se expresa en contenidos, sino que delega el establecimiento de éstos en los diversos mecanismos de regateo coyuntural entre los actores sociales colectivos, es un derecho que sustrae esos contenidos a los procedimientos de su legitimación democrática y que priva de sentido a los fundamentos del control democrático del legislativo (98).

(94) WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., pp. 73, 79.

(95) WILLKE, H.: *Der Staat am Verhandlungstisch*, cit., p. 305.

(96) Véase MÜNCH: *Die sprachlose Systemtheorie*, cit., pp. 24-25.

(97) Véase MAUS: *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, cit., p. 279.

(98) Cfr. *ibíd.*

Probablemente no caben muchas salidas ante el creciente vaciamiento de los mecanismos democráticos y la crisis de la ley general como expresión de la voluntad popular, ante la acometida de intereses y grupos que se expresan por otros cauces menos transparentes. Una, que se nos antoja defendible, aunque pueda, paradójicamente, merecer para alguno el calificativo de conservadora, consistiría en preconizar la defensa a ultranza de los fundamentos del moderno Estado democrático y de la mayor pureza posible de sus resortes representativos, sin perder de vista, ante todo, que por importantes que sean las actuaciones corporativas y los intereses sectoriales, como factor de crecimiento (¿progreso?) social, jamás justifican, desde la ética subyacente a lo mejor del pensamiento clásico sobre el Estado y el derecho, el ocaso del individuo como portador de un derecho básico a maximizar sus posibilidades de realización personal y como poseedor de una expectativa legítima a co-regir, con las menos mediaciones posibles, los destinos colectivos.

II

DOS SIGLOS DE LA «CRITICA DE LA RAZON PRÁCTICA»

Necesidad de una crítica de la razón pura práctica

Por ESPERANZA GUI SAN

Santiago de Compostela

Como indicaré más adelante en este trabajo, existe una falta de paralelismo entre la *Crítica de la razón pura* (especulativa) (1781,1787) y la *Crítica de la razón práctica* (empíricamente condicionada) (1788) de la que se cumple el segundo centenario.

Considero, precisamente, que uno de los retos con los que se enfrenta la filosofía moral contemporánea es el de la re-lectura, o tal vez re-escritura, de la *crítica de la razón práctica* kantiana, complementando y matizando aquellos aspectos que Kant descuidó, de tal manera que se proceda a una revisión en profundidad del uso realizado por Kant de la razón *pura* práctica, lo que reclamaría, a mi modo de ver, el concurso de las aportaciones de las éticas teleológicas, en su versión contemporánea de éticas del bienestar, de tal suerte que la razón *pura* hubiera de estar siempre supeditada, tanto en el uso especulativo, como Kant admitió, como en el práctico, que rechazó, a los límites impuestos por la sensibilidad y la experiencia, lo que significaría en el caso del uso práctico de la razón pura su «sometimiento» a los deseos, sentimientos y necesidades humanos, rompiéndose así, adecuadamente, el impropio hiato acentuado por Kant, como tendré ocasión de demostrar, entre ser/deber ser, razón/pasión, entendimiento/deseo.

Procederé en el presente trabajo a una confrontación, que espero fructífera y saludable, de las aportaciones de I. Kant y J. S. Mill con relación al concepto de «felicidad» en general, respecto al cual se oponen y difieren, y el de la «auto-estima» y «auto-respeto» que les acerca de forma insospechada, aspectos ambos que confío arrojarán luz sobre el interés de la aportación kantiana, sus deficiencias y aquellos aspectos en que su crítica de la razón práctica debe ser sustituida por una crítica de la razón *pura* práctica, o, lo que es igual, aquellos aspectos en los que la razón pura en su uso práctico no debe excederse en sus atribuciones y ha de proceder, por el contrario, a ser re-escrita en clave utilitarista.

Como se verá inmediatamente, la concepción de la naturaleza humana en ambos autores, totalmente dispar, así como sus condiciona-

mientos ideológicos y religiosos, son factores desencadenantes de una valoración distinta del hedonismo psicológico que, curiosamente, Kant afirma con el mismo fervor con que niega el hedonismo ético, y que Mill rechaza con la misma vehemencia con la que clama por un hedonismo ético cualificado, lo cual llevará a una muy distinta concepción por parte de ambos autores de las relaciones ser/deber ser, hacer/deber hacer, así como, lo que es más importante, las relaciones entre felicidad y virtud suficientemente bien tratadas en Mill, y decididamente mal paradas en Kant, como tendré ocasión de comentar, todo lo cual me llevará, finalmente, a postular la introducción de elementos claramente consecuencialistas (especialmente de corte utilitarista) en la explicación de la razón práctica, a fin de dar sentido a la ética kantiana, en tantos sentidos ejemplar, y convertirla de este modo en una doctrina plausible, recomendable e incluso moral y prudencialmente atractiva.

1. EL HEDONISMO PSICOLOGICO DE KANT Y MILL

El papel de la «felicidad» en la ética kantiana es sumamente peculiar, y no estará de más adelantar, que constituye uno de los fallos más llamativos desde mi punto de vista, de una ética que, por lo demás, presenta una estructura relativamente sólida.

Para empezar, mientras que Kant niega sistemáticamente el hedonismo ético, incluso en su versión univesal, se adhiere con la misma fuerza a un exacerbado y desgarrador hedonismo psicológico egoísta (1) que a nivel fenoménico parece dominar totalmente la conducta humana, constituyendo una carga pesada de la que sólo podemos liberarnos por medio de la obediencia a los preceptos de la razón pura (2).

Mill, por el contrario, si bien acepta y defiende calurosamente un hedonismo ético universal, no parece tan inclinado a sostener incondicionalmente, si hemos de dar crédito a Berger, un hedonismo psicológico egoísta (3), sino que considera que entre las más importantes motivaciones humanas tienen cabida objetos totalmente dispares del bienestar puramente personal, hasta el punto de admitir no sólo la posibilidad, sino la deseabilidad de conductas totalmente altruistas, como los sacrificios personales, siempre que sean requeridos por el bien de los demás (4).

(1) *Grundlegung* BA, 27. KpV., A 40, 46.

(2) *Ibid.*, BA 112.

(3) BERGER: *Happiness, Justice and Freedom-The Moral and Political Philosophy of John Stuart Mill*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1984, p. 13.

(4) MILL: *Utilitarianism*, ver. cast. de E. Guisán: *El utilitarismo*, Alianza ed., Madrid, 1984, pp. 60-61.

Nos encontramos así con la aparente paradoja de que Kant es un creyente mucho más fervoroso en la inevitabilidad del hedonismo psicológico egoísta de lo que pueda serlo Mill, quien asume una concepción de la naturaleza humana mucho más optimista que la de Kant, en la que tienen su espontáneo y «natural» origen los movimientos e inclinaciones *simpáticos*, que hacen que, de forma no compulsiva, nos sintamos atraídos hacia las acciones que promueven la felicidad ajena y garantizan un trato justo y equitativo a todo el mundo (5).

La *simpatía* hacia los semejantes, así como sentimientos sociales ya presentes incluso en el hedonismo psicológico de Bentham, distancian profundamente, pues, el punto de partida de Kant y Mill, a nivel de concepción antropológica y psicológica de la moralidad. Todo lo cual redundará en una *concepción de la naturaleza humana* totalmente antagónica de Kant y Mill, que determinará, a su vez, los principales puntos de distanciamiento en sus postulados éticos.

Si convenimos como un punto de partida común entre todas las concepciones éticas, en que los principios de *imparcialidad* deben ser aceptados, de suerte que no consideramos sólo nuestra persona y sus necesidades, sino, asimismo, las necesidades de todos los demás, como así fue postulado por Hobbes en sus sabias leyes de la naturaleza que se resumen en el precepto casi unánime aceptados por todos los credos y doctrinas morales y de otra índole: «No hagas a otro lo que no quieras para ti» (*Do not do to another, which thou wouldst nor have done to thy selfe*) (6), que en su forma positiva se traduciría prácticamente en el imperativo categórico kantiano (7) o en la llamada regla de oro del cristianismo que Mill acata como el que más (8), llegaremos a la conclusión de que los sistemas éticos diversos, en el caso que nos ocupa los de Kant y Mill, han de ser esbozados de forma que incluyan refuerzos que estimulen el paso de lo que el hombre «hace» más o menos espontáneamente a lo que el hombre «debe» hacer (a saber tratar imparcialmente a sus semejantes).

La posición de Kant y Mill respecto a las conexiones entre el «hacer» y «deber hacer» es diametralmente opuesta, como se verá en el apartado siguiente, a causa del distinto grado de adhesión, en uno y otro caso, al hedonismo psicológico egoísta.

En el caso kantiano, puesto que la naturaleza humana parece de tal manera dominada por el impulso egoísta de buscar su propia felicidad, sin reparar en el modo y medios para conseguirla, aun a expensas de los legítimos derechos de los demás, es necesario y *exigible*

(5) *Ibid.*, p. 83.

(6) HOBBS: *Leviathan*, part I, chapter 15, Pelican Classics, Middlesex, England, 1972, p. 214.

(7) Las diversas formulaciones del imperativo categórico a lo largo de la dilatada obra de Kant son examinadas por KEITH WARD en *The Development of Kant's View of Ethics*, Blackwell, Oxford, 1972, especialmente pp. 41, 42, 99 y ss., 109 y ss. y 125 y ss.

(8) MILL: *Op. cit.*, p. 62.

un esfuerzo cuasi sobre-humano que, superando las debilidades con-naturales al hombre (9) le capacite para convertirse en un ser moralmente adulto (10), es decir, un ser con capacidad para darse leyes a sí mismo (leyes que, por supuesto, implican la consideración igual de todos los seres racionales en el caso kantiano), tarea y esfuerzo éstos para los que la naturaleza «sensible» del hombre parece totalmente incapacitada, según el sentir de Kant (11).

Por el contrario, en el caso de Mill, en la medida en que rechaza la tesis del hedonismo psicológico egoísta, que implica que la gente, de hecho, sólo actúa movida por el deseo de su único y personal bienestar, se podrá confiar, en gran medida, a la propia naturaleza humana su auto-despliegue, en el sentido de que, una vez desarrollados los sentimientos sociales y solidarios, el sentido del *deber*, como consideración de los derechos e intereses de los demás seres humanos, se convierte en el sentimiento no compulsivo sino gratificante que domina las motivaciones humanas.

El *sentimiento trágico de la ética* presente en la obra kantiana, con su torturante renuncia al mundo de las emociones y sentimientos (12), está totalmente ausente en la ética de Mill, que no es tan candorosa e ingenua, sin embargo, como para no reconocer el antagonismo existente entre los diversos individuos en su convivencia social. Lo que ocurre es que, influido por los ilustrados, Mill considera que son las estructuras y las instituciones las que han generado conflictos intersubjetivos, distanciándose de Hobbes y las concepciones más pesimistas de la naturaleza humana (13).

2. SER/DEBER SER, HACER/DEBER HACER

Suele considerarse, erróneamente desde mi punto de vista, como he puesto de manifiesto reiteradamente, que Hume es el precursor de la formulación de la Falacia Naturalista denunciada por Moore (14), cuando a mi modo de ver Hume preconiza el mismo tipo de «naturalismo» que, personalmente, considero vindicable, practicado por Mill, y que Moore ha denostado.

(9) Como Keith Ward ha observado se trata de una visión luterana de la naturaleza humana (*Op. cit.*, p. 171).

(10) *Grundlegung*, BA 75.

(11) *KpV*, A 149.

(12) Véase la retórica apelación al deber en *KpV*, A 154.

(13) Sobre el particular ver *Utilitarianism*, vers. cast. cit. pág. 84, así como el comentario al respecto a cargo de GRAEME DUNCAM en *Marx and Mill-Two Views of Social Conflict and Social Harmony*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, especialmente pp. 238 y ss.

(14) GUISÁN, E.: *Cómo ser un buen empirista en ética*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, cap. II, pp. 19-56.

Estimo mucho más plausible la tesis de que Kant es el verdadero inspirador de Moore, hipótesis que no es del todo gratuita si tenemos en cuenta la influencia ejercida por Kant sobre el pensamiento de Moore, a pesar de no salvarse tampoco Kant de ser incluido por Moore entre los presuntos incursores en la Falacia Naturalista, si bien no es el sentido de confundir «bueno» con alguna cualidad o peculiaridad física, sino metafísica (15).

El origen de la tajante separación entre el *es* y el *debe* en Moore podríamos decir que, en buena medida, obedece a una filosofía del lenguaje peculiar y unos presupuestos ontológicos y epistemológicos que considero cuando menos discutibles. En el caso de Kant, entiendo que dicha separación viene determinada, como ya apunté, por su concepción antropológica, amén de sus prejuicios de tipo religioso que habían de considerar la naturaleza humana como «mala» (16), sólo redimible a través de un trasunto secularizado del dios cristiano, a saber, la *razón pura no condicionada* (17).

Ocurre así que, como anticipé al comienzo de este trabajo y el propio Kant llama la atención sobre ello, se da una clara asimetría entre la *crítica de la razón pura* (especulativa), en donde se intenta una demarcación y delimitación de las prerrogativas de la razón al margen de los condicionamientos de la sensibilidad, y la *crítica de la razón práctica* (empíricamente condicionada), donde se proclama la soberanía absoluta e irrestringida de la *razón pura* por lo que a las cuestiones prácticas se refiere (18), de tal suerte que el mundo

(15) MOORE, G. M.: *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982 (1.ª ed. 1903), párs. 75 y ss., pp. 126 y ss.

(16) Véase SEIDLER, J. V.: *Kant. Respect and Injustice*, Routledge and Kegan Paul, London, 1986, pp. 20 y ss. Cfr. también KEITH WARD: *Op. cit.*, p. 146.

(17) Como el propio Kant afirma: «Dios es la razón ético-práctica auto-legisladora» (*Opus postumum*, XXI, 145).

(18) «Por qué esta crítica no lleva el título de Crítica de la razón *pura* práctica, sino solamente el de Crítica de la razón práctica en general, a pesar de que el paralelismo de ésta respecto a la especulativa parece exigir lo primero, es cosa que este trabajo explica suficientemente. El debe sólo establecer que hay *razón pura práctica* y crítica con esa intención toda su *facultad práctica*. Si lo consigue, ya no necesita entonces criticar la *facultad pura misma* para ver si la razón con semejante facultad *no se excede* a sí misma, atribuyéndosela gratuitamente (como ello ocurre en la especulativa). Pues si, como razón pura, es ella realmente práctica, demuestra su propia realidad y la de sus conceptos por el hecho mismo y es vano todo disputar contra la posibilidad de serlo» (*KpV*, Vorrede, A 2).

Esta asimetría entre las dos primeras críticas no ha sido excesivamente resaltada tal vez debido a la escasez de comentarios en torno a la *crítica de la razón práctica*, como L. W. Beck indica. Este autor, sin embargo, dedica algún espacio a analizar la carencia de paralelismo entre los títulos de las mencionadas obras de Kant, indicando que si bien la primera había sido anunciada por Kant como «crítica de la razón pura práctica», que seguirá a la segunda edición de la «crítica de la razón pura especulativa», Kant sin duda no tenía claro en aquel momento el contenido de su segunda crítica que habría de centrarse en la acepción negativa del vocablo *Kritik*, distinguiéndose, además, de la primera crítica en que mientras en aquella su objetivo eran los límites de la razón *pura* especulativa, en el caso de la segunda la *Kritik* se dirigía a señalar los límites de la razón *empírica* práctica (BECK, L. W.: *A Commentary on*

de los sentidos, los sentimientos, los deseos humanos, etc., aparece como un mundo opaco a la racionalidad. Se deja traslucir un subyacente platonismo que clama por el mundo de las ideas (19), en contra del mundo sensible, un subyacente cristianismo que proclama la supremacía del mundo de lo espiritual cristiano frente al mundo de lo corporal pagano. Kant nos confunde, porque utilizando un lenguaje aparentemente ilustrado proclama tesis que se encuentran muy distantes de los ideales de la ilustración (20). Su hombre *racional* no es el hombre ilustrado, sino el hombre sometido a una Ilustración-Razón que poco o nada tiene en cuenta los deseos del hombre. Muy lejos se encuentra Kant de la «slave reason» humeana (21). Por lo demás, como Seidler le ha criticado a Kant, el desestimar los deseos y los sentimientos de los individuos supone de algún modo negar lo que hay de *particular* (cursivas mías) en las vidas humanas (22), así como no reconocer que nuestros sentimientos, emociones y deseos poseen su propia racionalidad (23).

El yo escindido de Kant constituye uno de los puntos más vulnerables de su teoría antropológica y su teoría moral, e incluso su ontología y epistemología. La dicotomía y el discontinuo razón/pasión, parecen difícilmente vindicables o aceptables.

En cualquier caso, Kant es decididamente coherente con sus propios postulados. Puesto que el *hacer* espontáneo del hombre obedece a motivaciones *patológicas*, el *deber hacer* tiene que tener sus fuentes en otro tipo de motivación, a saber el *respeto* por los preceptos de la ley de la razón práctica pura (24). Dado también que la naturaleza humana está sujeta a inclinaciones y debilidades, habrá que basar el *deber* en un fundamento más estable que aquello que *es* como cuestión fáctica.

Como resultado de este punto de partida, la razón pura práctica postulará un cumplimiento puramente formal de los principios de la justicia [la universalizabilidad y prescriptividad, como serán reintro-

Kant's Critique of Practical Reason, Midway Reprint, The University of Chicago Press, Chicago, 1984, pp. v-vi).

En el mundo hispánico el prof. Montero Moliner ha comentado también la desigual misión de las dos primeras críticas: «Por tanto, la tarea de *la crítica de la razón práctica* es, en cierta forma la opuesta de *la crítica de la razón pura*: no debe vigilar las pretensiones que la razón pudiera exhibir de operar por sí sola, prescindiendo de lo empírico, sino, por el contrario, debe cuidar de que no haga suyos los motivos empíricos, confundiendo sus leyes con máximas circunstanciales» (MONTERO MOLINER, F.: *El empirismo kantiano*, Universidad de Valencia, 1973, p. 269).

(19) La influencia de Platón puede apreciarse claramente en *KrV*, BV 370-375.

(20) Véanse los comentarios sobre este punto en KEITH WARD: *Op. cit.*, pp. 167 y 174. SEIDLER: *Op. cit.*, p. 60, entre otros.

(21) HUME, D.: *A Treatise of Human Nature*, lib. II, part. III, sec. iii.

(22) SEIDLER: *Op. cit.*, p. 12.

(23) *Ibid.*, p. 126.

(24) *Grundlegung*, BA 15.

ducidos en la ética de Hare (25)] que no tendrán que tener en cuenta en modo alguno las consecuencias, ni los logros a conseguir (26).

En este sentido el deontologismo puro de Kant, podría muy bien ser encuadrado dentro de lo que Seffler rotula como propuesta de restricciones centrada en los agentes (agent-centered restrictions) (27).

Cualquier que sean los méritos de la ética kantiana, el innegable valor de la defensa del «individuo como fin» (28), o el énfasis en la aplicación del principio de universalidad o imparcialidad, su deontologismo extremo precisa ser corregido y complementado con la aportación de Mill, muy especialmente en lo que atañe a su concepción dualista del hombre, su repudio de los sentimientos, deseos y necesidades y, como corolario su olvido de las consecuencias previstas y proyectadas de nuestras acciones.

Curiosamente, sin embargo, la «reconversión» kantiana en moldes utilitaristas, no constituye únicamente un intento contemporáneo. Aunque ha sido pasado muchas veces por alto, fue propuesta por el propio Mill en los capítulos 1 y 5 del *Utilitarianism* (29).

Si bien Mill es impreciso y ha sido acusado, no sin cierta plausibilidad, de incurrir en la falacia naturalista por parte de G. E. Moore (30), tema que he tratado ampliamente en otros trabajos (31), al confundir de alguna manera o, para ser más explícitos, por no diferenciar suficientemente *deseado* (perteneciente al mundo de los hechos, al ámbito del *es*) y *deseable* (propio del mundo de los valores del mundo del *debe*) (32), resulta, a mi modo de ver, mucho más sugerente en este particular.

Es cierto que *deseado* y *deseable* *no siempre* apuntan a una misma cosa, pero también, como Brandt ha indicado, si bien todo lo deseado no es *ipso facto* deseable, todo lo deseable sí es en alguna medida y sentido deseado (33).

Propongo que consideremos para esclarecer este punto, la siguiente división tripartida entre *deseos* y búsqueda consiguiente de *placeres*:

(25) HARE, R. M.: *Freedom and Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1977, espec. pp. 1-67.

(26) Véanse, sin embargo, las interpretaciones más o menos teleológicas de autores como GOLDMANN, L.: *Mensch, Gemeinschaft und Welt in Philosophie Immanuel Kant*, ver. cast.: *Introducción a la filosofía de Kant*, Amorrortu ed., Buenos Aires, 1974, pp. 171-173. WARD, K.: *Op. cit.*, p. 85.

(27) SHEFFLER, S.: *The Rejection of Consequentialism*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 115 y ss.

(28) *Grundlegung*, BA 66-67. También conf. *KpV*, A 155-156 o *KU* párr. 84, 398.

(29) *Utilitarianism*, vers. cast. ya citada, pp. 41-42 y 116.

(30) MOORE, G. E.: *Principia Ethica*, párr. 40, pp. 66 y ss.

(31) GUIÁN, E.: *Cómo ser un buen empirista en ética*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, pp. 83 y ss. GUIÁN, E.: *Contra Natura*, en «Revista de Filosofía», 2.ª serie VI, Madrid, julio-diciembre 1983, pp. 213 y ss.

(32) El conocido paso de «deseado» a «deseable» en MILL se encuentra en *Utilitarianism*, vers. cast. cit., p. 90.

(33) BRANDT, R. B.: *Ethical Theory*, vers. cast. de E. Guisán, *Teoría ética*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1982, p. 308.

I nivel [correspondiente, en alguna medida al pre-convencional de Kohlber (34)]. Abarcaría los deseos y placeres *solitarios*, propios de un individuo egoísta, o cuando menos egocéntrico, no socializado o apenas socializado, para quien las sanciones sociales son inoperantes, y que se encuentra desprovisto de todo sentimiento de *sympatheia*, o solamente lo posee en el sentido muy rudimentario de abarcar un muy reducido *in-group* (los suyos).

II nivel (análogo al nivel convencional de Kohlberg). Abarcaría los deseos y placeres *gregarios*, propios del individuo que se ha integrado en el grupo, es ciudadano de la *polis*, cumple como «buen» ciudadano y procura no defraudar las expectativas propias de su rol. Es sensible al elogio, la buena acogida, la reprobación, la censura y el ostracismo. Vive como *se vive* y es feliz en el sentido no de disfrutar de la felicidad propugnada por Mill, sino en el de adaptarse al simple *content* (35).

III nivel (paralelo al nivel post-convencional de Kohlberg). Englobaría los deseos y placeres *solidarios*. El individuo ha ensanchado sus capacidades en principio limitadas de *sympatheia* de modo que llega a ser feliz con la felicidad de los demás. No obra como *su* grupo le demanda, sino que aplica principios de imparcialidad y justicia en la distribución de los bienes. La búsqueda de la virtud y la felicidad se confunden.

Esta tripartita división entre deseos y placeres creo que será de utilidad tanto en el presente apartado, como en el siguiente, cuando examinemos las relaciones entre felicidad y virtud, satisfacción y autoestima.

De momento puede ayudarnos a explicar la confusión de Mill entre lo deseado y lo deseable, así como su apresurado intento de fundir ambos conceptos.

Si tenemos en cuenta que Mill, dada su concepción del hombre como individuo en continuo progreso hacia la autonomía y la expansión de sus sentimientos de solidaridad, concibe los *deseos* genuinamente humanos (propios del ser humano maduro y desarrollado) como los deseos que he situado en el nivel III, podrá colegirse fácilmente, si aceptamos mi propuesta anterior de la imparcialidad como ingrediente distintivo de la «deseabilidad» y el «deber» moral, que ambas esferas se interconexionan de forma estrecha. Por supuesto, que lo «deseable» no sólo no significa lo mismo, sino que es cabalmente lo opuesto de lo «deseado» en los niveles I o II. Pero, de manera opuesta, en el nivel III, «deseado» y «deseable» son como las dos caras de una misma moneda.

(34) Véase especialmente KOHLBERG, L.: *The Philosophy of Moral Development*, Harper and Row Pub., Londres, 1981.

(35) La distinción entre «happiness» y «content» puede verse en *Utilitarianism*, vers. cast. cit., pp. 50-51.

Ahora bien, podríamos legítimamente cuestionarnos si es lícito reducir todos los deseos *humanos* a los propios del nivel III. Se trataría, por supuesto, de una definición persuasiva de «humanos». Pues, ¿por qué motivo habríamos de considerar menos «humanos» los deseos solitarios o gregarios que los deseos solidarios? Nuestra clasificación está abiertamente viciada por nuestra *valoración* de aquello que consideramos más deseable en el hombre. Siendo ello así, va de suyo que *deseado* y *deseable* son una y la misma cosa por cuanto «deseado» ha sido construido de acuerdo con nuestros *desiderata*.

En este sentido parece más realista la aproximación kantiana, como también lo es la hobbesiana, al tema de los sentimientos y deseos humanos que pudiera serlo la de Mill. Muchos, tal vez la mayoría de los hombres no alcanzan en toda su vida la edad adulta, moralmente hablando. ¿Hemos de considerarlos *sub-hombres* sin caer en una definición nuevamente persuasiva?

Tal vez Mill tendría que aprender de Kant, que las relaciones humanas son más conflictivas de lo que él pretende y que el desgarramiento interior entre el «deber» y la «felicidad» es más profundo de lo que Mill quiere pensar.

Un punto intermedio entre la posición kantiana y la de Mill parece en este tema como en otros lo más indicado desde el punto de vista de una *crítica de la razón pura práctica* como aquí se propone.

El deber no es lo mismo que el ser, decididamente, pero también en contra del rigorismo kantiano, el «debe» no siempre es compulsión (36). Algunas veces, por lo menos «deseable» coincide con «deseado». Mill exageró la nota, pero no desafinó totalmente.

3. FELICIDAD Y VIRTUD, GRATIFICACION Y AUTO-ESTIMA

Nos acercamos ahora a un punto en que las coincidencias y discrepancias entre los posicionamientos de Mill y Kant son tan sorprendentes como espectaculares. El concepto de auto-estima (*Selbstzufriedenheit*) kantiano y el concepto de auto-respeto (*self-respect*) de Mill sirven como nexo para acercar a ambos autores, a la vez que apuntan, paradójicamente, a los totalmente contradictorios supuestos de uno y otro autor respecto a las relaciones entre felicidad y virtud:

3.1. Consideraré diversos posibles puntos de vista respecto a las relaciones entre la vida buena o el bienestar psíquico y anímico (*eudemonía*) y la virtud, excelencia o *areté*.

a) *La posición indiferente*, de acuerdo con la cual podría considerarse que ambos conceptos apuntan a cualidades o notas completamente distintas y que simplemente no tienen nada en común. «Bueno

(36) *KpV*, A 58.

es bueno y no hay nada más que discutir», como sería, en cierto sentido, la posición de Moore (37).

b) La posición *ascética*, criticada por Bentham, que mantiene que la virtud consiste precisamente en la búsqueda del sufrimiento y la evitación del placer.

c) *La posición coincidente*, ejemplificada por Epicuro, que afirma que decir «placer» y decir «virtud» son una y la misma cosa.

d) *La posición optimista* que sostiene que existen muchas maneras de ser feliz, pero que sólo los hombres más virtuosos o excelentes gozan de la felicidad más profunda, como es la postura defendida por Platón en la antigüedad.

e) *La posición pesimista*, que admite que aun cuando el Bien Supremo requiere la concertación de la virtud y la felicidad, esto no es habitualmente posible. La naturaleza humana no es tal que puedan reconciliarse a un tiempo las demandas de la excelencia moral y la bienaventura.

Por lo que a *Kant* se refiere diríamos que, en cierta medida, participa de dos posiciones. En primer lugar, comparte algunos presupuestos de la posición escética, que trata vía renuncia y compulsión de hacernos dignos de la felicidad (38), que mediante la fe religiosa podemos esperar conseguir en otra vida (39). Asimismo, también es Kant uno de las más genuinos representantes de la posición *pesimista*, que si bien no puede menos que reconocer que el Supremo Bien habrá de reconciliar las expectativas de conjunción de virtud y felicidad (40), no lo considera posible a lo largo de nuestra existencia temporal.

Por supuesto, que hay lugar para la esperanza de que la *virtud* tendrá su recompensa, ya que si bien no admite que la felicidad sea igual que la virtud, como hacen los epicúreos, acepta, de algún modo, la tesis estoica de que la virtud conduce a la felicidad, aunque nunca por supuesto a lo largo de nuestro *span* vital.

En cuanto a *Mill*, comparte la posición epicúrea de la identidad entre virtud y felicidad, pero de modo *cualificado*, acercándose más su distinción entre diferentes calidades de placer (41) a las tesis optimistas, de las que la teoría platónica es un excelente paradigma, relativas a que a mayor virtud corresponde mayor felicidad y a mayor felicidad corresponde mayor virtud, ya que, de modo estipulativo, se ha optado por la definición de «felicidad» como aquello que coincide con el cultivo de nuestra excelencia.

Prima facie, si bien tanto la teoría platónica como la de Mill contienen innegablemente elementos persuasivos que tratan de convencer-

(37) MOORE, G. E.: *Principia Ethica*, pár. 6, p. 6.

(38) «No es propiamente la moral la doctrina de cómo nos hacemos felices, sino de cómo debemos llegar a ser dignos de la felicidad»; *KpV*, lib. II, cap. II, pár. V, A 234.

(39) *KpV*, A 234.

(40) *KpV*, lib. II, cap. II, A 198-199.

(41) *Utilitarianism*, vers. cast. cit., p. 48.

nos de que «vale la pena ser moral» ya que la *felicidad* es venturosa y felizmente, valga la redundancia, precisamente eso: ser *moral*, resultan, en principio, teorías si no más verdaderas al menos más deseables que la sustentada por Kant que aplaza, inexplicablemente desde una perspectiva racional, el logro de la felicidad correlativa a la virtud a un mundo hipotéticamente trascendente (42).

Si aceptamos la división tripartita ofrecida en el apartado anterior con relación a los deseos y los placeres, no nos resultará tan difícil, quimérico ni utópico aceptar que en la medida en que los hombres se hacen más autónomos y solidarios, derivan especiales placeres y gratificaciones en la búsqueda de su perfeccionamiento y de la producción del mayor bien de la *polis*, tesis utilitarista que sirve de engarce entre el *Utilitarianism* y *On Liberty*.

Una de las diferencias más radicales entre Kant y Mill, se aprecia, precisamente, en este tema relativo a las relaciones entre virtud y felicidad, en que las distintas concepciones respecto al papel de la religión no parecen ser irrelevantes. *Mill* desea que los hombres sean aquí y ahora felices y para ello los anima a ser virtuosos. *Kant*, podríamos decir, nos apremia para que nos hagamos únicamente *dignos* de la felicidad mediante el ejercicio de la virtud. Es el enfrentamiento secular entre la filosofía intrínsecamente pagana y las concepciones sobrenaturales de la filosofía. Salvada esta diferencia, sin embargo, las posiciones de Kant y Mill no resultan tan distintas. Los hombres que se hacen dignos de la felicidad, en ese mismo *hacerse dignos* disfrutan de la mayor felicidad imaginable, podría aseverar Mill. Con lo que, a la postre, la brecha entre Kant y Mill podría reducirse a una distinta concepción del significado del término «felicidad» en litigio.

3.2. Si bien puede resultar exagerado concluir que, en resumidas cuentas, las diferencias entre el *deontologismo* rigorista de Kant y el *teleologismo* optimista de Mill constituyen únicamente diferencias semánticas y verbales, no cabe duda de que, al menos en alguna medida, ello es así, al margen, por supuesto, de las diferencias en supuestos axiológicos, teológicos, etc., que puedan viciar, o al menos condicionar los usos del término «felicidad» y del término «virtud» en ambos autores.

De hecho resulta palmario que las discusiones acerca de la «felicidad» en una hipotética controversia protagonizada por Kant y Mill resultarían infructuosas y carentes de sentido si no procedemos previamente a esclarecer las diferencias en el significado del término «felicidad» para ambos autores.

Consideraré su sugerente pasaje de la *crítica de la razón práctica* en donde pudiera radicar la clave para desvelar las diferentes connotaciones que *felicidad* posee para Kant y para Mill. Este pasaje, a partir de ahora *pasaje de la auto-estima*, constituye una de las más

(42) «Hasta más allá de esta vida» (*über dieses Leben Hinaus*), *KpV*, A 222.

interesantes aportaciones kantianas a la determinación de lo moral y sus concomitancias o discrepancias con la felicidad, la satisfacción personal, etc.

En rigor, en la obra kantiana podríamos discernir entre dos conceptos paralelos y contrapuestos. Por una parte, la *eigenen Glückseligkeit*, o felicidad propia, y, por otra, la *selbstzufriedenheit*, contento de sí mismo o auto-estima. Se trata de dos tipos distintos de *sentimientos* que poseen, sin embargo, connotaciones distintas. El primero de ellos sería lo que podríamos denominar un sentimiento puramente prudencial, de raigambre empírica. Al igual que todo lo que proceda a la experiencia no sirve, según los presupuestos kantianos, como fundamento de la moral ya que, de acuerdo con Kant: «La universalidad con que deben valer (las leyes morales) para todos los seres racionales sin distinción, la necesidad práctica incondicionada que por ello les es atribuida, desaparece cuando el fundamento de ella se deriva de la peculiar constitución de la naturaleza humana o de las circunstancias contingentes en que se coloca» (43).

Todavía más, no sólo es rechazable el principio referido, sino que es el *más* rechazable en la ética de Kant, no sólo por ser falso y carente de valor fundamentalmente, sino porque socaba los propios cimientos de la moralidad, confundiendo los motores que mueven a la virtud con los que impulsan al vicio (44).

Por otra parte Kant, en contra de lo que pudiera esperarse, se ve obligado, a fin de evitar el racionalismo más absurdo, a admitir que las acciones éticas de algún modo se corresponden con motivaciones y sentimientos. De alguna manera ha de admitir, por reacio que sea a ello, un *sentimiento moral* que estaría constituido, precisamente, por el «sentimiento de satisfacción con uno mismo» (45). Sentimiento decididamente curioso al ser producido por la sola razón (46), a fin de eximirle de elementos patológicos y que se asienta en el respeto (*Achtung*) hacia la ley (47), que si bien encierra compulsión (*Nötigung*) y no conlleva placer alguno, sino más bien dolor en la acción en sí, no obstante, al ser reconocido como producto de la razón suscita una suerte de «elevación» (*Erhebung*) (48), de modo que genera un sentimiento que podríamos, forzando la lectura de Kant, denominar *gratificante* por cuanto consiste en lo que Kant califica como «aprobación de uno mismo» (*Selbstbilligung*) (49).

El reconocimiento por parte de Kant de una suerte de sentimiento paralelo al del placer *patológico*, que tendría su origen en la pura

(43) *Grundlegung*, BA 90.

(44) *Ibid.*, BA 90.

(45) *KpV*, A 70.

(46) *Ibid.*, A 135.

(47) *Ibid.*, A 137-139.

(48) *Ibid.*, A 143.

(49) *Ibid.*, A 143.

razón y que conllevaría «gratificación» o «satisfacción» de un tipo peculiar, aparece más claramente en el pasaje al que antes me he referido como «pasaje de la auto-estima».

En el libro II, capítulo II, párrafo II de la *crítica de la razón práctica*, Kant se pregunta, en un tono profundamente desgarrado: «¿Es que no hay palabra alguna que señale no un goce como la palabra felicidad, pero sí una *satisfacción* (cursivas mías) en la existencia propia, un análogo de la felicidad que tiene necesariamente que acompañar la conciencia de la virtud?» (50). Para responder seguidamente: «Sí, y esa palabra es el contento de uno consigo mismo» (*Selbstzufriedenheit*) (51).

Posiblemente este pasaje encierra el mensaje más sugerente de la ética kantiana, al que subyacen también los presupuestos del hedonismo psicológico kantiano sumamente debatibles. Por una parte, se quiere decir que tiene que haber una distinción entre los placeres ordinarios, como el ganar en el juego haciendo trampas, y la satisfacción experimentada por haber sido respetuoso con las reglas de juego aunque ello nos haya producido la bancarrota, ejemplo al que alude Kant en otro lugar, en donde distingue de forma incisiva entre el *enfadarse consigo mismo* cuando se pierde por imprudencia y *despreciarse a uno mismo* cuando se gana haciendo trampa (52). Por lo demás, como Kant añade con acierto, tiene, efectivamente, que haber algún tipo de diferencia entre ambos tipos de reacciones y valoraciones. El sentirse indigno no puede ser parangonable al saberse astuto (53). El sentimiento que produce la satisfacción del nivel que yo he denominado I, de deseos y placeres *solitarios*, no es, desde luego, equiparable al sentimiento que yo he incluido en el nivel III, de deseos y placeres *solidarios*. Sin embargo, Kant no quiere decir tanto (o tan poco) como lo que yo pretendo. Los sentimientos de placer y solidaridad no tienen cabida en su concepción moral. Su individualismo, a pesar de estar sometido a principios *formales* universales, realmente parece ir demasiado lejos.

Con todo, su apreciación es sensata y sus aseveraciones al respecto plausibles. Es preciso distinguir entre los diversos tipos de placeres, satisfacciones y gratificaciones. El sentimiento de *satisfacción con unos mismo* será el correlato de lo que en Mill entendemos como *felicidad moral*, propia de los seres que yo he colocado en el nivel III.

Por lo demás es, sin duda, mucho más profunda la percepción de esta satisfacción propia íntima, de este sentimiento de auto-aprobación moral, en Kant que pudiera serlo en Mill, aunque en otros

(50) *Ibid.*, A 212-213.

(51) *Ibid.*, A 213.

(52) *Ibid.*, A 65.

(53) *Ibid.*, A 67.

aspectos la explicación de tal sentimiento por parte de Mill sea mucho más aceptable que la ofrecida por Kant.

Si bien Kant es especialmente sutil con relación a este concepto, como cuando alude a que es imposible gozar o disfrutar de este tipo especial de contento si uno previamente no es ya un individuo moral (54), o que es preciso ser ya por lo menos medianamente honrado para disfrutar ante la idea de serlo (55), yerra completamente, a mi modo de ver, en su empeñamiento en separar tajantemente la satisfacción moral, como sentimiento generado «por la sola razón», de los restantes sentimientos de raigambre empírica, o en su negativa a considerarla como motivo impulsor de la moralidad (56). Pero el poco plausible y dicotómico enfoque de las reacciones humanas y las fuentes de gratificación y satisfacción, no debiera distraernos de lo que es justo reclamar como lo más importante de la contribución kantiana a la ética, solamente superada por su formulación del imperativo categórico, a saber, su reconocimiento de las fuentes morales de satisfacción que revelan el grado más elevado de desarrollo que, según mis presupuestos personales, puede alcanzar un ser humano.

Por lo demás las coincidencias entre Kant y Mill a este respecto son llamativas, si bien parecen haber sido hasta el presente, pasadas por alto. Se ha insistido por parte de muchos autores en la coincidencia respecto al elemento de *universalidad* tal como aparece expresado en las diversas formulaciones del imperativo categórico y el principio de *imparcialidad* inherente a la distribución de la felicidad dentro del hedonismo universalista de Mill (57). Sin embargo, que yo sepa, dada la excesiva preocupación por los elementos *racionales* de la ética, tanto en los enfoques neoutilitaristas como neokantianos contemporáneos, no se han tenido en cuenta debidamente los paralelismos importantes en la concepción del *sentimiento moral* en Kant y Mill.

Por lo demás, también es cierto que si Kant fue más sutil en el estudio de la caracterización de la auto-estima, Mill es, sin duda, mucho más agudo en la explicación y justificación de su génesis, así como del *sentimiento moral* en general. Dicho de otro modo, Mill responde de modo mucho más aceptable que Kant a la pregunta de ¿por qué ser moral más bien que inmoral o simplemente amoral?

Kant, al haber establecido el hiato entre el hacer y el deber hacer, carece de enlace o eslabón entre el mundo de la praxis cotidiana y el mundo de la praxis ideal. Si los hombres obran de una manera espontáneamente, parece que resulta difícil explicar por qué *deben* obrar de otra manera distinta, contrariando sus tendencias naturales

(54) *KpV*, A 65.

(55) *Ibid.*, A 65.

(56) *MS*, *Tugendlehre*, 376.

(57) Sobre estos aspectos en común entre Kant y Mill, véase HARE: *Moral Thinking*, Clarendon Press, Oxford, 1981, especialmente pp. 43 y 50.

e infringiéndose dolor gratuitamente (58). Las llamadas al supuesto atractivo del respeto producido por la pura razón (59) parecen más ingenuas todavía que la confianza millleana en el progreso de la humanidad.

Por lo demás, el individualismo kantiano, si bien tiene en cuenta los derechos de los demás, como exigencia emanada de la ley, no implica interés por los demás, como exigencia efectiva generada por sentimientos de solidaridad. En Kant, «yo tengo que ocuparme de los intereses de los demás —podríamos parafrasear— y ello no porque me importe en absoluto la felicidad ajena, sino porque viene exigido por la ley universal» (60), mientras que en Mill, también podría parafrasearse, «yo quiero (y por ello debo, o debo a causa de que realmente quiero) ocuparme de los demás».

El *sentimiento moral* en Mill tiene unas fuentes, origen y cometido distintos que en Kant. Para empezar no es innato, sino adquirido, aunque ello no le impide ser tan «natural» como el que más, al igual que es adquirida y a la vez natural la facultad de hablar, pensar, etc. (51). Para continuar, su origen no es racional, sino empírico y emocional. Se sustenta sobre la base de sentimientos naturales potentes, como son los «sentimientos sociales de la humanidad» (62). Por añadidura, de acuerdo con Mill todo ser humano está llamado a ser libre y autónomo (63), así como a disfrutar de la auto-estima y el respeto propio, pero este respeto por uno mismo no es para Mill algo distinto de la felicidad humana, sino el ingrediente fundamental de la propia felicidad.

La relación entre la auto-estima y el sentimiento moral en Mill difiere, por consiguiente, de la diseñada por Kant. La auto-estima no es el único sentimiento moral, aunque es parte innegable del mismo. El sentimiento citado implica la estima propia y de los otros. La satisfacción con uno mismo, no obstante, no brota de la auto-complacencia ante la «pureza» de las intenciones personales o del asentimiento incondicional a la ley de la razón pura, sino que viene determinada por una complacencia con uno mismo como ser social que es capaz de colaborar en la transformación y mejora de las condiciones sociales.

Para Kant, por el contrario, el solo cumplimiento de la ley moral expresada mediante el imperativo categórico de la universalizabilidad, prescriptividad y respeto a los demás seres humanos como seres igual-

(58) Una crítica interesante a Kant en este sentido puede verse e GARDINER, P.: *Freedom as an Aesthetic Idea*, en ALAN RYAN (ed.): *The Idea of Freedom*, Oxford University Press, 1979.

(59) *Grundlegung*, cap. II, BA 33.

(60) *Grundlegung*, BA 89.

(61) *Utilitarianism*, vers. cast. cit., p. 82.

(62) *Ibid.*, p. 83.

(63) *On Liberty*, vers. cast. de Pablo Azcárate: *Sobre la libertad*, Alianza ed., Madrid, 1981, p. 130.

mente autónomos, es el que nos infunde el sentimiento de contento con nosotros mismo, *auto-estima* o *auto-estimación*.

Vemos así que mientras que en Kant el contento propio, o auto-estima, se liga con el reconocimiento de uno mismo como cumplidor de una ley que él mismo, en cuanto participante de la racionalidad universal, se ha dado, no en cuanto persona individual y «fenoménica», con intereses y deseos empíricos (64), para Mill el auto-respeto es un sentimiento moral propio de personas en las que se desarrollan los sentimientos sociales de solidaridad, que constituyen el genuino respeto, tan mermado en Kant, que lo aplica únicamente a la parte *racional* del hombre y nunca al hombre completo (65).

Por añadidura, y contrariamente a lo que es opinión común, la ética de Mill también da cuenta con más atino que la kantiana de la importancia de la salvaguarda de los elementos de libertad y autonomía propios del hombre moral, elementos que aparecen considerablemente disminuidos en la ética kantiana, contra todo pronóstico.

Comparto, en este sentido, la crítica de Seidler al liberalismo deontológico contemporáneo, de raigambre kantiana (crítica que hago extensible al propio Kant), en el sentido de que en lugar de la concepción *atenuada* de la persona que dicho liberalismo deontológico hereda de Kant, precisamos contar con un sentido de la importancia moral de las personas como seres capaces de expresar sus potencias y habilidades en sus relaciones cotidianas, lo cual implica el reconocimiento de la individualidad de nuestras emociones, sentimientos y deseos (66).

Mill, por el contrario, considera la «individualidad como uno de los elementos del bienestar», tal como se expresa en el capítulo III de *On Liberty* (67), insistiendo al propio tiempo en la vinculación del concepto de auto-respeto con la idea del respeto al hombre total, abogando por una conjunción armónica del hombre racional y el hombre sensible. En tal sentido proclamará Mill que al igual que es deseable que el hombre adquiriera una autonomía racional, es decir, una capacidad de pensar por sí mismo, es igualmente importante que adquiriera, asimismo, carácter, que tenga personalidad, lo cual sólo es posible cuando sus deseos e impulsos son suyos propios (68).

Con este posicionamiento, como es obvio, Mill se enfrenta abiertamente al plantamiento kantiano. Según la interpretación de Seidler, que suscribo, si bien Kant nos ayuda a hacernos conscientes de nuestra dignidad y nuestra «auto-estima», ello es al precio de hacernos creer en nuestra insignificancia como hombres naturales (69), lo cual soca-

(64) Como Acton indica, Kant se sorprendería y alarmaría ante la idea existencialista de que un hombre puede y debe construir su propia moralidad (ACTON: *Kant's Moral Philosophy*, MacMillan, 1985, p. 39).

(65) SEIDLER: *Op. cit.*, p. 40.

(66) *Ibid.*, p.204.

(67) *On Liberty*, vers. cast. cit., p. 130.

(68) *Ibid.*, p. 131.

(69) SEIDLER: *Op. cit.*, p. 40.

ba toda posible «estima» o «dignidad» que pudiéramos sentir cuando consideramos «estima» y «dignidad» desde parámetros no kantianos (70).

Más aún, y aunque ello también contravenga las valoraciones habituales de la ética kantiana, el planteamiento rigorista y religioso de Kant, que implica una cierta «maldad» natural en el hombre, resulta un atentado contra la propia individualidad y libertad humanas. Al desentenderse éticamente de nuestros intereses y preocupaciones personales desestima aquello que nos hace precisamente seres únicos, irremplazables y, por consiguiente, no intercambiables (71). De esta manera, de forma irrefutable, se vuelven contra Kant los argumentos que sus supuestos seguidores contemporáneos de corte liberal deontológico habían pretendido esgrimir contra un utilitarismo caricaturizado. Tanto Kant como sus defensores liberales se encuentran imposibilitados para ofrecernos un concepto no mutilado de naturaleza humana y, por tanto, para proporcionarnos un sentido de la dignidad y la auto-estima que merezcan tal nombre. El individualismo racionalista extremo, paradójicamente, produce la «despersonalización» (72).

Un balance final, siempre *provisional*, acerca de las aportaciones de Kant y Mill al tema estudiado, nos llevaría a considerar, desde la postura que he adoptado, la necesidad de una re-lectura kantiana en clave más próxima al pensamiento de Mill.

De este modo sería factible la elaboración de una muy necesaria *crítica de la razón pura práctica*, configurando los límites en los que la *razón pura* puede actuar a nivel práctico, convirtiéndose así en *medio* para lograr la concordia apetecida entre *felicidad* y *virtud*, vinculándose estrechamente a los deseos humanos cualificados, cuando se considera al hombre en su conjunto como una unidad psicosomática indisoluble.

(70) *Ibíd.*, p. 27.

(71) Véase LETWIN, O.: *Ethics, Emotion and the Unity of the Self*, Croom Helm, Londres, 1987, p. 3.

(72) SEIDLER: *Op. cit.*, pp. 51-52.

III
ESTUDIOS

Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos

Por NEIL McCORMICK

Edimburgo

Este artículo fue escrito por primera vez como comunicación al Congreso de la Sociedad de Filosofía Jurídica y Social del Reino Unido (la sección británica de IVR) celebrado en Cambridge en 1975. Posteriormente fue publicado de nuevo en ARSP, 62 (1976), y nuevamente en 1982 como un capítulo de mi libro Legal Right and Social Democracy.

Aunque mi primera formación en filosofía tuvo lugar en Glasgow (con C. A. Campbell, W. G. MacLagan, R. J. Hist, W. D. Lamont y R. S. Downie; también H. Horsburgh y J. J. Russell), mi trabajo inicial como filósofo del Derecho (en Dundee, 1965-67, y en Oxford, 1967-72) estuvo fuertemente influenciado por la jurisprudencia analítica de H. L. A. Hart y por el estilo filosófico del «análisis lingüístico». Sin embargo, aunque trabajaba en esta línea, me encontré insatisfecho con algunos aspectos del análisis del derecho y de los conceptos jurídicos de Hart.

En particular, su análisis del concepto de «derecho legal», propuesto en su obra Definition and Theory in Jurisprudence, me parecía inconsistente por dos razones: en primer lugar, sugería como esencial para la titularidad del derecho la facultad de interponer reclamaciones o de desistir de ellas; en segundo lugar, sostenía que las afirmaciones acerca de derechos debían ser consideradas «conclusiones jurídicas». Lo primero excluía la posibilidad de reconocimiento de derechos a los niños. Lo segundo implicaba que los derechos no podían constituir premisas del razonamiento jurídico o moral.

Mi escrito se basa en la discusión acerca de los derechos a los niños para desarrollar una teoría alternativa de los derechos como algo basado en lo que es bueno para los individuos en lugar de en el poder o en la elección de su voluntad; y para recordar que los derechos sí pueden ser premisas del razonamiento moral. En ambas cuestiones, este escrito fue continuado y desarrollado posteriormente por «Rights in Legislation», publicado en Law, Morality and Society

(a c. de P. M. S. Hacker y J. Raz, Oxford, 1977). La idea general de que una teoría de los derechos debe estar basada en una teoría del bien es importante por varios de los ensayos principales de *Legal Right and Social Democracy*.

Mi crítica general a Hart es que en su obra existen algunas intuiciones importantes que él mismo no desarrolló con la suficiente profundidad. Especialmente importante es su idea de que las normas y las reglas deben ser explicadas e interpretadas «desde el punto de vista interno», una idea que puede ser conectada con ciertos aspectos de la hermenéutica jurídica. Mi primera crítica en esta línea fue en relación con el concepto de «obligación», en el trabajo «Legal Obligation and the Imperative Fallacy», publicado en Oxford Essays in Jurisprudence, 2nd series (a c. de A. W. B. Simpson, Oxford, 1973). El desarrollo más completo de esta parte de mi contribución a la teoría jurídica se encuentra en el libro H. L. A. Hart (Londres, 1981).

En este momento estoy tratando de reunir todas mis ideas analíticas en una obra titulada provisionalmente The Concepts of Law, que espero estará dispuesta para su publicación en 1991.

No estoy seguro de poder ofrecer, y menos aún justificar, una lista exhaustiva de los derechos que tienen los niños, pero no siento ninguna dificultad en afirmar que tienen derechos. No tengo ninguna teoría de los derechos de los niños, pero sí tengo al menos una teoría de los derechos según la cual puede tener sentido afirmar que los niños los tienen. Precisamente, porque el concepto de «derechos de los niños» difícilmente cuadra con algunas teorías que tratan de explicar lo que significa que una persona tenga un derecho, los derechos de los niños constituyen un supuesto idóneo para verificar las teorías de los derechos en general.

Pero vayamos por partes. Aclaremos que tiene sentido atribuir derechos a los niños en general antes de delinear teorías sustantivas acerca de los derechos que puedan serles reconocidos. Esta es la idea principal que desarrollaremos en este trabajo.

En términos generales existen dos teorías contrapuestas acerca de la naturaleza de los derechos (1): la teoría que afirma que tener un derecho equivale al reconocimiento legal o moral de que la opción de un individuo es preeminente sobre la voluntad de otros en una materia y en una relación dada, y la que afirma que tener un derecho significa tener los propios intereses protegidos de cierta manera por la imposición de limitaciones normativas (legales o morales) a los actos y actividades de otras personas con relación al objeto de los intereses propios. Entre las variadas manifestaciones de la teoría de la

(1) *Vid., p. ej., PATON, G. W.: A text-book of Jurisprudence, 4.^a ed., Oxford, 1972, a.c. de W. Paton y D. P. Derham, pp. 285-90, que ofrece una visión general de esta oposición de teorías.*

voluntad y de la teoría del interés, ha habido una larga serie de disputas, pero nunca concluyentes. Aquí nos encontramos con una verdadera prueba demostrativa a la luz de la cual mostraré, para mi entera satisfacción, la insostenibilidad de la teoría de la voluntad en cualquiera de sus formas, en lugar de la cual sugeriré como alternativa una teoría situada más bien en la línea de las tradicionales teorías del interés.

Permítanme partir de lo que me parece una afirmación simple y difícilmente contestable: al menos desde su nacimiento, todo niño tiene derecho a ser alimentado, cuidado, y si es posible, querido, hasta que llegue a ser capaz de cuidarse por sí mismo. Al decir esto, estoy pensando ante todo en un derecho moral. Y consideraría como ceguera moral absoluta que alguien dejara de reconocer que todo niño tiene ese derecho. Ciertamente no se trata de un derecho legal universalmente reconocido —piénsese en la Roma republicana—, pero a mi modo de ver eso significa tan sólo que algunos o quizá muchos ordenamientos jurídicos han sido moralmente deficientes, lo que al fin y al cabo tampoco es una observación deslumbrante. (Da la casualidad de que nuestros ordenamientos sí que otorgan el derecho en cuestión, esto es, para nosotros se trata de un derecho tanto legal como moral).

Existen, sin embargo, personas de clara división y agudeza moral que negarían, no la creencia moral que se encuentra en el fondo del reconocimiento de ese derecho a todos los niños, sino el que sea apropiado expresar tal creencia moral utilizando como recurso léxico el término «derecho»: decid, si queréis, que la moral exige, o que el derecho exige, que todos los niños sean educados, cuidados y, si es posible, amados, pero nunca digáis que tienen derecho a recibir tal tratamiento, pues utilizar en este sentido el término «derecho» es confundir.

Tal objeción se funda en la teoría voluntarista de los derechos. Podría explicarse, según ha expuesto H. L. A. Hart (2) de la siguiente manera: Los derechos (entiéndase «derechos-pretensión», «derechos de recepción») (3) presuponen deberes correlativos. Los deberes existen cuando hay normas sociales o jurídicas en virtud de las cuales se requiere que los individuos, en ciertas circunstancias, actúen o se

(2) Vid., HART, H. L. A.: *Definition and theory in Jurisprudence*, en «LQR 70» (1954), pp. 37 y ss., especialmente p. 49; *Are there any Natural Rights?*, en «Political Philosophy», a cargo de A. M. Quinton, Oxford, 1968, especialmente en p. 58., donde dice que reconocer derechos a los niños pequeños o a los animales es «hacer un mal uso del término "derecho"»; *Bentham on legal Rights*, en «Oxford Essays in Jurisprudence. Second series», a cargo de A. W. Simpson, Oxford, 1973. Otro ejemplo reciente de un argumento esencialmente similar es ofrecido por KAMBA, W. J.: *Legal Theory and Hohfeld's Analysis of a Legal Right*, *Jur. Rev.*, 1974, pp. 249-62.

(3) Sobre la terminología vid., HOHFELD, W. N.: *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1919, 3.^a ed., 1964; sobre la expresión «derechos de recepción», vid., RAPHAEL, D. D.: *Problems of Political Philosophy*, Londres, 1970, pp. 68-71.

abstengan de actuar de un determinado modo. Para un individuo que se encuentre en el supuesto previsto por una norma de este tipo, existe el deber de actuar o de abstenerse de actuar según lo que ésta fije. Algunas normas que imponen deberes prevén que la ejecución por el titular del deber del acto (o de la abstención) requerido esté condicionada a la elección de alguna otra persona, en alguno de los dos sentidos siguientes: porque sólo tenga que ser ejecutado si ésta lo requiere, o bien porque esta otra persona pueda renunciar al requerimiento, y, en tal caso, el acto (o la abstención) no necesita ser ejecutado. Si la exigencia de que A cumpla su deber se deja —en alguno de los dos sentidos expuestos— al arbitrio de B, se puede decir con propiedad que B tiene un derecho frente a A, un derecho a que A actúe o se abstenga de actuar del modo contemplado en la norma. Desde ese punto de vista un derecho legal o moral equivale a un poder legal o moral de renuncia o de exigencia de deberes, y, en cualquier caso, los derechos sólo existen cuando unas personas tienen tal poder normativo sobre los deberes de las otras (aunque este análisis sólo se aplica a los «derechos-pretensión» en el esquema de Honfels, la teoría sugiere que el rasgo común de todos los tipos de derechos es el carácter central que se atribuye a la elección o a la voluntad del titular del derecho en una relación dada).

Si se acepta como satisfactorio el uso del término «derecho» que se desprende del punto de vista expuesto, entonces resulta sin duda una ineptitud reconocer a los niños el derecho a la alimentación, el cuidado y el amor. Un niño pequeño no puede, ni fáctica, ni moral, ni legalmente, relevar a sus padres (4) de su deber hacia él en tales materias.

Pero los partidarios de la teoría voluntarista (1) tienen una táctica prevista para evitar el odioso ejemplo de los niños. Dicen que es suficiente que, en lugar de B, otra persona C actuando en nombre de B tenga los relevantes poderes sobre el deber de A con relación a B.

Para el caso que estamos considerando, dicha táctica no puede emplearse. Normalmente, en el caso de los niños, la persona que actúa en asuntos jurídicos (o incluso en asuntos sociales) en nombre del niño es su padre o tutor. Pero, además, es al menos imaginable un ordenamiento jurídico en el que el deber del padre de cuidar y educar a su hijo no esté sujeto ni a que el padre se dirija a sí mismo un requerimiento en nombre del hijo ni siquiera a posibilidad alguna de renuncia por el padre como representante del hijo. Esto es así aunque la ley otorgue al padre poderes de renuncia o exigencia de deberes que tienen frente al hijo terceras personas. Más todavía, en

(4) Aquí, y en general, asumo en pro de la sencillez que el deber hacia los hijos recae en primer término sobre los padres naturales. Pero, como se señala más abajo, la opinión de que los niños tengan el derecho en cuestión no implica necesariamente que sean los *padres* quienes tengan el deber correlativo. Por supuesto, en pro de la sencillez, no contemplo las cuestiones de adopción, legitimidad...

términos morales no parece que haya motivo alguno para suponer que el niño o quien actúe en su nombre esté autorizado para renunciar al deber del padre o para permitir de algún modo su incumplimiento.

Puede argumentarse que los ordenamientos jurídicos vigentes en Gran Bretaña otorgan precisamente ese poder a ciertos funcionarios públicos, existiendo procedimientos por los cuales, en determinadas circunstancias, los padres pueden ser privados de la potestad de cuidado de sus hijos, que se transfiere a otras personas, en cumplimiento de una orden judicial. Sin llegar a tal extremo, además, ciertos funcionarios, actuando en interés de los hijos, tienen poder para obligar de diversas maneras a los padres cuyo cumplimiento de los deberes paternos es de algún modo deficiente.

Quien rehace la teoría voluntarista, como yo hago, puede afirmar, como afirmo yo, que tales disposiciones legales son deseables porque protegen y formentan los derechos de los niños. Considerar tales poderes como constitutivos de derechos (como hace la teoría voluntarista) significa cerrar la posibilidad de fundamentarlos sobre la base de que protegen derechos que de otro modo podrían estar inermes y, por tanto, en mi opinión, confundir el derecho sustantivo con disposiciones adjetivas para remediar situaciones de emergencia. Hacer del brocardo *ubi remedium, ibi ius* una verdad analítica es muestra de un anglocentrismo excesivo.

En cualquier caso, el ejemplo de tales disposiciones legales no sirve para salvar la teoría de que los poderes de renuncia o exigencia, aun atribuidos precisamente en defensa de los derechos, son los constitutivos esenciales de éstos. Si un niño es separado de la tutela de sus padres y confiado al cuidado de otra persona, tal medida no es una renuncia al deber de los padres, los cuales pueden incluso ser castigados por las acciones u omisiones que justifican la orden. Lo que ocurre es que, en interés del niño, el cumplimiento de las funciones de cuidado y educación es —especialmente en la primera infancia— de una importancia tan radical, que se nombra a otra persona para que asuma el deber de cumplirlas sobre la base de que el padre es incapaz de hacerlo o se niega a ello temporal o definitivamente. Se trata de un cumplimiento por sustitución de un deber que es tan importante para los intereses del niño, que los remedios resarcitorios o penales de su incumplimiento son inadecuados. Cumplimiento por sustitución no es renuncia. No se trata de liberar al padre, sino de proteger al niño. En consecuencia, la transferencia de la potestad de cuidado no implica exonerar al padre de su deber en el sentido de que quede libre de posibles sanciones por su incumplimiento.

Por lo que se refiere a las disposiciones legales que no llegan a transferir el cuidado del niño, éstas carecen del carácter discrecional esencial a la teoría voluntarista. Aquí no se trata de que el niño o quien actúe en su nombre tenga la opción de exigir el cumplimiento

del deber de cuidado y educación, como una opción que pueda ser ejercitada o no de acuerdo con una elección arbitraria. Si el niño necesita un mayor cuidado que el que se le está dando, no existe ningún margen de arbitrio, ese mayor cuidado debe serle dado. Por supuesto, existe arbitrio al juzgar cualquier cuestión relativa a *necesidades*, pero se trata de un tipo de arbitrio distinto al que contempla la teoría voluntarista.

Como dicen los abogados, tenemos que decidirnos. O bien dejamos de reconocer a los niños el derecho al cuidado y a la educación, o bien abandonamos la teoría voluntarista. Por mi parte, no tengo ninguna duda en seguir la última opción. No me causa ningún escándalo intelectual o trauma mental afirmar que los niños tienen ese derecho. Incluso más: me atrevo a declarar que es *porque* los niños tienen ese derecho por lo que es bueno que existan previsiones legales que animen y ayuden a los padres a cumplir su deber de cuidado y alimentación, y secundariamente prevean su cumplimiento por padres adoptivos si los padres naturales no están cualificados para ello por muerte, incapacidad o negligencia voluntaria y persistente. *Ubi ius, ibi remedium*. No es el remedio constitutivo del derecho, sino que, más bien al contrario, el reconocimiento del derecho justifica la previsión del remedio.

¿Es esto meramente un asunto trivial de preferencias lingüísticas? Sólo en una pequeña parte. Pienso que es importante moralmente que reconozcamos la importancia moral y la significación de los derechos morales, y que es útil legalmente que tengamos una concepción clara de los derechos legales que reconozca la relación directamente analógica entre derechos legales y derechos morales (que sean analógicos en la forma no quiere decir, por supuesto, que sean idénticos en el fondo). Al afirmar esto, estoy decretando, por supuesto, la condena póstuma de Bentham. Desde su punto de vista, la locución «derecho moral» era o bien un circunloquio para hablar de lo que debe hacerse, o bien sencillamente una forma confusa de afirmar que la ley debe otorgar ciertos derechos, o bien sencillamente una expresión sin sentido (5).

Yo replico que existe una diferencia significativa entre afirmar que todo niño debe ser nutrido, educado y, si es posible, amado, y afirmar que todo niño tiene derecho al cuidado, la nutrición y el amor. Una forma de mostrar la diferencia es probar que existen argumentos que podrían servir como justificación de la primera afirmación, pero no pueden ser apuntados sensatamente como justificación de la segunda. En la línea de Swift (*Modest Proposal*) se podría sugerir como razón por la que los niños deben ser cuidados, alimentados y amados, que esa sería la mejor forma de hacer de ellos criaturas sanas

(5) Vid., p. ej., *Bentham's Works*, a cargo de Bowring (1843), vol. II, pp. 501 y ss., y vol. III, p. 221 y ss.

y felices que aumenten la dieta nacional. O bien, se podría argumentar que una sociedad sana requiere niños sanos y bien alimentados que más tarde sean adultos satisfechos y responsables capaces de contribuir al PNB y que no representen una carga para la Seguridad Social ni para las Instituciones Penitenciarias.

Por supuesto, sólo uno de estos argumentos es un argumento moral, o siquiera un argumento serio. Pero ninguno de ellos puede ser usado para justificar la afirmación de que los niños tienen derecho al cuidado, la educación y el amor. ¿Por qué no? Porque ambos aportan razones para proporcionar a los niños cuidado, alimentación y afecto sólo sobre la base de que su bienestar es un buen medio para un fin ulterior. No estoy diciendo que no pueda haber argumentos morales de que ciertos seres deban ser tratados de un determinado modo para alcanzar un fin distinto de su bienestar. Lo que estoy diciendo es que tales argumentos son absolutamente estériles para justificar el reconocimiento de un derecho a ese trato. Consideremos lo absurdo que es afirmar que los pavos tienen derecho a ser bien alimentados para estar buenos en la cena de Navidad, o afirmar que los niños tienen derecho al cuidado y la educación mientras que no se conviertan en una carga para el contribuyente. No se habrá pasado por alto que igual de absurdo es afirmar que los niños tienen derecho al cuidado porque esa es una forma de maximizar la utilidad general. Por ello, no es en absoluto sorprendente que Bentham despreciara tanto la noción de derechos morales, lo que es sorprendente es que alguien le crea.

Argumentar, por otro lado, que todo niño es un ser cuyas necesidades y capacidades exigen nuestro respeto, de modo que negarle los medios para satisfacerlas (al menos cuando es posible proporcionárselos), sería incorrecto en sí mismo independientemente de ulteriores ventajas o desventajas para terceros, sería argumentar en pro de la opinión según la cual los niños tienen derechos. En términos generales, el reconocimiento de un derecho a una clase de seres parece requerir de los siguientes presupuestos: para la clase en cuestión (en nuestro caso, los niños) hay algún acto u omisión (en nuestro caso, los actos y omisiones implicados en el cuidado, la educación y el amor) cuya realización, en el caso de todos y cada uno de los miembros de esa clase, está destinada a satisfacer o proteger alguna necesidad, interés o deseo de cada uno, y, en segundo lugar, la satisfacción de esa necesidad, interés o deseo es de tal importancia, que sería incorrecto denegarla a cualquiera de ellos, independientemente de las ulteriores ventajas que se puedan derivar. Por supuesto la segunda de estas condiciones es intrínsecamente polémica, y se podría discutir interminablemente sobre si la negación de un trato a todo miembro de un clase dada sería erróneo. Pero afirmar esto es afirmar algo obvio: que los derechos pertenecen a la clase de conceptos esencialmente polémicos.

Incluso esa formulación general es quizá demasiado específica, pues innecesariamente suscita cuestiones morales sustantivas al unir la noción de «tener derechos» exclusivamente a categorías de «querer», tales como necesidades, intereses y deseos. Este es el error característico de la «teoría del interés». Es indiscutible que la satisfacción de necesidades, intereses y deseos es una parte del bien del individuo, pero es discutible que tal satisfacción constituya todo el bien. Una relación formal de derechos puede y debe ser neutral con respecto a esta cuestión moral sustantiva. Por ello, generalizando un poco más, diré: reconocer a todos los miembros de una clase C un derecho a un trato T, significa presuponer que T es, en circunstancias normales, un bien para todos los miembros de C, y un bien de tal importancia que sería injusto denegarlo o retirárselo a cualquier miembro de C. Esto por lo que se refiere a los derechos morales. En relación con los derechos legales diré: si un derecho a T es conferido por la ley a todos los miembros de C, la ley está protegiendo de antemano los intereses de todos y cada uno de los miembros de C sobre la base de que T es un bien para todos los miembros de C, y la ley tiene el efecto de declarar ilegal al retirar T de cualquier miembro de C.

Lo que se ha dicho puede dar lugar a pensar que no es posible creer en la categoría de los «derechos morales» al menos que se acepte de alguna manera el principio de que los seres racionales deben ser respetados como fines en sí mismos. Estoy de acuerdo. La creencia en el respeto a las personas es, en efecto, una condición esencial previa a la creencia en los derechos morales. Y el respeto a los demás es un principio moral fundamental y básico (6).

En todo caso, espero que las reflexiones anteriores hayan indicado por qué la proposición según la cual todos los niños deben ser cuidados, educados y queridos no es ni mucho menos idéntica a la proposición según la cual todo niño tiene derecho a ser tratado así. Es, desde luego, posible, y ahora es posible ver por qué es así, considerar la última proposición como una justificación específica de la primera, pero no viceversa. También es obviamente cierto que el reconocimiento a los niños de ese derecho moral puede ser señalado como razón por la cual se les debe otorgar el derecho legal correspondiente. Sin embargo, que una de ambas proposiciones pueda ser aducida con propiedad como razón de la otra, indica, precisamente, que Bentham estaba equivocado al considerarlas idénticas (o, mejor dicho, al considerar que la primera era reducible a la última, en caso de que alguna de las dos tuviera sentido).

Lo que he dicho hasta ahora parece indicar, al menos, la posibilidad de que los derechos sean o puedan ser lógicamente anteriores

(6) Naturalmente, esto da lugar a muchas preguntas; pero me apoyaré en el persuasivo Discurso Presidencial de David Raphael a la Sociedad Aristotélica (RAPHAEL, D. D.: *The Standard of Morals*, XCVI, «Proc. Arist. Soc.», 1974-75).

a los deberes. Esto puede resultar asombroso, pero es cierto. Probablemente Austin y Hohfeld se escandalicen, pero puedo apelar a la ley para mitigar el escándalo, mostrando que a veces la ley concede derechos que son lógicamente anteriores a los deberes. Un ejemplo interesante de un derecho otorgado por la ley a los niños puede encontrarse en la sección 2.1 a) de la Ley de Sucesiones de Escocia de 1964: «De acuerdo con los siguientes preceptos de esta parte de la presente ley: a) cuando una persona muere sin testamento, los hijos que sobrevivan tendrán derecho a la totalidad de la herencia intestada».

En virtud del precepto, cuando una persona domiciliada en Escocia muere sin haber dejado testamento válido, sus hijos (de existir) adquieren automáticamente un derecho a la totalidad de esa parte de su herencia denominada por la ley «herencia intestada». En el momento de su adquisición, ese derecho no es un «derecho real» que conlleve la propiedad de la herencia o de alguna parte de ella. Es un derecho a recibir, a su debido tiempo, una parte proporcional de los bienes que permanezcan en manos del albacea tras la satisfacción de los derechos preferentes. Pero nótese que en el momento en que el derecho es adquirido no existe todavía albacea alguno sobre el que recaiga el deber correlativo. El albacea debe ser confirmado o nombrado judicialmente en su momento y, además, si la herencia es solvente, aquellos que tienen derechos sobre la misma son normalmente preferidos para el nombramiento de un albacea dativo. Así pues, cualquier hijo de suficiente edad puede —en virtud del derecho conferido por la ley— tener un derecho resultante a ser nombrado albacea. Por el nombramiento adquirirá los deberes de albacea, incluido el deber de distribuir la herencia intestada a aquellos —entre ellos él mismo— que tengan derecho a ella en virtud de la sección 2.

La interpretación del citado precepto legal indica que la titularidad de derechos puede ser anterior tanto temporal como lógicamente a la titularidad de deberes correlativos. Siendo así, ya no puede ser una objeción válida a la argumentación anterior la que contemple la posibilidad de que los derechos sean lógicamente anteriores a los deberes. Por otro lado, puede apreciarse que el precepto no sería inteligible si la teoría voluntarista tuviera razón.

Ciertamente, no me parece que pueda suscitarse objeción alguna a la afirmación de que, *porque* los niños tienen derecho al cuidado y la educación, los padres tienen el deber de cuidarles. Puede haber otras razones distintas (por ejemplo, ahorrar dinero a los contribuyentes) para imponer tal deber a los padres o a quien quiera que le sea impuesto, pero el reconocimiento de derechos a los niños es una razón clara para hacerlo. A mí me parece un punto de vista mucho más curioso el suponer que la titularidad del deber por los padres es un prerrequisito lógico de la titularidad del derecho por los

hijos; *a fortiori* si se añade que alguien tiene que vigilar su cumplimiento.

Con toda seguridad, tiene mucho más sentido la opinión según la cual el deber de educación y cuidado incumbe a los padres en primera instancia porque los niños tienen el derecho, y porque los padres tienen una particular relación con sus hijos. Pero sólo en primera instancia; en defecto de los padres (muerte, incapacidad, negligencia), el derecho del niño sigue en pie y deben buscarse otros medios para atenderlo. El que en las sociedades modernas la responsabilidad se transfiera al Estado indica sólo una posible solución del problema.

Puede haber otros casos en que estemos mucho más seguros de que los niños tienen derecho a algo que del contenido del derecho o de la mejor forma de atenderlo. Me parece claro que todo niño tiene derecho a ser educado hasta el límite de su capacidad. Pero me parece mucho menos claro a quién corresponde el derecho y el poder legítimo de proveer la educación y de regular qué constituye una educación satisfactoria. ¿A los padres? ¿A las autoridades locales? ¿Al Gobierno central? ¿A una iglesia? ¿Al niño? Entre estas pretensiones contrarias puede suscitarse una enconada disputa, e incluso entre aquellos que no tienen ninguna duda acerca del derecho de todo niño a recibir una educación apropiada, es más, especialmente entre éstos.

En las páginas precedentes he venido indicando que los derechos de los niños aportan una prueba demostrativa de las diferentes teorías de los derechos, y que la teoría voluntarista no la supera. Lo que he ofrecido como alternativa, es, en efecto, una variante del interés, sugerida en diversas formas por autores tales como Ihering, Austin y Bentham (7), cuyo rechazo del concepto de derecho moral no nos debería dejar ciegos ante el valor y la posibilidad de generalización de su teoría de los derechos legales. Como he señalado, reconocer a todos los miembros de un clase C un derecho a un trato T, significa presuponer que en circunstancias normales T es un bien para todos los miembros de C, y que sería injusto privar de T a algún miembro de C. Ciertamente el reconocimiento de un derecho implica la imposición de deberes a otras personas distintas del titular del derecho, pero qué deberes, y sobre quién recaen, es un asunto que en cualquier caso precisa de una cuidadosa definición para garantizar el derecho lo mejor posible. Cuando el legislador confiere un derecho *eo nomine*, como en la Ley de Sucesión Escocesa vista más arriba, se deja, en efecto, al arbitrio judicial el proveer una estructura de deberes y de remedios suficiente para garantizar el derecho en cuestión.

(7) VON IHERING, R.: *Geist des römischen Rechts*, III, p. 332. AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence*, cap XVII. HART, H. L. A.: *Bentham on Legal Rights*, y la bibliografía allí recogida. Una defensa contemporánea de una versión de la teoría del interés se contiene en MARSHALL, G.: *Rights, Options and Entitlements*, en «Oxford Essays in Jurisprudence», a. c. de Simpson, pp. 228-41.

Aunque, por las razones señaladas, parece evidente que la teoría voluntarista no proporciona un análisis satisfactorio de los derechos morales y legales, es preciso reconocer el aspecto principal que dicha teoría tiende a poner de relieve. En efecto, es cierto que salvo en casos tales como los niños o los enfermos mentales el titular de un derecho legal tiene normalmente la facultad atribuida por la ley de decidir, en una situación dada, si hace o no uso del derecho exigiendo el cumplimiento por la otra parte del deber correspondiente. Y más todavía: en el caso de los derechos privados la ruptura de un deber correlativo hace surgir un «derecho al remedio» cuyo titular puede ejercitar o no según le parezca. «El derecho al remedio» se ejercita actuando la facultad de iniciar procedimientos legales frente al incumplidor. Por razones bastante obvias, de todo el conjunto de los derechos legales es precisamente este subconjunto de derechos privados protegidos por remedios privados y por facultades privadas de iniciar procedimientos, el que tiene una importancia central en la práctica jurídica.

Pero aun reconociendo la certeza y la importancia práctica de estas observaciones, sostendría con firmeza que las facultades de ejecución y de renuncia están esencialmente subordinadas a los derechos, esto es, no son constitutivas de ellos (y ya se trate de derechos primarios o de «derechos al remedio»). Sin embargo, tal afirmación, unida a la concesión hecha en el párrafo anterior, sólo puede aceptarse si se da alguna razón válida —en el contexto de la teoría aquí sugerida— que explique por qué normalmente los derechos llevan consigo la facultad de renuncia o ejecución, y una libertad de opción por lo que se refiere a su ejercicio.

Volviendo a mi anterior explicación del derecho legal para tratar de mejorarla, diré lo siguiente: una ley que concede a todos los miembros de la clase C un derecho al trato T, está en principio anticipándose a los intereses de todos y cada uno de los miembros de C y suponiendo que T es normalmente un bien para todos y cada uno de los miembros de C (salvo en el caso de las leyes que confieren expresamente derechos *eo nomine*, es discutible el que las leyes se conciban de este modo y deban construirse de este modo). Sobre esa base, habría una razón válida para abandonar al titular del derecho el elegir si otras partes deben o no, en una ocasión dada, respetar su derecho primario, y el elegir si ejercitar o no derechos de remedio en caso de ruptura del derecho primario, sólo si existe una razón válida que permita dejar a los individuos la elección entre tener o no lo que es —o desde el punto de vista del legislador se supone que es— bueno para ellos.

¿Existe pues, tal razón para dejar a los individuos la elección entre tener o no lo que ellos mismo, u otros, piensan que es bueno para ellos? Desde determinado punto de vista de la filosofía política, concretamente, el del liberalismo —tal y como es expresado paradig-

máticamente por John Mill en su *Ensayo sobre la libertad* —la respuesta es «SI». Ser liberal significa, en efecto, creer *inter alia* que nadie puede ser obligado a perseguir su propio bien, como quiera que se defina éste; se permiten con todo algunas excepciones, sobre todo los niños y los enfermos mentales. Una razón que puede darse en apoyo tanto del principio como de la excepción es que se presupone que las personas son los mejores jueces de lo que constituye su bien o su interés, presunción que, sin embargo, no se mantiene en ciertos casos, por ejemplo, niños pequeños y enfermos mentales. Dicho de otro modo: salvo en tales casos excepcionales, la libertad es un bien que debe ser reconocido a toda persona excepto si sus acciones pueden causar daño a otros. (Nótese que, desde el punto de vista de la teoría aquí defendida, esto llevaría a afirmar la existencia de un derecho a la libertad; derecho que sería difícilmente explicable si se acepta la definición de «derecho» propuesta por la teoría voluntarista).

Es pues evidente que, si se acepta la teoría acerca de la naturaleza de los derechos propuesta en este trabajo, y se asume, asimismo, el principio liberal que se acaba de sugerir —y que yo acepto—, se debe admitir también que normalmente los derechos llevan consigo facultades de renuncia o ejecución. El hecho de que el ordenamiento confiera normalmente tal facultad al titular de un derecho viene simplemente a indicar, pues, que el principio liberal está profundamente unido a nuestro Derecho, aunque lo esté menos ahora que en el siglo pasado. Del mismo modo, no debería sorprender el que las cuestiones relativas a los derechos privados sólo sean consideradas como de importancia práctica en los ordenamientos jurídicos impregnados hasta cierto punto del principio liberal. Concluyo, pues, afirmando que la teoría sugerida aquí recoge plenamente los aspectos válidos de la teoría voluntarista en el contexto de un ordenamiento jurídico liberal.

Por otra parte, la teoría voluntarista falla como explicación de los derechos, porque no puede justificar derechos tan importantes como los derechos de los niños tratados en este ensayo. La presunción de que las personas son los mejores jueces acerca de lo que sea bueno para ellos no debería ser extendida a los niños, sobre todo a los niños pequeños. Ni desde la perspectiva jurídica, ni desde lo que yo llamaría la moral sana puede considerarse que los derechos de los niños lleven consigo la opción de su renuncia o ejercicio, a realizar por los mismos niños o en su nombre. Los niños no siempre son —ni siquiera en la mayor parte de los casos— los mejores jueces de lo que es bueno para ellos, de modo que incluso los derechos que son más importantes para su adecuado desarrollo a largo plazo, tales como el derecho a la disciplina o a un ambiente seguro, son percibidos normalmente por los niños como precisamente lo contrario de derechos o ventajas. Ello no implica que los padres actúen

bien si permiten a sus hijos renunciar a esos derechos, o si los realizan sólo a instancias de sus hijos.

Estoy alegre y arrepentido a la vez al descubrir que me es posible reconocer que mis hijos tienen derechos, sin estar por ello sometido a la excesiva permisividad a que me inclina mi indolencia natural.

(Traducción: MERCEDES CARRERAS y
A. LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE. Valencia)

Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho

Por FERNANDO GALINDO

Zaragoza

INTRODUCCION

En la discusión filosófico-jurídica actual toma importancia creciente el tema construcción de una teoría o concepto de derecho acomodados al momento histórico en el que vivimos (1), que es, obviamente, distinto al período en el que, y para el que, fue construida la denominada teoría del derecho hoy dominante en amplios círculos de la discusión filosófico-jurídica: la teoría del derecho que podemos denominar «analítica», que ha sido contruida fundamentalmente por las aportaciones de autores como Kelsen, Hart, Ross y sus continuadores.

Paso previo para el diseño de esta teoría del derecho es el de señalar cuál o cuáles son los métodos de conocimiento o de razonamiento que conduzcan a las tesis que han de integrar dicha teoría, teniendo en cuenta que los objetos que han de articular, dicho todo ello aproximadamente, son: el derecho como proposición y como disposición jurídica, como comportamiento (individual o de grupos sociales), como proceso mental de unas personas (ciudadanos o autoridades jurídicas), en una sociedad como la actual caracterizada por el policentrismo (Estado y otras instituciones como empresas, sindicatos, comunidades científicas..., en cuanto centros generadores de re-

(1) Aquí se toma como perspectiva recientes definiciones del concepto del derecho. Por ejemplo: DREIER, R.: *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion*, Frankfurt, 1986. DREIER, R.: *Der Begriff des Rechts*, en «Neue Juristische Wochenschrift», 1986, pp. 890-896. HOERSTER, N.: *Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff*, en «Juristische Schulung», 1987, pp. 181-188. KRAWIETZ, W.: *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, en «Rechtstheorie», 1987, pp. 109-254. KRAWIETZ, W.: *Der soziologische Begriff des Rechts*, manuscrito, pp. 1-14.

glas de conducta) y por la complejidad: o lo que es lo mismo, por la intervención (interacción) de instrumentos de control social distintos al derecho en la práctica diaria (2). Para esa construcción también hay que contar con las «artes», métodos o hábitos de conocimiento/razonamiento propios de nuestra cultura. Dicho clásicamente: deducción, inducción y retórica o argumentación (3). O, dicho de otra forma, contar, con las aportaciones de la filosofía analítica, la filosofía empírica/positivista, la hermenéutica y la autopoietica o teoría de los sistemas sociales.

Esta teoría del derecho, finalmente, ha de construir propuestas válidas para los juristas que ejercen el derecho profesionalmente: interpretándolo o aplicándolo. También para los que construyen reflexiones sobre estas operaciones: dogmáticos o filósofos del derecho, aunque esto en segunda instancia, pese a que en este trabajo se adopte, debido al «auditorio», la posición de proponer acciones para los últimos.

Dado el cariz adoptado por la discusión de los últimos años, caracterizada como ilustración postpositivista y postmoderna, y el auge que la misma ha tenido en la discusión filosófico-jurídica (4), aquí, tras estudiar el resultado de la aplicación de los métodos tradicionales en la construcción de las teorías del derecho dominantes, centraremos el estudio de los métodos adecuados para la construcción de una teoría o concepto de derecho en las aportaciones hechas por la hermenéutica y por la que denominamos autopoietica, una vez que ambas «filosofías» tienen que ver con reflexión acerca del marco del conocimiento, con lo que suministran más adecuados recursos para tratar sobre un objeto complejo como el del derecho, como luego veremos (5). Con ello, tendremos capacidad para responder a la pregunta que motiva este trabajo: Autopoietica, ¿hermenéutica renovada? pero muy especialmente el subtítulo: ¿cuál es el método más adecuado para la construcción de una teoría del derecho actual?

Resumidamente, aquí se va a tratar de lo siguiente: En primer lugar (I), tras explicar (1), con un mayor detenimiento que el que hasta aquí ha quedado reflejado, por qué cabe discutir sobre teorías del derecho hoy y en qué sentido cabe hacerlo, se mencionan (2) algunas de las características/resultados de los métodos de conocimiento utilizados en la actualidad por aquellas corrientes filosófico-jurídicas que sostienen a la denominada teoría del derecho analítica, comparándolas (3) con las características del método o los métodos utilizados por quienes elaboran los trabajos de sociología jurídica, en cuanto que ambas corrientes son adecuados —comunes— puntos de

(2) WILLKE, H.: *The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society*, en «ARSP», 72, 1986, pp. 455-467.

(3) Sobre la vinculación de estos métodos véase FISCHER, W. R.: *Technical Logic, Rhetorical Logic, and Narrative Rationality*, en «Argumentation», 1, 1987, pp. 3-21.

referencia para expresar la limitada eficacia de la aplicación parcial de los métodos de razonamiento tradicionales en la sociedad moderna (deducción o inducción) en la construcción de teorías del derecho. Tras poner énfasis en cómo por la discusión postpositivista se han propuesto las modificaciones a sufrir por los métodos a seguir en la construcción de teorías, se estudia (II), el alcance de la hermenéutica como comprensión del conocimiento, comprobando fundamentalmente su aportación a la construcción de una teoría de la argumentación jurídica como teoría del derecho. La caracterización del conocimiento humano por la teoría de la autopoiesis es puesta de relieve en la siguiente parte del trabajo (III), recogiendo el uso que de la misma hace la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, así como las posibilidades que esta teoría o autopoiética ofrece para construir una teoría del derecho actual. También, con brevedad, son comparadas autopoiética y hermenéutica, mostrando las ventajas e inconvenientes de una y otra filosofía. Finalmente (IV) se establece la conveniencia de que no sea uno sólo el método a considerar en la construcción de una teoría —mejor que concepto— del derecho, si se quiere que ésta sea capaz de articular democráticamente las necesidades jurídicas y sociales del presente momento histórico. Esta teoría ha de ser capaz de recoger el sentido o los sentidos de la pluralidad del fenómeno jurídico (norma, actividad de los agentes jurídicos, actitud mental...), en la forma en la que han insistido las diversas corrientes filosófico-jurídicas que se han manifestado a lo largo de este último siglo, proponiendo pautas de comportamiento para los diversos agentes o actores del derecho, atendiendo en la mayor medida a los principios de la comunidad ideal de comunicación en el ejercicio de su actividad profesional. Advirtamos que aquí no se va a formular esta teoría o conjunto de teorías en toda su complejidad: tan sólo se producirá por las razones que luego diremos, una aproximación a la reseña de los métodos más adecuados a utilizar en la construcción de propuestas por la filosofía del derecho y la dogmática.

I

1. Cuestión ineludible es la de precisar si es necesario o no en estos momentos construir una teoría del derecho. Caso de no serlo, sobran las siguientes reflexiones. El tema es difícil en la actualidad,

(4) Paradigmático: LADEUR, K.-H.: *Perspektiven einer postmodernen Rechtstheorie. Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der «Einheit des Rechtssystems»*, en «Rechtstheorie», 1985, pp. 383-427, en especial pp. 388-393.

(5) Es conocido que de la argumentación o la retórica se ha llegado a decir que es el método o arte jurídico por excelencia, llegándose incluso a proponer la creación de una teoría del derecho como teoría de la argumentación jurídica: ofrece pasos interdisciplinares para ello: VIEHWEG, T.: *Schritte zu einer rethorischen Rechtstheorie*, en WURTENBERGER, T.: *Kultur-Kriminalität-Strafrecht*, Berlín, 1977, pp. 3-8.

una vez que, dada la expansión en diversos terrenos acerca del permanente carácter transitorio hacia otro horizonte de conocimiento de todo momento histórico por las mismas características de la comprensión (6), no cabe hacer grandes afirmaciones, ni mucho menos construir teorías o hipótesis y consecuencias a aplicar por todos los agentes jurídicos. Por ello, en este sentido, afirmar la necesidad de una teoría del derecho tal vez sea afirmar mucho, sobre todo si alguien cree que con ello se ha venido a definir «la» teoría del derecho. Parece que tan sólo cabe construir procedimientos para resolver en la medida de lo posible problemas del momento (7). Lo que sucede es que en cualquier discusión o comunicación o procedimiento para resolver problemas es indispensable tomar un punto de partida o una posición con respecto al objeto de la discusión (8), y en este sentido afirmar un concepto de derecho, reducido este concepto a «una» teoría o propuesta sobre el derecho, disminuyendo con ello la palabra teoría al papel de hipótesis, significa sentar una propuesta generalizable para la discusión y que ésta, por tanto, pueda tener lugar. A este nivel si cabe hablar sobre teorías. La dificultad mayor hoy reside en establecer cualquier punto de partida porque no existe un mínimo acuerdo al respecto.

Efectivamente, si nos fijamos en la definición conceptual del derecho tan sólo se observa consenso en torno a lo siguiente: el derecho está constituido mínimamente por los textos recogidos en los órganos de publicación de las disposiciones en cada país o Estado (9). Son cuestionadas, en cambio, otras características del derecho. Ello no es extraño: depende esta definición de las concepciones —ideológicas, si se quiere, o teorías— formalistas o normativas o antiformalistas

(6) Es obligada la referencia a la actitud de conocimiento que, refiriéndose al conocimiento científico, habla de cambio de paradigmas. Cambio que es más evidente en derecho por la característica, pese a todo, movable de uno de los objetos fundamentales de conocimiento: los textos de las disposiciones jurídicas como punto de referencia obligatorio para cada caso.

(7) Véase LADEUR: *o. c.*, pp. 388 y s., 422-427.

(8) ARISTÓTELES: *Retórica*, trad. Antonio Tovar, Madrid, 1971, III, 13, p. 210: «Hay dos partes del discurso, pues es preciso exponer el asunto de que se trata y hacer después la demostración. Por eso es imposible decir sin demostrar o demostrar sin haber expuesto previamente, porque el que demuestra, demuestra algo, y el que enuncia algo, lo enuncia para demostrarlo. De estas dos partes, la una es la exposición, la otra argumentación, como también se podría hacer la división diciendo que lo uno es la cuestión y lo otro la demostración».

(9) Aunque esto puede ser problemático: no es fácil en diversas ocasiones llegar al acuerdo sobre cuáles sean esos textos, en los casos claros no hay mayor dificultad para determinarlos, en especial en los países de derecho continental. Las dificultades están ligadas a la consideración de que las fuentes de información siempre tienen una implicación para el intérprete (AARNIO: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, 1987, p. 77). Aquí partimos de otra perspectiva: el acuerdo existente acerca de que los textos jurídicos son una herramienta técnica al mismo tiempo que fuente material o jurídica; esto es lo que se denomina el componente descriptivo de las normas al que se le dan distintas denominaciones según los autores (BULYGIN, E.: *Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms*, en «Law and Philosophy», 4/1985, p. 147).

que patrocinen los que hacen la propuesta de definición. Hay quien estima que el derecho está reducido a las instituciones (10) o acciones de los que lo administran, crean o ejecutan (11). Hay quien opina que el derecho está constituido por las predicciones acerca de lo que realizan los jueces (12). Otros estiman que el derecho consisten en fuerza o en coacción o en coercibilidad o en el interés jurídicamente protegido (13). Se dice que es un instrumento de control social... (14). Recogiendo esta pluralidad de opiniones, se ha llegado a producir, conectando con otra discusión jurídica arrastrada a lo largo de los dos últimos siglos: la polémica iusnaturalismo positivismo jurídico, una definición de derecho por Dreier en el siguiente sentido: «Derecho es la totalidad de las normas, que pertenecen a la Constitución de un sistema normativo organizado estatal o cuasiestatalmente, una vez que este sistema de normas es socialmente real, en general y en su totalidad, y satisface mínimamente a la justificación ética o a la justificación en general, y las normas que son creadas en desarrollo de esta Constitución, una vez que éstas incorporan en sí mismas una

(10) HAURIOU, M.: *La théorie de l'institution et de la fondation*, en «Cahiers de la Nouvelle Journée», 4, 1925, París, pp. 9 y s.

(11) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), Berlín, 1967, p. 6.

(12) HOLMES, O. W.: *The Path of the Law*. En HOLMES, O. W.: *Collected Legal Papers*, London, 1920, p. 167.

(13) IHERING, R. v.: *Der Zweck im Recht* (1904), Hildesheim-New York, 1970, T. I, pp. 249 y ss.

(14) HART, H. L. A.: *The concept of Law*, London, 1961, pp. 78 y ss. No hay acuerdo, incluso, pese a la tradición de la propuesta en la definición del derecho como norma. Es más, con respecto a esta definición hay acuerdo, entre prácticamente todos los que reflexionan sobre el derecho, acerca de que esta propuesta es insuficiente: es una definición «operativa», necesitada de complementos. Esta definición además ha producido una reiterada discusión sobre la que es difícil encontrar consenso. Al menos últimamente se viene a recoger una propuesta que engloba a los que afirman que hay que referirse al derecho como norma en dos categorías: los que propugnan una definición hylética del derecho como norma y los que propugnan una definición expresiva del derecho como norma. Los primeros serían aquellos que afirman que los textos legales se pueden reducir a normas y tener vida o ser una entidad con sentido propio, y, además o fundamentalmente, estar regidos por una lógica propia, y los segundos serían aquellos que creen que los textos legales pueden reducirse a normas en un determinado contexto, con un determinado significado, sin que estas normas tengan el carácter de disposiciones jurídicas, sino que son meras construcciones científicas o teóricas en forma de proposiciones (ALCHOURRON, C. E., BOULYGIN, E.: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Carabobo, 1979). Ahora bien, tanto en unos como en otros y en los juristas en general hay ya una cierta tradición en la propuesta de que las disposiciones o los textos jurídicos pueden quedar reducidos a proposiciones en la forma si/entonces, prótasis-apódosis, antecedente-consecuente, supuesto de hecho-consecuencia jurídica, etc. Hay críticas a estas propuestas, como la crítica suscitada por Dworkin (DWORKIN: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1979) al estimar que ésta es una reducción de los textos legales, una vez que en su opinión también los juristas apelan en su práctica a principios, pero pese a todo viene a ser habitual recomponer los textos jurídicos en la forma antes dicha. Esto es lo que se propugna por la mayoría de manuales de filosofía del derecho que consideran al derecho como norma, e incluso las propias disposiciones procesales al establecer el procedimiento cuentan con la mencionada estructura de las disposiciones jurídicas.

mínima referencia a la realidad social o a la posibilidad de realidad social y un mínimo a la justificación ética o a la posibilidad general de justificación» (15).

No hay acuerdo, por tanto, sobre lo que sea derecho, a no ser en lo referido a que el derecho está reducido, predominantemente, a textos escritos. Ahora bien, la pluralidad de definiciones recogidas, pese a todo, da ciertas pistas sobre esta complejidad. Las definiciones tienen que ver, aparte de con otras razones, con el énfasis puesto por quien las propugna en una u otra actividad de los juristas para con los textos jurídicos: interpretación, aplicación, construcción de dogmas, construcción de teorías «científico-jurídicas», construcción de «la» teoría del derecho, construcción de la lógica deóntica, construcción de teorías científicas... Existe un cierto acuerdo entre la doctrina que obedece a la evolución experimentada por la reflexión filosófico-jurídica desde después de la segunda guerra mundial.

Desde prácticamente después de la segunda guerra mundial se han sentado las bases para conocer las características de la práctica jurídica (interpretación, aplicación, dogmática). Hasta ese momento el interés de la reflexión jurídica en la Europa continental estaba centrado especialmente en la reflexión sobre las normas o la teoría de las normas, bien como categoría trascendental para el conocimiento del derecho, bien como mera explicación de unos signos lingüísticos (16). Trabajos como los de Viehweg (17) o los de Perelman (18) con relación a la moderna retórica fueron, entre otros, los fundadores de esta reflexión. Ellos manifestaron que la práctica jurídica tiene que ver con «justificación» a través de argumentos expuestos de forma «estratégica» a lo largo del proceso (19), y no, tan sólo, con construcciones normativas.

La hermenéutica alemana ha contribuido a confirmar tales apreciaciones y además aportado relevantes pautas a esta reflexión: el propio Gadamer, desde la filosofía general, se ha fijado en la actividad de los juristas como argumentadores «ejemplares» (20). También la dogmática ha establecido consideraciones cuanto menos conexas a las

(15) DREIER, R.: *Der Begriff des Rechts cit.*, p. 896.

(16) Más precisamente: posiciones propias del positivismo jurídico afectadas por corrientes como el neokantismo lógico o el neokantismo de los valores que fortalecieron las posiciones establecidas por la jurisprudencia de conceptos a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Sobre esta vinculación: GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre el neokantismo lógico-jurídico*, en «DOXA», 2, 1985, pp. 51-54. GONZÁLEZ VICEN, F.: *El neokantismo jurídico axiológico*, en «AFD», 1986, pp. 277-280.

(17) Me refiero a VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, 1964.

(18) Punto de referencia, por ejemplo, PERELMAN, C.: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, París, 1976, en especial pp. 135-177.

(19) *Ibidem*: pp. 137 y ss., 158 y ss., por ejemplo.

(20) A ello se refiere, complementando a BETTI GADAMER, H. G.: *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trads. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, 1977, pp. 396-402.

mencionadas: así la fijación de la «precomprensión», dependiente del entorno y la experiencia personal del jurista, por Esser (21).

Tal y como se ha puesto de relieve por esta discusión, por lo que hace a la interpretación de los textos legales, hay que decir que no está regida absolutamente por método alguno, sino, precisamente, por los prejuicios o la precomprensión del intérprete para con el caso con respecto al cual el jurista efectúa la interpretación de los textos. Ciertamente es que estos prejuicios tienen carácter técnico-jurídico, e incluso en virtud de las reglas o pautas legales para que la interpretación se produzca respetando a la legalidad, con lo cual atienden a cierta regularidad (22). También estos prejuicios tienen que ver con el acuerdo de, siguiendo a quienes se fijan en la aplicación como lo característico del derecho, definir a éste en términos próximos a los de la jurisprudencia de intereses: derecho es lo mismo que interés protegido.

Con respecto a la decisión o a la aplicación del derecho, lejos quedan los tiempos en los que se consideraba que ésta era un simple operación mecánica o una mera subsunción. Aun aceptando que el jurista continental decide sobre unos hechos estableciendo la relación de los mismos con unos textos jurídicos, y sentando una conclusión que deriva de la relación de unos y otros, esta resolución es producto también de los argumentos aparecidos en el proceso, de las mismas características del caso o de los prejuicios o convicciones o hábitos del decisor (23): la hermenéutica habla de la espiral del conocimiento o de la aplicación, o, mejor que de premisa mayor, menor y conclusión, del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica como los elementos interactivos, a través del sujeto, de la operación de aplicar el derecho.

En la actualidad las manifestaciones de Habermas sobre las características de la acción comunicativa, la razón práctica y el concepto de racionalidad discursiva (24), recogidas por juristas (25), han afirmado la base de las posiciones jurídico-filosóficas anteriores, al poderse con ellas proponer que los profesionales del derecho en todas sus actividades (aplicación, interpretación, construcción de dogmas o teorías), están obligados «idealmente» a seguir las reglas de la acción

(21) Véase en ese sentido, ejemplarmente, vinculado a sus posiciones anteriores: ESSER, J.: *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, en «Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen», Tübingen, 1974, pp. 517-539.

(22) Sobre las características de la interpretación y el equilibrio que en la misma ha de producirse entre valoración y técnica: ESSER, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/Main, 1972, pp. 116-141, en especial pp. 140 y ss.

(23) LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980, p. 442.

(24) Punto de referencia hoy es: HABERMAS, J.: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/Main, 1983, pp. 127-208, en especial pp. 144-152.

(25) Véase ALEXY, R.: *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/Main, 1978. ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/Main, 1986. Ahora: ALEXY, R.: *Rechtssystem und praktische Vernunft*, manuscrito, 1987. También AARNIO, A.: *The Rational cit.*, pp. 231-236.

práctica y las normas, los principios jurídicos, e incluso morales, recogidos en la Constitución, lo que les exige intervenir atendiendo a las condiciones procesales del discurso racional práctico, que apelan como reglas a las de actuar entre problemas concretos con la mayor claridad conceptual lingüística, utilizar información empírica en la mayor medida, actuar con generalidad y, en lo posible, con libertad de prejuicios (26).

Por ello, siguiendo esta indicación, hoy en escasa medida es preciso construir teorías. Hay que resolver problemas atendiendo a las propuestas de la teoría procedimental de la razón práctica. Hay excepciones. Veamos.

Desde diversas perspectivas, especialmente desde las aportadas por la tradición denominada «teoría del derecho», entendida como «teoría analítica del derecho», se encuentran precisadas parcialmente estas ideas en los trabajos, entre otros, de Aarnio (27), Alexy (28) y Peczenik (29), incrementando con ello el ámbito de racionalidad normativa de las actividades jurídicas, seccionando así su compleja realidad. Estas posiciones profundizan —desde la norma— el estudio sobre las características de las actividades jurídicas: acercan el marco de conocimiento fijado por la hermenéutica y, sobre todo, por la filosofía de la razón práctica; además estos autores, desde posiciones filosóficas y científicas actuales, introducen claridad al estudio del derecho o, mejor dicho, argumentos «estandarizables», lo que no es poco una vez que ello amplían el conjunto del horizonte de discusión so-

(26) ALEXY: *Rechtssystem cit.*, p. 19.

(27) Pese a apelar a «las condiciones comunes de vida» como ámbito del derecho, propone a los juristas un estudio predominantemente normativo del derecho: AARNIO, A.: *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien-New York, 1979. Al respecto, véase: *Infra II*.

(28) Alexy no hace uso de la teoría del discurso racional práctico para la construcción de sus teorías fundamentales. Su teoría es una teoría normativa del derecho: tanto la teoría de la argumentación jurídica como la teoría de los derechos fundamentales según el propio Alexy expresa. De la última dice que es un instrumento para el estudio del derecho (ALEXY: *Theorie der Grundrechte cit.*, p. 18); para completar este instrumento utiliza los textos de la Constitución, los textos de la teoría del derecho, la dogmática y las sentencias del Tribunal Constitucional. No utiliza otras fuentes. Lo mismo sucede con la teoría de la argumentación jurídica que queda reducida, al final de la obra, en la plasmación de un conjunto de normas o reglas que originan a las reglas o normas jurídicas (ALEXY: *Theorie der juristischen Argumentation cit.*, pp. 361-367; sobre la obra véase *infra II*). Con ello, no es consecuente con Habermas y con la discusión que sobre teoría del conocimiento tiene lugar desde hace varios años: las reglas del discurso racional práctico que apelan a estudios formales (deductivos) y empíricos (inductivos), tienen significación en la construcción de teorías: HABERMAS, J.: *Rekonstruktive vs. verstehende Sozialwissenschaften*. En HABERMAS, J.: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/Main, 1983, pp. 29-52.

(29) Peczenik (PECZENIK, A.: *The basis of legal justification*, Lund, 1983, pp. 6 y 136, nota 1) quiere estudiar las reglas y razones jurídicas que conducen a la elaboración de conclusiones, proposiciones o normas sobre la ley válida y la decisión jurídica, pero también dice que de la variadas facetas que tiene el derecho él lo entiende tan sólo como norma (al respecto véase *infra II*).

bre el derecho hasta ámbitos del conocimiento que estaban fuera de lo que se había tenido como el terreno de lo jurídico (30) (31). Ahora bien: ellos no protagonizan este paso en su totalidad una vez que aunque, si bien en escasa medida, propugnan teorías del derecho y en su mayor medida hablan de teorías de la argumentación, o de la justificación, o de la interpretación, o de metodología, su estudio en realidad, como luego veremos con algunos ejemplos, es tan sólo normativo o analítico o positivista, con lo que sus propuestas no pueden articular el horizonte apropiado para expresar toda la complejidad del objeto «derecho».

Volviendo al tema introductorio que nos ocupa, una vez producida esta «ilustración», lograda una formulación de esta teoría de la argumentación jurídica, ¿es preciso pasar en estos momentos desde una teoría de la razón práctica a una teoría del derecho? No cabe duda de que, pese a las dificultades existentes, sigue siendo necesario definir el derecho además de definir la teoría de la argumentación jurídica, aunque ello sea de una forma aproximada. En definitiva, sigue siendo precisa una filosofía del derecho o la dogmática. Como antes decíamos, sin la construcción de una teoría, aunque ésta tan sólo sea un mero punto de partida, no puede producirse la discusión. Muestra de ello es el auge actual de aportaciones y discusiones sobre el concepto de derecho, de la que la definición de Dreier es una de las expuestas últimamente. Podemos tomar esta definición: «Derecho es la totalidad de las normas, que pertenecen a la Constitución de un sistema normativo organizado estatal o cuasiestatalmente, una vez

(30) Una aproximación a estas teorías, sus problemas, su extensión internacional y sus orígenes, se encuentra en NEUMANN, U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986.

(31) En este terreno son de especial interés las propuestas de Aarnio que, además de lo dicho, y con respecto a la cualidad de la dogmática como instancia legitimadora de las actividades jurídicas, expone algunas de las razones por las que la dogmática es uno de los mecanismos técnicos usados en la legitimación de las interpretaciones y las decisiones jurídicas. Estas afirmaciones son congruentes con las posiciones filosófico-jurídicas antes indicadas, al mismo tiempo que con la «voluntad» de la denominada jurisprudencia de conceptos (Sobre estas relaciones: AARNIO, A.; *The Rational as Reasonable cit.*, pp. 17-25, 136-149. También: AARNIO: *Denkweisen cit.*, pp. 61-68, por ejemplo). Esto adquiere una mayor relevancia cuando se cae en la cuenta de que existen diversas hipótesis, e incluso instrumentos adecuados, propuestos las unas y los otros por la teoría de los sistemas sociales, referidos a que los juristas en cuanto sistemas sociales con sistemas autorreferenciales o autopoiéticos, lo que significa que efectúan un conocimiento del derecho: como norma, actividad de otros, reflexión sobre el mismo, en cada caso desde el horizonte que les aportan sus conocimientos anteriores. Al respecto LUHMANN, N.: *Die Einheit des Rechtssystems*, en «Rechtstheorie», 2/83, pp 128-154, en especial pp. 131-134. Sobre la posibilidad de aplicar esta teoría al concepto de derecho: TEUBNER, G.: *Hyperzyclus in Recht und Organisation, Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese*. En HAFERKAMP, H.: SCHMID, M.: eds., *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, Frankfurt/Main, 1987, pp. 89-128, p. 111. Para conocer el método es fundamental: LUHMANN, N.: *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/Main, 1987. Esto comporta la posibilidad de averiguar la efectividad filosófico-jurídica de la posición de Aarnio. Sobre la teoría de sistemas, véase *infra* III.

que este sistema de normas es socialmente real, en general y en su totalidad, y satisface mínimamente a la justificación ética o a la justificación en general, y las normas que son creadas en desarrollo de esta Constitución, una vez que éstas incorporan en sí mismas una mínima referencia a la realidad social o a la posibilidad de realidad social y un mínimo a la justificación ética o a la posibilidad general de justificación» (32). Esta definición encuentra la crítica inmediata de su extremada amplitud y de su vaguedad, dado el conjunto de conceptos abiertos o indeterminados que la integra. También es una definición normativa del derecho, moderada por la ética: no recoge explícitamente otras facetas del derecho. Por otra parte, no hay duda de que esta definición está interesada por asumir desde las características que han puesto de manifiesto las diversas corrientes que se han expresado desde después de la segunda guerra mundial: derecho como norma, como acción de los órganos jurídicos, como expectativa. En efecto, hay una referencia implícita a ello en los términos siguientes: *totalidad de las normas, Constitución, sistema normativo, sistema normativo estatal o cuasiestatal, socialmente real, justificable ética o generalmente, normas creadas en desarrollo de la Constitución, posibilidad de realidad social, posibilidad de justificación ética, posibilidad general de justificación.*

Pese a todo, por tanto, y por lo que aquí nos interesa, en esta definición queda recogida ejemplarmente la necesidad de una teoría compleja acerca del derecho; pero la expresada no es suficiente: no hay indicaciones explícitas en la misma para todos los agentes del derecho; sigue siendo una definición normativa (33).

En este trabajo no se llega a establecer teorías. Aquí se proponen los métodos adecuados para completar la teoría o teorías precisas, a sabiendas de que éste tan sólo puede ser un programa para filósofos del derecho y dogmáticos junto a otros especialistas ocupados en la investigación sobre el derecho. Para ello, a efectos de llegar a precisar la propuesta, a continuación se van a repasar brevemente algunas de las características/limitaciones/resultados de los métodos de conocimiento o de razonamiento establecidos acerca del derecho en la cultura reciente. En primer lugar (2), se expone cuál es el méto-

(32) La referencia se encuentra en *supra*, nota 15.

(33) Acaso hoy todavía no sea posible realizarla: no se ha producido el número suficiente de experiencias como para que ahora pueda exponerse una teoría del derecho convincente. Fundamentalmente no se ha producido el trabajo empírico que requeriría una teoría considerada completa. Como observamos a continuación, tras las denominadas teorías de la argumentación o la justificación han proliferado hasta el momento exclusivamente estudios del derecho en cuanto norma; en escasa medida se ha atendido a los otros aspectos fundamentales del fenómeno jurídico que están propuestos por las definiciones dadas desde prácticamente el último tercio del siglo XIX.

do para construir una teoría del derecho según las corrientes que definen el derecho como norma, mandato, proposición prescriptiva o enunciado directivo. Es decir, las corrientes que se fijan en la configuración textual del derecho y en su virtud, a partir de las convicciones del autor, componen una «teoría analítica del derecho». A continuación (3) se exponen las características fundamentales del método utilizado por las posiciones que construyen una teoría sociológica del derecho o las que, simplemente, llevan adelante diversas sociologías del derecho.

2. Es difícil precisar con exactitud cuál es el método (de conocimiento o de razonamiento) propio de la teoría del derecho «tradicional», aquella en la que se piensa de ordinario cuando se utiliza la expresión «teoría del derecho», en definitiva la integrada por las aportaciones de autores como Kelsen, Hart y Ross y sus sucesores, arraigados en varios países, y que han expuesto sus opiniones en un período histórico tan dilatado como el que transcurre entre la segunda década del presente siglo y la actualidad. A esta teoría se le ha denominado de varias formas: pura, analítica, científica..., y todas estas denominaciones han sido puestas en cuestión incluso por los mismos integrantes de la corriente. Ello no es de extrañar si se atiende a la pluralidad de los fundamentos teóricos que sustentan o apoyan a todos los partidarios de la teoría. Centrándonos en los autores principales: neokantismo en Kelsen; filosofía analítica —incluyendo al segundo Wittgenstein— en Hart; el propio Kelsen, la tradición del realismo escandinavo y americano y el positivismo lógico en Ross. Además todos ellos han entrado en discusión entre sí, aceptando en ocasiones los argumentos de los demás, con lo cual el problema de situarlos o denominarlos adecuadamente resulta difícil. Por ello, lo vamos a ver, no hay acuerdo, ni llega a ser evidente, el método que han utilizado para formular la teoría: a continuación observamos que en ocasiones no apelan a método de razonamiento alguno, sino a los principios del conocimiento (Kelsen); en otras apelan a la deducción, en otras a la inducción; en ocasiones apelan a las reglas de la lógica, en ocasiones las rechazan; modernamente, sus seguidores recurren también a la argumentación o a la retórica e incluso a la hermenéutica... Por lo general a su doctrina se le otorga el atributo de teoría analítica del derecho, aunque esta no sea la denominación más adecuada para las posiciones de Kelsen ni para las de Ross. Coinciden al considerar que el punto de partida es el derecho escrito, el derecho positivo en cuanto tal.

Cabe decir que para la unificación citada existe una cierta base: hay un «espíritu común» que les anima y que se pone de manifiesto en reiteradas ocasiones: pretenden acostumbrar a los juristas a efectuar un conocimiento «depurado» del derecho que sustituya a un conocimiento meramente «exegetico». Por lo general quieren construir un armazón conceptual con el cual quepa estudiar «rigurosamente» al derecho producido por el «poder estatal», sea éste el del Parlamen-

to, el del Gobierno, la Administración o los jueces y tribunales, dejando casi siempre al margen o en segundo término el estudio del fenómeno del poder.

Kelsen fue el primer autor de los tres citados que puso en práctica esta política «depuradora» del derecho. Así frente al iusnaturalismo, al iuspositivismo de la dogmática y de la exégesis, y a la crítica que a todas ellas se haría por posiciones a las que hoy denominamos sociológicas o realistas, propugnó la adopción de su «doctrina pura del derecho» elaborada como «el» instrumento válido para el análisis de todo el derecho y el Estado (34).

Con respecto a lo que aquí nos interesa, poner de relieve el método que Kelsen utilizó para construir su teoría del derecho, hay que decir que no es fácil establecerlo. Kelsen propugnó como punto de partida para el estudio del derecho la consideración de que las disposiciones jurídicas o el mismo Estado «deben ser» en la forma o categorías que él propugna, independientemente de que ello suceda o no en la realidad, siguiendo las pautas metodológicas del neokantismo lógico, al establecer, en su rama jurídica, las condiciones «puras» o categorías a las que debía someterse el derecho positivo (35). Por tanto, en cierta forma estipuló una «geometría» del fenómeno jurídico (36) a partir del establecimiento de las categorías trascendentes del conocimiento jurídico. De lo que no hay duda es de que rechazó la posibilidad de una construcción lógica de las categorías jurídicas (37).

En congruencia con este principio Kelsen siempre sostuvo como horizonte de conocimiento, pese a su crítica de las posiciones «metafísicas», la existencia de una diferencia ontológica entre el mundo del ser y el del deber ser, interesándole tan sólo las reglas por las

(34) Puede verse el enfrentamiento con otras teorías, resumidamente, por ejemplo, en KELSEN, H.: *Was ist die Reine Rechtslehre?* (1953). En KELSEN, H. ed.: *Die wiener rechtstheoretische Schule*, T. I, Wien, 1968, pp. 611-630. La equiparación del derecho y el Estado frente al concepto sociológico de éste queda especialmente recogida en KELSEN, H.: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* (1928), Aalen, 1962.

(35) GONZÁLEZ VICEN: *Sobre el neokantismo lógico cit.*, p. 43.

(36) RECASENS SICHES, L.: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1929, pp. 122 y ss.

(37) Al respecto: VERNENGO, R. M.: *Derecho y lógica: un balance provisorio*, en «AFD», 1987, pp. 306 y ss. Para Kelsen se han tenido en cuentas las siguientes versiones de sus obras (entre paréntesis está referenciada la fecha del prólogo de la edición original): KELSEN, H.: *Compendio de teoría general del estado*, trad. Luis Recasens Siches, Barcelona, 1979 (1926). KELSEN, H.: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Jorge G. Tejerina, México, 1979 (1934). KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, 1979 (1944). KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, 1971 (1953), es la traducción de la versión francesa. KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, 1979 (1960). KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, trad. Mirella Torre, Torino, 1985 (1979), obra póstuma.

que se rige el mundo del deber ser, dado que éste es el mundo de lo normativo: el único que le interesa al jurista (38).

Frente a la persistencia de Kelsen en lo que se refiere a esta forma de aproximarse al derecho, destaca en su obra la variedad de conceptos, o teorías, o categorías para el estudio del derecho escrito que estableció a lo largo de la misma. Concibió a la norma jurídica «lógico trascendental» como juicio hipotético, como imperativo, como mandato, comando u orden, permiso, autorización o derogación (39). Lo cual no impide reconocer que, a través de estas propuestas, preocupadas por destacar el aspecto normativo o formal (40) que sin duda puede ser válido para caracterizar —parcialmente— el fenómeno jurídico, se estableció una cierta base para superar la «reductio ad exegesis» operada de manera habitual por los juristas, lo que, a su vez, no puede hacer olvidar que las categorías de la razón jurídica establecidas por Kelsen al definir los conceptos de norma son una reducción del derecho. Aun con todo, esta reducción no estaba manifiesta en la obra de Kelsen, éste siempre tuvo presente la complejidad del derecho, sólo que entendió que de ella debían ocuparse otros especialistas. En otras ocasiones expresó que ocuparse de esta complejidad no era labor del teórico del derecho, sino del decisor, intérprete o aplicador del mismo, dejando la respectiva operación al terreno de la moral, la política o la irracionalidad (41). En otra ocasión se detuvo a indicar la presencia en el derecho, en su conocimiento y aplicación, de unos «mundos» distintos al normativo sin tenerlos en cuenta a la hora de elaborar la teoría del derecho (42).

Todo lo dicho no puede hacer olvidar, como ya hemos mencionado, que la doctrina o teoría pura del derecho, salvando la peculiaridad de su fundamentación neokantiana, de Kelsen puede servir como eficaz instrumento de estudio del derecho en cuanto norma. De hecho, sus construcciones sobre la validez, las características de la norma o la construcción —dinámica— en grados del ordenamiento jurídico, por ejemplo, han sido recogidas por el derecho positivo, o la misma organización administrativa e incluso constitucional de los Estados actuales, pese a sus limitaciones. El límite de su virtualidad como instrumento reside fundamentalmente en que el derecho construido por aplicación de esta filosofía formal es un derecho poco realista. Es una construcción del derecho que pone de relieve su carácter

(38) KELSEN: *Compendio (1926) cit.*, pp. 126 y ss; *La teoría pura (1934) cit.*, pp. 46-67; *Teoría general (1944) cit.*, pp. 41 y ss.; *Teoría pura (1953) cit.*, pp. 15-34; *Teoría pura (1960) cit.*, pp. 83-122; *Teoria generale (1979) cit.*, pp. 50 y s.

(39) Compárese KELSEN: *La teoría pura (1934) cit.*, p. 52; con *Teoría pura (1960) cit.*, pp. 44-70, y con *Teoria generale (1979) cit.*, pp. 156-166.

(40) Véase KELSEN: *Compendio (1926) cit.*, pp. 130 y ss.

(41) Véase KELSEN: *La teoría pura (1934) cit.*, pp. 131-137; *Teoria generale (1979) cit.*, cap. LVIII, pp. 378-429, por ejemplo.

(42) Véase, en especial, KELSEN: *Teoria generale (1979) cit.*, pp. 52-60, por ejemplo.

coactivo, lo que es revalidado escasamente, en última instancia, a lo sumo, no sólo por la «realidad social», sino por la propia práctica o política jurídica. Bien puede concluirse, por tanto, que la teoría del derecho de Kelsen proclama una visión parcial del derecho al considerarlo como mandato o proposición prescriptiva. Por ello no es de extrañar que haya quien, siguiéndolo, proponga que el estudio del derecho quede reducido al de los enunciados o las proposiciones que lo componen, así como a su desarrollo siguiendo las reglas del lenguaje o de la lógica.

Hart se fundamenta en las propuestas hechas por la filosofía analítica: el estudio de los términos jurídicos, recogidos en las disposiciones jurídicas, en su contexto, en las diversas formas o modos de vida existentes. Las normas reciben sus características del derecho positivo y de la realidad social incorporada por los que las reconocen mediante su comportamiento. Para Hart no es suficiente con un desarrollo lógico de las mismas, si bien también dice que cabe efectuar un estudio analítico al menos (43).

Lo que aquí importa destacar no es la presencia de estos conceptos en las ideas de Hart, ni siquiera reflejar su posible repercusión en la denominada «teoría del derecho», sino indicar que en su obra se produce un modo de acercarse al derecho que, al menos en parte, está alejado del que practicara Kelsen. Resumiendo las diferencias podemos decir que en Kelsen está presente a lo largo de toda su obra la pretensión de obtener un conocimiento seguro del derecho desde las categorías normativas que él sienta como categorías válidas del conocimiento del derecho. Con ello también tiene presente la seguridad en las pautas del conocimiento científico positivista. Hart, en cambio, no pretende sentar principios de conocimiento trascendental; elabora sus conceptos y teorías acerca del derecho en el uso dado a los términos jurídicos —a los considerados más importantes— por la tradición filosófico-jurídica inglesa, por la propia práctica judicial anglosajona, por determinadas teorías morales analíticas y por las pautas metodológicas señaladas por la filosofía del último Wittgenstein y determinados filósofos analíticos anglosajones (44). Tanto el modo de elaborar los conceptos jurídicos como los propios conceptos desarrollados son el instrumental que propone para analizar el derecho positivo.

Hart configura, con ello, una estructura del sistema jurídico menos «sustancial» que la propuesta por Kelsen, al tener en cuenta, por ejemplo, la relación —aunque sea mínima— existente entre el derecho y la moral (45), o, en otra ocasión, al fijarse en la

(43) HART: *The concept of Law cit.*, p. VII, 234 y ss. (nota a p. 18: The varieties of imperatives).

(44) Véase sobre esta vinculación: MAC CORMICK, N.: *H. L. A. Hart*, London, 1981, pp. 1-19. También el prefacio del propio Hart a HART, H. L. A.: *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, México, 1980 pp. XI y ss.

(45) HART: *The concept of Law cit.*, pp. 7, 17, 189-195.

complejidad de la operación de interpretar el derecho en virtud de los problemas prácticos que comporta la apertura del lenguaje jurídico (46), con lo cual rebate la distinción entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. Esto incluso repercute en el concepto de norma a proponer en el momento de realizar construcciones para el estudio del derecho positivo.

Este autor, con ello, participa de la confianza generalizada en el positivismo científico, en los métodos de razonamiento (deducción e inducción) empleados para la construcción de las teorías. En especial del instrumental con el que estudiar el derecho. Veamos.

En su obra «El concepto de derecho», disuelve dicho concepto en el de normas primarias y normas secundarias; propone la tesis del reconocimiento del derecho por los ciudadanos como alternativa a la de la norma lógico trascendental o fundamental de Kelsen; vincula al derecho y a la moral, aunque con caracteres mínimos; critica la consideración de la norma jurídica como imperativo, proponiendo que tenga otras connotaciones... Esto supone dar un margen de participación en la configuración del derecho a los ciudadanos y a teorías o prácticas diversas a las estrictamente jurídicas a través de la apelación a la teoría del reconocimiento o a los «modos de vida» o a la «moral social». De hecho, admite como necesario un estudio sociológico sobre el derecho, incluso él mismo manifiesta apoyarse en la sociología a la hora de realizar sus afirmaciones (47). Pero en realidad tanto en «El concepto de derecho», como en las obras de muchos de sus continuadores, se recoge un estudio sobre las características del lenguaje de las disposiciones jurídicas, sobre sus relaciones, sobre el desarrollo analítico de las proposiciones normativas contenidas en las disposiciones, propugnando, por tanto, prácticamente, que el método deductivo de razonamiento es el medio de conocimiento del derecho. De hecho, declarados analíticos continuadores de la obra de Hart efectúan, exclusivamente, una construcción modélica, lógica, del sistema jurídico como sistema normativo (48). También hay que decir que este rigor no se encuentra en Hart, aunque los conceptos de normas primarias y normas secundarias, que reflejan una visión sistemática del derecho, sean conceptos radicales de sus propuestas. Por otra parte, otros seguidores han propugnado la formulación del derecho en principios, más que en normas (49).

Esto significa que la posición de Hart estimula un conocimiento

(46) *Ibidem*: p. 132.

(47) *Ibidem*: pp. VII, 189.

(48) Paradigmático resulta Joseph Raz. Véase, por ejemplo: RAZ, J.: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Rolando Tamayo y Salmerón, México, 1982, pp. 75-103 (trabajo sobre razones jurídicas, fuentes del derecho y lagunas). Justificación de este planteamiento se encuentra en RAZ, J.: *Practical Reasons and Norms*, London, 1975, en especial pp. 107-177.

(49) La referencia es a DWORKIN. Al respecto, puede verse *supra* nota 14.

normativo o formal del derecho así como, en última instancia, de los hechos y relaciones sociales que el derecho regula. En sus teorías recoge fundamentalmente las notas del lenguaje que vincula a todos los elementos o actividades jurídicas por él consideradas, fijándose en su posible artificialidad, parcialidad o racionalidad. Por lo mismo puede decirse que está fuera de duda la característica de esa teoría como reductora de la complejidad, sin ser capaz de proponer estudios sobre el derecho positivo que abarquen a la variedad de mundos o facetas que incorpora en sus manifestaciones habituales. No pasa de considerar al derecho como texto estructurado en forma de norma.

Ross propone sin la menor duda como método de razonamiento y conocimiento para la construcción de las normas jurídicas por la «ciencia del derecho» los métodos de la ciencia: deducción e inducción, en especial el primero. Para Ross las reglas de la lógica proposicional o simbólica son de uso en la construcción de los conceptos jurídicos (50).

Su construcción ha dado como resultado la identificación del estudio del derecho con el de sus textos considerados como enunciados directivos o como «entidades» lingüísticas (51). Propugna que las construcciones producto de este método son las apropiadas para estudiar al derecho, situando a nivel inferior las apreciaciones que prevengan de otros métodos. Con ello, las posiciones de Ross son la culminación de las corrientes hasta aquí expresadas. Desde aquí se propone, con la mayor claridad, que el desarrollo lógico del lenguaje jurídico es la clave para el conocimiento del derecho en su totalidad, dado que el lenguaje es, prácticamente, la única «entidad» segura (52).

Esta confianza en el lenguaje le lleva a hacer propuestas como las siguientes. Previamente hay que apuntar que Ross es un autor que resume una larga tradición «realista» (53): la arraigada en los países escandinavos, al mismo tiempo que está vinculado al realismo americano, a la filosofía analítica anglosajona y al mismo Kelsen. En virtud de estas premisas no es de extrañar que fuera más allá que Hart o Kelsen al decir, por ejemplo, que así como el estudio del derecho puede ser el estudio de carácter formal hecho a las normas o a los enunciados directivos, dicho estudio tenía siempre que ver con resolución de los jueces en cada caso concreto, siendo los enunciados directivos las propuestas hechas por la ciencia jurídica sobre la posible actuación de los jueces (54). Estas afirmaciones han sido

(50) Véase Ross, A.: *Lógica de las normas*, trad. José S. P. Hierro, Madrid, 1971, pp. 17, 133 y ss., por ejemplo; en especial: pp. 102-129 passim.

(51) Ross, A.: *Tû-Tû*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1961, pp. 26, 30, 42. Ross: *Lógica de las normas cit.*, pp. 42 y ss.

(52) Ross, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963, pp. 6-11 passim, 25 y ss.

(53) *Ibidem*: pp. XIII y ss., 1-5. Ross, A.: *Autobiografía intelectual*, en «AFD», 1987, pp. 273-277.

(54) Ross: *Sobre el derecho y la justicia cit.*, pp. 18 y ss., 44-49 passim.

objeto de varias críticas, en especial la de confundir validez con eficacia (55). En lo que aquí nos interesa hay que decir que, sin duda, es la introducción del positivismo científico en la reflexión jurídica llevada la confianza en sus métodos hasta sus más extremas consecuencias. En Ross, por tanto, constatamos la conciencia acerca de la multiplicidad de facetas del derecho, al mismo tiempo que la parcialidad de las propuestas de la denominada «teoría del derecho»: la complejidad se resuelve mediante el estudio analítico y lógico de los enunciados normativos.

Estos excesos se constatan en la obra de Ross: «Sobre el derecho y la justicia. Una introducción a la filosofía jurídica analítica». Esta obra, pese al título, está destinada fundamentalmente al tema «ciencia jurídica». Más en concreto: realiza propuestas sobre el conocimiento que la dogmática efectúa y ha de efectuar sobre el derecho (56). Aquí dice también que el cometido propio de la dogmática o la ciencia jurídica es el conocimiento del lenguaje jurídico, así como propiciar su desarrollo lógico, una vez ello equivale a predecir correctamente las decisiones judiciales. La filosofía del derecho ha de reflexionar como metafilosofía, de una forma problemática, sobre el cometido de la ciencia jurídica y de los jueces, y con ello reflexionar sobre el derecho y la justicia (57). De Ross, por ello, bien puede afirmarse que es el ejemplo paradigmático de la aplicación de los principios del positivismo científico en el terreno del derecho. Así es. Consideremos que Ross criticaría la distinción de Kelsen considerando al derecho como materia del deber ser. Diría que el derecho hay que considerarlo como hecho, proponiendo en consecuencia un estudio del mismo aplicando los métodos de razonamiento, que en este caso son de conocimiento al mismo tiempo, propios de la ciencia (58). Incluso llegaría a decir que en derecho cabe realizar estudios empíricos y analíticos, aunque su propuesta quedara reducida a efectuar un estudio analítico del derecho que culminarían parte de sus continuadores (59).

Por todo lo hasta aquí dicho ya cabe unificar criterios con respecto a la averiguación sobre cuál es el método de construcción de las respectivas teorías del derecho hasta aquí vistas. Coinciden en el establecimiento de un estudio depurado del derecho, proponiendo una teoría abstracta sobre el derecho compuesta de reglas que posibilitaban, según creían, que tanto el estudio académico del derecho como

(55) HART, H. L. A.: *Su Ross*. En GUASTINI, R. ed.: *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, pp. 353 y s.

(56) ROSS: *Sobre el derecho cit.*, caps. II a IX, pp. 9-220.

(57) *Ibidem*: pp. 24-27.

(58) Sobre las relaciones (peculiaridades incluidas) de la ciencia del derecho (más en concreto: la labor a realizar por los trabajos doctrinarios) con las ciencias sociales y las ciencias en general: *ibidem*: pp. 45-49.

(59) *Ibidem*: pp. 26 y s.

la interpretación y aplicación del mismo estuvieran liberados en la medida de lo posible de irracionalidad. Sus recomendaciones estaban dirigidas a todos los actores jurídicos. Coinciden Hart y Ross en la propuesta de un estudio analítico del lenguaje jurídico; difieren en la validez que otorgan al método: Hart estima que este estudio es un mero instrumento, como otros, para discurrir sobre el derecho positivo, Ross afirma que este estudio formal o lingüístico produce un conocimiento verdadero del derecho. Kelsen se preocupa, como Ross, de proponer una teoría del conocimiento jurídico, sólo que estableciendo unas pautas propias para este conocimiento, en cuanto el derecho positivo ha de ser comparado con las indicaciones sobre el conocimiento de lo normativo o del deber ser realizadas por la teoría del conocimiento neokantiana. En todos los casos se observa un alto grado de confianza en los métodos de conocimiento y/o razonamiento positivistas. En todos los casos el estudio del derecho propuesto es exclusivamente normativo, contando en exclusiva con los textos jurídicos.

3. Hay numerosas ocasiones en las que al estudiar el tema «teoría sociológica del derecho» se afirma categóricamente que no existe una tal teoría (60). La cuestión no es tan clara aunque, como suele suceder, no falte cierta razón a quienes hacen dicha afirmación. Ello por lo siguiente:

Efectivamente, no existe una teoría sociológica del derecho con la extensión y tradición e incluso el grado de aceptación que tiene la denominada teoría analítica del derecho a la que acabamos de referirnos. Es más, la teoría analítica del derecho ha servido como teoría sociológica del derecho en cuanto que sus afirmaciones han servido de base a varias propuestas y trabajos empíricos de sociólogos del derecho (61). También ha servido de punto de arranque a estos trabajos afirmaciones de la dogmática o de la jurisprudencia conceptual. En otras ocasiones esta sociología ha quedado centrada en comprobaciones estadísticas a través de encuestas y otros métodos empíricos sobre la eficacia de determinadas instituciones, leyes, etc. (62). Para lo que aquí nos interesa ello no importa mucho; lo fundamental es

(60) No es tan tajante, aunque manifiesta tal dificultad: ZACCARIA, G.: *Deutsche und italienische Tendenzen in der neueren Rechtsmethodologie*, en «ARSP», 1986, pp. 308-313.

(61) Esta es la posición de ROTTLEUTHNER, H.: *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg, 1981, pp. 25-30, por ejemplo.

(62) Esta es la denominada investigación sobre las circunstancias de hecho o sobre la administración del derecho. Se caracteriza críticamente a estas aproximaciones en: GALINDO, F.: *Dificultades para la obtención de éxito ante el juez en la resolución de conflictos jurídicos en materia de derecho civil*, en «Constitución, Derecho y Proceso», Zaragoza, 1983, pp. 125-152, en especial pp. 139-151. Sobre las carencias de la investigación empírica en sociología del derecho (dificultades teóricas pero también políticas) véase: PLETT, K.; ZIEGERT, K. A.: *Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik. Zur Problemlage rechtssoziologischer Auftragsforschung*, Tübingen, 1984.

señalar que por la sociología del derecho se ha aplicado casi en exclusiva un método inductivo de razonamiento a la hora de construir sus propuestas por medio de trabajos empíricos. Existen numerosos testimonios al respecto.

Ahora bien, estos datos no pueden oscurecer la circunstancia de que a lo largo de la historia, desde la segunda mitad del siglo XIX, se han producido varias teorías sociológicas acerca del derecho (63). Existen diversas obras que son tomadas como punto de referencia por quienes en la actualidad realizan sociología del derecho, por mucho que sea cierto que no hay autores concretos como Kelsen, Hart y Ross que puedan servir de punto de referencia común. No se puede hablar sino de tradiciones: el sociologismo jurídico francés e italiano, los movimientos realistas (escandinavo —algún autor— y norteamericano) y sociologistas (movimiento de derecho libre, jurisprudencia de intereses), el propio marxismo. También cierta reflexión alemana que surge del propio Ihering o de Max Weber (64). Movimientos que, por lo general, difícilmente son encuadrables en la categoría «sociológicos», y sí, en cambio, en la de antiformalistas. En todo caso, son considerados precursores o fundadores de los actuales sociólogos del derecho empíricos que, juristas o no, proliferan en prácticamente todos los países del mundo desde finales de los años sesenta de este siglo. Los precursores, por lo general, construyeron propuestas que no se fijaban específicamente en la característica normativa del derecho o texto escrito, sino en las actividades de los juristas o de los ciudadanos para con o en relación a los textos jurídicos. Fundamentalmente criticaban las posiciones formalistas: jurisprudencia de conceptos o analítica.

La observación de los trabajos empíricos más recientes, e incluso de los manuales que con la denominación «Sociología del derecho» han aparecido en los últimos años, produce la impresión de que en estas actividades no se ha logrado superar la fase problemática o de primera constitución de la materia como objeto de conocimiento. Los manuales acostumbran a ser la recopilación de un conjunto de problemas considerados de interés para la investigación empírica (65), ob-

(63) Es difícil afirmar categóricamente con respecto a cualquier disciplina que no existen teorías. Siempre hay referencias con mayor o menor tradición o extensión. Sobre diversas teorías sociológicas del derecho: TREVES, R.; *Introducción a la sociología del derecho*, trad. Manuel Atienza, Madrid, 1978, pp. 58-72. También: RÖHL, K. F.: *Rechtssoziologie*, Köln, 1987, pp. 212-222.

(64) Reseña esta tradición KRAWIETZ: *Der soziologische Begriff cit.*, pp. 1-14.

(65) Así ROTTLEUTHNER: *o. c.*, pp. 80-189. Pese a que hay una cierta sistematización también son recopilación de problemas: DUX, G.: *Rechtssoziologie. Eine Einführung*, Stuttgart, 1978. KISSLER, L.: *Recht und Gesellschaft*, Opladen, 1984. Excepción es: RÖHL (*Rechtssoziologie cit.*). Se incrementa el carácter de enumeración de problemas o de «readings» de los manuales del área anglosajona, por ejemplo: AKERS, R. L.; HAWKINS, R.: *Law and control in Society*, New Jersey, 1975. EVAN, W. M.: ed., *The sociology of Law. A social-structural Perspective*, New York, 1980. TOMASIC, R.: *The sociology of law*, London, 1985.

servándose en los mismos un escaso interés por construir teorías, quedando satisfecho el mismo a lo sumo con la remisión a testimonios de los considerados precursores. En otras ocasiones, como decíamos, propuestas de la propia «teoría analítica del derecho» o de la dogmática son las hipótesis de la investigación. En escasa medida se preguntan por el sentido de la investigación empírica. Se confía en la virtualidad del método inductivo como método de conocimiento sin recoger las dudas acerca de la comprensión de la realidad por medio de los métodos científicos.

Existen, pese a todo, dos teorías sociológicas del derecho: por un lado, el marxismo; por otro, recientemente, la teoría de los sistemas sociales. Ambas explican al derecho en virtud de las características de la sociedad: al margen de su caracterización como norma o texto escrito, y teniendo en cuenta sobre todo su vinculación a la infraestructura o a la sociedad precisada tecnocráticamente. Tanto la una como la otra consideran que los datos jurídicos relevantes son los obtenidos a través de los métodos empíricos. Propugnan el uso de la inducción, en ocasiones junto a la deducción, para razonar acerca del derecho.

Como antecedente para la segunda se propone a las posiciones teóricas señaladas por autores como Max Weber y Theodor Geiger.

Las posiciones de estos autores tienen en común la construcción de una teoría sociológica del derecho a partir de lo que éste sea en la realidad social a diferencia de otros órdenes sociales distintos al mismo. Consideran al derecho como comportamiento o como espera de comportamiento (66). En general, lo consideran vinculado a la organización estatal una vez que ello es lo que le diferencia de otro orden social como la religión, usos sociales, costumbres, etc. (67).

Por lo que a nosotros nos interesa: método que conduce a la construcción de una teoría del derecho, hay que decir que en un caso y en otro se estipula que hay que partir del estudio empírico —método inductivo— de la sociedad para encontrar la teoría dicha. Uno y otro autor rechazan la consideración del derecho como norma aislada o como lenguaje, tal y como hace la filosofía del derecho «tradicional» o el realismo jurídico escandinavo, aunque Weber reconoce que el método normativo-lógico puede tener interés para el mundo jurídico (hay que considerar que este autor participa de la distinción neokantiana entre el ser y el deber ser) (68). Geiger reconoce, también, que su método es analítico una vez que la diferenciación conceptual analítica permite establecer pautas para perfilar el lugar del derecho con respecto a otros órdenes sociales (69).

(66) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, Neuwied, 1960, p. 275.

(67) GEIGER, T.: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Darmstadt, 1964, pp. 126, 128.

(68) WEBER, M.: *Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1951, pp. 439 y s.

(69) GEIGER, T.: *Arbeiten zur Soziologie*, Neuwied, 1962, pp. 75-85.

En uno y otro caso, como sucede con las propuestas empíricas de los sociólogos del derecho, no se pone en cuestión el método de conocimiento —más que de razonamiento—, considerándose que la verdad se alcanza directamente a través de la pura aplicación del mismo. Se coincide en la apreciación de que la intencionalidad no es objeto de consideración para un científico: el conocimiento científico es «puro», se produce al margen de los valores. Con ello coinciden con la teoría pura o analítica del derecho, resultando ambas corrientes afectadas por el positivismo científico y su consideración negativa de la observación, del interés del conocimiento que está presente en toda operación de conocer, con lo cual terminamos de constatar cómo unos y otros, analíticos y sociólogos, han utilizado unos métodos que no son capaces de atender a la pluralidad de facetas en las que es imprescindible cuartear el objeto de conocimiento: norma, acción y sentido.

II

Al mismo tiempo que se ponen en práctica las referidas teorías, se construyen otras que aspiran a comprender en mayor medida a la realidad, situando al margen a las teorías anteriormente consignadas reconocidas hoy como reductoras, simplificadoras o formalizadoras de la realidad, como acabamos de ver.

Teorías/filosofías que no son nuevas. También existen precedentes históricos, como sucedía con las mencionadas con anterioridad, de mayor o menor antigüedad en nuestra cultura (70). Una de sus características fundamentales es la de que están diseñadas con el objetivo de comprender cuáles son las condiciones del conocimiento hoy. Con otras palabras: conocer las características del «paradigma científico» actual (71). En especial reflexionan sobre la validez de las categorías kantianas, o, mejor dicho, sobre la de aquéllas en las que se funda la ciencia y el conocimiento en general desde la modernidad. Su punto de partida es el de señalar la insuficiencia de las teorías que se creían seguras por tener como principal objeto de conocimiento el estudio de los signos de comunicación. Las teorías actuales se fijan más en la comunicación: manifiestan que ni los objetos, ni sus rela-

(70) Véase acerca de estos precedentes, vinculando sus argumentos con exposiciones clásicas acerca de la argumentación (Aristóteles): VIEHWEG: *Tópica y jurisprudencia cit.*, pp. 34-45. HABERMAS: *Theorie des kommunikativen Handelns*, T. I, Frankfurt, 1981, pp. 44 y ss. GADAMER: *o. c.*, pp. 638 y ss. Vincula esta posición con la existente sobre teoría de la ciencia: APEL, K. O.: *La transformación de la filosofía*, trad. Adela Cortina, T. 1, Madrid, 1985, pp. 21-32.

(71) Para esto y lo que sigue BROWN, H. L.: *La nueva filosofía de la ciencia*, Madrid, 1983, pp. 105-223, passim: resumen de las características del paradigma científico hoy.

ciones, ni los diversos lenguajes en los que se manifiestan son cognoscibles en su totalidad: puramente, porque todos ellos están afectados por la posición del observador, que está integrado en una determinada colectividad (no sólo la científica) que acostumbra a conocer desde una determinada perspectiva: la del grupo social en el que convive. Esto significa reconocer que ni siquiera las estructuras de las que dan cuenta los análisis formales tiene sustancia propia. Hay quien dice que, como mucho, tienen la que les suministra la propia cultura o hábitos de comunicación de los que participan quienes efectúan el análisis. De ahí esté muy generalizada la creencia en que si bien las teorías formales son excelentes medios auxiliares, no es posible hacer, tan sólo, un uso exclusivo de las mismas por parte de quienes quieren aproximarse a la realidad. Se acepta con ello que ellas son meros instrumentos de aproximación. Se refieren tanto a las teorías analíticas como a las teorías o instrumentos empíricos.

Esto supone que la búsqueda del lenguaje formal universal, objeto común en última instancia de las teorías sintetizadas en el apartado anterior, pierde importancia. Este problema queda relegado a un segundo plano, como hemos dicho, por la puesta de manifiesto de otro problema que, filosófica y científicamente, queda en primer plano: el de averiguar las condiciones o circunstancias en las que se desenvuelve el conocimiento. Se dice que esto afecta al propio conocimiento y a la construcción de teorías. Se dice que hay que tomar en consideración las «condiciones del discurso», el «interés del conocimiento», la «hermeneútica de las frases», etc.

Como es sabido, todo ello se debe, en resumen, al hecho de que desde finales de los años sesenta, en especial, quedara manifiesto, en el seno de múltiples polémicas, que el conocimiento tiene lugar en el ámbito de un amplio círculo en el que interfieren factores varios. De resultas de todo ello quedó patente que esos diversos factores que hay que tener en cuenta para resolver un problema, son relevantes para su solución, no siéndolo uno de los mismos tan sólo. La hermeneútica, partiendo del estudio de la labor de las ciencias humanas, expuso que las soluciones tenían que ver con la historia cultural de las personas que intervienen en el asunto (72). Simultáneamente, la «historia de la ciencia» ha puesto énfasis en que las soluciones a los problemas científicos están afectadas por los hábitos de conocimiento de la comunidad científica, de la sociedad en última instancia, que está interesada por los mismos (73). De ahí se haya afirmado, a continuación, la existencia de un «discurso» argumentativo ideal racional, que, sin olvidar los hábitos científicos o de conocimiento de nuestra cultura, señala las condiciones del conocimiento

(72) GADAMER: *o. c.*, pp. 333 y ss., por ejemplo.

(73) KUHN, T. S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1975, pp. 68-79, en especial 78 y s.

y, por tanto, las de resolución de problemas concretos (74). De ahí sean numerosos, junto a una práctica científica tradicional, los estudios sobre las características de los procesos de comunicación de la «comunidad humana». También los estudios críticos para con el hallazgo de un único lenguaje común, formalizado, único vehículo de comunicación entre las diversas especialidades científicas existentes... (75).

Las críticas, y las afirmaciones, que se hacen en este tipo de trabajos son muy variadas, aunque prácticamente nunca son absolutas. En especial, considerando el tema de los métodos de razonamiento, se enfatiza el hecho de que la realidad queda seccionada en exceso cuando se estudia tan sólo analíticamente por medio del desarrollo de un lenguaje o de sus reglas. Ello queda vinculado a las apreciaciones positivas que hoy se hace de los denominados juicios sintéticos, así como a la puesta en cuestión de la confianza habida en los juicios analíticos, reconociéndose como no suficientemente esclarecedora la contraposición analítico-sintético (76). Simultáneamente, tal vez por lo dicho, desde hace años se reitera la necesidad de superar la parcialización del conocimiento mediante un tratamiento interdisciplinar y problemático de la realidad proponiéndose, incluso, más allá de la interdisciplinariedad, teorías instrumentales «analítico-sintéticas», aptas para varias áreas de conocimiento. De ahí el intento de construir procedimientos eficaces para transmitir o transferir los conocimientos en su complejidad a especialistas de diversos campos o, incluso, a los ciudadanos. Además, desde otra perspectiva, pero en congruencia con lo dicho, los términos: certeza, veracidad, falsacionismo, que confiaban en el acceso al conocimiento producido por los métodos de razonamiento señalados, han sido sustituidos por los de probabilidad, verosimilitud, posibilidad, prudencia, etc., admitiéndose el carácter aproximativo de todo conocimiento.

En ello coinciden filósofos y científicos, suscitando dudas sobre la tajante separación «tradicional» entre razón teórica y razón práctica (77), o, modernamente, desde otras perspectivas, entre teorías o ideologías. Por ello, precisando el principio de los lugares comunes o tópicos como punto de partida, se habla más de aproximaciones

(74) HABERMAS: *Theorie des kommunikativen Handelns cit.*, T. I, pp. 440-452; sobre la diferencia de esta posición con las positivistas: *ibidem*: pp. 369-452 y T. II, pp. 223-228.

(75) Véase, por ejemplo, las críticas de Bunge al formalismo de Chomsky en BUNGE, M.: *Lingüística y filosofía*, Barcelona, 1983. Esta crítica es antigua: véase las opiniones en contra de visiones del lenguaje «exclusivamente lingüísticas» en LENNEBERG, E. H. y otros: *Nuevas direcciones en el estudio del lenguaje*, Madrid, 1974.

(76) Añade argumentos a los hasta aquí resumidos: BUNGE, M.: *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, 1963, p. 62; también pp. 63-98.

(77) Habermas, vinculando arte, ciencia, moral y derecho, ofrece su visión del problema en HABERMAS, J.: *Die Modernein unvollendetes Projekt (1980)*. En HABERMAS: *Kleine Politische Schriften: (I-IV)*, Frankfurt, 1981, pp. 444-464, en especial pp. 460 y ss.

que de teorías, y si se habla de teorías éstas son más bien aproximaciones.

Volviendo al terreno del derecho, lo primero a referir es que todas las teorías sobre las que se ha hablado en el apartado anterior han tenido de hecho una escasa relevancia en la práctica jurídica diaria. Ello no queda referido tan sólo a la práctica judicial, administrativa o legislativa, sino también a la propia dogmática o a la reflexión académica sobre el derecho. Esto especialmente en lo que hace a la denominada analítica. De la sociología del derecho no ha habido hasta hace poco propuestas de envergadura que superaran la limitación de los productos empíricos, meras construcciones, construidos por la misma. De hecho prevalece en los manuales la construcción dogmática que sigue los principios de la escuela denominada jurisprudencia de conceptos o los de la exégesis. A lo sumo ha prevalecido en la reflexión jurídica las propuestas suscitadas por la hermenéutica, posición filosófica que se ocupa como su principal cometido de explicar las características de la interpretación de los textos. Por esto se ha llegado a proponer que la hermenéutica es propiamente la teoría o filosofía del derecho más característica. Y ello no es de extrañar: sus propuestas, arraigadas en la discusión jurídica desde los años cincuenta por otras reflexiones, son próximas a las sensaciones de los juristas que no conocen a fondo su práctica. A falta de una adecuada sociología del derecho, la hermenéutica proporciona pautas o intuiciones acomodadas al ejercicio profesional del jurista en la práctica procesal del Estado de Derecho (78).

Esta corriente de pensamiento concurre con la de autores como Perelman y Viehweg, que se fijaron en que el modo usual de razonar/conocer de los juristas es la retórica o dialéctica en sentido clásico, y ello no tan sólo en la práctica judicial, por ejemplo, sino también en la propia construcción de la dogmática.

Estos autores vinieron a manifestar que la actitud del jurista no es la de perseguir el conocimiento objetivo, sino lograr el mejor razo-

(78) Véase GADAMER: *o. c.*, pp. 604 y ss. Dice al respecto en su respuesta, en una carta privada, al jurista Betti sintetizando las características de su propuesta: «En el fondo yo no estoy proponiendo *un método*, sino describiendo *lo que hay*. Y que las cosas son como las he descrito, esto creo que no podría seriamente ponerse en cuestión... Usted mismo, por ejemplo, cuando lee una investigación clásica de Mommsen, se da cuenta enseguida de cuándo tuvo que haber sido escrita. Ni siquiera un maestro del método histórico está en condiciones de librarse por completo de los prejuicios de su tiempo, de su entorno social, de su posición nacional, etc. ¿Ha de ser esto necesariamente una deficiencia? Y aunque lo fuera, creo que filosóficamente es un deber pensar por qué esta deficiencia no deja de estar presente cada vez que se hace algo. En otras palabras, sólo considero científico reconocer *lo que hay*, no partir de lo que debería ser o de lo que querría ser. En este sentido intento pensar más allá del concepto de método de la ciencia moderna (que desde luego conserva su razón relativa), y pensar por principio de una manera general lo que ocurre *siempre*.» (las cursivas son del original) (*Ibidem*: pp. 606 y s.).

namiento, no siendo éste el proceder del razonamiento lógico: el silogismo puesto de manifiesto por Aristóteles, sino el proceder logrado a través del razonamiento tópico o retórico, tal y como había propugnado el propio Aristóteles en sus obras, ampliado después por el uso del mismo por la jurisprudencia romana, con Cicerón a su cabeza, y por otras manifestaciones culturales del pasado histórico de los países occidentales. Este razonamiento no está fundamentado en premisas claras que llevan a conclusiones también claras, sino que se construye en virtud de ideas o lugares comunes, aparecidos a lo largo de la discusión jurídica siguiendo determinadas reglas, que nunca son las precisas y rígidas que establecen las pautas del razonamiento lógico. Se llega a decir que éste es el razonamiento típico de los juristas y que, por tanto, es su método propio de trabajo tanto a la hora de actuar el derecho en la aplicación, interpretación o creación del mismo, o a la hora de construir leyes como a la hora de construir dogmas o una teoría del derecho (79). Estas posiciones frente a las de la lógica jurídica, la teoría analítica en sus aspectos extremos o la rigidez cientifista del realismo escandinavo, exclusivamente formales, tuvieron un fuerte arraigo.

Para estos autores la deducción y la inducción son métodos propios de las ciencias, en cambio, no son los métodos más adecuados para el derecho. Critican la rigidez de las propuestas de la denominada lógica jurídica, que acreció sus tesis por los mismos años en los que la tópica o nueva retórica estableció las suyas, animada por la revitalización de los planteamientos formales que lograra la denominada teoría analítica del derecho. También criticaron a la teoría del derecho o a la jurisprudencia conceptual.

La recepción de estas corrientes por la filosofía del derecho, pero también por la propia dogmática, ha sido potenciada por la reaparición de la hermenéutica a partir de la crítica al positivismo científico. Hay que pensar en que las posiciones de Perelman o de Viehweg pensaban fundamentalmente en el proceso y el auditorio que él configuraba. Es el proceso el lugar en el que los argumentos se explican y por ello aquéllos ponían de relieve las características de este proceso. En cambio, la hermenéutica propone pautas para la interpretación de los textos jurídicos: la actividad más evidente para cualquier jurista. Por ello no es de extrañar que esta corriente a partir de apreciaciones diversas, recientemente las de Gadamer, haya sido ampliamente reconocida desde finales de los años sesenta tanto por filósofos del derecho como dogmáticos de orígenes doctrinales diversos (80).

(79) Para esto y lo que sigue VIEHWEG: *Tópica y jurisprudencia cit.*, pp. 49-64, 127-143.

(80) Estado de la cuestión: HASSEMER, W.: *Juristische Hermeneutik*, en «ARSP», 1986, pp. 195-212. En castellano: HASSEMER, W.; *Hermenéutica y derecho*, en «ACFS», 1985, pp. 63-85. Pero ello sucede no sólo en el ámbito de la filosofía del derecho

El interés fundamental de la hermenéutica reside en poner de manifiesto que en la interpretación de textos no se da una separación tajante entre el sujeto que interpreta y el texto interpretado, a diferencia de lo que proponía el positivismo, sino que hay una interrelación entre ambos, aportando el intérprete con su historia al texto interpretado el sentido del mismo. De la misma forma en derecho cuando se aplica una ley no se aplica el texto absoluto de la ley, sino que lo que se aplica es el texto interpretado por el juez, quien dicta la resolución judicial a través de su peculiar consideración de los acontecimientos sobre los que se juzga en el proceso, pero muy en especial a través de su propia historia. Se reconoce que el intérprete aplica el derecho desde su visión del mundo o su horizonte personal.

Esto confluye con la crítica al positivismo científico. De esta forma se ha introducido en la reflexión jurídica la exigencia que se hacía el positivismo científico desde finales de los años sesenta. A través de la hermenéutica, también a través de la retórica o la tópica, se pone énfasis en mostrar las características de la operación de conocer o interpretar o aplicar el derecho, y, por tanto, en reflejar el sentido de las afirmaciones descubiertas por la aplicación de los métodos de razonamiento analítico y empírico al texto de las disposiciones jurídicas. De la misma forma también se incrementa el interés por conocer las mismas características de las actividades de los juristas y los rasgos personales o ambientales de estos últimos: su historia.

Pese a todo, de hecho, estas propuestas han sido llevadas adelante en escasa medida por los juristas que han aceptado las propuestas de la hermenéutica. Hemos dicho que hermenéutica no es sólo revisión de los fundamentos del conocimiento científico, sino que es lo mismo que interpretación de textos; de hecho los hermeneutas han propuesto métodos de interpretación de los textos jurídicos que no son sino renovaciones de los métodos tradicionales de interpretación (propuestos por el humanismo modernista, la escuela de la exégesis o la escuela histórica), terminando en ello las propuestas de actualización de la teoría del derecho. De nuevo posiciones que se fijan en exclusiva en el aspecto textual del derecho y en su configuración normativa. También han traído un renovado interés por la historia. Todo lo cual ha producido, asimismo, un iusnaturalismo puesto al día en el que la confusión, conexión heterogénea de métodos y vaguedad de sus afirmaciones son sus notas características. Estas posiciones han propugnado el abandono de los hábitos usuales de conocimiento (hábitos científicos) en nuestra sociedad por los juristas, lo que no deja de ser un grave inconveniente para aunar las posiciones de los juristas y las de los especialistas en otras materias, en un momento en el que el elevado grado de complejidad de una sociedad alta-

«continental», sino también en zonas de pensamiento relacionadas con la «teoría del derecho»: MAC CORMICK, N.; WEINBERGER, O.: *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986, pp. 17 y ss., 105 y ss., 169... Véase: ZACCARIA: o. c., pp. 299-308.

mante organizada y tecnificada presente en España, requiere de los juristas capacidad para entenderse con otros profesionales (81)

Otras posibilidades ofrece la teoría de la argumentación. Esta teoría ha sido desarrollada por lo que a derecho respecta a partir de mediados de los años setenta, en torno a varias aportaciones filosóficas y, sobre todo, de teoría de la ciencia (82). Esta teoría explica que las acciones humanas tienen lugar en un marco comunicativo que es el que les da carácter. Las peculiaridades de este marco, pero muy en especial las características ideales del mismo, han sido propuestas por Habermas. Sin entrar a considerar la posición de este filósofo, para esta teoría, a diferencia de la hermenéutica, no tiene interés tan sólo el texto en el que se refleja la acción, sino las características de la acción misma (83). En el caso del derecho, la operación de aplicarlo, la de interpretarlo, las características de la construcción dogmática, el proceso de elaboración de las leyes generales..., operaciones y actividades concretas precisables a través de los modos de razonamiento tradicionales. Esta teoría, en un plano ideal, por tanto, es consecuencia de la crítica hecha al positivismo científico a finales de los sesenta. No cuestiona la validez de los métodos de razonamiento actuales, tan sólo los sitúa en un segundo lugar: considerándolos como métodos de razonamiento y no de conocimiento. Con ello facilita la apreciación de que los valores importan en el conocimiento, incluso en el científico, lo cual no impide el ejercicio de las características de este conocimiento porque al mismo tiempo la teoría afirma que las

(81) Este riesgo se corre si se atiende a qué temas principales de esta hermenéutica jurídica, siguiendo a HASSEMER (*Juristische Hermeneutik cit.*, pp. 207-212), son: «derecho natural concreto», «teoría de la comprensión», «concreción de la norma y constitución del supuesto de hecho», «precomprensión», «comprensión escénica». Mucho más si se cuenta con una filosofía del derecho como la española, vinculada en su pasado reciente a una fuerte tradición iusnaturalista como reflejan informes recientes: GIL CREMADES, J. J.: *Filosofía del derecho en España (1960-1985)*, en «ACFS», 1985, pp. 215-243. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien*, en «Rechtstheorie», 1987, pp. 313-334. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Les tendances de la philosophie du droit actuelle en Espagne*, en «APhD», 1987, pp. 392-396.

(82) No existe «la» teoría de la argumentación jurídica; hay una variada pluralidad de teorías de la argumentación jurídica que provienen tanto de la tradición de la filosofía moral, la práctica jurídica y la hermenéutica, como, a través de la filosofía analítica y el realismo escandinavo, de la teoría de la ciencia. También de la lógica. La coincidencia está «apuntada» por la discusión postpositivista sobre el conocimiento que ha quedado delineada. Habermas es el autor que posibilita vincular estas convicciones. Con lo cual sucede en la actualidad en el terreno de la reflexión jurídica lo que ha sucedido a lo largo de la historia y muy en especial en los dos últimos siglos: está afectada por las corrientes filosóficas que han expresado las condiciones generales del conocimiento y por los hábitos de los agentes del derecho (juristas y ciudadanos). Una exposición detallada sobre la pluralidad de corrientes que se amparan tras la denominación «teoría de la argumentación jurídica» se encuentra en: NEUMANN: *Juristische Argumentationslehre cit.*, pp. 2-6 (sobre la fundamentación moral de la teoría), pp. 96-111 (sobre la vinculación a la teoría de la ciencia: varios ejemplos).

(83) Esta característica de la teoría es la que le señala como programa válido para, incluso, la conversión de la teoría de la argumentación jurídica en «la» teoría del derecho por excelencia. Así: *Ibidem*: p. 118.

valoraciones son adquiridas o conocidas a través de procesos sociales «standard». El conocimiento queda afectado por la posición del sujeto, por el círculo en el que éste se mueve, por sus sentimientos. Esto supone que por la teoría se precisa con mayor detalle propuestas como las de Viehweg y otros autores, relacionadas tan sólo con la afirmación, que hoy dice poco, acerca de que el argumento típico en derecho no es el lógico, sino el tópico. Las teorías de la acción comunicativa no se quedan en la denuncia: van más allá, al interesarse por el marco en el que tiene lugar el ejercicio de los métodos usuales de razonamiento, sin propugnar métodos especiales. Tan sólo le interesa superar: la separación sujeto-objeto y la separación teoría-práctica.

En efecto, la teoría de la razón práctica critica la separación que del sujeto y el objeto realiza el positivismo a través de la sublimación abstracta del método científico: se separa al investigador de la sociedad de la que el investigador es parte. Con esta actitud la sociedad es un objeto diferenciado, una «cosa» distinta. La teoría propone que, de hecho, se considere a científico y sociedad unidos porque el científico no puede aislarse de la sociedad de la que es parte principal. También critica la circunstancia de que el investigador o científico que formula teorías considera su teoría como una cosa y la aplicación de esta teoría en la realidad como otra cosa distinta; con esto se deja al político la aplicación de la teoría, con lo que los resultados de los trabajos científicos producen una escasa movilidad social, siendo aprovechados en escasa medida. Propone una actuación política del científico (84). Desde una perspectiva jurídica no exageramos al afirmar que la denominación científico puede ser sustituida, atendiendo a la función, por la de filósofo del derecho o dogmático en un país de sistema jurídico continental (85).

(84) WOHLRAPP, H. P.: *Handlungsforschung*. En MITTELSTRASS, J.: *Methodenprobleme der Wissenschaften vom gesellschaftlichen Handeln*, Frankfurt, 1979, pp. 126 y ss.

(85) Al menos desde una perspectiva funcional no es posible negar esta vinculación: la de que, admitiendo la existencia de mundos y hablando del mundo de la ciencia y del mundo del derecho, el rol social más similar al del científico es el del filósofo del derecho y el del dogmático o, en definitiva, el de los profesores de Universidad. Sin duda alguna, los objetos de conocimiento son distintos, pero las actitudes hacia los mismos tienen cierta semejanza. La semejanza es mayor en lo que se refiere a la matemática y la «jurisprudencia»: decía English: «La diferencia entre ambas disciplinas consiste en que en matemática se deriva mucho de pocos principios, mientras que, sin embargo, en la jurisprudencia se deriva poco de muchos principios... Ahora bien, por lo que se refiere ante todo a la derivación como tal, ésta puede ser en su estructura lógica exactamente tan intachable en la jurisprudencia como en cualquiera otra disciplina que opere deductivamente. Pero, mientras que en una disciplina matemática, tratada axiomático-deductivamente, la deducción formal es casi la cosa misma, en la jurisprudencia sólo aparece más bien como un andamio de las ideas. Pues aquí ha de dominarse tanta materia en cada paso lógico, que lo puramente deductivo pasa a segundo plano en relación con los actos cognitivos exigibles...» ENGLISH, K.: *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, en «AFD», 1986, p. 14. Y todo ello puede extrapolarse con mayor razón todavía para la práctica profesional no académica.

En virtud de todo ello se han producido en la actualidad diversas teorías del derecho que ya son, más bien, teorías de la argumentación jurídica o, recogiendo expresiones provenientes del campo de la ciencia, teorías de la justificación, que siguen —parcialmente, como vamos a ver— las tradiciones metódicas hasta aquí desenvueltas. A continuación indicamos algunas de las posiciones más significativas en esta discusión, en concreto las de Alexy, Peczenik y Aarnio (86), limitándonos a reseñar cuál es su objeto de conocimiento y su propuesta acerca de cuál es el método apropiado para su estudio.

La posición de Robert Alexy tiene ante todo el interés de que está vinculada a la tradición filosófico jurídica alemana reciente, relacionada con términos como interpretación, hermeneútica, argumentación y tópica (87). De esta vinculación da cuenta a lo largo de toda la obra que aquí vamos a comentar: «La teoría de la argumentación jurídica». Hay que tener en cuenta que esta obra tuvo originariamente un origen académico: fue una tesis doctoral. Pese a todo esto ello no puede hacer olvidar que, en última instancia, la fundamentación de la posición de Alexy es filosófica, en concreto las apreciaciones que sobre el «actuar práctico» tienen determinados éticos analíticos. También, en parte, la teoría del discurso comunicativo de Habermas, pero esta fundamentación, en la obra comentada, es secundaria porque, como dice el propio Alexy, su única preocupación es la de elaborar una teoría del derecho y no una teoría sobre la reflexión de los juristas (88).

En este sentido, en «La teoría», se recogen las reglas y formas ideales del discurso jurídico, a partir de la consideración de que este discurso es un caso especial del discurso práctico. Para Alexy las mencionadas reglas son indispensables para la fundamentación o justificación de la aplicación del derecho (89). Con lo cual observamos que se pone especial énfasis en la reducción del derecho a normas, estudiando las características de la argumentación jurídica que quedan reflejadas en la exposición de las reglas y formas usuales de la misma. En concreto Alexy manifiesta que su intención es referir, y utili-

(86) Si se propone un estudio de estos tres autores es porque, resumiendo efectivamente las filosofías hasta aquí expuestas, fue su voluntad la de reunir sus posiciones en un artículo conjunto. Me refiero a AARNIO, A.; ALEXY, R.; PECZENIK, A.: *The Foundation of Legal Reasoning*, en «Rechtstheorie», 1981, pp. 133-153, 257-280, 423-448. A efectos de mostrar la representatividad de cada una de sus posturas para con su respectiva tradición, tomo como punto de referencia obras anteriores a la del trabajo mencionado tanto en el caso de Aarnio (AARNIO: *Denkweisen cit.*) como en el de Alexy (ALEXY: *Theorie der juristischen Argumentation cit.*). Para Peczenik me fundamento en una obra posterior (PECZENIK: *The basis of legal justification cit.*) pero que, de todas formas, es un ejemplo manifiesto de su situación.

(87) ALEXY: *Theorie der juristischen Argumentation cit.*, pp. 17-49. (Para Alexy se tiene en cuenta la bibliografía recogida en *supra*, nota 25, y lo expresado en *supra*, nota 28).

(88) *Ibidem*: pp. 48 y s.

(89) *Ibidem*: pp. 356 y ss.

zar de un modo racional, los tópicos jurídicos, racionalizando —formalizando—, las propuestas de Viehweg y otros autores al respecto (90). La racionalización está reducida a la propuesta de que esos tópicos son el marco de referencia de la aplicación del derecho, considerando a éste como norma.

De ahí que la elaboración de este marco se realice prescindiendo de lo que en realidad sucede en la aplicación del derecho, sin comprobar cuál es el uso efectivo de las reglas y formas del discurso que expresa. Esas reglas y formas son las propuestas por varias doctrinas o teorías de moralistas, filósofos, teóricos de la ciencia y juristas. A partir de estas propuestas, el autor confecciona las suyas. Reiteradamente proclama que su posición es analítica. Pese a todo, en Alexy, y en los demás autores que aquí comentamos, existe una explícita aceptación de que los principios y las reglas de la argumentación jurídica pueden obtenerse empíricamente. Ahora bien, Alexy rechaza seguir este procedimiento: apela a la diferencia existente entre mundo del ser y mundo del deber ser (91).

Con ello constatamos que en esta teoría no se produce «realmente» una teoría de la argumentación jurídica. Hay que pensar en que aquí se construye una teoría «normativa» del derecho contando con la aplicación. Se secciona el objeto de estudio: el derecho. En realidad, nos encontramos no ante una teoría del derecho, sino ante una teoría de la norma jurídica. Es significativo que para Alexy los tópicos del discurso jurídico no son los «lugares comunes» de los que habla la «nueva retórica», sino que están integrados, predominantemente, por las leyes, la dogmática y la jurisprudencia (92). Esto también permite manifestar que va más allá de Kelsen, Hart y Ross, al no limitarse a efectuar un estudio de la norma o del derecho como proposición prescriptiva. Es de destacar que su «teoría del discurso jurídico-racional» no es una teoría aislada, sino que presupone «un orden racional y justo de la sociedad» (93), racionalidad que se logra por medio del estudio racional del lenguaje jurídico. En este sentido es una teoría positivista no consecuente con los fundamentos de las teorías de la argumentación, que toman como punto de referencia no a los hábitos de la comunidad científica o técnica, sino a los de la sociedad en su conjunto. En todo caso, es de destacar su interés por el marco de la argumentación jurídica.

Tampoco parece suficiente la teoría del derecho sostenida por Peczenik. Es encomiable su voluntad de construir una teoría normativa del derecho que atienda a la complejidad del fenómeno jurídico: norma, acción y reflexión de los juristas. No sucedía lo mismo en Alexy,

(90) *Ibidem*: p. 43.

(91) *Ibidem*: pp. 227 y ss.

(92) *Ibidem*: pp. 365 y ss., 352 y ss.

(93) *Ibidem*: p. 359.

que se limitaba a señalar el marco normativo racional del discurso jurídico.

La tesis fundamental de Peczenik, que es al mismo tiempo el punto de partida de la obra en la que aquí nos fijamos («La base de la justificación legal»), consiste en afirmar el siguiente esquema. Dice que en todas las actividades humanas, intelectuales y evaluativas, que llevan a conclusiones, se producen «transformaciones» o «saltos». Estos saltos son pasos de un estado o nivel de conocimiento a otro, producidos a consecuencia de la concurrencia en todas las actividades de infinidad de factores, razones y reglas de inferencia («deductivas» y «no deductivas») que las justifican. Estos factores, razones o reglas son difícilmente precisables, aunque no sean arbitrarios en absoluto. Su racionalidad les viene suministrada por el hecho de que las actividades humanas en su totalidad pueden quedar reducidas al esquema referido. Este esquema implica que la justificación reside en el contexto del discurso, en última instancia en el modo de vida (94).

En las actividades humanas que conducen a conclusiones jurídicas, Peczenik observa una diferencia con respecto, por ejemplo, a las actividades científicas en general. Señala que si bien estas últimas están regidas predominantemente por «reglas de inferencia» deductivas y en última instancia por el principio de verdad, en cambio en las primeras, como ocurre en las actividades morales, predomina en su elaboración las inferencias no deductivas: el principio de coherencia en última instancia. Esto no quiere decir que para Peczenik las actividades jurídicas sean siempre irracionales, sino que en la elaboración de las mismas existe un equilibrio de criterios deductivos e inductivos. Este equilibrio está regido por el «standard usual de racionalidad», que es determinado, a su vez, por «nuestro» modo de vida. Por ello, estima que en derecho ha de hablarse de coherencia y no de verdad (95).

Desde este punto de partida, Peczenik efectúa un detallado estudio sobre las peculiaridades de las actividades jurídicas. Muestra las reglas y razones jurídicas que conducen a la elaboración de conclusiones, proposiciones o normas sobre la ley válida y la decisión jurídica correcta. De alguna manera elabora una teoría conceptual —normativa (96)— de la «justificación jurídica» (97).

En este sentido, pese a todo, Peczenik no menciona, aunque seguramente no son desconocidos por él, los estudios jurídicos realizados desde una perspectiva distinta a la normativa. Llega a manifestar que la única reflexión jurídica posible es la que los normativistas y la dogmática conceptual efectúan (98). Con lo cual no da lugar a

(94) PECZENIK: *The basis of legal justification cit.*, pp. 1 y ss.

(95) *Ibidem*: p. 111.

(96) Véase: *supra*, nota 29.

(97) PECZENIK: *The basis cit.*, p. 83.

(98) *Ibidem*: pp. 132 y ss.

que entren en consideración para con el derecho ni siquiera posiciones jurídicas distintas a las formales. Por otra parte, establece una franja de separación entre conocimiento científico y jurídico, no haciendo partícipe al primero de la «forma de vida» como uno de sus últimos puntos de referencia lo que si expresa para el conocimiento jurídico (99), con lo que su posición postpositivista es limitada. Sigue siendo partidario de las corrientes exclusivamente analíticas para el estudio del derecho.

Relacionada con las posiciones anteriores, aunque con ciertos rasgos peculiares, se encuentra la actitud de Aarnio. Este, profundizando las iniciativas del realismo escandinavo, se ocupa de estudiar las características generales de los comportamientos o el cometido de los juristas: en definitiva, su forma de trabajo. Se preocupa por la «última fundamentación» del razonamiento de los juristas (100), expresando tanto a los juristas que construyen teorías como a los que aplican el derecho, dado que estos últimos han de «entenderlo», las razones últimas de las formas jurídicas y su aplicación. Esto lo efectúa tras el estudio filosófico —hermeneútico— y analítico, en especial, del proceso de aproximación al derecho positivo que lleva adelante la doctrina jurídica, muy en especial la dogmática.

En Aarnio cabe encontrar un estudio epistemológico del derecho digno de resaltar [me fijo fundamentalmente en la obra «Modos de pensar en la ciencia del derecho» (101)]. Su posición está caracterizada por la consideración del derecho como acción, compleja, de los juristas, afectada por su aprendizaje académico y por el contexto en el que se mueven en su comportamiento diario. Incluso indica, siguiendo a Wittgenstein, que es el «modo de vida» el que marca el conocimiento del derecho (102). La definición acerca de lo que entiende por «modo de vida» queda, como en Wittgenstein, escasamente formulada.

Aarnio manifiesta, en principio, que en el conocimiento del derecho no hay peculiaridad alguna con respecto a la que efectúan los doctores de otras áreas de investigación o los científicos. Sólo que esto no es absoluto, una vez reconoce que en el campo jurídico hay alguna peculiaridad. Dice que en la aproximación al derecho ocupan un mayor espacio los valores y factores no objetivos que en el campo de las denominadas ciencias naturales (103). Aarnio expone, al final de la obra (104), que los cometidos de la doctrina del derecho son:

(99) *Ibidem*: pp. 120, 125 y ss. 134.

(100) Ello se refleja como lugar común de los autores aquí estudiados en el título de la obra colectiva reseñada en: *supra*, nota 86.

(101) Se atiende fundamentalmente a AARNIO: *Denkweisen cit.* Se tiene en cuenta a AARNIO: *The rational cit.* (véase *supra*, nota 31).

(102) AARNIO: *Denkweisen cit.*, p. 124.

(103) *Ibidem*: p. 67.

(104) *Ibidem*: pp. 231 y ss.

interpretar las frases jurídicas lógico-formalmente, presentar normas técnicas y articular frases «tranquilizadoras» sobre la elección de las alternativas de interpretación. Para Aarnio los dos primeros cometidos son idénticos a los de la investigación en general, no así el último, «porque la “doctrina del derecho” es una ciencia espiritual», tiene que ver con la «significación» (105). En virtud de estas afirmaciones propugna un alejamiento del jurista de la investigación empírica, aunque en otras ocasiones manifieste que esta investigación es posible y deseable (106). Permanentemente se refiere también como último punto de referencia del derecho a las «condiciones comunes de vida», con lo que afirma implícitamente la posibilidad de un estudio sistémico o «sociológicamente razonable» del derecho. Pese a todo, en su propuesta se hace especial hincapié en la consideración normativa del derecho, atribuyendo a los juristas una labor fundamentalmente analítica. Sigue siendo, por tanto un autor que cree en los principios metódicos del positivismo científico, sin ponerlos en duda, con lo que propone una labor científica al jurista centrada en el estudio normativo del derecho.

Por todo lo hasta aquí dicho, recapitulando, constatamos que ni la hermenéutica ni la argumentación han producido teorías del derecho que estudien a éste completamente. En especial la hermenéutica, que en sus aplicaciones jurídicas se limita a proponer un estudio de los textos, y proporcionar pautas para su interpretación, remitiendo a la historia como forma de aproximación al presente, lo que es aprovechado en varias ocasiones para justificar un estudio «humanístico» —meramente retórico en la mayor parte de las ocasiones— del derecho. La teoría de la argumentación, en cambio, ofrece mayores posibilidades al ejercicio de los métodos de razonamiento tradicionales: deducción e inducción, a la vez que tiene cierta conciencia del lugar que tiene el observador, sus valoraciones, en el conocimiento. Lo que sucede es que la mayor parte de las propuestas de la teoría de la argumentación no son suficientemente consecuentes: propician un conocimiento parcial, normativo o deductivo, del derecho. En ocasiones se afirma incluso que estos métodos son métodos de conocimiento además de ser métodos de razonamiento, reconociendo con ello que no han atendido a las condiciones del conocimiento expuestas por la hermenéutica o la teoría de la acción comunicativa.

Sigue faltando la propuesta de que se produzca un estudio del derecho en su complejidad: como norma, comportamiento y sistema social, reflejando su papel en una sociedad en la que disminuye el papel de guía que les correspondía al Estado y al derecho en el pasado, al haber surgido progresivamente instituciones u organizaciones que tienen esa capacidad en el momento presente, teniendo en cuenta

(105) *Ibidem*: pp. 5 y ss.

(106) *Ibidem*: pp. 35 y ss.

las exigencias constitucionales como sentido del objeto derecho (107). Esta propuesta ha de tener por objetivo fundamental el de conocer críticamente, si se quiere valorativamente, el papel del derecho en la sociedad, asumiendo que este conocer está afectado por la posición participativa del observador con su peculiar comprensión de la sociedad. Si fuera posible sería deseable una teoría de la argumentación jurídica sociológica y hermeneútica.

III

En la discusión filosófico-jurídica actual está presente la posibilidad de utilizar un método distinto al analítico en la construcción de teorías del derecho. Este método, como ocurre en buena medida con la hermeneútica, llega a ser toda una teoría, o, mejor, filosofía: la teoría de sistemas. Esta teoría ha sido desenvuelta por varios autores en el campo de la sociología y especialmente, en su versión filosófica, por las propuestas de Niklas Luhmann a través de sus más recientes obras. Esta teoría —de los sistemas sociales— en su versión actual no está articulada: queda integrada por un conjunto de conceptos fundamentales que se están conectando entre sí por medio del estudio comparado de diversos sistemas sociales. Por ahora, fundamentalmente, es una propuesta metodológica (108). Al menos en este sentido se considera aquí: como un «modo» o «método» de aproximarse a la realidad acomodado a las necesidades de los objetos de las ciencias sociales. En ninguna forma se propone que el método sea «la» explicación de la sociedad.

Luhmann analizó la sociedad y más concretamente el derecho, desde esta perspectiva desde finales de los años sesenta. Sólo que el estudio sistémico del derecho en aquel momento estaba afectado por su visión exclusivamente positivista de la teoría de sistemas. Era una visión estática. La definición del derecho decía lo siguiente: el derecho es la «estructura de un sistema social que está referido a la generalización consecuente de las expectativas de un comportamiento normativo» (109). Esta definición tenía el interés de no ser exclusivamente normativa, como sucedía con las de Weber o Geiger que mencionábamos con anterioridad (*supra* I, 3), pero era una mera descripción, no estaba interesada por averiguar el sentido o las características de la comprensión de la sociedad que estaban tras la misma.

En la actualidad queda abierta otra posibilidad de considerar a

(107) Válido punto de referencia para estas exigencias en la actualidad son las consideraciones sobre el papel del Estado en la actualidad en la conferencia de Habermas ante las Cortes Españolas recogida en el volumen que lleva el nombre: HABERMAS, J.: *die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt, 1986. La conferencia es: HABERMAS, J.: *Die Krise des Wohlfahrtsstaates*, en *ibidem*: pp. 141-163.

(108) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, Frankfurt, 1987, p. 12.

(109) LUHMANN, N.: *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983, p. 105.

la teoría como un método a utilizar en la construcción de una teoría del derecho. Hoy ofrece más garantías en cuanto instrumento capaz de comprender la complejidad del derecho. La versión actual de la teoría de sistemas tiene en cuenta el papel de los sentimientos y la posición del observador en el conocimiento, tal y como propugna la hermenéutica (110).

Es una teoría de los «sistemas sociales»: el derecho, la moral, la construcción de una casa, el hombre... Construida como instrumento de observación que cuenta con determinadas características de la operación de conocer y de su repercusión en el conocimiento de todo tipo de objetos: textos legales, pero también comportamientos o sistemas legislativos, ordenamientos, etc. (111).

Para precisar las características de esta operación de conocer, Luhmann se ha servido de los conocimientos aportados por la neurobiología y la psicología en varios trabajos dirigidos por los científicos Maturana y Varela, cuya tesis fundamental es la del principio de la «autopoiesis» que, en palabras de Maturana, significa que «el proceso de conocimiento es apropiado para cada sistema vivo, y se desenvuelve de tal forma que se articula en su propia zona de interacción y no se fundamenta en el mundo exterior» (112). Esta operación de conocer está caracterizada, según las investigaciones citadas, por el auto («auto») hacer («poiesis»), autoconocer fabricando conocimientos a partir de los conocimientos anteriores del sujeto cognoscente. Es la operación que realizan los sistemas sociales en el momento de entrar en contacto con otros sistemas y hacerlos objeto de observación. Como ocurre con la hermenéutica el objeto es transfigurado por el conocimiento anterior del sujeto observador. La diferencia estriba en que el sujeto es una persona y el objeto un texto en la hermenéutica; la autopoiética en cambio indica que el sujeto es un sistema social y el objeto cualquier otro sistema social distinto al anterior. De esta forma si hasta ahora las propuestas hechas por la teoría de sistemas eran una descripción de la realidad separando a la misma del sujeto con la intención de que esa realidad fuera objeto de dominación por el conocimiento a efectos de hacerla sistematizable, la nueva versión introduce la novedad de que el sujeto hace partícipe a la realidad o al objeto de su propio conocimiento, lo que tiene cierta correlación

(110) Se critica por Luhmann el perspectivismo en LUHMANN, N.: *Die Lebenswelt nach Rücksprache mit Phänomenologen*, en «ARSP», 1986, pp. 176-194.

(111) LUHMANN: *Soziale Systeme cit.*, pp. 67 y ss. También expresa que el hombre puede ser considerado por sí mismo o por un observador como una unidad, pero en todo caso no puede considerarse como un sistema, dado que su complejidad no puede observarse de una vez en cuanto, que por él «corren» procesos físicos, químicos, etc., variados.

(112) MATURANA, H.: *Biologie der Kognition*, Paderborn, 1977, p. 78. Esta obra es una traducción de un artículo aparecido en el libro de GARVIN, P. L. ed.: *Cognition: A Multiple View*, New York, 1970.

con las afirmaciones de la hermeneútica al mismo tiempo que con las críticas al positivismo. La diferencia para con la hermeneútica radica en que ésta utilizaba reflexiones estéticas o filosóficas para la caracterización del acto de la observación, mientras que en el caso de la teoría de sistemas se recurre exclusivamente a los conocimientos científicos que sobre la «comprensión» o el «entender» han proporcionado determinados neurobiólogos a través de varios experimentos y determinadas filosofías.

Por medio de este principio, Luhmann profundiza su teoría de sistemas y habla de sistemas autorreferenciales. Con ello, si en la versión anterior de la teoría ésta describía la situación del sistema mostrando la diferencia existente entre el sistema y sus partes en cuanto que aquél era más que la totalidad de estas últimas debido al añadido externo que le suministraba la situación de poder jerárquico presente en el sistema, ahora la teoría no parte de esta convicción, sino de la de que el sistema es autónomo y lleva una vida independiente de la jerarquía: la que sus propias características, las de sus partes, le confieren. Estas características son las que pueden proyectarse hacia el medio ambiente a través de la observación, pero con características propias de los elementos del sistema (113). Con otras palabras, en la versión anterior el sistema reducía la complejidad del ambiente mediante la observación estructurada de éste. Ahora, en cambio, se entiende que el sistema es autorreferencial: no tiene que ver con el ambiente y se reproduce a sí mismo mediante sus elementos. Así el interés de la teoría ha pasado de la descripción de la realidad del sistema a la consideración de cómo se produce el conocimiento de la realidad por el sistema. En definitiva se interesa por el sentido del conocimiento.

A ello alude la afirmación inicial de este trabajo sobre la «autopoietica». La autopoietica sería la aplicación del estilo referido de conocer: la autopoiesis.

El fundamento científico en exclusiva de la teoría, al precisar metodológicamente las propuestas de la hermeneútica, regresa la discusión al del marco de los métodos científicos. Se pone un mayor énfasis en los denominados juicios sintéticos, y esto es de agradecer por la falta de teorías en las que se apoyaban los referidos juicios, pero con ello se excluye a la sociedad en general de la comunidad del conocimiento, limitada ésta a la denominada comunidad científica en general. Por tanto, por lo que hace a estos últimos fundamentos de la teoría cabe establecer serias dudas. Ahora bien: lo cierto es que la teoría de sistemas propone consistentemente la observación empírica de los diversos sistemas sociales en los que es posible descomponer a la sociedad actual (todavía no es una teoría de la sociedad) contando con que el punto de partida para esta explicación es la comunicación de unos y otros sistemas. Y, además, dentro de la comunicación,

(113) LUHMANN: *Soziale Systeme cit.*, p. 25.

la perspectiva desde la que se abordan las relaciones entre unos y otros sistemas sociales. El problema reside en la reducción de la realidad a sistemas sociales delimitados, precisos, concretos. Esto no se corresponde a la visión que de la misma se tiene: la separación entre elementos, partes, grupos y núcleos es dificultosa. Si pensamos en el derecho no es tan fácil hacer una distinción tajante entre, pensando en la aplicación, lo que le ofrece al juez la dogmática o los usos de su grupo de jueces o las preferencias personales. En todo caso, ello puede ser comprobado empíricamente, lo que no es poco dada la falta de una investigación sociológico-jurídica que vaya más allá del mero trabajo de campo.

Lo que ha hecho esta teoría es ampliar las posibilidades de la teoría de sistemas que quedaban limitadas en su primera versión. En la actualidad se cuenta con una teoría acerca del marco del conocimiento. Por ello, su campo de acción queda significativamente ampliado, resultando sus hipótesis aplicables a un buen número de situaciones que se producen en la realidad diaria. Por lo pronto, surte efecto en el estudio sobre el papel del Estado en la actualidad. También es una explicación convincente para la interpretación y aplicación del derecho, afectada por los múltiples elementos que interfieren en el conocimiento del derecho y en su aplicación. Es más sugerente que la hermenéutica en cuanto que obliga a considerar que el derecho no es sólo texto, sino comportamiento y especialmente sistema. Es complementaria a la hermenéutica: ésta se remite a la historia del aquí y del sujeto, historia descubierta a través de los métodos habituales; la autopoiética o la teoría de sistemas se ocupa del presente. Esto tiene que ver especialmente con las explicaciones de la hermenéutica sobre el proceso de interpretación de textos. Para la hermenéutica éste siempre sucede desde la propia historia del intérprete; desde la teoría de los sistemas sociales se explica la interpretación como fruto de comportamiento o actitudes de los agentes o actores de la aplicación del derecho: jueces, partes, testigos, peritos, etc., o de comportamientos o actitudes de los científicos del derecho ante la reflexión sobre el mismo (114). También cambia el enfoque, por ejemplo, de los problemas de legística o los de la comprobación de la eficacia o el cumplimiento de las leyes, una vez que éstos pueden observarse desde la perspectiva de que los ciudadanos se comportan no sólo con referencia al sistema social derecho, sino a la moral o a la religión, lo que ofrece un cambio de perspectiva a los investigadores. Ello también es relevante para la construcción de una teoría del derecho, una vez que al poder considerarse elementos no jurídicos e incluso no estatales, la teoría del derecho puede manifestar que la consideración del derecho como expectativa de comportamiento vinculada a la orga-

(114) Un ejemplo es DIAS, R. W. M.: *Autopoesis and the Judicial Process*, en «Rechtstheorie», 1980, pp. 257-282.

nización estatal cabe ser variada, una vez que según los datos manejados acaso no sea el hecho de la vinculación a la organización estatal el elemento diferenciador del derecho para con otros comportamientos.

En lo que hace a la aplicación del derecho existe algún caso de análisis de esta operación a través de la teoría de sistemas. Se ha ejemplificado las posibilidades del método al aplicarlo al proceso de interpretación y aplicación del mismo que sucede en un juzgado inglés. Esto da cuenta de las posibilidades de la aplicación de la teoría de sistemas al estudio del derecho y con ello, asimismo, a la construcción de una teoría jurídica.

La posibilidad de aplicar esta teoría al conocimiento del derecho, por otra parte, es amplia una vez que el derecho en los países occidentales está alcanzando —guste o no— un alto grado de racionalidad, no sólo por las reglas de organización y aplicación del mismo que están presentes en el mismo derecho positivo, sino por la articulación del derecho a través de las propuestas de la dogmática y la teoría del derecho, e incluso las propuestas de los tribunales constitucionales, tribunales integrados por profesores del derecho y que se ocupan a través de su doctrina de la interpretación de la Constitución por la sistematización del derecho (115). Recientemente, a lo mismo ha contribuido la misma sistematización teórica de los derechos fundamentales (116).

Por otra parte, la cualidad de la teoría de los sistemas sociales de tomar como su fundamento el principio de la autopoiesis, la teoría del conocimiento, ofrece la posibilidad de aunar en el estudio del derecho y, por tanto, en la confección de una teoría que lo analice, las aportaciones realizadas por la hermeneútica o las teorías sobre la argumentación desde posiciones estrictamente jurídicas. Estas metodologías y la primera coinciden en advertir que el conocimiento del derecho es una operación en la que se produce una implicación mutua entre, por ejemplo, acto jurídico o aplicación del derecho y disposición jurídica; lo mismo sucede entre dogmática y disposición, etc., etc., (117).

La consideración del derecho como un sistema social más, integrado por varios elementos o varios subsistemas, con posibilidad de interaccionar con otros sistemas sociales ofrece la ventaja de contar con una instrumentación que posibilita dar cuenta de fenómenos que se producen en la sociedad actual como los de las denominadas alternativas al derecho: hasta qué punto existen o no esas alternativas o sistemas sociales y cuáles son los sistemas sociales por medio de los cuales la sociedad resuelve sus conflictos.

(115) TEUBNER, G.: *Hyperzykeus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese*. En HAFERKAMP, H.; SCHID, H., eds.: *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, Frankfurt, 1987, pp. 98-128, 111.

(116) Me refiero a la realizada por Alexy (ALEXY: *Theorie der Grundrechte cit.*).

(117) Hay varios ejemplos en TEUBNER, o. c., p. 113.

El método auxilia también a la clarificación del Estado en el momento actual, cuando parece que no es la institución que todo lo rige tal y como se pensaba hasta hace pocos años al dotarle de capacidad de guía y planificación de la sociedad. En la actualidad se piensa que es una más de las instituciones que gobiernan a la sociedad, estando ésta caracterizada por el policentrismo al constituirse la arquitectura de las sociedades avanzadas no como una estructura predominantemente jerárquica, sino «heterárquica» (118).

De hecho, la prueba de su eficacia reside en que ya hay varios trabajos en los que utilizándose este método se llega a conclusiones de más o menos interés para la reflexión sobre el derecho. El problema está en que por ahora la teoría no está construida en los detalles que ofrezca la experimentación de la misma en el estudio de los diversos sistemas sociales a los que se está estudiando en este momento. Ello la hace de difícil accesibilidad, aunque comienzan a parecer explicaciones sobre la misma contando con aplicaciones.

La inequívoca definición de la teoría como teoría, es decir, como una explicación que ha de comprobarse críticamente, observando si sus resultados confluyen con los experimentados a través de otras observaciones o teorías, o si son o no revalidadas por la constatación empírica de sus afirmaciones, así como su virtualidad por el hecho de que está dispuesta a ser analizada desde la perspectiva de cuáles son sus orientaciones ideológicas y las consecuencias políticas de sus principios, la hace también de especial interés para el derecho, siempre y cuando los teóricos, filósofos del derecho o la dogmática no creen un nuevo dogma confiados en su científicidad.

La calidad de ser considerada como teoría significa que es compatible con otras teorías, incluso con teorías globales o totales que atiendan a las propuestas de la teoría analítica del derecho, la teoría de la argumentación, la hermenéutica y las comprobaciones sociológicas hechas desde otra perspectiva que la teoría de sistemas, o a las propuestas surgidas a través justamente de la aplicación de la teoría de sistemas. También la teoría de la acción comunicativa, que ha de ser el último punto de referencia para las anteriores al poder comparar por su medio la satisfacción de aquélla de las exigencias ideales del discurso práctico.

Desde una perspectiva más pragmática, esta teoría interesa a un jurista que esté atento al estudio del Estado y su actuación jurídica en la sociedad actual. A este jurista le es imprescindible contar mínimamente con los fundamentos de la teoría, una vez que ella está siendo uno de los instrumentos de actuación propuestos por los consejos de asesoramiento técnicos a instituciones o sistemas sociales, el Estado y otras instituciones como empresas privadas o asociaciones

(118) WILLKE, H.: *The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society*, en «ARSP», 72, 1986, pp. 455-467, p. 467.

de todo tipo, en la sociedad del presente y en la de los próximos años. Para ello no importa que las teorías sobre el conocimiento en las que se funda la teoría estén aceptadas o no, lo que importa es que la teoría de los sistemas sociales es una explicación que, como el propio Luhmann sostiene, garantiza la evolución de la sociedad en su complejidad actual apelando a la reproducción (119). Y ello va a tener repercusiones de tipo político en las sociedades avanzadas sobre cuya forma de gobierno actual no se conoce todo, ¿qué tipo de asesoramientos reciben los gobiernos?

Esto no impide el sostenimiento del otro método de razonamiento: la deducción, en su aplicación al derecho. Son precisas las técnicas analíticas: la depuración conceptual de los textos jurídicos o de las proposiciones normativas. La teoría de la argumentación jurídica es un buen elemento o punto de partida para la aplicación de la analítica y la empiria en el estudio y construcción del derecho. Siempre que se atienda a las propuestas de la teoría de la acción comunicativa, mejor que simplemente a las de la hermeneútica, en cuanto se preocupa por establecer o proponer el marco del proceso comunicativo ideal, en el que se cuenta con que todos los miembros de la sociedad han de participar del mismo

Por tanto, recapitulando, ¿es la autopoietica una hermeneútica renovada? No, es mucho más. Es la posible ampliación a través de métodos científicos, siempre que con ella no se violente las características plurales culturales de la sociedad, de la teoría del conocimiento en la que consisten la hermeneútica a otros campos de investigación mucho más amplios. Si la hermeneútica piensa en zonas de investigación, relacionadas con textos como objetos de observación, la autopoietica o teoría de los sistemas sociales piensa en zonas de investigación que tengan que ver con comportamientos y sistemas de todo tipo en los que los elementos de la misma no están referidos tan sólo a textos. Si la hermeneútica tiene que ver directamente con la literatura, la autopoietica tiene que ver con sociología, psicología, filosofía, derecho, política, ética, ciencias de la computación, cibernética, teoría de la ciencia, historia de la ciencia.

Para la autopoietica la observación no se produce de un forma irracional o aislada, sino desde las posiciones de la comunidad en la que está incorporado el sujeto observador o los sistemas sociales de referencia: dogmática y aplicación del derecho (120). En ello existe, no hay duda, el peligro del cienticismo. Pero pese a todo, la diferencia mayor entre autopoietica y hermeneútica estriba, y por ello no es la teoría de los sistemas sociales una mera renovación, en que

(119) LUHMANN: *Soziale Systeme cit.*, pp. 588-592, 48.

(120) Sobre estas posibilidades véase: KRAWIETZ, W.: *Recht und moderne systemtheorie*, en «Rechtstheorie», Beiheft 10, Berlin, 1986, pp. 281-309. Positiva y críticamente LADEUR (o. c., *supra*, nota 4).

esta última es un instrumento de analizar a la sociedad; a una sociedad como la actual o la propia de las sociedades industriales avanzadas. En este sentido critica, por ejemplo, a la filosofía presente en la teoría del derecho: esta teoría parte de una estructuración jerárquica de la sociedad, regida por una norma fundamental que la unifica en lo alto de la pirámide por medio de una construcción escalonada del ordenamiento. La hermeneútica en cambio es una filosofía que expresa aunque sea en forma latente una cierta fundamentación en principios creídos inmanentes a las cosas: la naturaleza de las cosas, el pasado, ideas fundamentales comunes, etc. No es una mera renovación: es otro punto de partida (121), ciertamente, con ventajas e inconvenientes.

IV

Como hemos visto hasta este momento es difícil establecer qué teoría del derecho válida para juristas cabe articular hoy. La respuesta más acertada puede ser tan sólo la más adecuada para el aquí y ahora: para la práctica del momento. Acaso, como hemos visto, no quepa articular ninguna: al menos con virtualidad general. Esto tiene que ver con la circunstancia de que si bien apenas quedan dudas sobre el objeto que la teoría ha de articular: el derecho como norma, como texto, y las actividades y actitudes de juristas y ciudadanos para con el derecho, el problema reside en que está aceptado el limitado alcance del conocimiento que cabe realizar sobre estos objetos, fundamentalmente porque está reconocido que este conocimiento está guiado por el interés del que lo lleva a cabo. Ahora bien, admitiendo, como se hace por lo general, que este conocimiento no está guiado exclusivamente por el interés personal del que lo efectúa, reconocida la existencia de comunidades que marcan las pautas para el mismo y que estas comunidades no pueden ser cerradas o científicas, sino que han de ser receptivas para el ambiente social o la sociedad en el que se producen, cabe efectuar algunas propuestas, procedimentales, para las diversas colectividades que se ocupan de conocer el derecho, teniendo en cuenta siempre los diversos métodos de razonamiento admitidos por nuestra cultura, los hábitos de actuación profesional de los juristas y los principios constitucionales.

Las recomendaciones que aquí se han hecho y que se resumen a continuación están dirigidas a determinados juristas: no a los juristas en general, sino a los filósofos del derecho y dogmáticos. Los profesionales del derecho en general son considerados los destinatarios últimos de la puesta en práctica por filósofos del derecho y dogmáticos de los métodos propuestos. Los prácticos han de contar con herra-

(121) ZACCARIA: *o. c.*, pp. 310 y ss.

mientas con las que ejercer la profesión: principios del ordenamiento, construcciones normativas, hábitos adecuados para actuar en un ambiente complejo —regido por reglas jurídicas pero también por otros instrumentos utilizados por instituciones no jurídicas (reglas estadísticas, económicas, médicas, biológicas...)—, sensibilidad para con las diferentes culturas existentes en la sociedad en la que trabajan, etc. Para ello se propone que la dogmática y la filosofía del derecho construyan sus propuestas atendiendo a los datos jurídicos y extrajurídicos de la realidad social, accedidos a través de los métodos de razonamiento, que no de conocimiento, «standard».

Hoy es conveniente que filósofos del derecho y dogmáticos sigan ilustrando sobre los caracteres de las actividades de los juristas y el papel del derecho en la sociedad actual. Han de realizar construcciones sobre los problemas (algunos: no es posible descubrir la totalidad) de los que se ocupa el ordenamiento jurídico atendiendo a su eco o eficacia social, respetando el marco de los principios constitucionales, y no tan sólo la depuración normativa, meramente analítica, de los textos jurídicos. Para realizar estas construcciones han de fundamentarse, siguiendo pautas usuales, en datos «ciertos» de esta realidad, suministrados por los expertos en el dominio de las técnicas empíricas. En ocasiones es preciso el trabajo interdisciplinar. En este cometido las propuestas metodológicas de la teoría de los sistemas sociales —no sus afirmaciones teóricas o filosóficas sobre la realidad— tienen eficacia: son un válido instrumento de conocimiento de esta realidad.

En virtud de la aplicación de estas propuestas cabrá construir recomendaciones concretas y efectivas sobre comportamientos profesionales deseables para los juristas, promoviendo el uso por los mismos de los razonamientos deductivo e inductivo en la interpretación y la aplicación del derecho, siempre dentro del marco que constituyen los principios y normas del Estado de Derecho recogidos en la Constitución y el resto del ordenamiento, fundamentalmente. Tras la puesta en práctica de estas actividades y, sobre todo, conocido el ámbito de la comunicación entre los juristas, llegará el momento de construir teorías analítico-sintéticas-democráticas.

Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA

San Sebastián

1. INTRODUCCION

1.1. Introducción

La completitud, junto a la coherencia, la independencia y la claridad semántico-sintáctica, se ha considerado una de las exigencias básicas del derecho en cuanto que éste debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad interna. Sin embargo, no son pocas las voces que nos advierten contra las distintas imperfecciones lógicas de los textos legales. Ningún jurista puede negar a estas alturas del análisis lógico de los textos jurídicos —señala Sánchez-Mazas— que las distintas imperfecciones lógicas de los repetidos textos, que los hacen, en mayor o menor medida, inciertos o ineficaces se hallan presentes en todos los Códigos del mundo y cada vez son detectadas con mayor precisión, incluso antes de la generalización de los ordenadores en esta esfera, mediante la aplicación sistemática de los poderosos recursos de análisis de la lógica formal moderna y los lenguajes jurídicos normalizados en función de las exigencias de rigor y de las leyes de aquella (1).

Las páginas que siguen tienen como objeto el análisis de algunas de las cuestiones que presenta la problemática de la incompletitud de los ordenamientos jurídicos. En primer lugar trataremos de exponer, a la vez que someter a crítica, las teorías que han sido soporte de la tesis según la cual el derecho es un orden completo, para lo cual tomaremos en consideración no sólo las teorías que podíamos denominar clásicas (del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva), sino también otras dos: una de base lógica y otra que toma como fundamento la prohibición (contenida en los ordenamien-

(1) SÁNCHEZ-MAZAS, M., 1984, p. 66.

tos jurídicos) de denegación de justicia. En un segundo momento examinaremos dos tipos de lagunas: las normativas y las técnicas, a fin de mostrar el distinto carácter que la problemática de las lagunas adquiere en cada uno de ellos.

1.2. Ambigüedad del término laguna

El término laguna referido al terreno jurídico sugiere la idea de ausencia o falta de previsión normativa. Ahora bien, la reiterada utilización de dicho vocablo en la literatura jurídica hace que el mismo albergue una diversidad de significados difícilmente reconducibles a un denominador común más allá del mencionado. Es por esto que consideramos necesario comenzar la cuestión que nos ocupa con unas distinciones conceptuales, a la vez que indicando que el problema de la definición constituye una base necesaria, aunque no suficiente, para una posible respuesta a la pregunta relativa a la existencia de tales o cuales lagunas en tal o cual sistema normativo (2).

Vamos a prescindir aquí de los múltiples criterios clasificatorios con los que la doctrina ha intentado agrupar los distintos tipos de laguna (3), limitándonos a señalar los principales sentidos que el término laguna adopta en el terreno jurídico y que podemos cifrar en los siguientes: laguna del derecho y de la ley, laguna axiológica, laguna técnica y laguna normativa (4).

1.2.1. La doctrina recurre frecuentemente al concepto de «laguna del derecho» por contraposición a «laguna de la ley», y lo hace más que por razones conceptuales para justificar el aserto según el cual el derecho carece de lagunas, pero la ley puede tenerlas. Así, mientras que las lagunas de la ley van referidas a la falta de una norma legislativa o consuetudinaria, la expresión laguna del derecho aparece como una *contradictio in terminis*, pues el término derecho significa ordenamiento jurídico y denota aquel complejo de reglas a las que el juez puede (o debe) recurrir para decidir una determinada controversia (5).

(2) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 169.

(3) Diferentes clasificaciones pueden verse en FOURIERS, P., 1968, pp. 23-25; HUBERLANT, Ch., 1968, pp. 40-41; KLUG, U., 1968, pp. 85-89; LOMBARDI, L., 1981, pp. 31-36; CONTE, A. G., 1962, pp. 40-50, y 1968, pp. 67-73; BOBBIO, N., 1960, pp. 162-165, y 1965, p. 421.

(4) Excluimos del concepto de laguna las que Lombardi denomina lagunas intrasistemáticas que se refieren a todo tipo de indeterminación, ya de procedencia lingüística (derivada de la imprecisión del lenguaje legislativo) ya proveniente de una contradicción normativa o por una ausencia de norma aplicable; cfr. LOMBARDI, L., 1981, p. 32.

Tampoco tomamos en consideración las denominadas lagunas lógicas o de conflicto, términos con los que Conte y Klug se refieren respectivamente a la existencia de normas incompatibles o antinómicas. CONTE, A. G., 1962, p. 44, y KLUG, U., 1968, p. 89.

(5) BOBBIO, N., 1965, p. 419.

De esta forma, no son pocos los autores que sostienen que mientras la ley aislada puede tener lagunas el derecho no, puesto que —afirman— siempre deberá encontrarse una decisión y como esta procede directamente del derecho y éste debe existir en alguna parte, no hay entonces por qué hablar de lagunas (6).

1.2.2. Se denomina laguna técnica a la situación que se produce cuando el legislador establece una norma general sin regular su expresión directa a través del desarrollo legislativo. Conte la define como «ausencia de una norma cuya validez es la condición de eficacia de otra» (7). Este tipo de laguna coincide en buena medida con lo que la doctrina jurídica denominó lagunas *intra legem* (8).

Como caso particular de laguna técnica pueden señalarse las lagunas por remisión que tienen lugar cuando la regulación de una materia o de un aspecto de la misma se remite a otro sector del ordenamiento y en éste no se establece nada al respecto (9).

1.2.3. El concepto de laguna normativa ha sido desarrollado por los argentinos Alchourrón y Bulygin. Por el momento nos limitaremos a señalar que el concepto de laguna normativa se define en función del de completitud normativa; éste es un concepto relacional definido a su vez en términos de tres elementos: universo de casos, universo de soluciones maximales y sistema normativo (10). Este concepto (aunque no totalmente equivalente) es similar a lo que Conte denomina laguna crítica (11).

1.2.4. Se denomina laguna axiológica a la situación que surge cuando existe una norma aplicable, pero la solución que de la misma se desprende se considera injusta (12). En ocasiones se emplea esta

(6) Cfr. ZITELMANN, E., 1922, p. 544. Cfr. también LEGAZ LACAMBRA, L., 1979, p. 507. Puede verse críticas a esta distinción en COSSIO, C., 1947, pp. 45-48, y KELSEN, H., 1981, pp. 138-145.

(7) CONTE, A. G., 1962, p. 43.

(8) Sobre este tipo de lagunas, cfr. PERELMAN, Ch., 1979, p. 69; BOBBIO, N., 1960, p. 165; KLUG, U., 1968, p. 89, y CANARIS, C. N., 1968, p. 168.

(9) Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L., 1975, pp. 75-77.

(10) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, pp. 37-38, 48-49 y 58.

(11) CONTE, A. G., 1968, p. 172.

A las lagunas diacríticas se refería ya Solmò bajo la denominación de lagunas absolutas, definiéndolas como aquellas situaciones en que las reglas jurídicas vigentes no hacen posible de ninguna manera la solución legítima de la cuestión y no se dispone de un tribunal que pueda llenar la laguna. SOLMO, P.: *Juristische Grundlehre*, 1917, pp. 370 y ss., y *Die Anwendung des Rechts*, en «Grünhuts Zeitschrift», XXXVIII, 1911, pp. 55 y ss., cit. por MOOR, G., 1941, p. 323. CONTE, A. G., 1962, p. 37; Aquí denomina a este tipo de laguna laguna ontológica. Sin embargo, pocos años más tarde, en 1968 p. 71, considera la expresión «lagunas ontológicas» como género dentro del que distingue las dos especies antes señaladas: lagunas críticas y lagunas diacríticas, correspondiendo las primeras a las lagunas ontológicas.

(12) Cfr. KLUG, U., 1968, pp. 86-87; BOBBIO, N., 1960, p. 158; HUBERLANT, Ch., 1968, p. 41. Sobre la diferencia entre lagunas axiológicas y normativas y, en particular,

expresión en un sentido estricto restringiendo la misma a aquellos casos en los que la solución resulta inadecuada porque el legislador no ha tenido en cuenta una propiedad que de haberla considerado le hubiera llevado a establecer una solución diferente (13). A este tipo de laguna se refiere Moor cuando dice que el concepto habitual de laguna jurídica significa no la falta de una regla jurídica sino la idoneidad del derecho vigente, tanto que se suele hablar de lagunas jurídicas no sólo cuando el derecho no regula alguna cuestión que hubiera debido regular según un recto criterio de política jurídica, sino también cuando, si bien regula la cuestión, no lo hace como hubiera debido (14).

Puesta así de manifiesto la multivocidad del término en cuestión, nosotros nos limitaremos al análisis de dos tipos de lagunas: las normativas y las técnicas.

2. TEORIAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LAGUNAS

En este apartado expondremos las teorías que, ya desde la perspectiva iusfilosófica, ya desde la lógica, han intentado fundamentar la completitud de los ordenamientos jurídicos.

Más allá de las críticas que, a lo largo del siglo XIX, diversas escuelas jurídicas dirigieron al dogma de la completitud del ordenamiento jurídico, la (denominada) ciencia jurídica de orientación positivista trató de dar una respuesta afirmando que la completitud, más que un ideal, era un requisito inherente a todo ordenamiento jurídico. A este fin se erigieron dos construcciones teóricas: la del «espacio jurídico vacío» y la de «la norma general exclusiva». La primera fue elaborada por Berbohm y acogida más tarde en Italia por Romano. La completitud basada en la norma general exclusiva fue expuesta por primera vez por Zitelmann y acogida, con alguna variación, por Donati.

Desde otro punto de vista, hay quienes han derivado la completitud normativa de una obligación presente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos como es la que impone a los jueces resolver todos los casos que se les presenten. Por último, se ha intentado también dar un fundamento lógico a la tesis de la completitud de los sistemas jurídicos.

En las páginas que siguen expondremos cada una de las teorías señaladas sometiéndolas después a algunas consideraciones críticas.

sobre la confusión de ambas en buena parte de la doctrina alemana cfr. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 169.

(13) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 158.

(14) MOOR, G., 1941, p. 323. ENGLISH, K., 1970 denomina a estas lagunas de política legislativa, críticas o impropias; se trata de supuestos —dice— de una laguna desde el punto de vista del derecho mejor (de *lege ferenda*), pero no de una laguna verdadera y propia, es decir, de una laguna en el derecho positivo (de *lege data*), p. 225.

2.1. Teoría del espacio jurídico vacío

La fundamentación de la completitud normativa a través de la teoría del espacio jurídico vacío la llevó a cabo por primera vez Bergbohm en la obra *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Según la tesis mantenida por el autor el ámbito de la actividad humana está dividido en dos esferas: el vinculado por normas jurídicas (espacio jurídico pleno), y aquél en el que el hombre es libre (espacio jurídico vacío); estableciéndose así una tajante dicotomía entre vínculo jurídico y absoluta libertad. De esta manera, ante un determinado caso o supuesto de hecho, o es jurídicamente relevante y entonces está regulado por el derecho o, en caso contrario, hay que resolver que es irrelevante jurídicamente. Queda excluido que un caso sea jurídico y, sin embargo, no esté regulado por el derecho. No hay zona intermedia entre el espacio jurídico pleno y el espacio jurídico vacío que dé cabida a lagunas jurídicas (15).

Romano, acogiendo en lo esencial la teoría de Bergbohm, llevará a cabo un análisis más desarrollado del problema. El autor italiano parte de que el derecho de un Estado no contempla todas las relaciones o hechos que tienen lugar en el ámbito de aquél, sino únicamente aquellas que ofrecen interés para el Estado y para los fines que éste persigue. Ello significa que «existen materias que no caen dentro del ámbito del Estado porque éste se desinteresa de ellas, de tal forma que no hay motivo para tenerlas en cuenta...» (16). Siendo esto así, las materias que quedan fuera del ordenamiento jurídico han de ser consideradas jurídicamente irrelevantes, y forman un campo en el que no se reconocen ni derechos ni obligaciones, de tal manera que «es inadmisibles querer ver un auténtico derecho de libertad en todas las facultades de hacer o de no hacer que puedan derivar del hecho de que un ordenamiento jurídico no imponga o prohíba determinadas actividades» (17).

Más tarde Romano afrontará el problema desde dos puntos de vista: normativo e institucional. Desde el primero afirma que el ordenamiento jurídico en sí mismo no es ni completo ni incompleto, sino que regula algunas materias y deja otras sin regular; estas últimas son jurídicamente irrelevantes. Puede decirse —afirma— que el ordenamiento en cuestión es limitado (en cuanto que acoge como objeto de su regulación un número determinado de materias), pero no que tenga lagunas (18). Las acciones comprendidas en el espacio vacío de derecho no están prohibidas ni impuestas, ni están permitidas, sino

(15) BERGBOHM, K., 1892, pp. 371 y ss.

(16) ROMANO, S., 1963, p. 315. El autor aborda por primera vez el problema de las lagunas en, 1969 b, en el que trata el tema de la instauración de un ordenamiento constitucional, y contempla como una de sus hipótesis una instauración de hecho indiferente al derecho.

(17) ROMANO, S., 1963, p. 317.

(18) ROMANO, S., 1969 c, pp. 174-175.

que pertenecen al espacio vacío de derecho, «al campo de libertad no jurídica, sino de hecho» (19).

Esta es una reformulación de la doctrina del *rechtsleerer Raum* elaborada por Bergbohm a la que Romano hace referencia expresa. No obstante, modifica parcialmente sus primeras impresiones al sostener que de la afirmación de que existe libertad de hecho deriva lógicamente la consecuencia de que no puede admitirse un único derecho de libertad que comprenda todas las acciones no impuestas o no prohibidas por el ordenamiento jurídico: hay, por el contrario —dice— tantos derechos de libertad cuantas acciones son positivamente consideradas por éste como lícitas, es decir, permitidas (20).

La originalidad de Romano al abordar este tema reside en tratamiento del mismo desde la perspectiva institucional, bajo la cual acepta la posibilidad de lagunas (que, puntualiza, no serán normativas sino institucionales). Afirma que, desde este punto de vista y puesto que el ordenamiento del Estado se compone de partes dependientes unas de otras, pueden darse casos en los que una de ellas decaiga, de manera que el ordenamiento queda mutilado. Esto sucede, por ejemplo, cuando en un Estado monárquico se extingue la dinastía reinante, mientras que no se prevé otra manera de dar un titular a la Corona o no se sustituye a ésta por otra institución que cambie la forma de gobierno. La incompletitud en este supuesto no es por falta de norma (21), sino porque el ordenamiento ha quedado privado de una de sus partes integrantes que le es jurídicamente necesaria. Romano concluye así afirmando la posibilidad de lagunas institucionales (nunca normativas) y restringidas al terreno del derecho constitucional.

De esta forma, si contemplado el problema desde una perspectiva tradicional, en el que el universo del discurso es el sistema normativo, Romano niega la existencia de lagunas; abordado en clave institucional admite la eventualidad de su existencia. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en este segundo aspecto la admisión lo es con referencia al sistema político, y sólo metafóricamente habla de «laguna», pues lo hace para designar situaciones de crisis política. El vocablo en cuestión le sirve a Romano para representar la irrupción, en la vida del ordenamiento político, de los puros hechos (*nudi fatti*), de revoluciones políticas, hasta la sustitución del sistema político vigente (22).

(19) ROMANO, S., 1969 c, p. 178.

(20) ROMANO, S., 1969 c, p. 178, nota 7.

(21) Si falta la norma «ello querrá decir sólo que estamos ante una materia que queda excluida de ella, que las acciones que cualquiera podrá realizar para instaurar una nueva dinastía, para llegar a un régimen republicano, para establecer, en una palabra, cualquier gobierno no deberán considerarse ni injustas, ni prohibidas, ni permitidas, sino jurídicamente indiferentes, en otros términos, se tendrá una instauración de hecho, no jurídica, de un nuevo ordenamiento constitucional». ROMANO, S., 1969 c, p. 183.

(22) Cfr. GUASTINI, R., 1976, pp. 568-569.

2.2. Teoría de la norma general exclusiva

La inexistencia de lagunas en el derecho a través de la tesis de la norma general exclusiva fue teorizada primero por Zitelmann y posteriormente por Donati y Brunetti (23).

Estos autores basan su razonamiento en la existencia de una norma general exclusiva a tenor de la cual, una norma que regula un comportamiento no sólo limita la reglamentación, y por tanto las consecuencias jurídicas que de ésta se derivan, al comportamiento en cuestión, sino que, al mismo tiempo, excluye de aquella reglamentación todos los demás. Todos los comportamientos no comprendidos en la norma particular son regulados por la norma general exclusiva.

No obstante ser ésta la orientación común, hay algunas diferencias entre los desarrollos teóricos que de la misma realizan los diferentes autores.

Para Zitelmann existe en el ordenamiento una «regla general fundamental negativa», según la cual «son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario» (24). Concibe así el ordenamiento jurídico como algo constituido por esa regla negativa a la que hacen excepción las otras reglas del mismo.

Zitelmann toma como punto de partida el hecho de que no se producen efectos jurídicos cuando no se establecen expresamente, en especial por lo que se refiere a la obligación de indemnizar o a la acción punitiva. Es decir, para que existan efectos jurídicos hace falta una regla jurídica que los establezca, mientras que para impedir tales efectos no hace falta regla alguna. Aunque no se diga que existe un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario, sin embargo ello está implícito en el orden jurídico. Esto le lleva a afirmar que en el fondo de todas las reglas de derecho especiales que sancionan un acto con la pena, con un deber de indemnización o con cualquier otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual «con excepción de los casos especiales aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en ese sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa» (25).

Según esta tesis, al cualificar una norma particular un comportamiento de una determinada manera (obligatorio, prohibido, etc.) implícitamente excluye de aquella cualificación todos los demás comportamientos no previstos por la norma misma. De esta manera, no puede

(23) Sostienen también esta teoría Kelsen, H., 1981, y Conte, A. G., 1962.

(24) Zitelmann, E., 1922, p. 554.

(25) Zitelmann, E., 1922, pp. 554-555.

haber comportamientos no previstos por normas, ya que todos los no específicamente regulados estarán comprendidos en la hipótesis de la norma general exclusiva. En otras palabras: todo lo que no es obligatorio o prohibido es lícito.

Empero, la teorización de Zitelmann de la norma general exclusiva no estaba dirigida a negar la existencia de lagunas. Y así, el mismo autor, después de haber excluido del concepto de laguna (denominándolas lagunas impropias) las que la mayoría de autores consideran tales, admite la existencia de lagunas en sentido propio. Estas se producen allí donde existen normas positivas que regulan determinadas situaciones de forma incompleta. En tal caso, no se puede decir que tales situaciones sean irrelevantes (ya que existen normas que se refieren a ellas) y tampoco puede afirmarse que estén (totalmente) reguladas por el derecho, puesto que las normas que le conciernen están destinadas a quedar inoperantes en cuanto incompletas (26).

Donati, por su parte, realiza en *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, una de las más completas formulaciones del dogma de la completitud del ordenamiento jurídico. Según este autor, del complejo de las disposiciones particulares que prevén determinados casos y establecen para ellos la existencia de determinadas limitaciones se deriva una norma general de este contenido: «en todos los demás casos no hay ninguna limitación». El complejo de las disposiciones legislativas (particulares) representa un conjunto de declaraciones de voluntad no sólo *limitadas* a los casos considerados, sino también *exclusivas* para los casos mismos y, por tanto, contiene implícitamente la declaración de voluntad de que no haya ninguna limitación en todos los demás casos (27).

Así, configura el ordenamiento jurídico como una totalidad orgánica compuesta de: a) una serie finita de «normas particulares inclusivas»; b) una serie de normas suplementarias a las precedentes (como el artículo 1 del Código civil suizo o el 3 del italiano de 1865) (28), y c) una norma general exclusiva, excluyente de cualquier limitación a la esfera de libertad personal, además de las limitaciones-obligaciones expresamente establecidas. La norma general exclusiva es tal que llena completamente las lagunas dejadas por aquella otra norma, exclu-

(26) CORSALE, M., 1958, pp. 260 y 262.

(27) DONATI, D., 1910, pp. 35-36.

(28) Artículo 1 del Código civil suizo: «1. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. 2. Au défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. 3. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence». Artículo 3 del Código civil italiano de 1865: «Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; ove il caso rimenga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali del diritto».

yendo así que en el ordenamiento jurídico pueda existir una laguna, es decir, un caso que no caiga bajo alguna norma de derecho (29).

Donati arguye la existencia («necesariad») de la norma general exclusiva. Negarla significaría —dice— «desconocer el fin de la ley, es decir, que la ley puede tener un valor de sanción y de intimidación sólo cuando los efectos que imputa a determinados actos y hechos estén excluidos respecto de todos los demás hechos y actos que no sean los considerados» (30). Así, se pronuncia en contra de una norma puramente negativa como norma de clausura del ordenamiento; «Nosotros afirmamos que una norma puramente negativa no puede tener el valor constitutivo de la norma complementaria que clausura un determinado ordenamiento jurídico. Una norma puramente negativa no es realmente norma jurídica, sino simplemente la exclusión de normas jurídicas» (31).

Brunetti ofrece asimismo una cobertura teórica a la tesis de la norma general exclusiva. El autor distingue en un primer momento entre: a) el problema de la completitud del «ordenamiento jurídico» (entendido como derecho en sentido objetivo), y b) el problema de la completitud del «ordenamiento legislativo» (como conjunto de las fuentes no tácitas del ordenamiento legislativo). Respecto del primero sostiene que puesto que el problema de la completitud es un «concepto de relación» el ordenamiento considerado en sí mismo no es ni completo ni incompleto; únicamente puede hablarse de lagunas en el sentido de laguna ideológica, es decir, de ausencia de un derecho ideal. Por el contrario, bien puede suceder que la ley no sea una «manifestación técnicamente perfecta de la voluntad del Estado» (32); y así puede verificarse la hipótesis de que una *fattispecie* no esté regulada por el derecho. Ahora bien, esto no es una laguna.

Será más tarde cuando Brunetti haga suya la teoría de la norma general exclusiva, sosteniendo que a fin de que fuera concebible una laguna en el ordenamiento jurídico sería necesario conceder que la pregunta acerca de si un determinado hecho es debido o no debido pudiera no encontrar, sobre la base del ordenamiento mismo, una respuesta jurídica; haría falta admitir que la respuesta pudiera consistir en un juicio, ni positivo ni negativo, acerca de la licitud o de la obligatoriedad. Aquel hecho debería ser, frente al ordenamiento jurídico, ni debido ni no debido: pero ello es lógicamente imposible por el principio del tercero excluido (33). Pues bien, a través de esta argumentación Brunetti está sugiriendo al juez la aplicación del argu-

(29) DONATI, D., 1910, p. 37.

(30) DONATI, D., 1910, p. 36. Cfr. GUASTINI, R., 1976, pp. 515-542.

(31) DONATI, D., 1910, p. 38.

(32) BRUNETTI, G., 1920 a, pp. 6-12.

(33) BRUNETTI, G., 1920 b, pp. 34-35. Del mismo autor puede verse, 1920 c, 1920 d y 1926, pp. 291-292. Se trata de una polémica que el autor mantiene con Miceli, cuyas opiniones las expone en MICELI, V., 1926 a, pp. 123-125, y 1926 b, pp. 426-427.

mento *a contrario*, es decir, considerar permitidos todos aquellos comportamientos que no sean ni permitidos ni obligatorios.

Si bien, los desarrollos teóricos de estos tres autores se engloban bajo la denominación de teoría de la norma general exclusiva, existen algunas diferencias entre ellos.

Así, Zitelmann sostiene que frente a los hechos que pueden producirse en el mundo real el ordenamiento jurídico se divide en dos zonas: la regulada por el derecho y la no regulada. Esta última es extraña al ordenamiento, el cual, frente a una multiplicidad de hechos posibles atribuye relevancia jurídica sólo a algunos. Respecto de estos existe una norma puramente negativa indicadora de la voluntad del legislador de no constituir obligaciones fuera de los casos cubiertos por normas particulares expresas, es decir, de negar que existan otras obligaciones más allá de las determinadas por las normas mismas. Se trata únicamente de un principio explicativo.

Por el contrario, para Donati toda norma jurídica es un mandato del cual derivan derechos y obligaciones, de manera que la norma general exclusiva no es una norma excluyente de obligaciones, sino constitutiva de: a) un deber general de abstenerse de cualquier acción que pueda comportar a otros una limitación no prevista por las normas particulares, y b) un derecho general de libertad sobre cualquier limitación no expresamente prevista por las normas particulares. La norma general exclusiva es vista por Donati como constitutiva no de una zona vacía de relaciones jurídicas, sino de una relación jurídica (derecho y deber correlativos) definida (34). A diferencia de Zitelmann, para Donati la norma que cierra el ordenamiento no es un simple postulado, sino una norma positiva a la que se llega mediante una inferencia deductiva partiendo del conjunto de normas formuladas en el ordenamiento positivo, el examen de las cuales permite inferir esa otra norma implícita, pero no por eso menos positiva (35).

Para concluir indicaremos los términos que separan a las dos teorías (de la «norma general exclusiva» y del «espacio jurídico vacío») sobre las que se erige la tesis de la completitud del ordenamiento jurídico. Los términos de la divergencia pueden formularse como sigue: para la doctrina del espacio jurídico vacío lo incualificado por una norma jurídica es irrelevante, es decir, existe una libertad de *facto*, el sujeto es libre *del derecho*, mientras que para la tesis de la norma general exclusiva lo incualificado es indiferente, la libertad es aquí libertad de *iure*, libertad en el derecho. Mientras que para la primera se establece una equivalencia entre no regulado e irrelevante,

(34) DONATI, D., 1910, p. 43. Sobre las posiciones de Romano, Zitelmann y Donati puede verse el artículo de PARESCHE, E., 1934, pp. 352-359.

(35) Un comentario sobre las posiciones de estos dos autores la realiza COSSIO, C., 1947, pp. 29-37.

para la segunda los términos de la igualdad son no regulado y jurídicamente permitido (36).

Así, por ejemplo, para Donati la libertad es una cualidad del derecho subjetivo y por tanto se trata de una libertad jurídicamente protegida. La zona de libertad debe ser considerada como jurídicamente regulada, y la norma general exclusiva responde perfectamente a ese fin. Por el contrario, para la teoría amparada por Bergbohm esa esfera de libertad es una zona de comportamientos jurídicamente incualificados (puesto que el derecho, en cuanto conjunto finito de normas, no se extiende a ellos); se trata de acciones jurídicamente irrelevantes para el derecho. La contraposición entre las dos teorías la expone el mismo Donati cuando dice que las acciones que constituyen la esfera de libertad no son ya (jurídicamente) irrelevantes, sino (jurídicamente) permitidas; (ellas) están, como tales, «reguladas por el ordenamiento jurídico», y a ellas corresponden los derechos de libertad que tienen por objeto la «abstención ajena de cualquier acto, que las acciones mismas puedan impedir, fundamento de este deber de abstención general es la norma general» (37).

2.3. Teoría basada en la obligación de juzgar

No faltan autores que derivan la completitud del ordenamiento jurídico de la obligación de juzgar que la mayoría de legislaciones imponen a los jueces. De esta forma, de enunciados como el del artículo 2,7 del Código civil («Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido») y similares (38) deducen que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento completo.

Se sostiene que la disposición que obliga al juez a resolver incluso en caso de silencio u oscuridad de la ley implica que todas las disposiciones del sistema de derecho son inteligibles y que «el sistema es completo, si no de manera inmediata, por lo menos después de la intervención del juez» (39).

El argumento de quienes esto sostienen puede brevemente formularse como sigue: el juez debe siempre juzgar, es decir, debe admitir o rechazar la demanda. Si el demandado está obligado a comportarse en la forma pretendida por el actor, el juez debe condenar; en caso contrario, no debe condenar. Y como debe condenar o rechazar se

(36) Cfr. CONTE, A. G., 1962, p. 89.

(37) DONATI, D., 1910, pp. 92-94.

(38) Imponen también la obligación de juzgar artículos como el 1.2 del Código civil suizo ya citado, y el 4 del Código civil francés: «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de deni de justice». Cfr. HUBERLANT, Ch., 1968, pp. 51-56.

(39) HUBERLANT, Ch., 1968, p. 50.

infiere que si no debe condenar debe rechazar la demanda. Por lo tanto el juez debe hacer esto último en todos aquellos casos en los que no tenga obligación de condenar (40).

Hay quienes van más allá y sostienen la necesidad de juzgar (y consiguiente completitud) con carácter apriorístico. Así para Cossio, que el juez deba juzgar siempre es una evidencia eidética que aunque (normalmente) se verifica en los hechos, no es una verdad de hecho, sino una verdad de razón; es decir, el juez debe juzgar siempre porque es juez, porque esa es su ontología y no por ninguna otra causa (por ejemplo, porque tal obligación le hubiera sido impuesta por el legislador). De esta forma, para Cossio es un pensamiento contradictorio suponer que el juez no debe juzgar y que sigue siendo juez, porque ser juez consiste en deber juzgar. Desde este punto de vista, son superfluas las normas que establecen la obligatoriedad de juzgar y, por tanto, deberían suprimirse del texto de la ley porque sólo expresan una necesidad lógica; «no se trata de una norma contingente, sino de una norma necesaria del orden jurídico constitutivo de este mismo» (41); pues incluso si una ley dijera que «los jueces se abstendrán de juzgar ante el silencio oscuridad o insuficiencia de las leyes», es claro —dice— que al rechazar la demanda por una de estas causas, ya se ha juzgado declarándose que el demandado está dentro de lo lícito jurídico (42).

Por otro lado, y sin negar la existencia de lagunas en el derecho, Conte atenúa la importancia de las mismas aduciendo la posibilidad de recurrir, en el momento de la decisión judicial, al argumento *a contrario*. Parte el filósofo italiano de la distinción entre *complétude* (que tiene lugar si las normas adscriben un status deóntico a todo comportamiento) y *cloûture* (que se da cuando es posible la decisión judicial), y la correspondiente separación entre lagunas críticas (no *complétude*) y lagunas diacríticas (no *cloûture*). Pues bien, para Conte, no hay posibilidad de lagunas diacríticas, sí, en cambio, de lagunas críticas. La existencia de estas últimas —argumenta— es una cuestión contingente que depende de cada orden normativo, de manera que las teorías que niegan la existencia de lagunas son válidas de forma contingente, como es el caso de la existencia de una norma general exclusiva, pero hay que admitir, «que un ordenamiento completado por una norma general exclusiva es un caso límite, y que los ordenamientos normativos presentan por lo general lagunas críticas» (43). Frente a esto, todo orden normativo (sea o no completo) es cerrado, es decir, está desprovisto de lagunas diacríticas, y ello porque siempre es posible una decisión. La clausura del orden norma-

(40) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 216.

(41) COSSIO, C., 1947, p. 154. Cfr. MACHADO, A. L., 1970, pp. 205-224.

(42) COSSIO, C., 1947, p. 156.

(43) CONTE, A. G., 1968, p. 74.

tivo subsiste necesariamente —dice— porque en caso de incompletitud (lagunas críticas) es siempre posible emplear el argumento *a contrario*, argumento que basa Conte en la posibilidad que tiene el juez, en caso de ausencia de una norma, de recurrir a premisas derivadas de la totalidad de las normas legislativas (44).

2.4. Versión lógica de la tesis de la completitud normativa

La idea de la inexistencia de lagunas jurídicas ha encontrado también apoyo en la lógica deóntica, desde la que, sin embargo, se ha llegado a soluciones contrapuestas. La apoyatura lógica de la completitud normativa la realiza el lógico von Wright a través de la tesis de la interdefinibilidad de los operadores prohibido y permitido.

Von Wright, sostiene que la completitud es una verdad necesaria de todo sistema normativo, verdad que se sustenta en la interdefinibilidad de los operadores permitido y prohibido con la ayuda de la negación. Sostiene que un sistema normativo es cerrado cuando toda acción está deónticamente determinada en él. Un sistema que no es cerrado se denominará abierto. Una acción es deónticamente determinada en un sistema cuando ella es permitida o es prohibida en dicho sistema (45). Von Wright define la clausura de los sistemas normativos como sigue: «Todo sistema de normas S es *cerrado* cuando para todo valor de las variables resulta verdadero que o bien una norma dice que P (p/q), o bien una norma dice que O (p/q) pertenece a ese sistema (46).

El lógico finés llega a la conclusión de que todos los sistemas normativos son cerrados por medio de la formulación del Principio de Prohibición (Todo está permitido o prohibido) como verdad necesaria. Según este principio si todo acto está normado (como permitido o prohibido) todo sistema será cerrado, es decir, carente de lagunas. Siendo permitido y prohibido caracteres deónticos interdefinibles (es decir, si «permitido» significa lo mismo que «no prohibido» y «prohibido» significa «no permitido») entonces el Principio de Prohibición, en tanto que principio analítico, expresa una verdad necesaria. De esta manera resulta que si se acepta que dichos caracteres deónticos son interdefinibles con la ayuda de la negación todo sistema normativo será trivialmente cerrado, pues todas las conductas son deónticamente caracterizadas por todo sistema normativo (47).

Sin embargo, von Wright no considerará satisfactorio este resultado y más adelante admitirá la posibilidad de sistemas normativos abiertos.

(44) CONTE, A. G., 1968, principalmente pp. 76 y 81.

(45) WRIGHT, G. H. von, 1968, p. 85.

(46) WRIGHT, G. H. von, 1968, p. 83.

(47) WRIGHT, G. H. von, 1968, p. 85.

2.5. Comentario y crítica de las teorías anteriores

Respecto de las dos primeras teorías, conviene comenzar señalando que, independientemente de las críticas a que pueden verse sometidas, es la doctrina de la norma general exclusiva la única que conduce a negar de forma absoluta la existencia de lagunas en el derecho, excluyendo la existencia de comportamientos no regulados por el mismo. A su lado, la teoría del espacio jurídico vacío si bien niega con carácter general la existencia de lagunas, reconoce la virtualidad de comportamientos no regulados por el derecho.

En contra de la teoría del espacio vacío de derecho se ha dirigido la siguiente objeción. Se sostiene que la afirmación de la existencia del espacio jurídico vacío supone la identificación de lo jurídico con lo obligatorio; que implica que lo no obligatorio se convierte o se identifica con lo jurídicamente irrelevante. Pues bien, dicha tesis supone excluir «permitido» de las modalidades jurídicas. En realidad, dice Bobbio, haría falta diferenciar dos esferas del permitido o de la libertad, una jurídicamente relevante y otra irrelevante. Habría que distinguir entre libertad protegida (aquella que está garantizada por medio de la coerción jurídica contra eventuales impedimentos por parte de terceros o del Estado) y libertad no protegida, equivalente a licitud del uso de la fuerza privada. Pero si nuestros ordenamientos se caracterizan por el monopolio estatal de la fuerza de la libertad no protegida no es posible. El hecho de que en algunos casos la libertad no se proteja no se traduce en que la situación jurídica sea irrelevante, porque en el momento en que la libertad de hacer de uno no es protegida es protegida la libertad de otro de ejercitar la fuerza, en cuanto protegida ella es jurídicamente relevante en vez de la otra (48).

En última instancia, consideramos que la cuestión se centra en determinar cuál es el conjunto de acciones o comportamientos sometidos al ordenamiento. Pues bien, si abordamos el problema como cuestión a priori independiente de los ordenamientos jurídicos, la solución acerca de la existencia de lagunas en el derecho dependerá de si se considera a éste como ordenamiento que debe cubrir todas las acciones humanas, en cuyo caso habrá laguna cada vez que el ordenamiento no cualifique una conducta; o si, por el contrario, se sostiene que sólo pertenece al ámbito de lo jurídico lo que expresamente es declarado como tal, supuesto en el cual no hay lugar para lagunas.

Ahora bien, si el problema se aborda desde el interior de un determinado ordenamiento jurídico, nada excluye que (sin necesidad de asumir que todo comportamiento forma parte de lo jurídico) haya comportamientos objeto de dicho ordenamiento y que, sin embargo, éste no les adscriba *status* deóntico alguno.

(48) BOBBIO, N., 1960, pp. 144-148.

En contra de la teoría de la norma general exclusiva pueden aducirse las siguientes razones.

En primer lugar, en muchos ordenamientos existe una norma general «inclusiva», del tipo de los artículos 12.2 del Código civil italiano y 1.4 y 4.1 del español, que contemplan el supuesto de falta de disposiciones que regulen un supuesto específico y prevén la solución de los mismos por remisión a la analogía y los principios generales del derecho. En los ordenamientos donde existe una norma de este tipo no hay ninguna razón para preferir en todo caso la aplicación de la norma general exclusiva (49).

En segundo término, la referida teoría realiza un «salto» respecto del status deóntico de las acciones haciéndolas pasar de la ausencia de status deóntico, es decir, no cualificación, a uno determinado: la permisión (50).

En definitiva, la afirmación con carácter de generalidad de la existencia de la norma general exclusiva es una afirmación apriorista que no deriva de las normas positivas, sino de la concepción del derecho según la cual éste opera imponiendo restricciones a la libertad natural del hombre limitando algunos de sus actos (51).

Por último hay que recordar que el ordenamiento jurídico en tanto que ordenamiento dinámico contiene además de enunciados deónticos (a los que se refieren las teorías anteriores cuando hablan de comportamientos permitidos, prohibidos, etc.) enunciados normativos que tienen por objeto la configuración de los poderes del Estado, la atribución de potestades, la modificación de dichos enunciados, etc. Pues bien, tanto la teoría del espacio jurídico vacío como la de la norma general exclusiva tienen en cuenta únicamente el primer tipo de enunciados (con la excepción de Zitelmann y su referencia a las lagunas en sentido propio que la hace precisamente para afirmar la posibilidad de las mismas), siendo, por otra parte, sus soluciones inaplicables a este segundo tipo de normas.

Frente a la teoría que deriva la completitud de la obligación de juzgar del juez pueden realizarse dos tipos de objeciones.

En primer lugar, dicha teoría engloba bajo un mismo término (completitud) dos conceptos diferentes: completitud de decisión y completitud de cualificación (52). A tenor del primero, un sistema jurídico es completo si el juez tiene el deber de decidir cada caso de acuerdo con las normas válidas de dicho sistema. Aquí la completitud está referida al funcionamiento del aparato institucional (el poder judicial) y a su obligación de decidir los casos que se le presenten. La completitud de cualificación, por el contrario, hace referencia a la cualifica-

(49) Cfr. BOBBIO, N., 1960, p. 152.

(50) Cfr. LOMBARDI, L., 1981, pp. 47-48, y BOBBIO, N., 1940, p. 267.

(51) Cfr. la teoría del axioma ontológico de la libertad de Cossio en 1947.

(52) Cfr. WROBLEWSKI, J., 1972, pp. 230-234.

ción normativa de los comportamientos: significa que el ordenamiento jurídico adscribe a todo comportamiento una cualificación normativa (obligatorio, prohibido, etc.), o bien, que establece como parte del sistema una norma general exclusiva.

Pues bien, estos dos tipos de completitud son independientes, de manera que en un ordenamiento jurídico puede carecer de cualificación normativa para un determinado caso y, al mismo tiempo, contener una norma que haga obligatoria la decisión, y viceversa. Así, si bien es verdad que la obligación genérica de juzgar se halla por lo común presente en las leyes (civiles o procesales) bajo la prohibición de abstenerse de juzgar, es erróneo pensar (como lo hace, por ejemplo, Cossio) que dicha obligación es, de alguna forma, esencial o necesaria. Por el contrario, se trata de una obligación cuya existencia depende de lo que el legislador establezca y es, en ese sentido, contingente (53).

En segundo término, la falacia de esta teoría deriva de la no diferenciación entre caso individual y caso genérico. Un caso individual es una situación o acontecimiento que se verifica en un tiempo y en un espacio determinados. Un caso genérico es el supuesto de hecho contenido en una disposición legal que caracteriza las condiciones de hecho a los fines de aplicar un determinado tipo de solución normativa (54). Pues bien, el problema de las lagunas se plantea a nivel de los casos genéricos y no en los casos individuales (a pesar de que su manifestación externa nos llega en este último caso). Siendo esto así, si un caso (genérico) presenta una laguna el hecho de que el juez ante un caso (individual) se vea compelido por el ordenamiento a juzgar, no conlleva que desaparezca dicha laguna del ordenamiento, puesto que el supuesto de hecho seguirá incualificado. Así, Alchourrón y Bulygin distinguen atinadamente entre completitud lógica (o sistema cerrado) que tiene lugar cuando se determina deónticamente toda acción en todo caso genérico posible, y completitud empírica, que se verifica cuando en relación a un universo de casos individuales hay para cada uno de ellos una cualificación normativa. De esta forma, la completitud empírica es compatible con la incompletitud lógica: un sistema empíricamente completo puede ser lógicamente incompleto, pero la inversa no vale: un sistema lógicamente completo es, por razones lógicas, empíricamente completo (55).

En resumen, diremos que de un enunciado normativo sobre el comportamiento del juez no puede inferirse ningún enunciado sobre el comportamiento de otra persona que no sea el juez; es decir, de la prohibición de negar justicia no puede derivarse ni la obligatoriedad, ni la prohibición, del comportamiento de otra persona. El hecho de

(53) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 210. En el mismo sentido cfr., por ejemplo, FORIERS, P., 1968, p. 11.

(54) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, pp. 58-59.

(55) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 53.

que el juez juzge y pueda, de *facto* y de *iure*, juzgar no presupone necesariamente que el comportamiento inferido en juicio tenga un status deóntico, ni confiere un status deóntico al comportamiento mismo (56).

El error de la tesis mantenida por von Wright deriva de sostener que la interdefinibilidad de prohibido y permitido lleva consigo la clausura de los sistemas normativos [así como de la inaplicación de la distinción entre los dos sentidos (fuerte y débil) de permisión (57)]. Por el contrario, hay que decir que es perfectamente posible aceptar dicha interdefinibilidad y rechazar la clausura necesaria de los sistemas jurídicos.

La implicación entre interdefinibilidad y clausura se basa en la identificación (errónea) entre enunciados normativos y proposiciones normativas. Los primeros (en el sentido estricto de enunciados de obligación) son oraciones prescriptivas que tienen como finalidad ordenar, permitir, prohibir, etc. la realización de determinadas acciones; las proposiciones normativas son oraciones descriptivas acerca de las normas o, lo que es lo mismo, acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisos establecidos por aquéllas.

Pues bien, al hablar de interdefinibilidad de caracteres normativos hay que distinguir entre enunciados normativos y proposiciones normativas. Por lo que a los primeros se refiere, «permitido p» y «no prohibido p» son lógicamente equivalentes y significan lo mismo. También son lógicamente equivalentes los enunciados normativos «prohibido p» y «no permitido p». Ahora bien, si decimos que «p está prohibido en el sistema jurídico α » expresamos una proposición normativa, proposición que pertenece a un nivel lingüístico distinto del de los enunciados normativos. De manera que decir que p está prohibido en el sistema jurídico α significa que de dicho sistema jurídico forma parte o puede inferirse una norma que prohíbe p. Y dicha proposición normativa puede expresarse por medio del enunciado «Prohibido p», o del enunciado «No permitido p», ya que ambos enunciados expresan lo mismo. De forma paralela, la norma que permite p en el sistema normativo α puede expresarse de distintas maneras: «Permitido p», «No Prohibido p», etc.

De aquí la importante distinción entre permisión y prohibición fuertes cuyo significado es el siguiente:

Permisión fuerte: p está permitido en sentido fuerte en el caso

(56) Cfr. CONTE, A. G., 1962, pp. 171-172; también, pp. 78-79 y 173-174.

(57) Cfr. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 173.

Al lado de los sentidos fuerte y débil de permisión, se puede señalar, como lo hace Weinberger, el de permisión explícita, que se define de forma análoga a la permisión fuerte excluyendo el caso de que «p está permitido» sea una consecuencia de «Op». No obstante, puesto que la permisión explícita es un caso de aplicación de la permisión fuerte es suficiente operar con los dos conceptos, fuerte y débil, de permisión sin necesidad de introducir un tercero, Weinberger, O., 1977, p. 138.

q en el sistema $\alpha = \text{Df. De } \alpha \text{ se infiere una norma que permite p en el caso q.}$

Prohibición fuerte: p está prohibido en sentido fuerte en el caso q en el sistema $\alpha = \text{Df. De } \alpha \text{ se infiere una norma que prohíbe p en el caso q.}$

Y lo mismo puede establecerse respecto del operador «obligación».

Obligación fuerte: p está obligado en sentido fuerte en el caso q en el sistema $\alpha = \text{Df. De } \alpha \text{ se infiere una norma que obliga p en el caso q.}$

En estas definiciones los términos permitido, prohibido y obligatorio tienen distinto significado en el *definiens* y en el *definiendum*. Los términos «permite», «prohíbe» y «obliga» que figuran en el *definiens* se refieren a los caracteres de las normas. Estos son, junto con otros (58), elementos de las normas. En cambio, «permisión (“prohibición”, “obligación”) fuerte» son caracteres predicables de las conductas a que las normas se refieren. Así, los caracteres de las conductas son elementos de las proposiciones normativas en el mismo sentido en que los caracteres normativos son elementos de los enunciados normativos. Los caracteres de las conductas se definen en términos de los caracteres de las normas porque una conducta tiene carácter normativo cuando existe una norma que la permite o la prohíbe (59).

De esta forma, mientras que los términos permitido y prohibido del *definiens* son conceptos contradictorios (permitido equivale a no prohibido y viceversa), la permisión y la prohibición fuertes no son contradictorios, puesto que existe una tercera posibilidad: que del sistema α no pueda inferirse ni la permisión ni la prohibición de la conducta p. Esto es precisamente lo que ocurre cuando entre las consecuencias del sistema α no figura ninguna norma que permita p y tampoco una que prohíba p. Los enunciados «De α se infiere una norma que permite p» y «De α se infiere una norma que prohíbe p», no sólo no son contradictorios (pues pueden ser ambos falsos), sino que ni siquiera son contrarios: ambos pueden ser verdaderos. Cuando en un sistema α ambos enunciados son verdaderos significa simplemente que el sistema de hecho es incoherente por contener normas contradictorias. Pero el que un sistema contenga normas contradictorias no implica que las proposiciones normativas que describen ese sistema sean incoherentes. No hay nada paradójico en una descripción coherente de un sistema incoherente (60).

De manera paralela a las nociones fuertes, podemos indicar (siquiera con un alcance meramente teórico en los dos últimos casos) (61) las nociones de permisión, prohibición y obligación débiles.

(58) Cfr. WRIGHT, G. H. von, 1970, pp. 87-107. Sobre los caracteres de las normas vid en la misma obra pp. 87-99.

(59) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 175.

(60) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 175.

(61) Subrayamos el carácter teórico del alcance porque, a diferencia de lo que ocurre con la noción de permisión, las de prohibición y la obligación débiles carecen

Permisión débil: p está permitido en el sentido débil en el caso q en el sistema $\alpha = Df.$ Entre las consecuencias de α no existe una norma que prohíba (= no permita) p en el caso q .

Prohibición débil: p está prohibido en el sentido débil en el caso q en el sistema $\alpha = Df.$ Entre las consecuencias de α no existe una norma que permita p en el caso q .

Obligación débil: p es obligatorio en el sentido débil en el sistema $\alpha = Df.$ Entre las consecuencias de α no existe una norma que no obligue p en el caso q .

La permisión (obligación, prohibición) débil (al igual que la fuerte) es un carácter de la conducta, no de la norma, pero, a diferencia de la permisión fuerte que expresa un hecho positivo (la existencia en el sistema normativo α de una norma permisiva), la permisión (obligación, prohibición) débil sólo alude a un hecho negativo: la inexistencia de una norma prohibitiva (obligatoria, permisiva).

Con la ayuda de estas distinciones conceptuales podemos examinar ahora el error del principio de von Wright a que nos hemos referido antes y que partiendo de la interdefinibilidad de prohibido y permitido afirma que todo sistema normativo es cerrado en base al principio «Todo lo que no está prohibido está permitido» (que puede enunciarse también como «todo está permitido o prohibido»).

Si excluimos la noción de prohibición débil como inaplicable en los sistemas que consagran un estado de Derecho, podemos distinguir dos interpretaciones de dicho principio: la versión débil y la versión fuerte, según tomemos el término permitido en uno u otro sentido.

En la versión débil el principio dice que «Todo lo que no está prohibido en el sentido fuerte está permitido en el sentido débil», que significa (sustituyéndolo por las anteriores definiciones de «prohibición fuerte» y «permisión débil») que «Si de α no se infiere una norma que prohíbe p en el caso q , entonces no se infiere la prohibición en el caso q ». Como puede observarse, esto no es sino una tautología. Es una verdad necesaria que no excluye de ninguna manera que el sistema sea incompleto.

En la versión fuerte, el principio dice que «Todo lo que no está prohibido en sentido fuerte está permitido en sentido fuerte». Sustituyendo los términos por las definiciones anteriores tenemos que: «Si de α no se infiere la prohibición de p , entonces de α se infiere la permisión de p ».

Esta versión del principio sólo es verdadera a condición de que el sistema sea cerrado, es decir, será verdadera sólo de manera contingente si existe un enunciado normativo que realiza tal inferencia, pues «del solo hecho de que una cierta norma (la que prohíbe p) no

de significado práctico. Es decir, un estado de derecho es difícilmente aceptable calificar una conducta como prohibida por el hecho de no estar expresamente permitida. Más difícil, si cabe, resulta la justificación de la obligación débil.

pertenezca al sistema no se puede inferir que otra norma distinta (la que permite p) forme parte del mismo, a menos que el sistema contenga una regla de clausura, es decir, una regla que autoriza efectuar esa inferencia» (62). Por tanto, el principio en su versión fuerte presupone precisamente lo que debería probar: la existencia de una regla de clausura.

3. LAGUNA NORMATIVA Y LAGUNA TECNICA

3.1. Laguna normativa

3.1.1. Clausura por casos

El concepto de laguna normativa es desarrollado por Alchourrón y Bulygin, para quienes el concepto de laguna denota una propiedad de un *sistema normativo* en relación a un conjunto de circunstancias o *casos* y un conjunto de *soluciones* o conductas calificadas deónticamente. Y definen este tipo de laguna como sigue: «Decir que un caso C_i de un UCj es una *laguna* del sistema normativo α en relación a un USmaxk significa que α No correlaciona C_i con ninguna solución del USmaxk» (63).

Pues bien, la primera tarea a llevar a cabo para saber si existe o no una laguna consiste en identificar cada uno de los tres términos de la relación. Hará falta saber, por tanto, cuál es el sistema normativo, cuál el universo de casos y cuál el universo de soluciones.

El concepto de sistema normativo se establece a través del de correlación deductiva de la siguiente manera: Para dar una definición de sistema normativo hay que establecer la noción de consecuencia normativa. Se denomina correlación deductiva de un conjunto de enunciados a todo par ordenado de enunciados tales que el segundo de ellos sea consecuencia deductiva del primero en conjunción con α . Cuando una correlación deductiva es tal que el primer enunciado es un *caso* y el segundo enunciado es una *solución*, diremos que esta correlación deductiva es normativa. Si entre las correlaciones deductivas del conjunto de enunciados α hay, por lo menos, una correlación normativa, el conjunto α tendrá consecuencias normativas. Un sistema de enunciados que tiene consecuencias normativas se llamará *sistema normativo* (64).

De estas definiciones hay que destacar el concepto estricto de norma (los autores definen las normas como enunciados que correlacio-

(62) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 179.

(63) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 49; vid. también pp. 69 y 23 y 49. Cfr. en el mismo sentido BULYGIN, E., 1977, pp. 292-293.

(64) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 93.

nan casos con soluciones) y, como contrapartida, el amplio de sistema normativo; de manera que en este último figurarán enunciados que no pueden considerarse normas, como sucede en los ordenamientos jurídicos.

Se denominan soluciones las expresiones formadas por un carácter normativo o deóntico seguido de un contenido normativo, así como los compuestos veritativo-funcionales de los mismos (siempre que éstos no sean ni tautológicos no contradictorios). Puesto que cuando hablamos de laguna lo que nos interesa es conocer el status normativo de ciertas acciones, el ámbito de todas las respuestas posibles acerca del status normativo de ciertas acciones constituye el ámbito normativo del problema (65).

Del conjunto de soluciones interesa considerar un subconjunto especial de enunciados deónticos: los constituyentes deónticos. Constituyente deóntico es toda expresión formada por una descripción de estado precedida por el operador P (permitido) o $\neg P$ (no permitido). Adoptando (como lo hacen los autores citados) P como operador primitivo, en función del cual pueden ser definidos todos los demás operadores deónticos (66), tenemos las relaciones entre éste y los demás operadores:

$$(D-1) = \neg P \neg p$$

$$(D-2) P p = \neg P p$$

$$(D-3) F p = P p . P \neg p$$

Hay dos tipos de solución: maximal y minimal. Cuando la solución es tal que determina todos los contenidos que corresponden a un universo de acciones, estamos ante una solución maximal. Y el conjunto de todas las soluciones maximales es el universo de soluciones maximales (USmax). Por el contrario, el universo de soluciones minimales (USmin) determina si hay al menos una solución.

Cuando el Universo de Acciones contiene un solo elemento («p»), los caracteres O (obligatorio), Ph (prohibido) y F (facultativo) dan lugar a soluciones maximales, mientras que P (permitido), $\neg P$ (permitivo no, o, lo que es lo mismo, permitido omitir) y $\neg F$ (no facultativo, es decir, obligatorio o prohibido) suministran soluciones minimales (67). Cuando se trata de determinar la completitud de un sistema es necesario recurrir al universo de soluciones maximales, ya que sólo los elementos del USmax determinan que el sistema sea completo. En cambio, el USmin sólo nos sirve para determinar si un conjunto de enunciados establece alguna correlación entre un Universo de Ca-

(65) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 36.

(66) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, pp. 74-75.

(67) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, pp. 36-37 y 76-77.

Las relaciones entre las soluciones son las siguientes: Si denominamos a la acción R, se dirá que es obligatoria (OR) cuando está permitido R y no está permitido, R (OR = PR.—PR). Cuando no está permitida R y está permitido $\neg R$, la acción está prohibida (PhR = $\neg PR.P\neg R$). Cuando tanto R como $\neg R$ están permitidas, la acción es Facultativa (FR = PR.P $\neg R$).

sos y un USmin dados, es decir, si tiene alguna consecuencia normativa para ciertos casos.

Los casos son circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber si una acción está permitida, ordenada o prohibida, por un determinado sistema normativo. Esto supone que los casos no sean lógicamente imposibles (contradictorios) ni necesarios (tautológicos). Todo conjunto de propiedades que pueden estar presentes o ausentes se denomina universo de propiedades (UP), y toda propiedad de un UP y toda combinación veritativo funcional de estas propiedades define un caso.

Para aclarar los conceptos utilizados hasta aquí tomaremos el ejemplo (que utilizan los autores) del Código civil argentino de reivindicación de cosas muebles contra terceros poseedores. El problema surge cuando una persona que posee el inmueble —cuya propiedad no le pertenece— lo transfiere a un tercero. La cuestión que se plantea es: ¿en qué circunstancias el tercero adquirente está obligado a restituir el inmueble a su propietario y cuándo le está permitido retenerlo?

Dicho problema se halla regulado en los artículos 2.777 y 2.778 del Código civil argentino:

Art. 2.777: «Compete también (la reivindicación) contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe...».

Art. 2.778: «Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete... contra el actual poseedor, aunque de buena fe, si la hubo por título gratuito...».

En el primer artículo las propiedades relevantes son la buena fe del actual poseedor (o adquirente), la buena fe del poseedor anterior (o enajenante) y el título oneroso del acto de enajenación, propiedades que simbolizaremos así: BFA, BFE, TO. En el segundo, la única propiedad relevante es el título oneroso. El universo de propiedades lo conforman esas tres propiedades. Los casos elementales son los ocho siguientes: 1) BFE, BFA, TO; 2) —BFE, BFA, TO; 3) BFE, —BFA, TO; 4) —BFE, —BFA, TO; 5) BFE, BFA, —TO; 6) —BFA, BFE, —TO; 7) BFE, —BFO, —TO, y 8) —BFA, —BFO, —TO.

El universo de acciones lo constituye únicamente la restitución (R y —R).

Aunque el universo de soluciones maximales está constituido por OR, PhR y FR, la única cuestión planteada aquí se refiere a la procedencia (obligación) de la restitución.

En este ejemplo, el sistema normativo (Sn) está constituido por las dos normas transcritas que pueden escribirse así:

N1: OR/—BFE, BFA, TO (procede la reivindicación si se dan las tres condiciones: mala fe del enajenante, buena fe del adquirente y título oneroso).

N2: OR/—TO (procede la reivindicación si la enajenación se hizo a título gratuito).

Teniendo en cuenta los casos elementales y las dos normas que conforman el sistema normativo podemos comprobar que el sistema normativo que conforman las normas citadas es un sistema incompleto, puesto que el mismo ofrece solución (consistente en la obligación de restitución) únicamente para los casos 2, 5, 6, 7, 8, mientras que no ofrece respuesta para los casos 1, 3 y 4.

3.1.2. Reglas de clausura

Según el concepto de laguna que desarrollan los autores argentinos y que acabamos de explicar, existe una laguna en un sistema normativo en relación a un universo de casos cuando respecto de un caso no se establece ninguna solución o cuando únicamente ofrece una solución minimal. Es lo que se denomina *clausura por casos*. La cuestión que debemos plantearnos en este momento es la siguiente: una vez detectada una laguna, ¿diremos que el sistema jurídico considerado es incompleto o, por el contrario, existe algún otro tipo de clausura? En otras palabras, ¿hay alguna norma de clausura además de la clausura por casos?

Por regla de clausura entendemos aquella que califica deónticamente todas las acciones que no están calificadas ya por el sistema en cuestión (68). En caso afirmativo podríamos decir que un sistema es cerrado: a) si correlaciona todos los casos con alguna solución maximal, b) si tiene una norma de clausura.

Expondremos en primer lugar las reglas de clausura teóricamente posibles, para después (y esto es lo que interesa) ver si alguna de ellas forma parte de los ordenamientos jurídicos, es decir, si la podemos considerar una norma. Con ello estamos planteando la cuestión de la virtualidad de sistemas normativos cerrados (69).

En la literatura jurídica se mencionan tres *reglas* de clausura: la norma de clausura, la norma general negativa y la norma general exclusiva.

La norma de clausura es una norma metalingüística por la cual el lenguaje objeto de las normas del ordenamiento es un lenguaje cerrado. A tenor de esta no hay más cualificaciones normativas que las contempladas por el ordenamiento jurídico, y, por tanto, niega cualquier cualificación deóntica a los comportamientos no cualificados por los enunciados (imperativos o permisivos) del sistema. Según la norma de clausura, una norma es norma válida del ordenamiento

(68) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 190.

(69) Aunque partiendo de un concepto más amplio de laguna, Tammelo realiza una afirmación similar cuando dice que se presenta una laguna en el derecho cuando no hay previsión legal requerida en el derecho y el sistema legal relevante no contiene un principio universal (la norma general negativa) que podría suplir casos imprevistos. TAMMELO, I., 1978, p. 131.

si y sólo si es convalidada según las reglas de formación del lenguaje del ordenamiento, o convalidable según las reglas de transformación del dicho lenguaje (por ejemplo, según la regla que prescribe o admite la interpretación analógica).

La norma general negativa es una norma metalingüística, por la cual el lenguaje objeto de la norma imperativa es un lenguaje cerrado: es por tanto una norma de clausura de las normas imperativas.

La norma general exclusiva es una norma que cualifica indiferente todo comportamiento no cualificado por normas imperativas; es decir, los comportamientos no cualificados como obligatorios o prohibidos son indiferentes. Esta norma, a diferencia de la anterior, adscribe una cualificación deóntica (indiferente) a los comportamientos no cualificados por normas imperativas (70).

Como puede observarse, y a pesar de la denominación (norma), las tres anteriores son construcciones doctrinales, metapositivas, para justificar la clausura de los sistemas jurídicos. Son, por tanto, *reglas*. Concretamente las segunda y tercera son las bases de las teorías del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva respectivamente a cuyo comentario nos remitimos.

Desde otro punto de vista, teniendo en cuenta la interdefinibilidad de los operadores deónticos, suelen señalarse como reglas de clausura las dos siguientes: a) «Todo lo que no está permitido está prohibido», y b) «Todo lo que no está prohibido está permitido» (71).

Según la primera, para todo comportamiento (acción) «p» no regulado, debiéramos deducir que «p» está prohibido y que (si abstención tampoco se encuentra regulada) «no p» está prohibido, es decir, «p» sería a un mismo tiempo prohibido y obligatorio, lo que es una contradicción lógica.

En esta línea, von Wright propone como alternativas y para evitar la contradicción, las siguientes reglas de clausura: «Todo acto cuya ejecución no está permitida, está prohibido» y «Todo acto cuya ejecución u omisión no está permitida está prohibido». Sin embargo, estas reglas (si bien evitan las incoherencias señaladas) no clausuran el sistema. La primera de ellas no soluciona el caso en que no esté normada la negación (omisión) de un acto permitido, y la segunda no soluciona el caso en que no esté normado un acto cuya negación (omisión) está permitida (72).

A tenor de la segunda regla, si no está regulado «p» y tampoco «no p» entonces concluiremos que «p» está permitido y que «no p» también lo está. Esta regla a la vez que clausura el sistema preserva la coherencia del mismo.

Al hilo de este problema, y ante las alternativas señaladas, von

(70) CONTE, A. G., 1965 a, 1965 b, 1965 c y 1962, pp. 80-91.

(71) Cfr. GARDIES, J.-L., 1979, pp. 290-291.

(72) Cfr. WRIGHT, G. H. von, 1970, pp. 102-103.

Wright se plantea la cuestión de si la regla de clausura tiene que ser necesariamente permisiva, o si otros caracteres deónticos pueden también ser usados para clausurar el sistema. Pues bien, hay que decir que si se quiere preservar la coherencia del sistema es evidente que la regla de clausura tiene que ser permisiva, pues la permisión es el único carácter deóntico que puede calificar una acción y su negación sin que se produzcan incoherencias. Una regla de clausura prohibitiva daría lugar a incoherencias en los casos en que no estuviere normado «p» ni «no p», pues «Ph p» y «Ph —p» son manifiestamente contradictorios. Lo mismo sucedería con una regla de clausura «O» (Todo lo que no está permitido es obligatorio), con el agravante de que también resultaría una contradicción en el caso de que se infiriese la permisión de «p», pero no se infiera nada con respecto a «—p», pues la normas «Pp» y «O —p» son incompatibles (73).

La cuestión que debemos plantearnos en este momento es la siguiente: ¿alguna de las reglas indicadas está presente como enunciado normativo en los ordenamiento jurídicos? Es decir, con independencia de que el sistema resulte o no coherente, o de la bondad de la cualificación deóntica resultante, ¿existe algún tipo de enunciado positivo que clausure el sistema jurídico o parte del mismo? Pues si queremos negar (en relación a un sistema jurídico) la existencia de lagunas a través de un principio de clausura debemos entender la existencia del mismo no como algo *a priori*, sino en tanto que enunciado contingente y referible, por tanto, a un determinado ordenamiento jurídico o a parte del mismo.

Pues bien, en el terreno jurídico suele calificarse como regla de clausura el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, según el cual todas las conductas no prohibidas por la ley penal están permitidas. Es decir, dicha regla autorizaría inferir la permisión de una conducta en un caso dado si del ordenamiento no se colige ninguna prohibición respecto de dicho caso.

Antes de llegar a dicha conclusión, consideramos necesario señalar las diversas funciones que cumple tal regla, así como cuál es su traducción en normas de derecho positivo.

En primer lugar, en tanto que *nullum crimen sine lege*, el principio significa que no hay delito sin ley; es decir, no hay delito sin

(73) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 195.

No obstante, los mismos autores recuerdan que existe un caso en que hasta la regla de clausura permisiva puede dar lugar a una incoherencia. Ello ocurre cuando del sistema α se infiere que no p es facultativo en el caso q («—Fp/q» es consecuencia de α). Como no p está prohibido, con ayuda de la regla de clausura podríamos inferir que p está permitido. Pero como tampoco está prohibido —p, se podría inferir también la permisión de —p. Sin embargo, la permisión conjunta de p y —p es incompatible con —Fp. He aquí, pues, una incoherencia introducida por la regla de clausura. Aunque en la práctica es muy poco frecuente que una norma se limite a declarar que una acción no es facultativa sin más y, por tanto, este caso no es importante desde el punto de vista práctico, ello no elimina la dificultad teórica. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 195, nota 41.

que la ley especifique (tipifique) en qué consiste la conducta delictiva (garantía criminal). Para reforzar esta función la regla suele enunciarse también como *nullum crimen sine praevia lege*. Esta garantía está establecida en el artículo 1.1 del Código penal según el cual «son delitos y faltas las acciones y omisiones penadas por la ley».

En segundo término, en tanto que *nulla poena sine lege*, dicho principio supone que los tribunales no pueden imponer pena alguna que no se halle establecida por la ley (garantía penal). Esto supone a su vez que: a) la ley tiene que determinar claramente la clase de pena que procede imponer a cada delito; b) no pueden imponerse penas absolutamente indeterminadas en su duración; c) los tribunales no tienen facultades para imponer penas distintas de las que señala la ley, y d) no pueden variarse las circunstancias de ejecución de las penas (74). Este principio está recogido en el artículo 23 del Código penal: «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se haya establecido por Ley anterior a su perpetración».

De los artículos mencionados, ¿puede afirmarse que el orden penal es un orden cerrado por cuanto que existe una norma de clausura que permite todas las conductas no prohibidas? Creemos que la respuesta debe ser positiva.

De una parte, el artículo 1.1 del Código penal establece una definición de delitos y faltas. Hay que dejar claro que se trata de una regla de clausura, pero no del ordenamiento jurídico, sino de la definición de delitos y faltas (75).

De otro lado, consideramos que del artículo 23 se infiere que la realización de un acto no penado por la ley no acarrea ninguna sanción penal.

Conviene recordar en este momento la noción de consecuencia normativa y señalar que (a pesar de la dificultad que comporta la determinación de las consecuencias de un acto de publicación) la introducción de un enunciado normativo « α » en un ordenamiento jurídico conlleva: a) la incorporación al mismo (además de « α ») de todas las consecuencias de « α » y b) la sustracción del mismo, por derogación implícita, de todos los enunciados incompatibles con « α » (76).

Pues bien, si tenemos esto en cuenta admitiremos que un acto puede estar permitido no sólo de manera expresa, sino por ser la consecuencia lógica de otros enunciados normativos. Pues bien, consideramos que una interpretación conjunta de los dos artículos mencionados autoriza a inferir la permisión de una conducta cuando no existe ninguna prohibición expresa de la misma. En este sentido sos-

(74) RODRÍGUEZ DEvesa, J. M., 1976, p. 173. Cfr. también, CEREZO, J., 1981, pp. 196-197.

(75) CAPELLA, J.-R., 1968, pp. 302-303.

(76) Cfr. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1978, p. 134. ALCHOURRÓN, C. E., 1982, p. 52; BULYGIN, E., 1977, p. 302.
y BULYGIN, E., 1977, p. 302.

tiene von Wright que la idea expresada por las palabras *nullum crimen nulla poena sine lege* puede ser interpretada en el sentido de que, dentro de un orden jurídico, una permisión débil es equivalente a una permisión fuerte (77).

Ahora bien, hay que tener en cuenta, de una parte, que dicho principio está limitado al ámbito penal, y, de otra, que el sistema penal provisto de la referida regla no es un sistema absolutamente cerrado respecto de cualquier universo de soluciones, sino respecto a un universo de soluciones determinado: las prohibiciones penales (vinculadas a una sanción determinada). Así, que un acto esté penalmente permitido no excluye en modo alguno que el mismo esté prohibido por otro tipo de enunciado normativo (una ordenanza municipal, un norma civil, etc.) (78). Es por esto que podemos calificar el sistema penal como un sistema cuasi-cerrado (79).

3.2. Laguna técnica

Este tipo de laguna han sido objeto de escasa atención en la literatura jurídica que se ha ocupado fundamentalmente (aunque bajo denominaciones distintas) de las lagunas normativas de un lado y de las ideológicas de otro.

De los diferentes conceptos de laguna técnica puede señalarse uno amplio que identifica este tipo de laguna con la ausencia de una norma cuya validez es condición de eficacia de otra (80), y otro estricto a tenor del cual la laguna técnica consiste en el hecho de la omisión, intencional o involuntaria, por parte del constituyente de las normas de procedimiento necesarias para el desarrollo de las actividades relativas a las actividades reguladas por él (81). En una posición intermedia recordaremos la opinión de Bobbio para quien las lagunas técnicas derivan del hecho que frecuentemente las normas enuncian sólo principios generales y no las modalidades de aplicación de aquellos principios, o bien indican el fin último a alcanzar y no los medios necesarios para conseguirlo (82).

A través de estas definiciones puede observarse que el concepto de laguna técnica está próximo al de laguna ideológica en cuanto que conlleva la idea de oportunidad de que el enunciado normativo que falta exista; de ahí que debemos plantearnos la cuestión siguiente: ¿en virtud de qué puede esperarse la existencia de un enunciado nor-

(77) WRIGHT, G. H. von, 1969, p. 96.

(78) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 198.

(79) Cfr. FORIERS, P., 1968, p. 24.

(80) CONTE, A. G., 1962, p. 43.

(81) MORTATI, C., 1962, p. 183.

(82) BOBBIO, N., 1965, p. 422.

mativo más allá de criterios ideológicos o valorativos? Pues bien, el único modo de evitar caer en el concepto de laguna ideológica consiste en hacer depender la «esperabilidad» de la norma de las propias prescripciones del ordenamiento. De esta manera podemos precisar el concepto diciendo que existe una laguna técnica cuando el propio ordenamiento prescribe la existencia de una norma que de hecho no existe o cuando la disciplina jurídica de una determinada materia, no obstante estar prevista en el ordenamiento, falta (83).

A continuación expondremos algunos ejemplos de laguna técnica.

Los casos más frecuentes de laguna técnica son aquellos en los que un precepto constitucional remite a una ley (a través de fórmulas como «La ley regulará...», «serán determinados por ley», etc.) su desarrollo, y éste aún no se ha producido. Si esto confluye con el hecho de inexistencia de normativa preconstitucional al respecto (bien porque ésta ha sido declarada inconstitucional o simplemente derogada por la Constitución), estaremos ante una laguna técnica. Esto sucedió, dice Biscaretti, en Italia después de entrar en vigor la Constitución en enero de 1948 cuando muchos órganos en ella previstos (Tribunal Constitucional, Consejo Superior de la Magistratura, etc.) no se establecieron durante un gran período de tiempo (84). Hay artículos —escribe Pizzorusso en 1977— que no han sido desarrollados muchos años después de la entrada en vigor de la Constitución, como, por ejemplo, las instituciones que, en base al artículo 24.3, debían asegurar la asistencia judicial a los desprovistos de recursos económicos, la nueva ley sobre el régimen jurisdiccional de la que se habla en varios artículos del título IV de la parte II, la ley de reforma del Tribunal Supremo Militar de la Disposición Transitoria VI, 2, etc. (85).

En nuestro país, la publicación de la Constitución de 1978 conllevó la aparición de lagunas técnicas en el espacio de tiempo transcurrido entre diciembre de 1978 (entrada en vigor de la Constitución) y el desarrollo de las previsiones constitucionales, principalmente respecto de instituciones creadas por la Constitución. Así, por ejemplo, el vacío fue de algo más de tres años en el caso de la puesta en marcha del Tribunal de Cuentas (Ley de 12 de mayo de 1982, en desarrollo del artículo 136.4); de dos respecto del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (Ley de 30 de diciembre de 1981, en desarrollo del artículo 124.4); de cinco años en el caso de incompatibilidades de los miembros de Gobierno (Ley de 26 de diciembre de 1983 en desarrollo del artículo 98.4).

(83) Cfr. CAPELLA, J.-R., s. f., pp. 54-55; y PIZZORUSSO, A., 1977, p. 101. Ch. Huberlant define este tipo de laguna como sigue: hay lagunas que resultan de que la ley no contiene una regla concerniente en un caso mientras que la regla exige, de una manera absoluta, dicha regla, 1968, p. 40.

(84) BISCARETTI DI RUFIA, P., 1973, p. 175.

(85) PIZZORUSSO, A., 1977, p. 224.

Lo mismo ocurre en el caso de los derechos reconocidos por la Constitución que, sin embargo, necesitan para su plena efectividad desarrollo legislativo. Así, por ejemplo, hasta el 26 de diciembre de 1984, fecha de publicación de la Ley de objeción de conciencia, existió una laguna técnica respecto del derecho reconocido en el artículo 30 de nuestra norma fundamental. Como el mismo Tribunal Constitucional reconoce, el derecho a la objeción de conciencia no es el derecho a no prestar el servicio militar, sino el derecho a ser declarado exento del deber general de prestarlo y a ser sometido a una prestación social sustitutoria. Es por ello que «la objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el artículo 30.2 de la Constitución “con las debidas garantías”, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud» (86). Hoy en día existe una laguna técnica, por ejemplo, en relación con la instrumentación jurídica del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos [art. 105.b)] por falta de desarrollo constitucional del mismo, y lo mismo podemos decir respecto de la participación de los ciudadanos en la administración de justicia a través de la institución del jurado (art. 125).

Lo mismo puede suceder con normas infraconstitucionales. Así Villar Palasí afirma que «en el Derecho administrativo las lagunas son a veces insalvables: 1. Una ley sin reglamento es válida y vigente, pero normalmente inaplicable; salvo caso de pervivir el Reglamento anterior de la ley sustituida. 2. La falta de elementos desgajados o fisionados produce igual efecto: si no se ha fijado el arancel de una mercadería, no hay posibilidad de liquidar la deuda arancelaria» (87).

Por último, haremos notar que la calificación de una laguna como técnica resulta más patente en el caso de las lagunas por remisión. Se trata de supuestos en los que una norma remite a otra, inexistente, la regulación de una determinada materia o aspecto de la misma. Veámos algunos ejemplos.

La Ley de Bases de Régimen Local prevé en su artículo 22.3 que la moción de censura al alcalde «se rige por lo dispuesto en la legislación electoral general». Pues bien, en esta materia desde la declaración de inconstitucionalidad del artículo 42.1 de la antigua ley electoral, y hasta la publicación el 19 de junio de 1985 de la Ley Electoral General no existía regulación sobre dicha materia. Es más, incluso después de la entrada en vigor de dicha ley la laguna persistió hasta el 10 de junio de 1987, pues, a tenor de su disposición transitoria tercera, «lo dispuesto en el artículo 197 (moción de censura al alcalde) será de aplicación una vez celebradas las primeras elecciones loca-

(86) Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril de 1982.

(87) VILLAR PALASÍ, J. L., 1975, pp. 88-89.

les siguientes a la entrada en vigor de esta ley». Por tanto, la inexistencia de previsión legislativa para actuar el mecanismo legal reconocido por el citado artículo 22.3 se prolongó hasta la celebración de las últimas elecciones locales.

4. CONCLUSIONES

En la literatura jurídica se ha tratado de solventar el problema de las lagunas a través de teorizaciones diversas con un mismo objetivo: negar la existencia de lagunas en el derecho. Esta posición ha encontrado su desarrollo teórico ya por parte de la filosofía jurídica ya a través de fundamentos lógicos.

Las teorías iusfilosóficas del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva plantean la cuestión de las lagunas a un nivel puramente conceptual, lo que les lleva a sostener la inexistencia de vacíos jurídicos ya sea en base a que lo no regulado no entra dentro del campo de lo jurídico y por tanto no tiene sentido hablar de lagunas (caso de la primera), ya en base a que puesto que todos los actos «caen» dentro del derecho y éste opera imponiendo restricciones a la libertad natural del hombre lo no regulado debe entenderse permitido (caso de la teoría de la norma general exclusiva). La primera excluye el «permitido» de las modalidades deónticas, y la segunda realiza un «salto» respecto del status deóntico de las acciones haciéndolas pasar de la ausencia de status a uno determinado: la permisión.

Ahora bien, el principal motivo por el que consideramos que dichas teorías no muestran la completitud de los ordenamientos jurídicos reside en el hecho de que otorgan el status de normas a lo que no son sino construcciones doctrinales (metanormas).

De otro lado, la teoría que fundamenta la completitud en la obligación de juzgar de los jueces comete el error de identificar dos sentidos diferentes de completitud: completitud de cualificación y de decisión; así como de referir la completitud a los casos individuales, cuando en realidad ésta se plantea a nivel de los casos genéricos.

Tampoco puede aceptarse la tesis lógica que fundamenta la completitud de los sistemas normativos en la interdefinibilidad de permitido y prohibido, pues identifica lo que son dos niveles de lenguaje: los enunciados normativos y las proposiciones normativas.

Es por esto que consideramos que un correcto examen de la problemática de las lagunas no puede llevarse a cabo en relación a todo el ordenamiento jurídico, sino a través de una previa delimitación de la base normativa; y será por tanto en función del universo del discurso del lenguaje legal que puede hablarse de completitud o incompletitud.

Limitado el análisis a las lagunas normativas y las técnicas, y partiendo de que el universo del discurso lo conforman las normas mis-

mas, nuestra pretensión ha sido la de mostrar que el problema de las lagunas se presenta de manera netamente diferenciada respecto de las denominadas normas primarias o normas de obligación y de las normas secundarias (también llamadas normas técnicas o de organización). En el seno de las primeras hablaremos en términos de lagunas normativas y respecto de las segundas de lagunas técnicas.

Así, diremos que existe una laguna normativa en un sistema normativo en relación a un universo de casos cuando respecto a un caso no se establece ninguna solución o se establece únicamente una solución minimal, y no existe en el ordenamiento ninguna norma de clausura. La laguna técnica se produce cuando el propio ordenamiento prescribe, de cara a su efectividad, la presencia de una o más normas y éstas no existen.

BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRÓN, C. E.

1978: *Un modelo per la dinamica dei sistemi normativi*, en «Informatica e Diritto», pp. 133-143.

1982: *Normative order and derogation*, en A. A. MARTINO (ed.) «Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systemes», vol. II, Nort-Holland, Amsterdam-New York-London, pp. 51-63.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E.

1974: «Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales» (trad. cast.), Astrea, Buenos Aires.

BERGBOHM, K.

1892: «Jurisprudenz und Rechtsphilosophie», Leipzig.

BISCARETTI DI RUFIA, P.

1973: «Derecho Constitucional» (trad. cast.), Tecnos, Madrid.

BOBBIO, N.

1940: *Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 3, pp. 266-270.

1960: «Teoria dell'ordinamento giuridico», Giappichelli, Torino.

1965: *Lacune nel diritto*, en «Novissimo Digesto Italiano», vol. IX, pp. 3-32.

BRUNETTI, G.

1915, 1920, 1925: «Scritti giuridici varii, vols. I, III y IV, respectivamente, UTET, Torino.

1915: *Sul valore del problema delle lacune*, en BRUNETTI, G., 1915, pp. 34-35.

1920 a: *Il senso del problema delle lacune*, en BRUNETTI, G., 1920, pp. 1-29.

1920 b: *Ancora sul senso del problema delle lacune*, en BRUNETTI, G., 1920, pp. 30-49.

1920 c: *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico*, en BRUNETTI, G., 1920, pp. 50-87.

1920 d: *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, en BRUNETTI, G., 1920, pp. 163-263.

1926: *In margine alla questione della completezza dell'ordinamento giuridico*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2, pp. 291-292.

BULYGIN, E.

1977: *Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti*

- normativi*, en BERNARDO, G. di (a cura di), «Logica deontica e semantica», il Mulino, Bologna, pp. 291-306.
- CAPELLA, J. R.
1968: «El derecho como lenguaje», Ariel, Barcelona.
s. f.: «Sobre el discurso jurídico. 1. La teoría general de las normas», Universidad de Barcelona, Barcelona.
- CEREZO, J.
1981: «Curso de Derecho Penal Español. Parte General I», Tecnos, Madrid.
- CONTE, A. G.
1962: «Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici», Giappichelli, Torino.
1965 a: *Norma di chiusura*, en «Novissimo Digesto Italiano», vol. XI, pp. 327-328.
1965 b: *Norma generale esclusiva*, en «Novissimo Digesto Italiano», vol. XI, p. 329.
1965 c: *Norma generale inclusiva*, en «Novissimo Digesto Italiano», vol. XI, pp. 329-330.
1968: *Decision, complétude, clotûre. A propos des lacunes en droit*, en Perelman, Ch., 1968, pp. 67-84.
- CORSALE, M.
1958: *Lacune nel diritto*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. XXIII, pp. 257-271.
- COSSIO, C.
1947: «La plenitud del ordenamiento jurídico», Losada, Buenos Aires.
- DONATI, D.
1910: «Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico», Milano, 1910, Società Editrice Libreria.
- ENGISCH, K.
1970: «Introduzione al pensiero giuridico», Giuffrè, Milano.
- FORIERS, P.
1968: *Les lacunes du droit*, en PERELMAN, Ch., 1968, pp. 9-29.
- GARCÍA MAYNEZ, A.:
1940-41: «Introducción al Estudio del Derecho», Porrúa, México.
- GARDIES, J.-L.
1979: *En quelque sens un droit, un système des dispositions juridiques peut-il être dit complet?* en «Archives de Philosophie du Droit», pp. 285-296.
- GUASTINI, R.
1976: *Completezza e Analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo novecento*, en «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», 4, pp. 511-591.
- HOLFIELD, W. N.
1913: *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, en «Yale Law Journal», 23, pp. 16-59.
- HUBERLANT, Ch.
1968: *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*, en PERELMAN, Ch., 1968, pp. 31-66.
- KELSEN, H.
1981: «La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho», Ed. Nacional, México.
1981: «Teoría Generale delle Norme», Einaudi, Torino.
- KLUG, U.
1968: *Observations sur le problème des lacunes en droit*, en PERELMAN, Ch., 1968, pp. 85-103.

- LEGAZ LACAMBRA, L.
1979: «Filosofía del Derecho», Bosch, Barcelona.
- LEGROS, R.
1968: *Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit penal*, en PERELMAN, Ch., 1968, pp. 363-400.
- LOMBARDI, L.
1981: «Corso di Filosofia del Diritto», CEDAM, Padova.
- MACHADO, A. L.
1970: *Imperativismo e teoria egologica*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2, pp. 205-224.
- MICELI, V.
1926 a: *Intorno alla completezza dell'ordinamento giuridico*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1, pp. 123-125.
1926 b: *Una questione di logica*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 3, pp. 426-427.
- MOOR, G.
1941: *Sulla questione delle lacune nel diritto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2, pp. 312-327.
- MORTATI, C.
1962: *Costituzione. Dottrine Generali e Costituzione della Repubblica Italiana*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. XI, pp. 139-233.
- PERELMAN, Ch.
1968 (études publiées par): «Le problème des lacunes en droit», Bruylant, Bruxelles.
1979: «La nueva lógica y la nueva retórica» (trad. cast.), Cívitas, Madrid.
- PIZZORUSSO, A.
1977: «Disposizioni sulla legge in generale. Delle fonti del diritto. Art. 1-9», Zanichelli, Bologna-Roma.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.
1976: «Derecho Penal Español. Parte General», Dyckinson, Madrid.
- ROMANO, S.
1963: «El ordenamiento jurídico» (trad. cast.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
1969 a: «Lo Stato Moderno e la sua crisi», Giuffrè, Milano.
1969 b: *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, en ROMANO, S., 1969 a, pp. 27-116.
1969 c: *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, en Romano, S., 1969 a, pp. 171-185.
- ROSS, A.
1971: «Lógica de las normas» (trad. cast.), Tecnos, Madrid.
- SÁNCHEZ-MAZAS, M.
1984: *Algebra del derecho y procesamiento de la legislación*, en «Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya», 18, pp. 61-97.
- TAMMELO, I.
1978: «Modern logic in the service of law», Springer-Verlag, Wien-New York.
- VILLAR PALASÍ, J. L.
1975: «La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos», Tecnos, Madrid.
- WEINBERGER, O.
1972: *Fundamentals problems of the theory of legal reasoning*, en «Archiv für Rechts und-Sozialphilosophie», 3, pp. 305-336.
1977: *Logica delle norme e domini logici*, en BERNARDO, G. di (a cura di), il Mulino, Bologna, pp. 95-146.

WRIGHT, G. H. von

1968: «An essay in deontic logic and the general theory of action», North-Holland P. C., Amsterdam.

1969: *On the logic and the ontology of norms*, en DAVIS, G. H.; HOCKNEY, D. H., y WILSON, W. K. (eds.), «Philosophical Logic», D. Reidel P. C., Dordrecht-Boston.

1970: «Norma y Acción. Una investigación lógica» (trad. cast.), Tecnos, Madrid.

WROBLEWSKI, J.

1972: *Systems of norms and legal systems*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2, pp. 224-225.

ZITELMANN, E.

1922: *Las lagunas del derecho*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 140, pp. 540-559.

La modernidad jurídica y los católicos

Por FRANCISCO CARPINTERO

Cádiz

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA TRADICION CATOLICA SEGUN EL DERECHO NATURAL MODERNO.—3. LOS JUICIOS DE LOS IUSNATURALISTAS SOBRE LA SEGUNDA ESCOLASTICA.—4. LOS ORIGENES DE LA SABIDURIA: HUGO GROCIUS.—5. PUFENDORF O LA GUERRA ENTRE DOS CULTURAS.—6. LA REACCION DE LOS CATOLICOS.

1. INTRODUCCION

Europa experimenta en el siglo XVI una convulsión en la que se rompió la unidad hasta entonces existente en la imagen del hombre europeo. Efectivamente, en aquel tiempo fueron puestas en cuestión no solamente las manifestaciones artísticas tradicionales, sino la totalidad de la cultura heredada de la Baja Edad Media. Esta naturaleza innovadora y, en cierto modo, revolucionaria, de la Modernidad, explica el hecho de que una innovación que aparentemente se circunscribía al dogma religioso —la Reforma protestante— reclamara, en realidad, todo un cambio de cultura que hubo de comenzar por lo más fundamentante y primario, es decir, por la Filosofía.

Como suele suceder a veces cuando un movimiento nuevo aparece, la tarea primaria es la de descalificar aquello que se pretende renovar; en este caso, la empresa era especialmente ambiciosa, ya que se trataba de rechazar la totalidad de la cultura teológica, filosófica y jurídica creada hasta entonces. En efecto, el pensamiento pagano, surgido desde una *ratio corrupta* —según la teología protestante— sin ayuda de la Revelación cristiana, no podía ofrecer ningún valor positivo, y en lo que se refiere a lo realizado por los cristianos desde los inicios de la Iglesia hasta el siglo XVI, eso era, precisamente, lo que había que reformar. Por este motivo, el protestantismo de los siglos XVI y XVII se ve a sí mismo como el medio elegido por Dios para restaurar el uso correcto de la razón, oscurecido y entenebrecido hasta entonces. De esta forma, los Reformadores, Lutero, Zwinglio, Calvino —explica Christian Thomasius— fueron los instru-

mentos de que se sirvió la Providencia para enmendar los errores antiguos y enseñarnos el uso correcto de la razón tanto en un plano natural como sobrenatural (1). Según Barbeyrac, Lutero y Calvino no limitaron su reforma al plano religioso, sino que ellos reinstauraron la doctrina moral y la ciencia del Derecho natural (2). Por tanto —y con esto entramos más directamente en el objeto de nuestro estudio— la nueva ciencia moral distinta de la «escolástica» y el nuevo «derecho natural», conocido usualmente como *racionalista* o *moderno* para diferenciarlo del escolástico-católico, son creaciones genuinamente protestantes que surgen en el siglo XVII en tono polémico con la cultura establecida hasta entonces.

Esta cultura tradicional se basaba en Aristóteles y en el Derecho romano o, al menos, así la entendieron los protestantes de la Edad Moderna; de esta forma, el aristotelismo filosófico y teológico que se profesaba en las Universidades, así como el *ius commune* elaborado sobre el Derecho romano fueron considerados como el núcleo de la cultura tradicional, católica, que debía ser superada por la nueva ciencia traída de la mano de los Reformadores. Samuel Christian Hollmann nos informa, a este respecto, que la filosofía moral aristotélica había invadido toda Europa hasta que Lutero la declaró enemiga de la Fe cristiana (3). El *ius commune* no necesitó ser atacado expresamente: los ataques de los humanistas y de los juristas que integraron el movimiento conocido como *mos gallicus* lo habían desprestigiado ampliamente en los sectores progresistas; quedó el Derecho romano, cuyo estudio culto gozaba de indudable prestigio, y, quizá por este motivo, la nueva ciencia iusnaturalista de la Reforma no se enfrentó expresamente con él y se limitó con ignorarlo; ya tardíamente, en el siglo XVIII, cuando los manuales del *ius naturale et gentium* poseían más autoridad y prestigio que las monografías y tratados romanistas, Immanuel Proeleus podía escribir con naturalidad que él exponía su doctrina al margen de los prejuicios propios del Derecho

(1) «Jam porro inquirendum est, qui factum fuerit, ut per reformationes Lutheri, Zwinglii et aliorum instrumentorum, quibus divina providentia in opere reformationis usa fuit, ponetur alias Emendationes antiquorum errorum, non etiam differentia, et genuinus usus luminis naturalis et supernaturalis tam in cathedris ecclesiasticis, quam academicis fuerit restitutus». Cit por DESING, A., en *Iuris naturae larva detracta*, München, 1753, cap. XV, Thema XII, § 1. Desing expone unas líneas del cap. V de la *Historia Iuris Naturalis* de Thomasius.

(2) «Revera autem Barbeyracus in Praefatione ad Puffendorffii Ius Nat § 11 contendit, Lutherum et Calvinum non modo Religionem, sed et moralis doctrinae Jurisque naturae scientiam redintegrasse». Cfr. DESING, *Iuris naturae...*, cit., cap. XV, Thema XII, § 12.

(3) «Atque ab his, haereditatis quasi iure, philosophiae moralis Aristotelicae studium ad alios, qui ex illorum scholis egressi sunt, transiit, nunemque fere Europam tandem invasit. Quanquam Lutherus vero, post reformationem, Aristotelis doctrinam moralem fidei Christianae adversam et inimicam esse, existimaret, ideoque et gravissime saepe, et ultra fere, eiusque dogmata, inveheretur». Cfr. *Iurisprudencia naturalis primae lineae*. Gottingae, 1751, § 24.

romano, ya que él comparte la (poca) estimación que usualmente existe hacia los filósofos romanos y el Derecho que ellos crearon (4).

Al margen de las disputas propiamente teológicas, quedaron enfrentados, pues, dos bloques culturales: el aristotélico y romanista, patrimonio católico (5), y la ciencia iusnaturalista protestante. Por este hecho, la pugna universitaria, más que teológica, se centró en la imposición de la nueva cultura iusnaturalista, ya que bajo el rótulo de *ius naturale* se desarrolló buena parte de la doctrina moral, filosófica y teológica protestante. De esta forma, el «derecho natural» de la Edad Moderna fue, de hecho, el instrumento a través del cual el Protestantismo creó e impuso su propia cultura, en oposición a la tradicional, católica.

Difícilmente exageraremos la importancia del *ius naturale et gentium* en la guerra de religiones. Ya he indicado que la nueva moral, racionalista, y la nueva Filosofía, la de la Ilustración, ven la luz en muy buena medida en los tratados de «derecho natural» que se publican en los siglos XVII y XVIII; no es por ello ninguna casualidad que la mayor parte de los autores iusnaturalistas fueran considerados como filósofos, y que los filósofos se ocuparan normalmente del «derecho natural». Por este hecho, los protestantes entendieron que la nueva cultura moral y jurídica, distinta de la filosofía moral aristotélica y de la jurisprudencia romanista, comenzó con Hugo Grocio (6).

2. LA TRADICION CATOLICA SEGUN EL DERECHO NATURAL MODERNO

Según Thomasius, muy pronto se introdujo entre los cristianos la filosofía platónica bajo el pretexto de que al conocer éstos tal filosofía, podrían refutar mejor las calumnias que les lanzaban los paganos; de esta forma comenzó a oscurecerse la luz de la Revelación divina, que quedó sustituida por quimeras platónicas aceptadas como artículos de Fe, y si bien el cristianismo genuino y apostólico no se

(4) «Hier bitte ich aus, daß die folgenden Lehr-Sätze ohne Vorurtheil des Römischen Rechts, wie es insgemein dociret wird, betrachte. Ich habe indeß die gehörige Existimation gegen die Römischen Philosophen und gegen das von ihnen herstammende Recht». Cfr. *Grundsätze des Rechts der Natur*, Leipzig, 1709, cap. XII, § 5.

(5) Adam Glafey explicaba que «Es hat zwar die Scholastische Philosophie noch nicht aufgehört, sondern Aristoteles hat noch hin und wieder, zu mahlen in der Catholischen Klöstern, seine heimlichen und öffentlichen Verehrer. Es hat aber doch die Reformation Lutheri diese Lehr Art einen solchen Stoß gegeben, daß man deren Ende, wo nicht gänzlich, dennoch grossen Theils in die Zeiten Juris Naturae anheben kan». Cfr. *Vollständige Geschichte des Rechts der Vernunft*, Leipzig, 1739, p. 84.

(6) Johannes Georgius de Kulpis, por ejemplo, entendía que el éxito de Grocio se debía fundamentalmente al hecho de haberse apartado el holandés de la filosofía de Aristóteles y del Derecho romano, que tanta infelicidad habían traído —en opinión de Kulpis— sobre el género humano. Cfr. *Collegium Grotianum, super iure belli ac pacis*, Stutgardiae, 3.^a ed., 1697, *Praefatio Primae Editionis*, p. 3.

extinguió completamente, quedó, sin embargo, postergado y oculto (7). En su soberbia, aquellos primeros cristianos —prosigue Thomasius— olvidaron que los misterios de la esencia divina son incomprensibles para la razón natural, y que Cristo y sus apóstoles propusieron la doctrina de la voluntad divina a gente simple y sin cultura (8).

El estado de la Iglesia, continúa Thomasius, empeoró con la conversión de Constantino, quien traspasó al Cristianismo una dialéctica amena, pero sofística; y los cristianos, en lugar de depurar la verdad cristiana de todas las falsas doctrinas filosóficas paganas —mediante una vía simple, perspicua y mansa— para confundir de este modo los errores del paganismo, más bien, sin embargo, hicieron propios los modos de disputar, perversos y falaces, de los paganos (9). Siendo así las cosas, no es de extrañar que el Papado cayera en todo tipo de errores y herejías, de modo que se sucede un tiempo en el que lo único que destaca es la ceguera y la mísera confusión de la luz natural y sobrenatural (10).

Indica Thomasius que la supresión de la recta razón por el Papado, casi en los orígenes de la Iglesia, no fue sino un artificio con finalidad política, de modo que los errores teológicos fueron, en realidad, astucias pseudo-políticas que tenían como fin favorecer la supremacía del Papa romano; por este hecho, en vano han buscado los doctores protestantes durante estos siglos una doctrina política verdadera. De esta forma, las tinieblas se extendieron durante varios siglos por el orbe de los estudiosos, si bien hoy, por Gracia singular de Dios, existe una luz meridiana que nos muestra las insuficiencias y los artificios de los tiempos católicos (11).

(7) «Introducebatur usus inutilis Philosophiae Platonicae, initio sub praetexto, ut ejus ope Philosophi Platonici Ethnici, Christianos strenua persequentes et calumniantes, eo melius refutari ac iis ora obturari possent. Sed nimius ac nimis properans amor hujus luminis vel ignis fatui, eo adducebat ejus amasios, ut mediante illo lumen divinum illuminare stulte auderent. Quodsi sinceriores consequerentur de hoc abusu, et docerent, hoc modo lumen divinae revelationis potius obscurari, praemii loco haereticabantur à prioribus, et cogebantur chimaeras platonicas, ut articulos fidei suscipere, ut ita christianismus primero ac genuinus et apostolicus, non extingueretur quidem penitus, sed tamen supprimeretur et occultaretur, et contra Christianismus Platonicus imperium teneret». Cfr. *Paulo plenior Historia Iuris Naturalis*, Halae Magdeburgicae, 1719, p. 22.

(8) «Jam enim illa usum luminis nimis extendebat, et ejus ope essentiae divinae mysterium, inter omnia incomprehensibilia maximum, comprehendere ac funditus ertere studebant, non contenti videlicet, quod Christus et ejus Apostoli mysterium voluntatis divinae doctrina simplici ab idiotis palpabili propuesuerint». Cfr. *ibidem*.

(9) «Etenim Constantini Magni tempore eruditi ex Ethnicismo in christianismum transferebat modum docendi verborum quidem et amoenum, sed et simul sophisticum, oratorium, rixantem, et affectus ubique testantem. Et cum solliciti esse debuissent, ut veritas christiana à falsis doctrinis Philosophiae ethnicae per sinceram, mansuetam, perspicuam et simplicem viam purgaretur, et errores Paganismi hoc modo confunderentur, et extinguerentur, potius tamen utebantur modis disputandi perversis et fallacibus Ethnicorum». Cfr. *Paulo plenior Historiae...*, cit., p. 23.

(10) Cfr. THOMASIUS: *Paulo plenior Historiae...*, cit., p. 26.

(11) «Haec ipsa suppressio et abjectio rationis ad maxime arcana inventa Papatus politici pertinet, quod primi Reformatores Ecclesias Protestantium statim detegere non

Desde esta perspectiva hay que evaluar la aportación de los Padres de la Iglesia. Barbeyrac, en el prefacio a la versión francesa del *Ius Naturae et Gentium* de Pufendorf, presentó a Tertuliano, Agustín, Clemente Alejandrino, Orígenes, Juan Crisóstomo, etc. como personas que no sólo no supieron nada sobre doctrina moral (en la que se incluye el Derecho natural), sino como hombres que incurrieron en errores graves, incluso contra el Derecho natural, al explicar las Sagradas Escrituras (12). En general, los tratados de «derecho natural», cuando ya tardíamente, a mediados del siglo XVIII, incluyen a veces en su primera parte una breve historia de la doctrina del *ius naturale et gentium*, ironizan y trivializan la Patrística, de modo que cada Padre suele ser despachado con no más de cuatro o cinco líneas en las que se muestra algún pretendido absurdo especialmente chocante. Leopold Friedrich Federsdorff se hace eco de una mentalidad extendida entre los iusnaturalistas cuando escribe que los primeros Padres de la Iglesia rechazaron la razón, y dejaron únicamente a la Revelación como criterio de la actuación humana; así se acumuló error tras error, ya que cada cual entendió la Revelación a su modo y rechazó las doctrinas de los otros Padres que no se ajustaban a la suya propia. Mezclaron el Derecho natural con la Moral y la Religión, y resultó un caos en el que cada uno contradecía a los demás, y las disputas no tenían fin (13). Es interesante notar cómo la explica-

poterant, utpote qui potissimum controversias Theologicas examinebat; neque Politici etiam advertent, cum in universitatibus nequaquam manuducerentur ad veram et rationalem Politicam, et in Papatu saltem errores Theologicos non vero astutias Pseudo-Policorum arcanorum observarent. Et hae tenebrae per aliquot saecula regnerunt in orbe Eruditorum. Jam vero per Dei singularum Gratiam lux meridiana tenebras istas discussit, et artificia omnia astuta ac violenta insufficientia sunt, ut non possint amplius, luminibus ubique perrumpentis veritatis officere». Cfr. *Paulo plenior Historiae...*, cit., p. 28.

(12) «Cui vero tempus et occasio deficiunt, praefatos et alios Autores consulendi, ei valde commendanda est, eruditissima praefatio Barbeyracii, quam versioni gallica operis Pufendorffiani de jure naturae et gentium praemisit, utpote qui laudabili et à Politicis et Juriconsultis grata mente agnoscenda industria, quicquid de haec materia apud autores sibi lectos invenit, collegit, et clarissime monstravit, quod Athenagoras, Clemens Alexandrinus, Tertullianus, Origenes, Cyprianus, Lactantius, Basilius, Gregorius Nazianzenus, Ambrosius, Chrysostomus, Hieronymus, Augustinus, Leo, Gregorius Magnus (et catenam Patrum Ecclesiae praecipuorum et passim pro sanctis habitorem) non solum in doctrina morali parum aut nihil sciverint, sed et in explicatione Scripturae Sacrae aut alias, occasione ita ferente, varia noxia et erronea, ac non solum luci Evangelii, sed et juri naturae adversantia dogmata (ut ipse loquitur) in animis auditorum suorum disseminaverint». Cfr. THOMASII: *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 29.

(13) «Die ersten Kirchenlehrer aber hatten den unselligen Gedanken, daß sie Vernunft gar nicht wollten galten lassen, sondern die Offenbarung sollte allein die Richtschnur des menschlichen Thuns und Lassens seyn. Hieraus entstand Verirrung über Verirrung. Denn ein jeder deutete die Lehren der Offenbarung nach seinem Wahn; jeder setzte Lehren fest, und alles was auch noch so vernünftig war, aber mit jenen angenommenen Menschenlehren und Erklärungen nicht paßte, würde verworfen. Man mischte Recht der Natur, Moral, Religion unter einander und so entstand ein Chaos. Der eine widerspricht dem andern und das Streitens war kein Ende». Cfr. *System des Rechts der Natur auf bürgerlichen Gesellschaften, Gesetzgebung und das Völkerrechts angewandt*, Braunschweig, 1790, *Vorbericht*, p. IV.

ción de Fredersdorff, que posee el tono de una versión popular en su momento entre los protestantes acerca de la corrupción de la Iglesia católica, se opone a la de Thomasius; pero, aunque ambas coinciden en su falta de base documental (14), este tipo de cosas no debía de preocuparle gran cosa a los iusnaturalistas modernos; en efecto, ellos, protestantes en su totalidad (15), se contentaban con desprestigiar la causa católica, sin preocuparse gran cosa de los medios que usaban.

En este contexto pretendidamente histórico, la suerte de la doctrina del Derecho natural fue más bien triste. En efecto, explica Thomasius que el Papado oscureció y corrompió el Derecho natural (16), y suprimió la razón natural a fin de que los laicos estuvieran persuadidos que sólo podían creer y hacer lo que el clero les prescribiera, de modo que de esta obediencia suya dependía su felicidad temporal y eterna; de esta forma el laicado cayó en una obediencia ciega y en una extrema servidumbre (17). El clero, a fin de afianzar su poder, fomentó la ignorancia más crasa entre los laicos, y les apartó del estudio de aquellas disciplinas que podían llevarles a una verdadera sabiduría (18).

De esta forma, los laicos quedaron relegados a oficios no humanistas, como la milicia, o a gestiones económicas relacionadas con la agricultura; como por naturaleza, explica Thomasius, los hombres somos necios y poco dados a usar de la razón, era muy difícil que alguien llegara a la sabiduría sin ser guiado (19). Pero el clero, como ya quedó indicado, fomentó la estulticia de los laicos y, de este mo-

(14) Thomasius sólo conoce, sobre la Patrística, la muy breve y sesgada obra de Abraham Scultetus que él cita en *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 28.

(15) Además de la *Paulo plenior Historia* de THOMASIUS, ya citada, el lector puede consultar sobre este extremo las obras de: LUDOVICI, J. F.: *Delineatio Historia Iuris divini naturalis et positivi universali*, Hale Magdeburgicae, 1701; la de GLAFEY, A.: *Vollständige Geschichte des Rechts der Vernunft*, cit.; y la de BUDDE, J. F.: *Selectas iuris naturae et gentium*, Halae Saxonum, 1704.

(16) «...imprimis vero doctrina morum et politica, item Jus Naturae magis magisque obscurata et corrupta fuerint». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 29.

(17) «Jam vero facile intelligitur, cur supra docuerim, suppressionem luminis naturalis esse unum ex praecipuis fulcris papatus. Cum enim laicis semel esset persuasum, ut omnia crederent, ipsis esse facienda et credenda, quae à clero praescriberentur, et ut ab haec persuasione ipsorum felicitas temporalis ac aeterna dependerat, sua sponte inde sequebatur coeca obedientia et praecipitium necessarium, in extremam servitutem». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 39.

(18) «Hoc autem semel obtento, clerus non amplius habebat opus studiis ac lucubrationibus, quibus mediis laicos sub jugum mitterent, sed quotidie magis magisque immergebantur crassissima ignorantiae, ita ut tandem vix latine scribere aut legere nosset, tantum abest, ut literis humanioribus ac artibus liberalibus, et disciplinis ad veram sapientiam necessariis, dedissen operam». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 39.

(19) «Reliqua vero laicorum turba in officiis aulicis vel militaribus, aut etiam in rebus oeconomicis ad agriculturam pertinentibus adulta vix de genuino usu sacrae rationis cogitabat. Etenim à natura omnes homines stultiis et actionibus rationi adversis immersi sunt, et rarissime eorum aliquis sine manuactione aliorum ad viam sapientiae sua sponte transfertur». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 40.

do, bien por actos *inter vivos*, bien por últimas voluntades, éstos dejaban sus bienes a las *pias causas, monasteria, hospitalia, orphanotrophia* y *ptochotrophia* de los clérigos. Así, los laicos no podían usar ni del sentido común sin la indulgencia y aprobación del clero, y al que se atrevía a oponerse a este estado de cosas le esperaba el exilio, los tormentos, la hoguera, la espada, y todo tipo de persecuciones (20).

El Papado fomentó el estudio de la filosofía aristotélica, prosigue Thomasius, porque esta filosofía era especialmente útil para aumentar la autoridad del clero, y por este motivo la *Metafísica*, la *Física* y la *Ética* según los principios de Aristóteles fueron introducidas públicamente en la Universidad de París (21). Realmente, la Sorbona siempre se mostró refractaria, al menos hasta el siglo XVI, a la filosofía aristotélica, ya que en sus aulas se enseñaba filosofía preferentemente nominalista y escotista: ignoro por qué motivo Thomasius en su fabulación histórica, eligió a la Universidad de París como ejemplo. Ignoro también en qué se basa para mantener que la filosofía aristotélica favorecía el incremento de la autoridad del clero; para esta finalidad era más idónea, por ejemplo, la filosofía escotista; es fácil suponer que, dado que la filosofía aristotélica era la filosofía dominante entre los católicos en tiempos de la Reforma, Aristóteles y sus seguidores hubieron de cargar con todas las culpas que los iusnaturalistas atribuían a los católicos.

El instrumento del que se sirvieron los clérigos para mantener a los laicos en la ignorancia fueron los libros. En efecto, una vez que se crearon las Universidades, el clero fomentó la máxima ignorancia entre los estudiantes; a este fin les ponían en las manos unos libros determinados, que impedían el desarrollo del intelecto. La razón de este proceder es que el clero temía que si se concedía libertad a aquellos primeros profesores, se descubrieron los arcanos de la pseudoautoridad del Papa y del clero; por este motivo, la astucia clerical exigía que los maestros universitarios tuvieran a unos libros como ciertos, y de este modo ellos mismos quedaban como sepultados bajo

(20) «Accedebat, quod Clerus eo omnibus incumberet viribus, ut potentiores, ditiores, ac acutiores ex laicis in stultitia et cupiditatibus suis confirmaret, ita ut mitissime eos tractarent, ac omnia illis indulgerent, si modo venerentur clerum, si ad *pias causas, monasteria, hospitalia, orphanotrophia, ac ptochotrophia* sive per actus *inter vivos*, sive per ultimas voluntates magna dona conferrent, ac paucissimos illos ex laicis, qui clero se opponere auderent, exilio, fustigationibus, glaudio, rota, viricomburio, etc. persequerentur. Quae artes et media, quamvis sensu etiam communi essent adversa, nec adeo profundis meditationibus opus esset, etiam sensu communi, sine indulgentia et approbatione cleri, uti». Cfr. *ibidem*.

(21) «Aristotelicam Philosophiam profuturam esse ad augendam auctoritatem clericalem, priora decreta papalia mox mutabantur in favorem philosophiae Aristotelicae, ut lectiones ac professiones philosophicae, quae realis vocatur, scilicet metaphysicae, physicae, ethicae, secundum principia Aristotelis in schola Parisiensi publice introducebantur». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 44.

el prejuicio de una autoridad humana, que podían transmitirla eficazmente a sus oyentes (22).

De esta forma, explica Jacobo Federico Ludovici, las Universidades presentaban una cara miserable; efectivamente, el teólogo era un clérigo, el jurista era un clérigo, el médico era un clérigo, y lo mismo sucedía con los filósofos. ¿Qué se podía esperar —escribe Ludovici— de estos pechos negros, en aquellos tiempos? (23). Una vez más podemos apreciar la arbitrariedad y el sectarismo al componer esta pretendida historia. Así, mientras Thomasius explicó que el clero mantuvo a los profesores, laicos, en la ignorancia, Ludovici simplifica el problema sosteniendo gratuitamente que todos los profesores universitarios medievales procedían del clero. Basta una ojeada a la «Historia del Derecho romano en la Edad Media» de Savigny —también protestante, pero no sectario— para comprobar la inexactitud de estos asertos.

El contenido de los libros a través de los cuales el clero dominaba a los laicos era la filosofía de Aristóteles, sostiene Ludovici. En el marco de la mediocridad de esta filosofía estaban presos los espíritus, que entendían que no existía sabiduría superior a la de Aristóteles: descuidaron el Derecho natural porque Aristóteles apenas se ocupa de este Derecho, por lo que esta disciplina fue excluida del ámbito de las ciencias (24). De este modo, añade Thomasius, toda la docencia se centró en el Organon aristotélico, en los libros de Retórica, y como en Aristóteles no se encuentra ningún libro sobre Matemáticas, los estudios matemáticos fueron descuidados. Los teólogos quedaron limitados por las sentencias de Pedro Lombardo, los juristas por los

(22) «Neque tamen illa observatio de statu primaevo Professorum in studiis universalibus (unde Universitatum postea nomen ortum fuit), à scopo nostro aliena erit. Monachi qui juventutem informare in studiis debebant, ut modo dictum, maxima ignorantia laborabant ipsi, atque adeo non erant capaces, ut lumine naturali intellectus humani ipsimet debito modo uti possent. Igitur opus erat, ut illis, qui aliorum intellectum dirigere atque in activitatem transferre deberent, certi quidam libri, instar sustentaculorum in manus darentur, ut ipsorum intellectus pedetentim ope illorum progredi paulatim asuefieret. Luberat etiam arcanum politicum clericale: Metuebant enim, si primis professoribus libertatem reliquissent, ut in disciplinis, quas profitebantur intellectu suo pro lubito uti potuissent, ne ipsimet mysteria clericalis et papalis potestatis et autoritatis pseudo divinae introspecerent, atque arcana illa laicis propalarent. Igitur postulabat astutia clericalis, ut Magistri alligarentur quasi ad certos quosdam libros, ut si hoc modo ipsi sub praejudicio humanae autoritatis quasi sepulti essent, idem praejudicium tanquam fundamentum Papatus eo majori cum successu in animus auditorum firmas ageret radices». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 45.

(23) «Sed et ipsae Academiae miseram faciem habebant. Theologus enim erat Monachus, Jurista erat Monachus, Medicus erat Monachus pariter ut Philosophus... Quid vero à nigris hisce pectoribus illo tempore erat spectandum?». Cfr. *Delineatio Historiae...*, cit., p. 11.

(24) «Philosophi costra glebae Aristotelicae adscripti intra cancellos mediocritatis et undecim virtutum sese continebant, firmiter credentes, non reperiri sapientiam Aristotelicam majorem, adeoque jus naturae, licet tale existet forsam, sapientiae non esse annumerandum, quippe de quo Aristotelis nihil scriptum reliquebat». Cfr. *Delineatio Historiae...*, cit., p. 11.

dos cuerpos del Derecho, el canónico y el civil, los médicos se circunscribieron a Galeno; de este modo, las facultades de cada cual disponían de un espacio, fijado por unos límites, dentro del cual podían ejercer su intelecto, cuyos términos, prescritos, no podían traspasar (25).

Si tocamos directamente el tema de la filosofía moral —escribe Thomasius— y del Derecho natural en las Universidades, el panorama es desolador. Esto se debía a que tanto la *Etica a Nicomaco* de Aristóteles como su *Gran Moral* son obras plenas de sutilidades inútiles, de una prolijidad tediosa, *pro more Aristotelis*, de modo que en el exiguo Epicteto se encuentran más cosas interesantes y mejor método que en estos extensos volúmenes de Aristóteles (¡Llamar volúmenes «extensos» a la «Etica a Nicómaco» y a la «Gran Etica»! Seguramente Thomasius nunca los había visto). En estos libros, prosigue Thomasius, se encuentran muchas cosas sobre las virtudes, pero nada acerca de la naturaleza de éstas y sobre el discernimiento entre las virtudes verdaderas y las falsas, así como de las formas de adquirir las virtudes: todo se resuelve en un tratamiento superficial y oscuro, en el contexto de palabras sin sentido (26).

El juicio final lo expresa Thomasius indicando que lo cierto es que esta época católica no nos ha dejado nada acerca de la prudencia legislativa y consultiva, y que estos teólogos y filósofos no propusieron nada relevante sobre el discernimiento de lo justo y de lo injusto. Hay que concluir, pues, según Thomasius, que la ética filosófica en las Universidades instituidas por los Papas fue tan vacua que no servía para nada en la vida civil (27). Por todo esto, el mismo Thomasius, cuando propone, en el *Praefatio* de la obra que cito, lo que tratará en ella, explica que sus lecciones versarán sobre la ignorancia

(25) «Theologi, ut mox latius explicabimus, ad sententias Petri Lombardi erant adstricti; Jcti ad duo corpora juris, civilis nempe et canonici; Medici ad Galenum. Sic vero cuilibet facultati certi fines ac spatia, intra quae intellectum suum exercerent, et quorum terminos tanquam servi, ad triremes damnati, egredi non possent, erant praescripti». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 46.

(26) «Videamus jam, quatenus fuerint fata Philosophiae moralis et juris naturae in universitatibus. Incipiamus à Philosophis. Aristotelis libris ad Nichomachum eiusque magna moralia sunt quidem libri non undiqueque absurdi, aut spernendi, interim tamen passim inutilibus subtilitatibus, atque taediosa prolixitate, pro more Aristotelis, in tantum laborant, ut, e.g. in exiguo Epicteti enchyridio melior methodus et plura realia, ut in scholis loquimur, occurrant, quam in magnis istis voluminis Aristotelis... Multa quidem de virtutibus disseruit, sed naturam earum, et quomodo fictae virtutes à genuinis accurate discerni deberent, ut et media virtutes acquirendi, vel plane non attigit, vel superficialiter saltem et obscurissime, quamvis multis verborum ambagibus adhibitis, exposuit». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 46.

(27) «Id certum est, quod de prudentia consultoria et legislativa, item de Jurisprudencia naturali nullos reliquerit libros. Ut adeo, ut mox videbimus, Theologi doctrinam de justo et injusto ab illis temporibus totam sibi solis vindicaverint, et Philosophis nihil, de quo justo et injusto auditoribus suis proponerent, reliquerint. Certe ethica Philosophorum in Academiis, à Papis institutis, tam jejunia fuit, ut ad nullum plane vel minimum usum in vita civili ejus doctrina potuerit adhiberi». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., pp. 46-47.

y la servidumbre universal entre los cristianos, del rechazo y de la supresión de la recta razón y de las verdades sensibles, de la condición misérrima de las escuelas, tanto superiores como inferiores, de la condición mísera de la Teología, y de los testimonios acerca de estas cuestiones antes de la Reforma protestante (28).

No es difícil observar que el tono que adoptaron los iusnaturalistas para «explicar» la historia de la filosofía moral y del Derecho natural entre los católicos, desde los orígenes de la Iglesia hasta el siglo XVII, es estrictamente maniqueo: no existió entre los católicos nada positivo, nada valioso, nada, en definitiva, de interés. El clero católico, según los iusnaturalistas, aparece como un conjunto de hombres demoníacos, únicamente preocupado por sojuzgar a los laicos recurriendo siempre al engaño; durante diecisiete siglos se ha compuesto de hombres corrompidos, que han extirpado de la faz de la tierra la recta razón a fin de que no se descubriera su impostura. Dentro de este juicio de conjunto quedan comprendidos los teólogos españoles que integran la «Segunda Escolástica»; pero como algunos pretenden establecer diversas vinculaciones entre este movimiento de teólogos católicos y el iusnaturalismo moderno, no será ocioso que examinemos cómo el iusnaturalismo entendió y valoró a estos escolásticos españoles.

3. LOS JUICIOS DE LOS IUSNATURALISTAS SOBRE LA SEGUNDA ESCOLASTICA

Quisiera advertir al lector, ante todo, que en vano buscaremos entre los iusnaturalistas una crítica o un análisis de la filosofía escolástica española del siglo XVI. En efecto, los iusnaturalistas no *criticaron* a la Escolástica, en el sentido, por ejemplo, en que decimos que Kant criticó a Wolf, sino que se limitaron —con éxito— a descalificarla mediante insultos.

El único autor que trata con una cierta benevolencia a estos escolásticos es Immanuel Proeleus, que explica que Grocio entendió que la mala fortuna de ellos se debió, en parte, a que los escolásticos vivieron en tiempos ignorantes, por lo que carecieron tanto de la llave del idioma como de la luz de la Historia (29). Por lo que se puede

(28) «... de communi et pene universali inter Christianos ignorantia et servitute, orta potissimum ex rejectione vel suppressione rectae ratione et veritatum sensibilium; de miserrima conditione scholarum tam superiorum, quam inferiorum... de misera conditione Theologiae Academicae Orthodoxorum; de testibus veritatis quoad agnitionem illius miseria ante reformationem». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., *Praefatio*, *sectio III*.

(29) «Grotius hält es von ein Stück ihres Unglück, dab sie in unwissenden Zeiten gelebt haben, denn sie haben weder Schlüssel der Sprachen, noch das Licht der Historien». Cfr. *Grund-Sätze...*, cit., p. 108.

observar, ni Grocio ni Proeleus tienen en cuenta que el momento de la Segunda Escolástica, el siglo XVI, es el del Humanismo, también en el Derecho, y ello explica que en varios escolásticos —pienso en Alfonso de Castro, por ejemplo— encontremos un latín y unos conocimientos históricos y filosóficos muy superiores a los normales en tiempos posteriores; pero nada de esto contaba entonces, porque los siglos XVII y XVIII, desde su absoluto como infundado complejo de superioridad, despreciaban todo cuanto ignoraban.

No es fácil exponer los juicios de los integrantes del iusnaturalismo moderno acerca de los teólogos-juristas escolásticos. Efectivamente, si pretendiera realizar esta tarea de una manera relativamente completa, resultaría un catálogo de insultos excesivamente extenso y prolijo, aburrido para el lector; he optado, en consecuencia, por reproducir aquellos juicios que tienen cierto valor representativo de la forma como la Modernidad entendió el trabajo de estos autores.

Samuel Christian Hollmann explicaba tardíamente que los escolásticos se aferraron de tal forma a la filosofía moral escolástica que la equipararon a las doctrinas de los Padres de la Iglesia primitiva, a los decretos de los concilios y de los pontífices romanos, a las Sagradas Escrituras; de esta forma emergió un cuerpo confusísimo de filosofía escolástica formado por una mixtura de teología y filosofía; fue tanta la autoridad de Aristóteles entre ellos que el Evangelio quedó sustituido por la filosofía aristotélica, y todo este tipo de confusiones se puede apreciar ejemplarmente en la «Suma teológica» de Tomás de Aquino (30).

Explica también este mismo autor que los escolásticos pretendieron derivar el Derecho natural tomando como principio supremo la santidad de Dios, de modo que, para ellos, las «leyes naturales» fluyen de la justicia y de la santidad divina; así llegaron a una noción confusísima del Derecho natural, de modo que entendían que las leyes naturales eran algo así como una realidad escrita en los corazones de los hombres, doctrina inane que él ya ha refutado (31).

(30) «Tanti enim iisdem doctrinae moralis Aristotelicae, postquam in manus ipsorum inciderat, fieri plenita coeperunt, ut dictis assertisque patrum primitivae ecclesiae, decretisque conciliorum, Pontificum Romanorum, non solum, sed ipsis etiam Scripturae S. oraculis, eadem aequipararent, indeque tandem confusissimum illud theologiae, et philosophiae, scholasticae corpus emerget.

Tanta apud hos homines Aristoteli auctoritatem fuisse, ut, ablegato evangelio, eiusdem ethica pro concione enarrarent, testem amicum se profitetur Philippus Melachton, in Apolog. A.C. art. IV.

Confusionis istius specimina videre iam licet in Thomae Aquinatis Summa Theolog. imprimis parte I et II secundae». Cfr. *Iurisprudentiae naturalis primae lineae*, Gotttingae, 1751, *Prolegomena generalia*, § 23.

(31) «Ex illis, quae de legum naturalium formali ratione, et indole, hactenus dicta sunt, indicari jam facile potuit, quid de illa scholasticarum quaestione, et controversia, sentiendum sit: num leges naturales ex Iustitia, ut Sanctitate, Dei essentiali ita fluant, ut, illis salvis, locum habere aliae nequeant? Confusissimum enim illa notionem, quasi leges naturales cordibus hominum insitae, connataeque, sint, tota illa supponit: qua

Thomasius, al pretender historiar la doctrina del Derecho natural, nos indica que la fuente de la sabiduría fue, durante mucho tiempo, el libro de las sentencias de Pedro Lombardo (libro, por lo demás, según ha explicado anteriormente, en el que se confunden la Filosofía y la Teología, las Sagradas Escrituras con los principios de la filosofía pagana y que, en lo que se refiere a la doctrina moral y al Derecho natural, expresa la vieja ignorancia y los errores comunes de éstos (32); como podemos comprobar cualquier referencia a una obra anterior al siglo XVII era forzosamente negativa). Sobre las sentencias de Pedro Lombardo escribieron varios autores, tales como Alberto Magno, Tomás de Aquino, Buenaventura, Durando, Scoto, Occam, etc. Como estos autores mantenían discrepancias entre sí, pronto surgieron escuelas diversas: albertistas, tomistas, escotistas, occamistas. Tomás de Aquino no sólo ilustró el libro de las Sentencias de Pedro Lombardo, sino que él mismo compuso un nuevo «sistema», la Suma teológica, que agradó a muchos y fue, a su vez, comentada, lo que hicieron Tomás de Vio, Cayetano (Thomasius desconoce que estos dos nombres corresponden a una misma persona), Bartolomé Medina, Gabriel Vázquez, Francisco Suárez, y otros. «En estos comentarios, concluye Thomasius, tanto en los que se hicieron sobre las sentencias de Pedro Lombardo como sobre la Suma de Tomás, en vano buscarás doctrinas útiles, procedentes de la sana razón, sino que todos ellos están repletos de autoridades, sutilidades, inanidades» (33).

El reproche más común que el derecho natural moderno dirigió

ipsa vero satis jam confutata, haec ipsa etiam simul corrui». Cfr. *Iurisprudentiae...*, cit., pars I, cap. II, § 62.

(32) «Verosimile est, quod uti Lombardus in his libris voluit doctrinam Augustini cum Aristotelica unire, ita etiam in toto opera Theologia et Philosophia inter se confusae, et Scriptura Sacra ex principiis philosophiae pagana exposita, simul vero in doctrinis moralibus et ad jus naturae pertinentibus ignorantia vetus et errores communes propagati fuerint». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 51. Obsérvese el despropósito de la referencia a Aristóteles.

(33) «Iste vero liber sententiarum tum erat fas sapientiae theologie, in quam virorum Professores glossas suas scribebant, uti Jurisconsulti in corpus iuris. Wilhelmus Antisiodorensis, Albertus Magnus, Thomas Aquinas, Bonaventura, Gulielmus Durandus, Iohannes Duns Scotus, Occamus, Estius, commentariis suis in Lombardum editis, quasi de praemio certabant, quisnam ex illis prae reliquis mentem Lombardi recte exponere valeret. Et cum saepius in explicatione sua inter se dissentirent, et tamen quilibet sententiam suam, ut veriore, tueretur, statim inter hos scholasticos ratione orthodoxiae sectae oriebantur, Albertistarum, Thomistarum, Scotistarum, Occamistarum, quas inter secta Thomistarum ob auctoritatem Thomae Aquinatis fere pro praecipua habebatur. Siquidem Thomas non solum commentariis illustraverat libros sententiarum Lombardi, sed et ipse novum systema sive Summam Theologiae scripseret, quod multis sic placebat, ut quasi obliti sententiarum Lombardi, commentaria in hoc systema Thomae Aquinatis scriberent, uti fecerunt Thomas de Vio, Cajetanus, Bartholomaeus Medina, Gabriel Vasquez, Franciscus Svarez, et alii. Interim in his omnibus commentariis tum super sententias Lombardi quam super Summam Thomae frustra quaeres doctrinas utiles à sana ratione profectas, sed omnia repleta sunt auctoritatibus, subtilitatibus, inanitatibus». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., pp. 51-52.

a la Segunda escolástica consistió en objetar que sus autores se habían perdido en discusiones sutiles, altamente retóricas, sobre temas sin importancia. Müldener compara sus obras con telas de araña, sutiles pero inútiles, construidas en el marco de un estilo literario bárbaro y de una ignorancia a la que no es ajena la rudeza (34). Juan Francisco Budde, el historiador del Derecho natural más conocido e influyente en la Ilustración, escribía que estos escolásticos convirtieron toda la Filosofía en puros sofismas, y el arte de saber quedó reducido a un arte de altercar, incluso sobre temas levísimos, de forma que así como los alquimistas pugnaban entre sí por convertir los metales viles en oro, los escolásticos convirtieron la sabiduría en una logomaquia; derramaron tanta seriedad en cosas tan vanas, que se podría juzgar —concluye Budde— que estos hombres estaban locos (35).

Johannes Gottlieb Heineccius se preocupó por hacer una relación de los errores en los que —según él— habrían incurrido los escolásticos. «Los escolásticos trataron mal el Derecho natural y de gentes, y esto lo demostraré rápidamente: 1) no sólo eligieron como cabeza (*ducem*) a Aristóteles, sino también a los escritores árabes mahometanos que interpretaron a Aristóteles, que trataron de toda la filosofía moral; 2) todo lo tratan sin ningún orden; 3) suponen un principio oscurísimo, la santidad de Dios; 4) el Derecho natural y de gentes lo desarrollan, ineptamente, desde Aristóteles; 5) proponen cuestiones absurdísimas, como, por ejemplo, si alguien debe morir por dar una bofetada, sobre si se puede adorar una hostia sobre la que hay dudas acerca de si está consagrada, etc.; 6) defienden tesis impías, como el probabilismo, el método de dirigir las intenciones, la reserva mental y el pecado filosófico» (36).

(34) «Magno insuper conatu nugae agebant Doctorum Scholasticorum plurimi, spissaque sua Volumina, pauco vel nullo sale referta orbi, tunc quidem parum eruditio, obstrudebant, in quibus frivolemne quaestionum artifices aranearum, telas, subtiles, quidem, sed inanes ac inutiles, operose contexebant, ac ita ruditatem saeculi barbaro sermone et ignorantia affectata non leviter augebant», Cfr. *Positiones inaugurales, in quibus Iuris Naturae definitio et fundamentum*, Halae Magdeburgicae, 1698, § 1.

(35) «Per intempestivam sane horum hominum diligentiam toto philosophia in sophismata paulatim delapsa est, artemque sapiendi in artem rixandi et altercandi, idque de rebus levissimis, converterunt. Diceres, quod Alchymisti certamen illos iniisse, hoc saltem discrimine quod illi quidem viliora metalla in aurum, hi sapientiam in logomachiam mutarint. Tanta autem severitate in hisce naeviis vanissimisque commentis versantur, ut iurares, homines tum maxime insanire». Cfr. *Selectas...*, *cit.*, p. 325.

(36) «Ceterum quam male de J.N. et G. meriti sint Scholastici, paucis demonstravimus.

1) Non solum ducem elegerunt Aristotelem, sed et scriptores Arabes Mahumedanos, Aristotelis interpretes, qui totam philosophiam moralem maxime observarunt.

2) Omnia sine ordine tradunt.

3) Principium supponunt obscurissimum, sanctitatem divinam.

4) Ius N. et. G. probant inepte ex Aristotele.

5) Propuerunt quaestiones absurdissimas, e.g. a ob aliquam alapam intentatam aliquis possit occidi? An possit adorari hostia, de qua dubitas, an sit consecrata?

6) Accedit quod scholastici immiscent principia impia de probabilismo, de metho-

Pero la aportación de la Segunda Escolástica no fue vista solamente como un intento históricamente fracasado, sino como algo en sí mismo peligroso y dañino. «Los jesuitas —escribe Thomasius— se dedicaron a esta tarea, e inculcaron en la doctrina moral principios máximamente nocivos y peligrosos, cosa que siguen haciendo aún hoy. De entre ellos hay que citar a Gabriel Vázquez, Francisco Suárez, Juan Azorio, Luis de Molina, Leonardo Lessius y Antonio Escobar, que fueron jesuitas» (37). Para emitir este juicio, Thomasius se apoya en el estudio de Adam Tribechovius, *De Doctoribus scholasticis et corrupta per eos divinarum humanarumque rerum scientia*, publicado en Giessen en 1665. Thomasius mantiene que, en general, estos autores se guiaron, al elaborar sus doctrinas filosóficas y teológicas, por sus intereses temporales, fundamentalmente en busca del incremento del poder del Papa y del clero (38). De esta forma, si una conducta no convenía a sus intereses, aunque tal conducta se fundamentara en la sana razón e incluso en el sentido claro y perspicuo de las Sagradas Escrituras, ellos enseñaban que era deshonesto, injusto, digno de las penas infernales. Así, por ejemplo, el jesuita Mariana enseñaba que era justo matar a los reyes heréticos, esto es, a los que no eran suficientemente ortodoxos o que en extremos mínimos disentían del clero dominante (39).

Tras este tipo de escritos, pronto se difundió por toda Europa un sentimiento de profundo desprecio por las inmundicias de la ciencia propia de los católicos. Ello explica los juicios que encontramos tardíamente, a mediados del siglo XVIII, sobre nuestros escolásticos. En este sentido, Adam Glafey, en su conocida historia del Derecho natural, explicaba como dato evidente que tanto los juristas como los teólogos se habían llenado la cabeza con abstracciones metafísicas, que se habían dejado guiar por el principio de autoridad y que,

do dirigendi intentionem, de reservatione mentali, et de peccato philosophico». Cfr. *Praelectiones Academicæ in Hugonis Grotii De Iure Belli ac Pacis libros tres*, Roboretti, 1746, *Proemium*, pp. 48-49.

(37) «Inprimis autem Jesuitae operam dederunt, ut principia maxime noxia et periculosa in doctrina morali inculcarentur, et adhuc hodie id faciunt. Nam ex hactenus memoratis Gabriel Vasquez, Franciscus Svarez, Iohannes Azorius, Ludovicus Molina, Leonhardus Lessius, Antonio Escobar Jesuitae fuerunt». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, *cit.*, p. 52.

(38) «Itaque initio seculi decimi, doctrina de virtutibus et vitiis, sive de differentiis justi et injusti, boni et mali, de iure naturae et g. tam apud pontificios, quam apud evangelicos misserrimo e pene incurabili morbo laborabat. Scholastici pontificii in libris, qui titulis de iustitia et iure vel similibus insigniebantur, talia dogmata insinuabant animis discentium, quae solum inserviebant incremento papatus et clericatus». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, *cit.*, p. 63.

(39) «Contra quicquid iidem facerunt, secundum ductum sanae rationis, vel etiam secundum claram et perspicuam literam Scripturae Sacrae, malum esse docebatur, turpe, injustum, et poenis infernalibus dignum, si scilicet non conveniret cum scopo et interessa scholasticorum. Ex Jesuitis Mariana incipiebat defendere, justum esse interficere Reges haereticos, id est, non satis orthodoxos, et vel in minimis apicibus a clero dominante dissentientes». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, *cit.*, pp. 63-64.

de manera consecuente, habían convertido el Derecho natural en un puro chisme y logomaquia que no tenía más finalidad que fortalecer al Derecho canónico romano (40). De forma más resumida, Juan Eberhard Roesler se limita con indicar que «los doctores escolásticos no proponen más que cosas falsas, perniciosas, turbulentas, inútiles» (41). Así pues toda la especulación escolástica está tan cargada de sutilidades e inutilidades que, ante ella, cualquier lector no puede sentir sino náusea y horror (42).

4. LOS ORIGENES DE LA SABIDURIA: HUGO GROCIO

Esta etapa tenebrosa de la cultura occidental acabó con la aparición del *De iure belli ac pacis* de Grocio, según nos indica Samuel Pufendorf (43). Según el coro unánime de los iusnaturalistas, Grocio fue el restaurador de la ciencia moral y del Derecho natural, de los que no existía anteriormente ningún vestigio (44).

La situación había sido, ciertamente, grave porque, incluso después de la Reforma, la disciplina moral había permanecido en las tinieblas escolásticas, sometida a la autoridad de Aristóteles, hasta la aparición de esta obra de Grocio (45), a pesar de que Lutero odiaba a la filosofía aristotélica-escolástica (46). Pero, tal como nos indi-

(40) «Gleichwie aber so wohl die Juristen als die Mönchen ihre Köpfen mit Metaphysischen Terminis und Abstractionibus, nach welchen Maß-Stabe sie alle Dingen in der Welt ausmassen wollten, angefühlet halten: hiernach gewaltig an dem Praejudicio auctoritatis laborirten: Also Machten sie auch den Jur. Nat. ein bloß Gewäsche und Wort-Gefechte, oder thaten weiter nichts, als daß sie aus dem Jure Canonico und Romano Bestärckung ihrer Assertorum Testimonia zusammen suchten». Cfr. *Vollständige Geschichte...*, cit., p. 79.

(41) «Doctores Scholastici et Academici falsa, pernicioza, turbulenta, inutilia dogmata se proponant». Cfr. *Institutiones Iurisprudentiae naturalis*, Tubingae, 1756, L. II, cap. XVIII, § 9.

(42) «... qui totus speculationibus scholasticorum subtilibus et inanibus ita repletus est, ut cuicumque lectori, solidioribus depibus adsueto, facile nausea et horror moveri possit». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 77.

(43) «Verum, qui naturalia iura a positivis accurate discerneret, et ista in plenisystematis rotunditatem disponere aggredierentur, ante Hugonem Grotium nemo extitit». Cfr. *Eris Scandica. Qua adversus libros de iure naturali et gentium objecta diluuntur*, Frankfurt am Main, 1686, p. 200.

(44) «Accinxit porro esse Grotius ad moliendum opus, in qua nulla priorum vestigia ipsum regebunt». Cfr. PUFENDORF, *Eris Scandica...*, cit., p. 205.

(45) Ludovici nos indica que «atque adeo post Reformationem quoque usu ad tempora Grotii Disciplina juris naturalis in Scholasticis tenebris et squaloribus sepulta jacebat». Cfr. *Delineatio Historiae...*, cit., p. 15. Thomasius, pocos años más tarde, explica también que la filosofía aristotélica dominaba ante los protestantes hasta aparición del *De iure belli ac pacis* de Grocio. Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 69. Hollmann escribe, más extensamente, que «Omnis ergo doctrina moralis ab hoc tempore, vel inter protestantes ipsos, intra cancellos librorum moralium Aristotelis veluti conclusa, iisdemque ita quasi circumsperta, fuit, ut ne latum quidem unguum ab eadem recedere liquet». Cfr. *Iurisprudentiae naturalis...*, cit., *Prolegomena generalia*, § 25.

(46) Vid. THOMASIUS, *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 3.

ca Thomasius, para la divina Providencia no hay nada imposible, y por ello, allí donde reinó el error amaneció la verdad; así, la divina sabiduría, en las Facultades de Teología, Derecho y Filosofía, en las que reinaba la confusión entre lo verdadero y lo falso de la mano de la filosofía escolástica, la divina sabiduría suscitó un varón que, sin ser doctor escolástico ni académico, ni teólogo, ni jurista, ni filósofo, fue, sin embargo, un egregio teólogo, un excelente jurista y un eximio filósofo (47).

Efectivamente, Grocio, tal como nos informa Heineccius, fue el fundador del Derecho público universal, que antes de él había sido ignorado, ya que la *iurisprudencia* había permanecido en tinieblas (48). Aun Juan Federico Weidler, mejor conocedor del Derecho, concedía que Grocio había tenido algunos predecesores, como era el caso —cita Weidler— de Diego de Covarrubias, Fernando Vázquez de Menchaca, Hopper, Gentili, Winckler, Seduardus (49), Ayala (50), pero Hufeland, más fiel al espíritu que animaba a la Escuela del Derecho natural moderno, explica que estos juristas no pueden ser considerados, hablando con propiedad, como predecesores de Grocio, porque sólo hicieron una especie de filosofía sobre el Derecho romano conocido entonces y, en lo que respecta a la *iurisprudencia*, sus explicaciones son tan incorrectas, tan inadmisibles, tan inacabadas, que de ellas sólo puede decirse que componen la prehistoria (*Vorgeschichte*) de la Ciencia del Derecho (51).

Así pues, el método de Grocio no se ciñe a la disciplina del Derecho natural, sino que se extiende a todo el Derecho, a la ciencia del Derecho, al *ius commune*, al Derecho de Gentes (52), saberes que,

(47) «Sed divinae providentiae nihil est impossibile. Omnia agit suo, id est, debito tempore. Et ubi error summum attigit, fastigium, adventus veritatis appropinquant. Confuso veri et falsi per Doctores in cathedras ecclesiasticas et Academicas introducta erant, tres facultates Academiae, Theologia, Juridica, Philosophica, nugis scholasticis erant addictae. Suscitabat igitur divina sapientia virum, qui neque Doctor Ecclesiasticus neque Academicus esset, qui neque Theologiam, neque Jurisprudentiam, neque Philosophiam tanquam Professor publicus doceret, simul tamen et egregius Theologus et excellens Iustus et Philosophus eximius esset». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., pp. 65-66.

(48) «Inprimis egregie Grotius consuluit iuri publico universali. Id enim quum ante Grotium poene ignoraretur, ejus opera primum caput exservit tenebris». Cfr. *Praelectiones Academicae...*, cit., p. 32.

(49) Weidler entiende que «Seduardus» fue un jurista destacado. Ignora que no es más que un personaje de la obra de Joaquín Hopper, *Seduardus, sive de vera Jurisprudencia*. Resulta patente que estos autores, cuando hablan de la jurisprudencia anterior a Grocio, lo hacen de oídas.

(50) Cfr. *Institutiones Iuris Naturae et Gentium methodo geometricae digestae collatoque sparsim iure positivo illustratae*, Vitembergae, 1731, cap. II, § XXI.

(51) «... ist zum Theil nur eine Art von Philosophie über das einmal existirende und eigentlich römische Recht, zum Theil aber so unzugänglich, unbestimmt und unausgeführt, daß man von diesen Männer beständig gleichsam nur in einer Vorgeschichte der Wissenschaft behandelt». Cfr. *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig, 1785, p. 16.

(52) David Mevius escribía a este propósito que «Lucernam praetulit incomparabili ingenio atque eruditio Praecellentissimum Vir, HUGO GROTIUS, quo antea scitius et so-

antes de él, habían permanecido confusos y corrompidos en las tinieblas escolásticas, como ya hemos estudiado. Por este motivo, Ulricus Obrecht explicaba que, tras los tiempos escolásticos, en este siglo nuestro superior se ha vindicado, frente a las cavilaciones de los ignorantes, la certeza de la *Civilis Prudentia*, y han aparecido grandes ingenios, de los cuales el primero es Grocio (53).

Envueltos en una constelación de genios que, por primera vez en la Historia, han sentado sobre bases firmes la ciencia del Derecho, el Derecho natural y la sabiduría moral, ya no tiene sentido volver los ojos, estudiar a los juristas anteriores al siglo XVII. Ludovici explica a este respecto que quien caiga en la actitud ridícula —una pérdida de tiempo— de leer a los «doctores» anteriores, es decir, a Bartolo, Baldo, etc. incurre en una actitud *papista* (54). Ya sabemos que, entre los iusnaturalistas, el «papismo» era la suma de todos los males; toda la época ensalzó de tal forma la obra de Grocio que Aubery no dudaba en afirmar, según testifica Ludovici, que Grocio había sido el espíritu más grande después de Aristóteles (55), juicio, ciertamente, de valor dudoso, ya que según esta época entendía a Aristóteles, el Estagirita habría sido el gran corruptor de la razón humana.

Hugo Grocio, sin embargo, si bien con sus «estados de naturaleza», «contratos sociales», etc., rompió con la ciencia aristotélica y escolástica —por lo que los católicos lo consideraron antiaristotélico (56)—, sin embargo procedió con una cautela y precaución excesivas, en opinión de los iusnaturalistas, por lo que entendieron que él marcó el *initium* del Derecho natural, pero en modo alguno su plenitud (57). Era preciso romper completamente con la ciencia escolástica propia de los católicos, a la que Grocio aún concedía valor, y esta tarea estaba reservada a Samuel Pufendorf.

lidius nemo Jurisprudentiam, iuxta gentium Ius Commune, explicuit». Cfr. *Nucleus Iuris Naturalis et Gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1986, *Praefatio altera*.

(53) «Post scholasticorum labores, hoc ex superiore seculo suscepere vindicandem, adversus imperitorum cavillationes, Civilis Prudentiae certitudinem tam in quaestione iuris, quam consilii, magna ingenia: Grotius, Lipsius, Illustrissimus Marnixius, Conringius, Boeclerus, Weichelius, Feldenus, Pufendorfius, et qui ab his laudentur». Cfr. *Academica in usum Volumen collecta*, Argentorati, 1704, cap. V, § 3.

(54) «Contra vero, si centuriis legum ex Corpore Juris depromptis, si myriade Doctorum, Bartoli, Baldi, aliorumque stipetis incedas, Papae!». Cfr. *Delineatio Historiae...*, *cit.*, p. 3.

(55) «Meminit Autor Gallus, Aubery, antea citatus se audivisse a Viris Summis hoc elogium, quae Mr. Grotius étoit le plus universellement sçavant homme, qui eut paru dans le monde de puis Aristote». Cfr. *Delineatio Historiae...*, *cit.*, p. 16.

(56) Indicaba A. Cromaziano que «Giovanni Feldeno Matematico e Giureconsulto di Helmstadt vene tra i primi impugnatore e amaramente lacerò quella sentenza che repugnevano al grande Maestro Aristotele... Il feroce Claudio Salmasio ripete lo stesso, e fere plauso al Seldeno. Giovanni Adamo Osiandro Teologo di Tubinga espose e forte alterò le offese fatte del Grozio alla teologia e alle Gente Scolastiche». Cfr. *Della Istoria critica del moderno diritto di natura e di genti*. Perugia, 1789, p. 36.

(57) Explica Thomasius que Grocio «caute procedebat, et quamvis operam daret, ut ea, quae hactenus Scholastici confusissime tradiderunt, miscendo videlicet jura divi-

5. PUFENDORF O LA GUERRA ENTRE DOS CULTURAS

Destaca Samuel Hollman que Hugo Grocio, por la recepción que hizo en su obra de la doctrina aristotélica, no innovó radicalmente el tratamiento del Derecho natural; de hecho, indica Hollmann, son numerosos los autores que han puesto de manifiesto el aristotelismo que aún existe en la obra del holandés (58).

Ningún autor del «derecho natural» moderno destaca con precisión en qué consiste o en qué se reconoce la influencia de Aristóteles en Grocio; de hecho, las controversias se reducen al tema de si es aceptable para un protestante mantener —como hace Grocio— que las cosas poseen en sí su propia bondad o maldad o si, por el contrario, es preciso postular que las conductas son en sí mismas indiferentes, adiáforas, y que sólo reciben su calificación moral por el mandato que las ordena o prohíbe (59). De hecho, a lo largo del siglo XVII se fue extendiendo entre los iusnaturalistas la opinión según la cual la actitud objetivista en moral es propia de los católicos que, para mantenerla, recurren a la ficción de sostener que existe una Ley Eterna divina a tenor de la cual cada acto recibe su naturaleza moral, que resulta, de este modo, inmutable y eterna, tanto como lo es la misma ley eterna de Dios (60). Dado que Grocio mantiene el objeti-

na, communia, Mosaica, cum legibus humanibus particularibus, iterum separaret, ac distingueret, non tamen statim eorum fundamentales errores oppugnare tantum putabat, sed potius eos in prolegomenis laudabat, et operam dabat, ut eorum fundamentalem propositionem de Jure Naturae, etsi obscuram et falsam cum socialitate Ciceronis conciliaret. Atque ista cautela ad hoc ipsi proderet, ut ejus doctrina non cum tanto ac tam hostili impetu impugnaretur, quam postea alii sunt experti, qui absque dissimulatione grillos scholasticos aperte oppugnare instituerunt. Paucis; Grotius erat instrumentum, quo divina sapientia utebatur, ut initium faceret, tollendae confusionis adeo diuturnae luminis naturalis et supernaturalis. Dico: *Initium*». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 67.

(58) «Neque multum mutata ista rerum facies est, per quam Hugo Grotius novae disciplinae moralis fundamenta prima superiori seculo feliciter iecit. Etsi necessitatem enim atque utilitatem iustius doctrinae summam Aristotelici ipsi satis intelligerent; tantum tamen opus eosdem Aristotelis valebat auctoritas, et recepta hactenus consuetudo, ut divina illa Jurisprudentiae naturalis capita, ad ethicam, politicam, et oeconomicam, suam referre, et inter easdem quasi dispersiti, mallent, quam totam illam in disciplinarum suarum moralium in societate admittere, receptamque ades philosophiae practicae in easdem divisionem derelinquere». Se remite a Henricus Henniges, Annotatt. in Grotio de I. B. ac P. Rob. Sharrock, tra. de officiis secundum Naturae ius, Oxon. 1660. Io. Eisenhart, Institutiones iur. nat. in morali philos. doctrina repraesentatione. Helmstadt, 1699, y otros. Cfr. *Jurisprudentiae naturalis...*, cit., *Prolegomena generalia*, § 26.

(59) Con respecto al objetivismo o voluntarismo como fundamento último de la moralidad de los actos, Johann Christian Müldener escribía que «Prius quidem (se refiere al objetivismo) faciunt Scholastici, et qui illos hic secutus est, Grotius». Cfr. *Positiones inaugurales...*, cit., § 10. Sobre esta contraposición entre Grocio y Pufendorf, vid. PALLADINI, F.: *Volontarismo e «lacià» del diritto naturale: la critica di S. Pufendorf a Grozio, De Iure Belli ac Pacis, Prolegomena, 11 and I, 10*, comunicación presentada al Symposium «Reason in Law», Bologna, 12—15 de diciembre de 1984.

(60) Thomasius mantenía que la ley eterna «nihil nisi figmentum Scholasticorum». Cfr. LUDOVICI: *Delineatio Historiae...*, cit., p. 43.

vismo ético, como es bien conocido, se vio en esta actitud suya un resto escolástico.

Todo esto me parece una explicación insuficiente. De hecho, la Teología católica había admitido como igualmente aceptables tanto la tesis voluntarista, representada fundamentalmente por Scoto y Occam, como la objetivista, que encontró su máximo representante en Gabriel Vázquez de Belmonte. Por este motivo, en las universidades católicas existieron, hasta el siglo XIX, dos cátedras de Teología, una escotista, en la que se defendía por definición la opción voluntarista, y otra tomista, en la que se solían mantener actitudes más o menos objetivistas. Y, actualmente, si bien ya no existen este tipo de cátedras, el Magisterio eclesiástico oficial católico sigue admitiendo la licitud de ambas interpretaciones acerca del fundamento último de la moralidad de los actos.

No tenía, pues, sentido que en su día se calificara a Grocio de escolástico únicamente porque siguiera la opción objetivista, ya que tan «escolástica», «aristotélica» o católica era esta solución como su opuesta. El problema residió, más bien, en que Grocio no se mostró suficientemente antiescolástico o anticatólico; efectivamente, este autor, de personalidad conciliadora, echó mano de todas las fuentes jurídicas y filosóficas que entonces se conocían, y por este motivo son frecuentes las citas de los escolásticos españoles del siglo XVI, además de alguna que otra remisión al propio Aristóteles, y esta forma de proceder no era aceptable para el sector progresista protestante, empeñado —como ya hemos tenido ocasión de comprobar— en descalificar de raíz toda posible cultura surgida en un marco católico.

Grocio hubiera podido ser un hombre puente entre la cultura católica tardía, ya racionalista, y los protestantes, posibilidad facilitada por el hecho de que la filosofía y la metafísica seguidas en las Universidades protestantes era fundamentalmente la de los escolásticos españoles del siglo XVI (61). Efectivamente, a pesar de las heterodoxias estrictamente teológicas que se contienen en el *De iure belli ac pacis* —que motivaron que la lectura de este libro fuera prohibida por la Iglesia católica— pronto recayó sobre esta obra una multitud de comentaristas de formación escolástica (62) y, de hecho, los católicos de los siglos XVII y XVIII entendieron que Grocio era un autor meri-

(61) Vid. sobre este tema a WEBER, E.: *Die philosophische Scholastik der deutschen Protestantismus im Zeitalter der Orthodoxie*, Leipzig, 1907. PETERSEN, P.: *Geschichte der aristotelischen Philosophie im protestantischen Deutschland*, Leipzig, 1921. Y, fundamentalmente, a WUNDT, M.: *Die deutsche Schulmetaphysik des 17. Jahrhunderts*, Tübingen, 1939.

(62) Vid. LUDOVICI: *Delineatio Historia...*, cit., p. 29. A. Cromaziano nos informa que «Giangiorgio Simone Dottore di Halle e Samuele Rachelio e Valentino Veltemio furono commentatori tedeschi del Grozio, e per l'Aristotelismo, per lo scolasticismo... non furono riputati uomini di moda». Cfr. *Della Istoria critica...*, cit., p. 34.

torio, aceptable para un católico, salvadas sus heterodoxias teológicas (63).

Por este motivo, Hugo Grocio no era un hombre aceptable para el sector progresista protestante del siglo XVII, radicalmente anticatólico. Jacobo Federico Ludovici nos indica que, dado que en Grocio existía un fermento escolástico, que subsistía en su obra a modo de residuo, fue necesario que Samuel Pufendorf acabara de limpiar la disciplina del Derecho natural (64). De esta forma, Pufendorf fue considerado, tal como lo llama Budde, el «resturador» del *ius naturale et gentium* (65) y, más tarde, cuando la mentalidad contractualista y secularizadora había alcanzado mayor éxito, Karl Christian Heydenreich no duda en llamarlo el «padre» del Derecho natural, ya que el barón de Pufendorf, según Heydenreich, ha sido quien ha marcado la verdadera época de esta disciplina, pues él purificó al *ius naturale* de los errores de sus predecesores y alejó los principios teológicos que podrían haber perturbado esta ciencia (66).

La contraposición entre Pufendorf y Grocio determinó la existencia de dos líneas de pensamiento dentro del movimiento iusnaturalista moderno (67). Por un lado, permanecen los seguidores de Grocio, autores moderados por lo general que, en el caso del extenso tratado de Van der Muelen-Gronovius, intentan incluso la tarea imposible de conciliar el iusnaturalismo protestante con la doctrina de la Segunda escolástica (68). De otra parte, surgen pronto numerosos seguidores de Pufendorf que, en general, a lo largo de la primera mitad del siglo XVIII radicalizan las tesis del maestro hasta caer en actitudes que recuerdan a Hobbes (69).

(63) Ignatius Schwarz, el primero cronológicamente que denuncia el antiaristotelismo del derecho natural moderno, escribe a este propósito que «Hugo Grotius, sicut erat ingenio acutus, ita de disciplina iuris naturae et gentium in multis est bene meritus, nec Protestantibus elogiis indignus». Cfr. *Institutiones iuris naturae et gentium*, Augustae, 1743, p. 227. En la página 237 hace un elenco de los errores teológicos de Grocio.

(64) «Ergo quod Grotius è fermento scholastico adhuc reliquum habebat, successu temporis Perillustrius Vir, Samuel (demum liber Baro) de Pufendorf repurgare masculi aggresus est». Cfr. *Delineatio Historiae...*, cit., p. 28.

(65) «Pufendorffium alter post H. Grotium iuris naturae restaurator». Cfr. *Selectas...*, cit., p. 42.

(66) «Pufendorf macht in der Geschichte des Naturrechts in der That Epoche, und wird nicht ohne zureichenden Grund mit dem ehrenvollen Nahmen eines Vaters dieser Wissenschaft bezeichnet. Er vermied auf das glücklichste mehrere Abwege, auf denen sich seiner Vorgänger verirrt hatten, entfernte allen Einfluß der theologischen Systems auf seine philosophischen Grundsätze...». Cfr. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, *Einleitung*, p. 66.

(67) Para conocer los seguidores de uno y otro, vid. BUDDE: *Selectas...*, cit., §§ 28 a 54.

(68) Vid. el *Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libri tres cum Commentariis Gulielmi van der Muelen. Et Authoris Annotata, ex postrema eius ante obitum cura nec non Joann. Frid. Gronovius*, Ultrajecti, 1696-1703.

(69) En mi opinión, el autor más representativo de esta tendencia es Henricus Koehler, en sus *Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocata specimina VII*, Francofurti ad Moenum, 1738. Naturalmente, hay que tener en cuenta a Nicolás Jerónimo

Pufendorf, como destacan extensamente Desing y Finetti, supone la completa oposición a la Iglesia católica, a la que él suele designar como *regnum tenebrarum* y, ciertamente, su actitud doctrinal se ve agravada, en su caso, por el tono grosero que, como es conocido, usa habitualmente este pensador alemán. A partir de la difusión de la obra de Pufendorf, la oposición del *ius naturale* contra el Catolicismo es radical, incondicional, y éste es el momento en el que la doctrina del «derecho natural» adopta el talante maniqueo al que me he referido en páginas anteriores. Como simple ejemplo, Hermann Conring, protestante que, por ironías de la Historia, puso su obra al servicio del *ius commune*, había indicado que Joaquín Hopper había sido el primer filósofo del Derecho que había existido, y no sólo lo había alabado largamente (70), sino que él mismo reeditó el *Seduardus* de Hopper en época ya tardía. Como era imposible que un católico —Hopper lo era— hubiera podido escribir un libro de calidad, Thomasius, el inmediato discípulo de Pufendorf, dedicó un largo comentario a esta afirmación de Conring, en el que concluía que «no se podía leer este libro de Hopper recomendado por Conring sino con la máxima aversión y náusea» (71).

Creo no exagerar si mantengo que el iusnaturalismo de la segunda mitad del siglo XVII marca el momento, por primera vez en la Historia, en el que la pugna religiosa se convierte en guerra total. Efectivamente, los iusnaturalistas no se limitaron a atacar la doctrina teológica católica en aquellos temas en los que ellos disentían, sino que procuraron convencer a su auditorio de que *todo* lo que había surgido dentro de la cultura católica había de ser forzosamente inhumano, irracional, anticristiano. Es una actitud que contrasta fuertemente con la de etapas históricas anteriores, pues la mayor parte de los Padres de la Iglesia acogieron la filosofía pagana, y los teólogos de la Baja Edad Media leyeron con gusto obras filosóficas que procedían de ámbitos culturales ajenos al Cristianismo. Pufendorf y sus discípulos,

Gundling, tanto en su *Ius Naturae ac Gentium connexa ratione novaque Methodo elaboratum*, 2.^a ed., Halae Magdeburgicae, 1728, como en la *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher De Officio hominis et civis*, Hamburg, 1744.

(70) Escribía Conring que «Princeps (quod equidem sciam) imo unus, utilissimus hunc civilis Philosophiae locum serio et data opera aggressus est V. C. Joachinus Hopperus, magno, omnique doctrina veterum philosophorum pariter ac Jurisconsultorum, ut et pietate morumque insigni gravitate, plena imbuto animo». Cfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera iurisprudencia*, Helmstadii, 1663, p. 146.

(71) «Quod Hopperianum opus commendaverit Conringius, equidem non mirandum, cum Hopperus methodo Platonica, partim Aristotelica et scholastica, opus illud elaboraverit... Sed tamen postquam coeptum est, et moralia et politica omissis grillis Scholastico-Aristotelicis, et Platonicis proponere sermone perspicuo ad captum omnis generis hominum, etiam terminos metaphysicos ignorantium, certo persuasus sum, hominem veritatibus perspicua simplicitate proponi solitis assuetum, nonnisi cum maxima aversione et nausea legere posse Hopperi istud opus à Conringio hic commendatum». Cfr. el *Appendix II ad cap. ult.*, § 14, *Mentio ibi facta est epistolarum Pufendorffii, Conringii et Boecleri*, en *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 194.

por el contrario, traspasaron la lucha teológica al plano cultural, en general, y por este motivo, a partir del siglo XVII aparece la lucha cultural en la que no se trata de imponer un determinado dogma religioso, sino de hacer prevalecer toda una cultura opuesta a la atacada, creada al efecto.

Desaparece, pues, la noción de tolerancia, o si se la acepta expresamente, es sólo para salvar las formas; en su lugar, aun cuando se consagre en algún texto, entra en escena la guerra incondicional, como reconocemos en la historia de los siglos XVIII hasta la actualidad.

El talante de los iusnaturalistas hizo posible, y dio origen, a esta realidad. A lo largo del siglo XVIII la obra de Grocio se fue olvidando progresivamente, y Thomasius, ya en 1719, podía escribir, sin que nadie le replicara, que «se es enemigo del derecho natural o de Pufendorf, o se es amigo» (72). En poco tiempo, de la mano de Pufendorf, el estudio del *ius naturale* se impuso en toda Centroeuropa y desplazó el estudio de aquellos otros Derechos que, como explica Immanuel Proeleus, se fundamentan solamente en la tradición, pero no en la razón (73), como es el caso, por ejemplo, del Derecho romano o del *ius commune*.

6. LA REACCION DE LOS CATOLICOS

Juan Francisco Finetti alude al *silencio de los católicos (ex hoc Catholicorum silentio)* (74) para referirse a la actitud que tomó el bando católico ante el iusnaturalismo. En efecto, nos indica Finetti que los protestantes cobraron grandes ánimos y aumentaron su audacia, de modo que vindicaron a esta disciplina como propiedad suya, y doctores hubo que discutieron acerca de si los católicos eran ineptos para dedicarse al Derecho natural (75). Por este motivo, Schmier, católico benedictino, escribía que «todo el orbe literario quedaría estupefacto si algún católico se atreviera a publicar algo sobre el Derecho natural y de gentes»; parecería, a la vista de los hechos, que el Derecho natu-

(72) «Vel inimici iuris naturae aut Pufendorfii, vel amici». Cfr. *Paulo plenior Historia...*, cit., p. 18.

(73) «... dab man zu unsern Zeiten diesen Wissenschaft (se refiere al Derecho natural) von sehr vielen sey beliebt und vorgetragen worden. Es wird heutiges Tages fast mehr von dem Recht der Natur als von andern gemeinen Rechten die nur in den Gewohnheit oder dem Herkommen sich gründen, gehalten». Cfr. *Grund-Sätze...*, cit., *Vorbericht*, § 1.

(74) *De principiis iuris naturae et gentium adversus Hobbesius, Pufendorfium, Thomasius, Wolfium et alios libri XII*, 2.^a ed., Venetiis, 1777, *Praefatio*, p. V.

(75) «... quorundam plausu Protestantes plerosque magnos sumpisse animum; quin et eo audaciae devenisse, ut disciplinam hanc quasi peculiarem, et propriam sibi ipsis vindicarent, se unicos in ea magistros, et doctores esse contenderent, omnesque Catholicos arbitrarentur ad quidpiam de ea recte conscribendum ineptos». Cfr. *De Principiis...*, cit., *Praefatio*, p. V.

ral pugna abiertamente con la doctrina católica, apostilla Finetti (76).

Es lógico que sucediera esto, a tenor de lo que he explicado en las páginas precedentes. En efecto, el «derecho natural» nació con entraña anticatólica, y era de esperar que los católicos no prestaran su colaboración. Anselmo Desing, a propósito de este problema, se quejaba, en 1753, de que en los tratados de derecho natural, así como en las Universidades protestantes, reina frecuentemente el desprecio por los primeros Padres de la Iglesia, por los juristas y teólogos (católicos), de modo que lo que exponen siempre acerca de ellos es una versión sesgada, con todo tipo de insultos para los doctores católicos (77). En consecuencia, los católicos, lejos de participar ellos en el movimiento iusnaturalista, orientaron su actividad universitaria hacia la docencia del *ius commune* tradicional, tan denostado por el iusnaturalismo, y tan alejado, en su naturaleza concreta, casuística, romanista, del *ius naturale* protestante.

A los católicos les costaba trabajo creer, como indica Desing, que Grocio fuera el descubridor de la Razón natural y, con ella, del Derecho natural, de modo que llegara a esto de un modo milagroso (78). Efectivamente, si Grocio, según los protestantes, fue el instrumento de que se sirvió la Providencia divina para traer la luz de la Razón al mundo, ¿por qué esperó la Providencia hasta el siglo XVII? (79). Si antes de Grocio existió tanta ignorancia del Derecho natural, ¿cómo es que un hombre tan valioso —según los protestantes— como Grocio cita reiteradamente a Vitoria, Soto, Molina o Suárez? (80).

(76) «Quare cum P. Schmierus Ordinis S. Benedicti Monachus librum, qui huc pertinere ridebatur, edidisset, illorum quidem in has temerarias voces erupit, «Totus literatus Mundus obstupuit, cum Catholicorum aliquis aussus est, ius naturae, et gentium, seu publicum universale edere»: quasi vero ius naturae, et gentium cum Catholicorum doctrina aperte pugnaret». Cfr. FINETTI: *De Principiis...*, cit., *Praefatio*, p. V.

(77) «In D. D. Heterodoxorum libris de Iure Naturae, aut in eorum collegiis frequens regnat contemptus priscorum Ecclesiae Patrum, et omnium Theologorum, et Jurisconsultorum; qui arguuntur ius naturae penitus ignorasse; cum illud ante Grotio omnino incognitum fuisse persuadere volunt. Praeterea false traducitur iam S. Augustini acumen; iam S. Hieronimy impetus; S. Chrysostomi Rethorica, S. Thomas Barbaries, aliaque configuuntur et jactantia in Catholicos doctores omnes convitia». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., cap. IV, Thema VII. Sobre los insultos a los Padres de la Iglesia, vid. FINETTI: *De Principiis...*, cit., pp. 8-9.

(78) «Cum aliis Grotium dicet primum inventorem Rationis naturalis, et qui per miraculum hocce ius invenerit». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., *Praefatio*, p. 6.

(79) «Sed si ita res est, cur, Divina Providentia (tantiper te alloqui, et tecum conquiri licet) cur, quaeso, tot annos, et saecula passa est in rei tam necessariae ignorantiae, tenebrisque jacere? Cur haec astra tam fulgida oriri tam fero tulisti? Ergone ad haec postrema impeditissima tempora cultum rectae rationis, veramque morum doctrinam reservasti? Cfr. FINETTI: *De principiis...*, cit., p. 14.

(80) «... si tanta fuit, ut ipsi contendunt, apud Catholicos, praesertim ante tempora Grotii iuris naturalis ignorantia, undenam est, quod ille, vir et acerrimo ingenio, et criterio solidissimo, dum celebrem suum de iure belli ac pacis librum conscriberet, scholasticos doctores praecipuos Franciscum Victoriam (sic), Dominicum Soto, Molinam, Suarezium, et id generis alios evolverit, et tam multa ex his in usum suum transulerit, ut indicat frequentes eorundem allegationes, quas in margine videre est? Cfr. FINETTI: *De Principiis...*, cit., p. 4.

Si el Derecho natural es aquello que se deduce de la recta razón, o de la *sociabilitas*, o del amor, o de la *philautia* o amor a sí mismo, ¿es que antes de Grocio nadie tuvo una razón recta? ¿Nadie fue socio? Nadie amó a Dios o al prójimo? ¿Todos se odiaban a sí mismos? (81). Así pues, los católicos se opusieron tardíamente, a mediados del siglo XVIII, a la pretensión inicial de la cultura protestante, a saber, que la luz de la Razón brilló por primera vez en la Historia en la Edad Moderna, por medio de ese instrumento de la divina Providencia que fue Hugo Grocio; y en plena oposición a los protestantes, Anselmo Desing llegaba a escribir que «si ellos se toman la molestia de leer a dos o tres de los casuístas, o de los juristas, encontrarán todo eso que ellos mismos creen haber descubierto *ex novo*, ampliamente tratado, con muchas razones y argumentos pulcramente expuestos (82). Desing se refiere tanto a los teólogos católicos —Tomás de Aquino, Escoto, Vitoria, etc.— como a los grandes juristas —Odofredo, Bartolo— del *ius commune*.

Los autores católicos se quejan de los ataques contra la Iglesia católica contenidos en los libros de «derecho natural». «El ánimo y la finalidad de Pufendorf —escribe Desing— tanto en sus escritos de Derecho natural como en otras obras suyas, es el de presentar (*facere*) como ridícula, propia de necios, a la religión católica, mostrándola como repugnante al Derecho natural» (83). ¿A qué vienen —se pregunta Finetti— los insultos de Pufendorf a la Iglesia católica, en los que vanamente buscarás equidad y decencia? ¿En qué se fundamenta esa falacia según la cual la Religión católica (aunque no la mencione expresamente, Pufendorf solía referirse a ella llamándola el «reino de las tinieblas») por su propia naturaleza es opuesta al Derecho natural? (84). Realmente, los católicos concedores del contenido de los tratados del «derecho natural» moderno no podían sufrir que Pufendorf hablara de «esta doctrina pestilentísima y opuesta al Derecho natural y a la sana Política» para referirse a la Iglesia católica (85).

(81) «Si dicunt, conferi debere cum recta ratione, aut cum socialitate, aut cum amore, aut cum studio conservandi esse. Respondebo: ¿Ergo ante Grotium nemo habuit rectam rationem? ¿nemo socius fuit? ¿nemo amavit Deum ac proximum? omnes sese interenuerunt?». Cfr. DESING: *Iuris Naturae...*, cit., cap. IV, Thema XI, § 4.

(82) «... nam si vel duos tresque ex solo casuistis, et ex Juriconsultis attente legisent, omnia illa, quas à se dicunt de novo inventa esse, reperissent uberrime tractata, multas rationes et argumentationes pulcherrime stabilita». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., cap. XV, Thema I, § 1.

(83) «Animus ac scopus Pufendorffii in Iure Naturae scribendo et in plerique a se scriptis suis, Catholicam religionem facere *ridiculam*, imo stultam et Iuri naturae repugnantem». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., cap. XII, Thema II, § 1.

(84) «Quo enim spectant illibendia illa in Romanam Ecclesiam convitia, in quibus non tantum aequitatem, sed et decentiam frustra requiras? Quo illae fallaciae, quibus Religionem Catholicam (quanquam supresso nomine) iure naturae repugnare subdole insinuat?» Cfr. *De Principiis...*, cit., p. 32.

(85) «Quod si crude et indigeste ita sumptam hanc doctrinam pestilentissimam et Iuri naturae ac sanae politicae adversam dicit Pufendorffius...» Cfr. DESING: *Iuris Naturae...*, cit., cap. XII, Thema VII, § 5.

Parte del problema residía en que los tratados del «Derecho natural», lejos de limitarse a exponer esta nueva doctrina sobre el Derecho, fueron utilizados por sus autores para hacer propaganda de la doctrina protestante, dentro del marco polémico, plagado de injurias e insultos, al que reiteradamente he hecho alusión (86). De esta forma, el *ius naturale et gentium* de la Edad Moderna estuvo muy lejos de constituir un conjunto doctrinal que sirviera de campo común de entendimiento entre protestantes y católicos. Los libros del «derecho natural», por el contrario, fueron instrumentos de la catequización protestante que, además de representar una heterodoxia respecto a la doctrina católica, adoptó un tono marcadamente provocativo.

Tal como he indicado, se trató de una guerra total de los protestantes contra los católicos, en la que se trataba de demostrar que toda la cultura surgida desde el siglo I al XVII, católica, era forzosa-mente insana, irracional. Por este motivo, los libros de Pufendorf y sus seguidores no hacen nunca mención de las obras de los católicos, a no ser para insultarlos. En este sentido, Desing y Finetti se quejaban de que los Padres de la Iglesia, los teólogos y los juristas católicos, estaban excluidos de los tratados iusnaturalistas (87). Finetti lamenta que Pufendorf desprecie a todos los autores católicos y que, sin embargo, cite a los escritores paganos *ad nauseam*, ya que el mismo Pufendorf indica que rechaza a todos aquellos que son adictos a la *secta* (llama «secta» a la Iglesia de Dios, se queja Finetti) romana (88).

La finalidad de Pufendorf —escribe Desing— es la de destruir a la Iglesia católica (89). «Estas cosas se han planteado de tal forma, prosigue Desing, que es necesario suponer que Pufendorf es un grandísimo ignorante de la doctrina católica, porque él ataca temerariamente a la Iglesia católica, que desconoce; y si no es un ignorante, entonces es un mentiroso, culpable de no decir la verdad y de dar testimonio falso entre los jóvenes. Y no se trata sólo de mentiras groseras, sino de calumnias, ya que se trata de vencer en público a través de la

(86) El capítulo XII, Therae 1 y 2 del *Iuris Naturae...* de Desing está destinado a exponer tanto las heterodoxias como los insultos que Pufendorf dirige a la Iglesia Católica.

(87) Desing escribía que «Abusius videtur, quando a comprobando Iure Naturae excluduntur Sancti Ecclesiae Patres, Theologoci atque Iureconsulti ac Philosophi Catholici». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., cap. IV, Thema XI.

(88) «Illud etiam cuique prudenti movere stomachum debet, quod tam elato supercilio Catholicos omnes Scriptores despiciat, ut quum Gentilium Auctorum textus ad nauseam usque congeret, omnes tamen Catholicos ab opere suo excludendos putari, eo quod ii, *frigidas* (sic ait) *ut plurimum quaestiones paribus ratiunculis confirmari sunt contenti*. Atque ita Pufendorfius arrogantia intolerabili omnes *sectae* (*sectam* vocat Ecclesiam Dei), *Romanae addictos* fasce collectos rejicit, et projicit». Cfr. *De Principiis...*, cit., p. 32.

(89) «Scopus Pufendorfi, evertere rem Catholicam». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., cap. XII, Thema XIII, § 7.

mentira, constituyendo él en culpable a la parte opuesta. Por lo que todo esto que vende Pufendorf no son sino fraudes dialécticos y falacias sofísticas» (90). En estos autores, concluye Finetti, anida un espíritu tiránico, ya que los mismos protestantes indican —referido a ellos— que «todo aquello que directa o indirectamente constituye una vejación de la Religión, es una verdadera tiranía» (91).

Un resumen de los lamentos de los católicos ante la actitud del movimiento iusnaturalista hacia ellos nos lo ofrece Agatopisto Cromaziano. «Ellos continúan declamando, aún hoy, que el Derecho natural y de gentes, la Política y la Economía, y todo cuanto tiene de grande la disciplina moral, fue limpiado y expurgado de las inmundicias escolásticas y casuísticas católicas por los estudios de estos héroes y de sus discípulos, y por la nueva sabiduría de la Reforma» (92). Más adelante, indica que «se levantaron los lamentos de los católicos, presentados como los enemigos del Derecho de la razón, como los vivientes más ridículos, más injustos y más venenosos que habitan sobre la faz de la tierra» (93).

Pero los católicos no permanecieron en la actitud puramente pasiva de las lamentaciones. Ellos, formados en el *ius commune*, poseían elementos de juicio suficientes para entender que el «Derecho natural» protestante, con sus «estados de naturaleza», «contratos sociales», etc., poco tenía que ver con la idea tradicional, milenaria, del Derecho natural. Por este motivo, Ignatius Schwarz, el primero que publicó un tratado extenso de Derecho natural que —valga la aparente paradoja— no era «iusnaturalista», indicaba que la Reforma protestante no había contribuido nada a la causa del Derecho natural, ni siquiera a renovarlo, sino que más bien, con sus principios, lo ha corrompido (94). Finetti estima que en los tratados de Derecho

(90) «At haec tamen omnia talia sunt, ut vel ignorantissimum rerum Catholicarum fuisse Pufendorffium necesse est; adeoque temerarie sese impenderit contra rem Catholicam incognitam, vel, si non ignorarit, *mendacii* et contra mentem locutionis ac falsi apud juvenes et alios dicendi testimonii sit reus. Neque rudi mendacii, sed calumniae, sive studii vincendi in publico iudicio per mendacium, et partem adversam ream constituendi. Denique permulta ex his, quae vendit Puffendorffius, fraude dialectica et *sophistica fallacia* colorantur». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., cap. XII, Thema II, § 4. Los subrayados son de Desing.

(91) «Sed hoc mirandum, quod quum in illis spiritum *tyrannicum* agnoverit (putat enim, ut ait paullo post, «quacunque sive directum, sive indirectum Religionis, causa vexationem, esse veram tyrannidem»). Cfr. *De Principiis...*, cit., p. 9.

(92) «...così declamarono che il diritto della Naturae delle Genti, e la Politica e la Economia, e tutta quanto è mai grande la morale disciplina fu sollevata e purgata delle immondezze scholastiche monaceli cattoliche per gli di quegli stessi Eroi e de' loro Discepoli, e per la nuova sapienza della Riforma». Cfr. *Della Istoria...*, cit., p. 3.

(93) «... si levarono i lamenti de' Cattolici dipinti come i nemici del ragionevol diritto, e come i viventi più ridicoli, più ingiusti, e più velenosi che supergginò sulla faccia della Terra». Cfr. *Della Istoria...*, cit., p. 59.

(94) «Reformatio protestantica adeo nihil contribuit ad disciplinam iuris naturae et Gentium, seu renovandum, seu illustrandum, ut eandem suis principiis potius foederavit, penitus corrupuit. Ut adeo vana sit Buddei jactantia, quia reformationis praetensae tempora, sicut omni litteraturae, ita iuri Naturae praesertim, ac Gentium, auspiciatissime gloriatur». Cfr. *Institutiones...*, cit., p. 219.

natural al uso no se encuentran principios firmes, ni ratiocinios sólidos, ni altura, ni siquiera cosas nuevas; más bien encuentra en ellos falta de orden y de estilo, prejuicios, mucha temeridad y muy poca buena fe (95).

Desde luego, el «derecho natural» protestante presentaba puntos flacos que invitaban a los ataques. Finetti hace notar que los iusnaturalistas pretenden establecer un principio supremo a partir del cual quieren desarrollar, deductivamente, todo un «sistema» de Derecho natural; pero el problema reside, indica este autor, en su mismo punto de partida, porque ellos ni siquiera se ponen de acuerdo sobre el principio fundamental que ha de informar sus respectivos sistemas. En efecto, Grocio y Pufendorf proponen la sociabilidad como punto de arranque, Thomasius rechaza la solución de éstos y establece la felicidad, Wolf se muestra disconforme con todos ellos, Schmauss hace una enmienda a la totalidad e indica que este principio no ha de buscarse en el intelecto, sino en la voluntad, no en la recta razón, sino en el instinto natural. ¿Qué se puede juzgar, concluye Finetti, de estas doctrinas que ni siquiera concuerdan en su primer principio? (96).

Anselmo Desing, concedor del *ius commune*, se opone a la pretensión típicamente moderna, iusnaturalista, de suponer un «derecho natural» inmutable, universal, que se desarrollaría al margen de los Derechos positivos existentes. Por el contrario, Desing, que tiene presente no la idea de un «Derecho natural», sino la idea más clásica de la justicia, explica reiteradamente que todo aquello que es justo es concorde con el Derecho natural, por lo que este Derecho no se encuentra en los cielos de la especulación, sino dentro de los Derechos realmente existentes. Los derechos naturales (*iura autem naturalia*) explica Desing, consisten en el mismo Derecho «civil», *ius civile*, y no hay que buscarlo «antes» del Derecho positivo (97), y si las

(95) «Ego contra, neque firma principia, neque solidum ratiocinium, neque delectum sententiarum, neque sublimitatem, novitatemque doctrinae in illis deprehendo; non ordine concinnum, non stylum perspicuum, non ornatum dicendi genus: video autem errores quamplures, praejudicia vanissima, multum temeritatis, bonae fidei parum». Cfr. *De Principiis...*, cit., *Praefatio*, p. V.

(96) «¿Dicant vero etiam, quod progressus in morali doctrina fecisse censerent qui nondum primum principium, seu primam, unde caetera derivandae sunt leges, adinvenere? ¿Annon constat, tot ferme in rem hanc eorum esse sententias, quot capita? *Socialitatem a Grotio* propositam pro primo principio statuit *Pufendorfius*: hanc primo defendit, deinde impugnat *Thomasius*: *Thomasii* principio rejecto, aliud proponit *Wolfius*; atque alli alia excogitarunt; Postremo *Schmausius* et *Pufendorfius*, et *Thomasii* et *Wolfii* ceterorumque omnium, qui eum praecessere, principia impugnat, novumque *systema*, novamque iuris naturalis sedem adstruit, non scilicet *intelectum*, sed *voluntatis*, non rectam rationem, sed naturalem instinctum. ¿Quid itaque praesumendum est de eorum doctrina, qui nondum de primo ipso principio convenire potuerunt? Cfr. *De Principiis...*, cit., p. 14. Los subrayados son de Finetti.

(97) «*Iura autem naturalia ut congruant civitati, sive ut ea in moderno statu exercendae sunt circumscripta legibus positivis, consistunt in ipso iure civili, neque adeo ante ius civile discenda sunt*». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., cap. IV, Thema XXII, 3.

leyes civiles humanas —prosigue este autor— obligan en conciencia a su cumplimiento, esto se debe a que tales leyes no son sino declaraciones del Derecho natural (98).

Se impuso, pues, la necesidad de elaborar un Derecho natural de naturaleza distinta al de los protestantes, un *ius naturale* o teoría de la justicia más dependiente de lo concreto, de lo real existente; por este motivo, el «estado de naturaleza» en tanto que punto de partida de la consideración de la naturaleza humana debe ser abandonado, ya que, tal como indica Desing, un «derecho natural» escrito para un estado del hombre inexistente, no sirve para nada (99). El Derecho natural que es preciso escribir, recuerda este mismo autor, ha de tener en cuenta, en lugar de estados inexistentes o imaginarios, la verdadera razón (moral) del hombre, tal como sucedía anteriormente, pues, por ejemplo, en Bartolo el Derecho natural es su razón, *sola (sua ratio, quippe quae ipsa ipsissima ratio est* (100).

La empresa de elaborar un nuevo Derecho natural fue acometida al mismo tiempo que se criticaba el «derecho natural» de los protestantes. Ignatius Schwarz, en sus *Institutiones iuris naturae et gentium*, publicadas en 1743, Anselmo Desing, con el *Ius naturae liberatum ac expurgatum a pricipiis lubricis, et multa confusione per doctores heterodoxos inducti*, que apareció diez años más tarde, y Juan Francisco Finetti, en el *De Principiis iuris naturae et gentium*, publicado en 1777, fueron los pioneros en esta tarea. Aparece, pues, a mediados del siglo XVIII, una doctrina sobre el Derecho natural, expresamente opuesta a la representada por Pufendorf, Thomasius, Schmauss, Achenwall, etc., que marca una etapa nueva en la teoría de la justicia, superando la pretensión racionalista del *ius naturale*.

(98) «Hae leges civiles humanae, modo non ad evertendum naturam aptae sint, obligant in conscientia; quia non sunt nisi declarationem iuris naturae». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., cap. I, Thema V, 8.

(99) «Iuris naturae disciplina, quae scribitur pro nullo statu existente, otiosa est. Quia non est practica... Igitur Iuris Naturae disciplina pro tali statu scripta esset otiosa». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., cap. III, Thema II.

(100) «Est autem illis (se refiere a Bartolo, entre otros) quo iure naturae sola sua ratio, quippe quae ipsa ipsissima ratio est». Cfr. *Iuris Naturae...*, cit., Proemium, p. 21.

Racionalismo crítico, Humanismo y Democracia en Karl R. Popper

Por LUIS MARTINEZ ROLDAN

La Coruña

I. TEORIA DE LA ARGUMENTACION Y PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Pienso que la Teoría de la Argumentación solamente adquiere verdadero sentido dentro de un contexto «abierto» y «plural» en el que, siendo conscientes de la gran dificultad que entraña el alcanzar la «verdad», admitamos la posibilidad de acercarnos a la misma mediante la «contrastación crítica» de las distintas soluciones propuestas por cada uno de los individuos en el ejercicio de ese derecho fundamental de toda persona a «ser» y «pensar» de forma individual y distinta. En definitiva pienso que la Teoría de la Argumentación presupone una actitud «racionalista» y una creencia —si se quiere «irracional»— en el principio de razonabilidad.

Actitud y creencia que Popper confiesa abiertamente y que, sin duda, son el fundamento de toda su concepción científica, política y en definitiva humana: «Soy un racionalista, dice Popper, con lo cual quiero significar que creo en la discusión y en la argumentación» (1). Ser racionalista para Popper es tratar de llegar a las decisiones por la argumentación y no por la violencia; es preferir fracasar en el intento de convencer a otro por medio de la argumentación antes que aplastarlo por la fuerza, la intimidación o la propaganda persuasiva. En definitiva es creer en *el principio de razonabilidad*, que Popper formula de manera aparentemente tan simple y que, sin embargo, por la gran dosis de humildad intelectual que encierra, tiene muchas y esenciales repercusiones. La formulación de este principio, según Popper, sería: «Creo que tengo razón, pero yo puedo estar equivocado y ser usted quien tenga la razón; en todo caso discutá-

(1) POPPER, K. R.: *Conjeturas y Refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 2.^a ed., Castella, Paidós, Barcelona, 1983, p. 404.

moslo, pues de esta manera es más probable que nos acerquemos a una verdadera comprensión que si meramente insistimos ambos en que tenemos razón» (2).

No cabe duda que las difíciles circunstancias políticas y económicas en las que Popper se desenvuelve desde su infancia condicionaron muy directamente su personalidad y avivaron ese racionalismo crítico que, insisto, está en la base de su concepción del hombre, de la ciencia y del progreso político-social. Las largas y espantosas listas de personas muertas, heridas y desaparecidas durante la Primera Guerra Mundial —entre las que se encontraban compañeros y amigos suyos—, y sobre todo la escasez de alimentos, los motines de hambrientos y la infracción desenfrenada que, como consecuencia de la misma, se produce en Viena —lo que acabaría con la invasión de Austria por Hitler y que posteriormente desembocaría en la Segunda Guerra Mundial— provocaron en Popper dos sentimientos fundamentales: Un sentimiento que yo llamaría de *Solidaridad* y un sentimiento de *Anti-Dogmatismo*. Dos sentimientos que reaparecen a lo largo de toda su obra conectados principalmente con los conceptos de *igualdad* y de *libertad* que él se esfuerza por hacerlos compatibles, pero que, cuando entiende que esto no es posible, se inclina de forma decidida en favor de la libertad.

El sentimiento de Solidaridad es fácilmente explicable en Popper, que llega a decirnos que «el espectáculo de la extrema pobreza imperante en Viena era uno de los principales problemas que me turbaron en mis años de infancia, tanto que su imagen me seguía a todas partes» (3). Sentimiento que, por otra parte, había sido fomentado y alentado en su entorno familiar decididamente humanitario y libresco, donde podemos resaltar el hecho de que su padre había formado parte de varios Comités para procurar asilo a las personas sin hogar; precisamente Hitler fue huésped de uno de ellos durante su primera estancia en Viena (4).

Todas estas circunstancias fueron sin duda las que empujaron a Popper a la defensa del Socialismo e incluso, aunque por breve tiempo, a la defensa del Comunismo.

El origen de su actitud crítica y anti-dogmática es también lógico y claro: «Tenía, pues, dice Popper, doce años cuando estalló la Primera Guerra Mundial, y los años de guerra y sus efectos fueron en todo respecto decisivos para mi desarrollo intelectual. Hicieron surgir en mí, continúa Popper, *una actividad crítica con respecto a las opiniones aceptadas, especialmente las opiniones políticas*» (5). Es curio-

(2) POPPER, K. R., *op. cit.*, p. 426.

(3) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 13.

(4) POPPER, K. R., *op. cit.*, pp. 14 y ss.

(5) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., p. 19. El subrayado es nuestro.

so como esta actitud crítica, desarrollada con ocasión de un incidente que Popper califica de los más importantes de su vida (6), hace cambiar el rumbo de su solidaridad humana hasta el punto de que lo que antes le había hecho defender el credo socialista y comunista es lo que le convierte ahora en un decidido anti-marxista.

Todo ello es perfectamente coherente en quien, como Popper, se confiese incondicionalmente «racionalista»; cuya única fe irracional sea precisamente su creencia en el principio de razonabilidad y que apueste únicamente por la fuerza de la argumentación y no por la fuerza de la violencia. Popper entendía que la gran dosis de humildad intelectual que requiere esta actitud racionalista y sobre todo el fuerte rechazo del dogmatismo científico, religioso o político —que ha llevado al hombre a librar las mayores guerras precisamente en nombre de la «verdad» y del «amor»— eran incompatibles con el carácter dogmático y con la increíble arrogancia intelectual del pensamiento marxista. «Era una cosa terrible, dice Popper, arrogarse un tipo de conocimiento que convertía en un deber arriesgar la vida de otras personas por un dogma acríticamente aceptado, o por un sueño que podría resultar no realizable. Era particularmente pernicioso para un intelectual, para uno que podía leer y escribir» (7).

Esta actitud humilde y anti-dogmática fue lo que a Popper más le impresionó de científicos de la talla de Einstein (a quien tuvo la suerte de conocer personalmente con ocasión de unas conferencias que Popper impartió en Harvard sobre Metodología de la ciencia social en 1950) que al contrastar con éxito su nueva teoría de la gravitación —que suponía un avance real sobre Newton— afirmaba que consideraría su teoría insostenible desde el momento en que no resistiese algún tipo de test de experimentación (8). Y esto fue también lo que más le impresionó de un viejo maestro ebanista —Adalbert Posch— con el que trabajó en Viena desde 1922 hasta 1924, y del que Popper dice que aprendió más teoría del conocimiento que de ninguno de sus profesores. En concreto recuerda cómo un día, hablándole de los esfuerzos que venía realizando para conseguir una máquina de movimiento perpetuo, le dijo: «Dicen que no puede hacerse, pero una vez que haya sido hecha no dirán lo mismo» (9).

(6) Popper en la primavera de 1919 se adscribe al Comunismo y durante dos o tres meses se considera comunista, pero cuando tenía 17 años «en Viena se desencadenó, dice, un tiroteo durante una manifestación de jóvenes socialistas no armados que, instigados por los comunistas, trataban de ayudar a escapar a algunos comunistas que estaban arrestados en la estación central de policía de Viena. Varios jóvenes obreros socialistas y comunistas fueron muertos. Yo estaba horrorizado y espantado de la brutalidad de la policía, pero también de mí mismo, porque sentía que, como marxista, compartía parte de la responsabilidad por la tragedia —en principio al menos— la teoría marxista demanda que la lucha de clases sea intensificada con vistas a acelerar la llegada del socialismo». POPPER, K. R., *op. cit.*, p. 45.

(7) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., p. 47.

(8) Cfr. POPPER, K. R., *op. cit.*, pp. 50-51.

(9) *Ibidem*, p. 1.

Todo esto y el encuentro con el marxismo le hicieron más consciente de las diferencias entre pensar dogmático y pensar crítico, llegando a finales de 1919 a la conclusión de que «la actitud científica era la actitud crítica, que no buscaba verificaciones cruciales, *contrastaciones que podían refutar la teoría contrastada, aunque nunca podrían establecerla*» (10).

Es desde aquí, desde donde Popper afronta el desarrollo de la teoría del conocimiento, y es con este espíritu con el que se decide a escribir contra el marxismo en sus dos obras «La Miseria del Historicismo» y «La Sociedad Abierta y sus Enemigos» (11) que, en un principio, tuvo la intención de titular «Falsos Profetas: Platón, Hegel, Marx», y que, según nos dice Popper, fueron su contribución a la guerra y su aportación a la defensa de la libertad contra las ideas totalitarias y autoritarias del marxismo y de la tendencia planificadora o de «dirigismo» que a nivel mundial estaban presentes. Precisamente en la «Sociedad abierta y sus enemigos» entiende que los mejores sentidos de «razón» y de «razonabilidad» son la apertura a la crítica, la disposición a ser criticado y el deseo de criticarse a sí mismo.

II. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y CRITERIO DE DEMARCA- CACION ENTRE «CIENCIA» y «NO CIENCIA»

Aunque Popper, refiriéndose a la muerte del positivismo, nos diga humildemente que en ello tuvo algo que ver; la verdad es que ha sido de los autores que ha influido de forma decisiva para acabar con el poderoso inductivismo neopositivista. Y ello no sólo por razones puramente lógicas, sino también y sobre todo por razones metodológicas. Entre los argumentos lógicos podríamos destacar principalmente dos que, enunciados de forma simple, serían: por un lado la imposibilidad, siguiendo a Hume, de contrastar empíricamente las teorías en cuanto tales, ya que la contrastación es siempre individual y concreta, y por otro lado, la imposibilidad de inducir de la verdad de enunciados singulares la verdad de enunciados universales.

Pero en lo que tal vez Popper insistía más es en la crítica del método de «prueba» o de «justificación» utilizado por el positivismo, desde el cual se entiende el experimento como criterio de validez y *de la objetividad absoluta e histórica* de las teorías científicas.

Para Popper «toda discusión científica comienza con un problema (PI), al que ofrecemos algún tipo de solución tentativa —una teoría tentativa— (TT); esta teoría es entonces sometida a crítica en un intento de eliminación de error; y como en el caso de la dialéctica,

(10) *Ibidem*, p. 52. El subrayado es nuestro.

(11) Obras que no aparecen hasta después de 1935, dado que en esos momentos ser anti-marxista era sinónimo de autoritarismo y totalitarismo. Movimientos a los que, por supuesto, Popper no quería beneficiar.

este proceso se renueva a sí mismo: La teoría y su revisión crítica dan lugar a nuevos problemas (P2)» (12). Esto es lo que precisamente Popper pretende condensar en el siguiente esquema: P1, TT, EE, P2.

Deberíamos, pues, analizar dos cuestiones fundamentales: Una el problema de la formulación de las teorías, y otra el problema de su experimentación y el papel que juega el experimento. Popper sitúa su epistemología más en el «contexto de justificación» que en el «contexto de descubrimiento» y, en consecuencia, le interesa más el problema de la validez del conocimiento que la forma cómo el sujeto adquiere ese conocimiento. Todo lo contrario de lo que sucede precisamente con la epistemología desarrollada por Piaget, situada claramente en el contexto de descubrimiento, a quien sobre todo le interesa las condiciones de acceso al conocimiento válido (13).

Esta es la razón por la que a Popper no le importa demasiado el problema de la formulación de las teorías, por entender que ésta es una cuestión que puede obedecer a muy diversos factores y sobre todo por entender que ello es un «asunto privado» (14). No obstante Popper, siguiendo a Kant, entiende que las teorías son anteriores a las observaciones y a los experimentos. En definitiva, son el resultado de la inserción del científico —en cuanto científico y en cuanto individuo— en un contexto de problemas que surgen de su necesidad y de su ignorancia y todo ello dentro de un contexto de tensiones y de categorías históricas. Para Popper nuestro intelecto no deriva sus leyes de la naturaleza, sino que impone sus leyes a la naturaleza: «Nuestras teorías, dice, son invenciones nuestras, y pueden ser meramente suposiciones defectuosamente razonadas, conjeturas audaces, hipótesis. Con ellas creamos un mundo. No el mundo real, sino nuestras propias redes, en las cuales intentamos atrapar el mundo real» (15). Además si trasladamos el problema al método de «ensayo» y «error», utilizado por Popper, vemos que el ensayo lógicamente es anterior y las teorías o hipótesis provisionales forman parte del ensayo, mientras que el experimento y la observación nos ayudan a mostrarnos el error de las teorías (16).

Pero la cuestión verdaderamente importante para Popper y que ya no es un «asunto privado», sino todo lo contrario —precisamente en el carácter público de la ciencia y de sus instituciones fundamenta Popper, como veremos, la objetividad de la ciencia—, es la pregunta ¿Cómo experimentó usted su teoría y qué valor le asigna al experi-

(12) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., p. 178., y *conocimiento objetivo*, Tecnos, Madrid, pp. 119 y ss.

(13) Vid. El estudio comparativo de estos dos autores hecho por QUINTANILLA, M. A.: *Popper y Piaget: Dos perspectivas para la teoría de la ciencia*, en «Teorema», vol. III/1, 1973.

(14) POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, Taurus, Madrid, 1961, pp. 27 y ss.

(15) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., p. 80.

(16) Cfr. POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., p. 124.

mento? Es aquí donde Popper rechaza el método de «prueba» del positivismo por entender que una teoría jamás puede ser «justificada» ni «verificada» (17); proponiendo en su lugar el *método crítico*, es decir, el método de «ensayo» y «error» que consiste en «proponer hipótesis audaces y exponerlas a las más severas críticas en orden a detectar dónde estamos equivocados» (18). La función, pues, del experimento —aunque parezca paradójico— no es «probar» o «justificar» teorías, sino más bien la de estirpar teorías falsas intentando encontrar los puntos débiles de la misma y rechazándola si no resiste el test experimental. Pues si bien de la verdad de una contrastación singular no se puede inducir la verdad de una teoría, sí se puede inducir la falsedad de ésta de la falsedad de una contrastación singular. Precisamente por ello —y teniendo en cuenta que la finalidad del científico es establecer la verdad de una teoría— «debemos experimentarlas, dice Popper, lo más severamente que podamos; esto es, debemos intentar encontrar sus fallos, debemos intentar refutarlas» (19). De esta forma un «experimento falsador» nunca será recibido como un fracaso, sino que, como dice Popper, «despertará nuestro máximo interés, lo que acogeremos como un éxito, por habernos abierto nuevas perspectivas sobre un mundo de nuevas experiencias» (20). Por la misma razón el experimento que resulte positivo no será la base de una certidumbre definitiva, sino a lo más de una objetividad basada en parámetros o criterios históricos, que debemos reforzar sometiéndola a una crítica aún más severa.

Ello no quiere decir que no podamos hablar objetivamente de teorías «mejores» y «peores» antes de la contrastación y también de teorías racionalmente «preferibles» después de la contrastación. Antes de la contrastación podemos decir que las teorías «mejores» son aquellas que tienen un contenido mayor, que excluyen más y, en consecuencia, tienen un carácter más comprometido; en definitiva aquellas que tienen un mayor poder explicativo. Popper entiende por teoría objetiva —y en consecuencia «mejor»— aquella «que es argumentable; que puede ser expuesta a una crítica racional, preferiblemente, dice, una teoría que puede ser contrastada: Una teoría que no recurra meramente a nuestras intuiciones subjetivas» (21). Objetividad que Popper no fundamenta tanto en el experimento —como algunos pretenden en el campo de las ciencias naturales—, ni en la educación psicológica del sujeto investigador —lo que pretenden otros en el campo de las ciencias sociales—, sino en *el carácter público de la ciencia*

(17) Cfr. POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., p. 106, nota 98.

(18) *Ibidem*, p. 115.

(19) POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., p. 163.

(20) POPPER, K. R.: *La Lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 77.

(21) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., p. 185.

y de sus instituciones que es lo que salvaguarda su objetividad y su tradición de discutir críticamente las nuevas ideas (22).

También podemos hablar de teorías «mejores» y «peores» después de la contrastación, es decir, de *teorías racionalmente preferibles*, pues si bien no podemos nunca «justificar» una teoría, sí podemos, dice Popper, «justificar —aunque en sentido diferente— nuestra preferencia por una teoría, considerando el estado del debate crítico; porque una teoría puede afrontar la crítica mejor que sus competidoras» (23). En definitiva *la teoría preferible* será aquella que supere mejor esa especie de lucha darwiniana frente a las múltiples teorías que con ella compiten.

III. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y DEMOCRACIA

Popper está convencido de la validez del método de «ensayo» y «error», no sólo como proceso de aprendizaje (24), sino también como criterio para validar el conocimiento científico, de legitimación política, de evolución y de progreso político-social. Podríamos decir que en todos estos aspectos que acabo de reseñar Popper entiende —recogiendo la máxima de John Archibald Wheeler—, «que todo nuestro problema reside en cometer los errores con una mayor rapidez posible» (25).

Popper es consciente de la gravedad y urgencia de los problemas político-sociales y entiende que los filósofos deben enfrentarse con los mismos no sólo para interpretarlos, sino para intentar solucionarlos, ayudando así al cambio y al progreso. Para ello cree que los medios más adecuados son los derivados del método de «ensayo» y «error»: «Lo mejor que podemos hacer, dice Popper, es llevar la crítica racional a los problemas con que se nos enfrenta y a las soluciones propugnadas por los diversos políticos. Para ser más específico, continua Popper, creo que lo mejor que podemos hacer como filósofos es abordar los problemas pertrechados con las armas de una crítica de los métodos» (26). Lo cual es lógico para quien solamente

(22) Cfr. POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., pp. 187-188.

(23) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., p. 200. En su obra «Conocimiento objetivo», ed. cit., p. 71, nos dice: «Las teorías científicas nunca se pueden “justificar” o verificar, mas a pesar de ello, una hipótesis A puede dar mejores resultados en ciertas circunstancias que otra hipótesis B».

(24) Popper distingue tres tipos de aprendizaje: Aprendizaje en el sentido de descubrimiento: Formación (dogmática) de teorías o expectativas o comportamiento regular chequeado por eliminación (crítica) de error; Aprendizaje por imitación y Aprendizaje por repetición o práctica. Sin embargo, entiende que el más importante es el primero y que a él pueden reconducirse los otros dos. Cfr. POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., pp. 65 y ss.

(25) POPPER, K. R.: *Conjeturas y Refutaciones...*, ed. cit., p. 1.

(26) *Ibidem*, p. 404.

crea en la discusión y en la argumentación, confesándose «racionalista», cuyo mejor sinónimo, como él mismo dice, es el de «crítico» (27).

Desde estas premisas se muestra totalmente partidario del sistema democrático; partidario de una «sociedad abierta»; partidario en definitiva de un intervencionismo moderado, y nunca «colectivista», que venga de la mano de las ciencias sociales que a modo de *ingeniería gradual*, proporcionen una *tecnología social* también «gradual» que vaya solucionando males concretos a la vez que respeta la libertad de cada uno a ser distinto de los demás.

Respecto a la caracterización de la Democracia, Popper parece estar totalmente convencido. «Personalmente, dice, prefiero llamar Democracia al tipo de gobierno que puede ser desplazado sin violencia y tiranía al otro» (28). En definitiva, sería aquel tipo de gobierno que puede ser desplazado mediante el método de «ensayo» y «error», es decir, mediante la fuerza de la crítica y de la argumentación sin necesidad de recurrir a la violencia.

Por otra parte, sólo un sistema democrático es compatible con una *sociedad abierta* [en oposición a lo que Popper denomina *sociedad cerrada, mágica, tribal o colectivista* (29)] en la que son muchos los miembros que se esfuerzan por elevarse socialmente y pasar a ocupar puestos superiores y en la que en definitiva se respeta la diversidad de los individuos; conscientes, como señala Popper, de que «el resorte y motor de la evolución y progreso es la variedad del material que puede llegar a ser objeto de selección. En cuanto concierne a la evolución humana, dice, lo es la libertad de ser singular y distinto del vecino, de estar en desacuerdo con la mayoría y seguir el propio camino. El control holístico que llevaría no a la igualación de los derechos humanos, sino a la de las mentes humanas significaría el final del progreso» (30).

Pero por otra parte, Popper es perfectamente consciente de los graves males que aquejan a la sociedad y, por supuesto, es partidario de solucionarlos, pero siempre y cuando que ello no implique un *intervencionismo colectivista* que anule la libertad. Nada acogería Popper con más agrado que el poder hacer absolutamente compatibles libertad e igualdad. «Durante varios años, nos dice, permanecí siendo socialista, incluso después de mi rechazo del marxismo, y si pudiera haber una cosa tal como el socialismo combinado con la libertad individual seguiría aún siendo socialista. Porque no puede haber nada mejor que vivir una vida libre, modesta y simple en una sociedad igualitaria. Me costó cierto tiempo reconocer que esto no es más que un bello sueño, que la libertad es más importante que la igualdad:

(27) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., p. 116.

(28) POPPER, K. R.: *Conjeturas y Refutaciones...*, ed. cit., p. 413.

(29) POPPER, K. R.: *La Sociedad abierta y sus enemigos*, ed. cit., p. 171.

(30) POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., p. 192.

que el intento de realizar la igualdad pone en peligro la libertad, y que si se pierde la libertad ni siquiera habrá igualdad entre los hombres libres» (31).

No obstante este liberalismo de Popper es un liberalismo progresista basado en la defensa de una sociedad «abierta» y «democrática» y compatible con una cierta actividad intervencionista por parte del Estado. Lo cual choca con la concepción liberal-conservadora de E. von Hayek, que basándose en el «orden espontáneo» fruto de las «leyes naturales» circunscribe la «justicia social» exclusivamente al resultado producido en la «catalaxia» de la libre competencia (32).

Popper, por el contrario, no es partidario de una política anti-intervencionista, pues aunque sólo sea por razones puramente lógicas, todo anti-intervencionismo había de admitir una intervención política encaminada a impedir la intervención (33). Mas bien es partidario de un intervencionismo institucional o indirecto (nunca una intervención personal y directa que destruiría el factor certeza y seguridad en las relaciones sociales), pero limitado sólo a la solución de problemas graves y concretos. En definitiva, la lucha contra la miseria evitable sería un objetivo reconocido de la Política Pública, pero siempre que «el incremento de la felicidad quede, en lo esencial, en manos de la iniciativa privada» (34).

Lógicamente este amplio campo dejado a la iniciativa privada puede originar tensiones, conflictos y problemas; pero como dirá Popper «es la tensión creada por el esfuerzo que nos exige permanentemente la vida en una sociedad abierta y parcialmente abstracta, por el afán de ser racionales, de superar por lo menos algunas de nuestras necesidades sociales emocionales, de cuidarnos nosotros solos y de aceptar responsabilidades. En mi opinión, continua Popper, debemos soportar esta tensión como el precio pagado por el incremento de nuestros conocimientos, de nuestra razonabilidad, de la cooperación y la ayuda mutua y, en consecuencia, de nuestras posibilidades de supervivencia y del número de la población. Es el precio que debemos pagar para ser humanos» (35).

Popper entiende que el intervencionismo dirigido a lograr la igualdad económica —que en sí misma sería deseable— se convertiría en una seria amenaza para la libertad. Y de la misma forma que reduce esta igualdad económica a «mínimos», también reduce la igualdad ante la ley —siguiendo a Kant— a las limitaciones mínimas a la liber-

(31) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., p. 49.

(32) Vid. HAYEK, E. von: *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978. Y PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 147 y ss.

(33) POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., p. 83.

(34) POPPER, K. R.: *Conjeturas y Refutaciones...*, ed. cit., p. 414.

(35) POPPER, K. R.: *La Sociedad abierta y sus enemigos*, ed. cit., p. 173.

tad política que son consecuencia inevitable de la vida en sociedad y dado que la libertad absoluta es imposible (36).

El problema para mí estaría en poder delimitar ese concepto de «Miseria» —al que Popper parece reducir el intervencionismo político— no sólo cuantitativamente, sino también cualitativamente. Popper parece que hace referencia en este sentido a las enfermedades, el dolor y la crueldad en las cárceles, la servidumbre, las discriminaciones religiosas y raciales, la falta de oportunidades educacionales, las diferencias de clase, la guerra, etc. Parece que en todos estos aspectos y otros similares Popper aboga por la intervención pública en contra de la libre competencia privada. Pero hay otros muchos fines también prioritarios que la ingeniería social «gradual», que Popper defiende, debe abordar mediante la creación de «Instituciones Sociales» —empresas, compañías de seguros, sistemas educativos, etc.— en sentido amplio en las que puede jugar un papel importante no sólo la actividad pública, sino también la actividad privada.

IV. RAZONABILIDAD, METODO UTOPICO Y HUMANISMO

Frente a esto, lo que Popper denomina «Ingeniería utópica» desprecia la solución gradual y evolucionista de los problemas sociales y propone un Modelo Ideal de Sociedad, propugnando un intervencionismo público y colectivista dirigido exclusivamente a la realización de ese ideal de Sociedad.

Popper se muestra totalmente contrario al método utópico por varias razones que podríamos sintetizar en los siguientes apartados:

PRIMERO.—Por estar basado en la creencia de que las ciencias sociales pueden formular «predicciones históricas» al estilo de las ciencias naturales, mediante el descubrimiento de «ritmos», «modelos», «leyes» o «tendencias» que yacen bajo la evolución histórica. Esto es precisamente lo que Popper denomina como «Historicismo» y desde el cual se podría pensar, dice Popper, que «la ciencia social funciona como una partera, ayudando al nacimiento de nuevos períodos sociales, aunque también puede servir, en manos de intereses conservadores, para retardar cambios sociales pendientes» (37). Popper se muestra contrario a las «predicciones históricas» —a las que califica de «Predicciones Profecía» frente a las «Predicciones Tecnológicas» (38)— no sólo circunscritas a un concreto período social, debido

(36) Cfr. POPPER, K. R.: *Conjeturas y Refutaciones...*, ed. cit., pp. 414 y ss.

(37) POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., p. 32.

(38) La «Predicción-profecía» nos avisa de un acontecimiento que no podemos hacer nada para prevenir. Mientras que la «predicción-tecnología» nos invita a dar unos determinados pasos constructivos si queremos conseguir determinados resultados. Las diferencias entre ambos tipos de predicciones pueden verse tratadas de forma más detallada en las páginas 61 y ss. de su obra *La Miseria del Historicismo*, ed. cit.

principalmente a lo que él denomina el «efecto de Edipo», es decir, la influencia de la predicción en los sucesos predichos; sino también con respecto a los distintos períodos de la historia en general, porque para Popper «si hay un crecimiento de los conocimientos humanos, no podemos anticipar hoy lo que sabremos sólo mañana» (39).

La imposibilidad de predecir procesos históricos no hace en absoluto dudar a Popper de la utilidad práctica de las ciencias sociales, cuya tarea fundamental, según él, «consiste en discernir las repercusiones sociales inesperadas de las acciones humanas intencionales» (40), como pueden ser la compra de un piso o el hacerse un seguro de vida. Según Popper el hecho de que las ciencias sociales tengan como objetivo descubrir las consecuencias inesperadas de nuestras acciones, coloca a estas ciencias muy cerca de las ciencias naturales experimentales dado que «unas y otras llevan a la formulación de reglas tecnológicas prácticas que enuncian lo que no podemos hacer» (41).

Reglas tecnológicas —como, por ejemplo, «sin aumentar la productividad no se puede aumentar el salario real» o «no se puede seguir una política de ocupación plena sin inflación, etc.— que han de servir a los fines de esa *Ingeniería Social Gradual* de la que Popper es partidario. Incluso estas «reglas tecnológicas» propias de las ciencias sociales pueden llegar a ser menos complicadas que las de la misma Física, dada la posibilidad de adoptar, en las ciencias sociales, lo que Popper llama «Método Cero» —precisamente ésta es la diferencia más importante entre los métodos de las ciencias naturales y los de las ciencias sociales— que consiste en «construir un método en base a una suposición de completa racionalidad (y quizá también sobre la suposición de que poseen información completa) por parte de todos los individuos implicados, y luego estimar la desviación de la conducta real de la gente con respecto a la conducta modelo» (42).

SEGUNDO.—Por otra parte ese método utópico que propone un «ideal de sociedad», al cual deben tender todas nuestras acciones político-sociales conducirá muy probablemente, según Popper, a la violencia, ya que al no poder determinar científicamente, es decir, mediante el método de la argumentación cual debe ser ese Estado Ideal, la defensa de un determinado modelo tendrá un carácter religioso, ideológico o político y, en consecuencia, se basará en el aniquilamiento de sus rivales mediante la violencia, la propaganda, la supresión de la crítica, etc., en definitiva conducirá a un gobierno tiránico, ya que, como señala Popper, «La tentativa utópica de alcanzar un Estado Ideal, sirviéndose para ello de un plano de la sociedad total, exige, por su carácter el gobierno fuerte y centralizado de un

(39) POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., p. 12.

(40) POPPER, K. R.: *Conjeturas y Refutaciones...*, ed. cit., p. 410.

(41) *Ibidem*.

(42) POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., p. 172.

corto número de personas capaz, en consecuencia, de conducir fácilmente a la dictadura» (43).

Efectivamente, parece más fácil conseguir un acuerdo sobre los males concretos y la necesidad de solucionarlos, que sobre la configuración global del Estado Ideal, aparte de que sería también más fácil la aplicación del método de «ensayo y error», y sobre todo mucho menos *traumático* al tener un carácter evolucionista que no supondría aniquilamiento total de las *tradiciones sociales* a las que Popper le otorga un papel muy importante, principalmente por lo que respecta al «Marco Moral» que expresa el sentido tradicional de justicia y de equidad de la sociedad y el grado de sensibilidad moral de la misma. Este «Marco Moral», según Popper, «no es inmutable en sí mismo, por supuesto, pero cambia de manera relativamente lenta. Nada es más peligroso, dice, que la destrucción de este marco tradicional... su destrucción conduce, finalmente, al cinismo y al nihilismo, es decir, al desprecio y la disolución de todos los valores humanos» (44). Postura que Popper mantiene desde su especial concepción de los valores contraria a todo relativismo. Para él, «los valores o principios morales pueden ser descubiertos e incluso inventados. Pueden ser relevantes para una situación dada e irrelevantes para otras situaciones. Pueden ser accesibles para algunas personas, e inaccesibles para otras. Pero todo esto es muy distinto del relativismo, o sea, de la doctrina que postula que no puede ser defendido ningún conjunto de valores» (45).

TERCERO.—Pero sobre todo Popper rechaza el método utópico por implicar una deshumanización total del individuo y una instrumentalización de la persona al destruir la libertad y la libre competencia. Y es que el método utópico desde la «planificación centralizada y colectivista» busca extender el poder del Estado hasta identificarlo con la sociedad, controlando las «Instituciones Clave» que dominan y moldean el desarrollo de la sociedad, y pretendiendo «controlar el factor humano por medio de instituciones y extender su programa de tal forma que abarque no sólo la transformación de la sociedad, según lo planeado, sino también la transformación del hombre» (46). No se pretende lograr una sociedad en la que los hombres desarrollen su libertad y su razonabilidad, sino que más bien se pretende moldear a estos hombres para que encajen en ese nuevo modelo de sociedad que se pretende instaurar.

Libertad y razonabilidad a las que Popper no está dispuesto a renunciar ni en el momento científico, ni en el político. «La ciencia, dice Popper, y más especialmente el progreso científico son el resultado no de esfuerzos aislados, sino de *la libre competencia del pensa-*

(43) POPPER, K. R.: *La Sociedad abierta y sus enemigos*, ed. cit., p. 159.

(44) POPPER, K. R.: *Conjeturas y Refutaciones...*, ed. cit., p. 421.

(45) POPPER, K. R.: *Búsqueda sin término...*, ed. cit., pp. 155-156.

(46) POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., p. 93.

miento. Porque la ciencia necesita cada vez más competencia entre las hipótesis y cada vez más rigor en los experimentos. Y las hipótesis en competencia necesitan representación personal, por decirlo de alguna forma, necesitan abogados, necesitan un jurado e incluso un público. Esta representación personal tiene que estar organizada institucionalmente, si queremos estar seguros de que funcione. «En último lugar, dice Popper, el progreso depende muy ampliamente de factores políticos, de instituciones políticas que salvaguardan la libertad de pensamiento: de la Democracia» (47).

(47) POPPER, K. R.: *La Miseria del Historicismo*, ed. cit., p. 187.

IV
NOTAS

De la necesidad de aceptación social al sentimiento de justicia: un intento de explicación psico-sociológica de los valores

Por NORBERTO ALVAREZ

Alcalá de Henares

I

A lo largo de la historia del pensamiento, la Justicia fue siempre pensada como algo objetivo, como captable por la razón y, en consecuencia, nunca reducible a una mera sensación psicológica. Ya en la Grecia clásica los grandes pensadores trazaron los rasgos centrales de su estructura: Platón se refiere a ella como virtud de la *polis*, y consistía en que cada estamento de la misma cumpliera con la función social correspondiente. lo que, a su vez, era imposible sin que se dieran también en la *polis* las otras tres virtudes cardinales de prudencia, fortaleza y templanza (1). Aristóteles se refirió a ella como virtud general, referida no sólo a la *polis*, sino, y de modo principal, al individuo; aunque esta referencia a la misma como virtud individual estaba, a mi juicio, implícita en Platón, pues no es posible entender la Justicia como constituida por el cumplimiento de la función social de los estamentos. sin pensar, a su vez, en el cumplimiento de la función social de cada uno de los individuos que integran el estamento (2).

Estos pensadores, lo mismo que el gran número que, en la Historia posterior sigue su doctrina a través de la obra de San Agustín y Tomas de Aquino (3), hacen siempre referencia en su análisis de un modo primordial a la estructura del concepto. Aristóteles insiste en el carácter de *conducta*: pues, aunque la estudia y define como virtud y en cuanto tal constituida por un hábito, éste lo es, como dice, «de bien obrar»: la «justicia es el hábito de bien obrar» (4). Santo Tomás, siguiendo la doctrina del maestro, habría de ser más

(1) Vid. PLATÓN: «La República», Eudeba, 1986, pp. 28 y ss.

(2) ARISTÓTELES: «Ética a Nicómaco», edit. Instituto de E. Políticos, 1970, pp. 70 y ss.

(3) Vid., Sto. TOMÁS DE AQUINO: «Summa Teológica», especialmente el *Tratado de la Justicia*; así como los *Comentarios a la Ética Nicomaquea*, del mismo autor.

(4) ARISTÓTELES: «Ética a Nicómano», obra y páginas citadas.

explícito en la presentación del concepto de Justicia, distinguiendo la misma en cuanto entendida como conducta, como virtud, como principio rector y como Juez.

Pero ya Aristóteles vio que, si bien el concepto de Justicia hace siempre referencia a la conducta, ésta no se trataba de una mera conducta personal, es decir, cuyo efecto termine en el propio sujeto artífice de la misma. Es, por el contrario, una conducta dotada de *alteridad* y, como tal, referida a otro (5). Lo cual nos permite ya apuntar una primera nota de la Justicia: la *alteridad*.

Sin embargo, si bien entendemos que la Justicia hace referencia a una conducta referida a otro y, como tal, dotada de alteridad, no cualquier conducta referida a otro constituye Justicia; más exactamente hay conductas referidas a otro que, siendo incluso valiosas, no son justas. En tal sentido, las exigencias morales no son de Justicia. Dar un buen consejo, ayudar al necesitado son conductas dotadas de alteridad y en cambio no son justas. Y es que en la estructura de la conducta justa hay una segunda nota que es la *exigibilidad*, que consiste en que el beneficiario de la misma puede exigir su cumplimiento. Esta nota no fue señalada por Aristóteles, presentándola involucrada en la alteridad. Y ello debido a una razón: a que en la Grecia clásica no existía una diferenciación sociológica ni doctrinal entre la Moral y el Derecho, por lo cual la nota de *exigibilidad* en la Justicia se subsumía en la *alteridad*: siempre que una conducta estuviera referida a otro resultaba exigible (6).

Por fin, como tercera nota de la conducta justa, Aristóteles se refiere a la igualdad, «trato igual para los iguales» y «trato desigual para los desiguales».

Con uno u otro contenido, a veces radicalmente diferente, estos caracteres formales de la Justicia permanecen a lo largo de la Historia. Es lo que entendemos que constituye su esencia, su estructura (7). Sin embargo, el contenido de la Justicia ha variado de continuo, según las concepciones del hombre y de las cosas que en el mundo ha habido. En tal sentido una concepción filosófica que presenta a los hombres como desiguales por naturaleza como era el caso de la Grecia clásica y Roma, o, aunque ya con caracteres diferentes, en la Edad Media,

(5) ARISTÓTELES: «Ética a Nicómaco», obra y páginas citadas.

(6) Vid., RECASENS SICHES: «Tratado de Filosofía del Derecho», Edit. Porrúa, 1975, pp. 171 y ss., especialmente.

(7) Una visión últimamente sintetizada de estos caracteres es la presentada por G. RADBRUCH en su *Introducción* a la «Filosofía del Derecho», Edit. Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 31 y ss. Así como, para una mayor profundización de los problemas que plantea puede verse la obra de JHON RAWLS: «A Theory of Justice», editada en 1971, by President and Fellows of Harvard College, traducida por María Dolores González y editada en castellano por el Fondo de Cultura Económica, 1979; así como el interesante comentario que de dicha obra hace J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, en su «Historia de las Ideas Jurídicas», Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980, pp. 365 y ss.

conlleva como lógica consecuencia una moral de subordinación de unos hombres a otros. Pero también hace variar los contenidos de la Justicia la concepción de las cosas que se tengan. En tal sentido, una u otra idea del arma atómica, en cuanto a sus efectos destructores, dará lugar a una concepción ética, permisiva o prohibitiva, del uso de tales armas. Lo mismo pasará con el feto humano cuya consideración en cuanto a si está o no dotado de vida humana influye decisivamente en la calificación ética de las prácticas abortivas. Y éste es el caso también de la consideración que se tenga de la droga, los medicamentos, el medio ambiente, etc. El estudio de esos criterios, considerados como objetivos para la elaboración y renovación de una concepción de la Justicia, es denominado *estimativa jurídica* (8).

II

El problema que yo plantearía inicialmente es el de si la Justicia, que se nos presenta como valor dotado de objetividad y existencia autónoma está en realidad dotado de objetividad y existencia independiente del sujeto que lo aprecia, o queda, por el contrario, reducido a una sensación del sujeto. Si esto fuera así no sólo la Justicia, sino también, y antes, la dignidad humana como precedente lógico que es de la misma quedarían reducidas a una sensación con pretensiones de realidad. Es decir, no una mera sensación de la que se sabe su mera existencia mental, semejante al caso del número, sino una sensación, como tal psicológica, pero que se siente como reflejo de la realidad exterior.

En los siglos XIX y XX encontramos un continuo desacuerdo en la doctrina en relación a este tema. Hasta entonces el pensamiento iba en la dirección de buscar la estructura lógica de la Justicia y sus contenidos materiales válidos, creyendo valerse siempre de la razón; pero, a partir del siglo XIX, y unido a toda la problemática en torno a la existencia objetiva de los valores, se pone en tela de juicio la existencia objetiva de Justicia.

Se ha defendido que la Justicia es un valor objetivo y como tal cognoscible por medio de la razón. Desde esta perspectiva el criterio de valoración de una conducta se entiende, como se puede entender un teorema matemático o una ley física. Pero, si bien observamos, la función de la razón al analizar los criterios éticos o las realidades estéticas, deja su papel reducido, o bien a explicar la razón por la que nos gustan las cosas, o se remonta a principios más amplios constitutivos de *deber ser* también, pero cuya razón última de *deber ser* queda nuevamente sin explicar. Ejemplo de la primera función racional lo es la explicación estética de un cuadro, de una película, o de

(8) L. RECASENS SICHES: *Op. cit.*, pp. 367 y ss.

cualquier obra artística en general. El crítico se refiere a los aspectos técnicos de la obra, es decir, a la forma de hacer del artista. Pero ¿es realmente valiosa la obra? La inteligencia aún no lo habría explicado debidamente porque aún cabe que se trate de una mera sensación. Ejemplo de la segunda función del entendimiento al explicar los valores —en este caso éticos— lo sería explicar el deber de respetar la vida humana, en base a que el ser inteligente tiene dignidad y debido a ello es exigible que siga existiendo; o defender el deber de respetar la propiedad porque la vida humana a la que sirve tiene valor; y, en consecuencia, se parte, como vemos, del *deber de respetar la vida humana*, concediéndole valor apriorísticamente para fundamentar la *exigencia de respetar la propiedad*. ¿Y si quisiéramos ahora fundamentar el *deber de respetar la vida humana*? Acudiríamos quizá a la aseveración de que *el ser racional tiene dignidad*. Pero una vez más la afirmación, referida a la realidad ser humano está constituida por un juicio de valor no formulable más que por un ser sensible; una vez más procede la pregunta en relación a la objetividad del juicio —¿por qué el ser racional tiene valor?— y la respuesta será, por ejemplo, «porque ser inteligente es bueno» (explicación casi tautológica y fruto de la sensación nuevamente), o «porque ser inteligente tiene valor en cuanto que puede ser útil a los demás» (explicación nuevamente determinada por la sensación, dado que prestar un servicio a los demás implícitamente supone una valoración), etc.

La experiencia intelectual de que nunca opera la inteligencia en el descubrimiento de un valor, unido a la convicción del sujeto de la sensación, de la existencia objetiva del mismo, obligó a que Max Scheler defendiera una vía de captación del valor diferente a la razón: la vía sentimental. Pues, aunque si bien todo hombre no estaba en condiciones de captar —sentir— los valores, el método de dicha captación sería, no el discurso racional, sino la intuición sentimental; esto es, la captación del valor por el sentimiento, admitiendo —pienso que está claro en Scheler— la posibilidad de desarrollo racional a partir de principios intuitivos siempre sentimentalmente (9).

Esta postura metodológica plantea un problema de entidad: no permite diferenciar cuándo una apreciación que se presenta como captación sentimental de un valor resulta objetiva y cuándo es ilusoria. No obstante, el mismo problema se presenta en la captación de cualquier realidad: la forma de las cosas, el peso, la cantidad, etc. Sin embargo, adquiere especial dimensión en el caso de las valoraciones, lo mismo que puede tenerla en el caso de la captación del color. Y eso debido a la falta de generalidad en la apreciación. Efectivamente, al no existir una apreciación única, ¿cuál es la verdadera? Un sector de la doctrina concluye afirmando que todas son falsas, la sensación es meramente subjetiva y resulta del contraste de la reali-

(9) M. SCHELER: *Ética*, edit. «Revista de Occidente», 1942, p. 64.

dad valorada con la sensibilidad de un sujeto de ciertas características. Así, la feminidad es apreciada como valor por un sujeto dotado de virilidad, una película que narra un drama familiar gusta más al espectador que vivió circunstancias análogas, etc.

Aunque la referida doctrina no insiste en la dimensión estructural del sentimiento-valor, sino que habla simplemente de que los valores quedan reducidos a sensaciones, entiendo que tales sensaciones no se conciben sin pensar en el influjo del sujeto receptor de las mismas tal como hemos visto.

Frente a este sector de orientación psicologista, pero radicalmente positivista, que niega realidad a los valores, dejándolos reducidos a meras sensaciones, se encuentra el sector que representado por Scheler y —según ya vimos— admitiendo el sentimiento como el elemento humano operante en los valores, lo concibe no como elemento creador, sino como medio de captación de una realidad —valor— que existe objetivamente. Pero insistimos en la pregunta: Si la realidad, para muchos resulta indiferente —para unos es hermoso un cuadro de Velázquez, para otros resulta indiferente—, ¿cuál es el verdadero sentimiento? ¿Según qué criterios metodológicos hemos de conceder validez a una forma de sentir sobre las otras? Esta pregunta Scheler ni siquiera se la plantea de una forma clara. Sin embargo, una tesis defendida por Ortega sirve, a mi juicio, como contestación, aunque de forma no del todo convincente (10), y, desde luego, enmarcada su posición en la metodología racional de los valores. Diferencia Ortega entre *gusto* y *valoración*. Algo —dice— puede gustarme más y valorarlo menos; o, a la inversa, algo que yo valoro altamente me disgusta. Ortega está pensando, a mi juicio, por ejemplo, en quien habiendo oído repetida y unánimemente que la ópera, o la música clásica, o la pintura tienen valor, le aburre ver una representación, o escuchar una pieza, o ver una exposición artística. Pero yo me pregunto si en todos esos casos de disgusto con la obra artística, aunque con aprecio de la misma, éste no está motivado por el influjo que ejerce en mí un sector de la sociedad que aprecia la ópera, la música y el arte antes que por mi propia razón. No es, pues, la razón la que prevalece sobre mi gusto personal, haciéndome discernir lo que es valioso de lo que no lo es, sino el influjo de quienes tienen una autoridad moral sobre mí, que me lleva a preferir —valorar más— lo que les gusta a aquéllos que lo que me agrada a mí.

Si bien el influjo social con frecuencia determina nuestra atracción por las cosas y conductas, la atracción entendida como valor está determinada, como dije, por el influjo de los sectores cultivados de la sociedad. Sin embargo, una misma realidad —la ópera, la música clásica, el arte— puede valorarse (en suma, *gustar*) y disgustar a la vez. La razón de la valoración —gusto— queda suficientemente expli-

(10) Vid., J. ORTEGA Y GASSET: *¿Que son los valores?*, en «Obras Completas», T. VI.

cada. Pero, ¿por qué disgusta a su vez? Porque un deseo de realización vivencial choca con otra forma de realización vivencial, que, cuando es más viva que la primera, produce insatisfacción. Ejemplo: el niño que tiene que presenciar la ópera podría estar corriendo en el campo y por ello no puede. Pero este problema lo expondremos con un mayor detenimiento en páginas posteriores, al estudiar la estructura psicológica del valor.

Aunque los ejemplos normalmente traídos lo son de valores distintos de la Justicia, lo hacemos por razones de neta analogía. En tal sentido, observamos que también se valora como justa una actitud que disgusta; pero también aquí se observa la expuesta contraposición entre formas de realización vivencial. Consiste aquí una en actuar conforme al criterio que la sociedad, o un sector de ella, valora. Consiste la otra en saciar un deseo; ejemplo: pagando lo que debo consigo ser aceptado por la sociedad, pero ello supone privarme del dinero necesario para otra cosa (deseo no realizado que motiva desagrado).

III

Refiriéndonos a continuación, en exclusiva, al valor de la Justicia, empezamos afirmando que la pensamos referida a la conducta humana, según vimos al exponer la esencia de la misma. Esas conductas que integran un sistema de Justicia producen, además, en el observador una sensación de agrado indescriptible, como lo es siempre una sensación, y sólo captable a través de la propia experiencia sensorial. Y si nos preguntamos por el motivo de la sensación, hallamos la contestación pensando que tal conducta es valorada, al entender que conlleva la aceptación social del sujeto que la practica. La captación de la Justicia no consiste, pues, en una apreciación racional, ni intelectual, ni en una intuición sentimental, que, aunque por medio del sentimiento, descubre algo —el valor— objetivamente existente. Según la postura aquí defendida, la Justicia, como los demás valores, son siempre una sensación de agrado (no cualquier sensación de agrado es un valor) recibida por el sujeto. Y en el caso de la Justicia tiene, entre otros motivos, *la consideración de que la práctica de tales conductas (tenidas como justas) motiva la aceptación social*. Escribe en esta línea W. Reich, aunque no con la debida precisión, que «la Moral del yo no deriva, pues, del ello, del organismo narcisista libidinal; por el contrario, es un cuerpo extraño tomado del amenazante y prohibidor mundo exterior» (11). Y señalo que lo hace sin la debida precisión porque no concreta si ese «amenazante y prohibidor mundo exterior» es sólo un mundo humano —la sociedad— o está constitui-

(11) W. REICH: «Análisis del carácter», Edit. Paidós, 1980, p. 172.

do también, o en exclusiva, por otros elementos. Ejemplo: la aparición de un virus motiva determinadas actitudes —en cierto modo *Moral*— frente a la enfermedad; la existencia de terremotos, tormentas y otras dificultades obliga también al cambio de actitud, con facilidad enmarcable en la moralidad. Más explícito resulta Jean Piaget, para quien «todo acto considerado culpable por un grupo social dado representa una violación a las reglas reconocidas por el grupo; o sea, una especie de ruptura del lazo social en sí mismo» (12). Y digo que resulta más explícito este texto de Piaget que el de Reich porque concreta que el mundo exterior que impone la *Moral* es la sociedad. Sin embargo aún resulta poco claro, pues ni siquiera plantea por qué la sociedad es capaz de ejercer una tal influencia. Esta es ejercida, según vimos, desde la consideración de que la conducta exigida por la *Moral* se entiende como medio que lleva a que el sujeto de la misma sea aceptado por la sociedad.

La Justicia, pues —podemos notar—, queda reducida a un sentimiento, cuyas notas vamos a describir, y de las cuales la primera consiste en que se trata de una sensación agradable, referida a una conducta. Dicha sensación se refleja, en cuanto deriva de pensar que la conducta justa motiva la aceptación social.

Según esto, el valor de la conducta —Justicia— pasa porque se capte también un valor en los sujetos sociales. Por ejemplo, pagar los impuestos —conducta— es valorado (Justicia) si se aprecia valor en el sector social que desea que los impuestos se paguen. Por el contrario, individuos pertenecientes a lo que comúnmente se entiende como subculturas (gitanos, marginados...) no sienten la conducta de pagar como justa, porque tampoco aprecian los sectores de la sociedad que la valoran como tal.

Ciertamente, la conducta justa atrae con frecuencia no sólo porque es querida por el grupo, sino también porque reporta alguna utilidad, o porque constituye una forma de realización instintiva o vivencial. Ejemplos: el que paga lo debido garantiza económicamente que volverán a pactar con él; o el que mata en la guerrilla se autojustifica en base a valores sociales que es preciso defender, pero en el fondo tiene la necesidad psicológica de asesinar (13); y el que roba

(12) J. PIAGET: «El criterio moral en el niño», Edit. Fontanella, p. 173. Desde la perspectiva del sujeto que sigue la moralidad vigente, Trotter defiende el instinto gregario (de imitación) como primario, junto con el de conservación y nutrición, y el sexual. Cuyo carácter primario ha sido negado por Freud en posteriores estudios referidos a la obra del primero. Las tesis de estos autores se refiere no sólo al plano de la moralidad, sino de las costumbres en general. Vid., SIGMUND FREUD: «Psicología de las masas», Alianza Editorial, 1970, pp. 55 y ss.

(13) En la generalidad de los guerrilleros hay una necesidad psicológica de la práctica de la violencia que de forma desenmascarada no se atreven a practicar porque hiere su sentimiento moral, pudiendo practicarla de forma encubierta cuando la sociedad lo desea, sintiendo así la violencia como justa.

para dar de comer a su familia realiza también una conducta valorable como justa, pero impulsada también por el afecto a los suyos.

En todos estos casos, en la valoración de la conducta, inciden factores diversos que la hacen deseable. Hay como un concurso de realizaciones en la misma conducta, que hacen sentirla —valorarla— con un aprecio heterogéneo, no en exclusiva constituido por la sensación de la Justicia, sino involucrada ésta en la sensación derivada de las otras realizaciones. A pesar de lo cual resulta la Justicia diferenciable de las sensaciones que operan simultáneamente en el observador en que la notamos constituida por la sensación referida al acto en cuanto motiva la aceptación social. En tal sentido, si al guerrillero le privamos de la aceptación social que le supone matar se siente un asesino, o simplemente alguien que mata. Si, por el contrario, al guerrillero se le priva de la necesidad psicológica de matar, pero sigue sintiendo que la sociedad quiere que mate, lo hará con menor gusto o incluso con disgusto, pero siente que obra con justicia.

Mas esa aceptación social que se impone como una necesidad (14) y que determina de forma refleja la valoración de las conductas que suponen la aceptación social tiene un carácter diferente, no sólo según se trate de un sujeto perceptor diferente, sino también según el grupo social que influye en la conducta. Aunque puedan influir en mí con igual fuerza, el tipo de valor que encuentro —y en consecuencia el influjo que ejercen— en los intelectuales es diferente del de los hombres de negocios o de las mujeres atractivas. Y así, la valoración de la conducta cuya realización me acerca a dicho grupo es también diferente. A partir de aquí concluiremos que el sentimiento de Justicia es con frecuencia diferente. Pero esto, que a mi juicio es posible entender, en la práctica es difícil demostrar qué tipo de sensación recibe cada sujeto ante un mismo estímulo, pues las diferentes sensaciones dan lugar con frecuencia a reacciones uniformes; lo mismo que lo que creemos que es un color o un sonido idénticos producen sensaciones diferentes, aunque la reacción de los observadores es muy similar.

Pero, volviendo al origen de la sensación, que radica en el aprecio que el sujeto sentía por el grupo, dicho aprecio puede consistir en mera consideración social o puede constituir una manifestación de amor. En este caso el sujeto de la sensación se halla seguro de la correspondencia a su atracción por parte del grupo, lo que motiva

(14) Se ha hablado de que se trata de un instinto; así lo defienden tanto Freud como Trotter. Vid., FREUD: «Psicología de las masas», Alianza Editorial, 1970, páginas 54 y ss.; así como TROTTER: «Instincts of the herd in peace and war», Londres, 1916; incluso se ha defendido que se trata de un instinto primario en la misma medida que el instinto sexual y el de conservación; *vid.*, E. FROMM: «El miedo a la libertad», Coedición Paidós y H. F. Martínez de Murguría, 1977. Si este instinto de sociabilidad —señala From— no tuviera el carácter de primario, sino derivado del de conservación y el sexual, no se entendería la actitud del héroe, quien por lograr un mayor grado de aceptación social es capaz de sacrificar la propia vida y en ella el instinto sexual.

el amor, y con él la voluntad de renuncia hacia el grupo. Cuando hay amor, el sujeto valora la conducta que el grupo desea en cuanto que satisface al grupo amado, al margen de la aceptación que por dicho grupo motive su realización.

En el caso de la simple consideración el aprecio hacia el grupo social motiva también la valoración de la conducta que el grupo desea, pero no buscando aquí la satisfacción del grupo —como en el caso del amor—, sino la aceptación por él mismo. Sólo cuando la valoración de la conducta (Justa) se realiza en estos términos puede hablarse de Justicia; es decir, que la conducta valorada positivamente porque agrada a seres queridos constituye a lo sumo un análogo de la Justicia.

Y así no puede considerarse justa la conducta de una madre que da pan a los pájaros, porque sabe que esto complace a sus hijos; pero si la misma madre lo hace presionada socialmente porque vive inmersa en una sociedad protectora de animales, la calificación será diferente: la conducta será sentida como justa.

La tesis que aquí se defiende, de una total dependencia del valor de la conducta, de la necesidad de aceptación del sujeto por el grupo social, parece chocar con algunas manifestaciones de la experiencia: piénsese en el intelectual que se complace estudiando toda su vida en total soledad, o en el artista que sólo se complace en crear, incomprendido y solo, pero satisfecho. Herbert Marcuse califica estas actitudes de manifestaciones narcisistas (15). Sin embargo, a mi juicio, en lo que aparentemente son formas de complacencia en la contemplación del *yo*, existe una inconsciente orientación hacia los otros. Es decir, que quien se complace en su propia belleza (física, moral, intelectual...) no siempre nota que tal complacencia deriva de que esas cualidades que le adornan reciben su valor de que gustan a los demás. Y aunque aparentemente el estudioso y el artista logren complacerse con absoluta independencia de los *otros*, más o menos inconscientemente, piensan en la posibilidad de que los *otros* valoren sus resultados.

Sin embargo, notamos que un sujeto que logra la aceptación de los demás falseando cualidades personales no se encuentra satisfecho, sino que desea poseerlas. Tal es el caso de quien se hace pasar por rico cautivando así al entorno social. Este sujeto, y al margen de lo que la riqueza proporciona de bienestar, prefiere ser rico a simplemente parecerlo: si el valor de la riqueza derivara del grado de aceptación social que motiva, conseguido éste, aunque sea mediante engaño, carecería de sentido seguir deseándola.

Observando otros valores, lo expuesto supone un argumento en contra de la tesis de que el valor, y en él el valor de la Justicia, es cualidad de realidades que suponen la aceptación de un sujeto por

(15) HERBERT MARCUSE: «Eros y civilización», Edit. Ariel, 1981, pp. 153 y ss.

parte de los demás. Sin embargo, siguiendo con el ejemplo de la riqueza, el que simplemente la aparenta se siente inseguro porque sabe que es posible descubrir que no la tiene. Pero además, el que se siente apreciado porque es rico sin serlo, se siente realizado y automáticamente agradecido del grupo social, naciendo la mala conciencia que produce siempre engañar a quien te aprecia.

IV

Hemos de advertir que la Justicia se enmarca en el plano más amplio de la Moralidad; concepto que, aunque referido a la conducta humana, resulta delimitable de lo que son, desde conductas indiferentes, hasta las propias del juego o de los usos sociales. La conducta moral es, en su función, esencialmente altruista. Pero, ¿cualquier conducta altruista constituye conducta moral? Fijémonos ahora en la dimensión subjetiva: Si la conducta se realiza por amor al directamente beneficiario, no constituye conducta moral; si tiene origen en el amor al grupo social que desea la misma, tampoco constituye conducta moral, según vimos ya en las páginas anteriores. Dar algo a un ser querido de forma totalmente altruista, por amor en exclusiva al ser querido, no constituye conducta moral, aunque pueda notarse incluso más valor; dar algo a un ser querido de forma totalmente altruista, por amor, no al sujeto beneficiario, sino al grupo que desea tal conducta, no constituye tampoco conducta moral. En ambos casos son conductas análogas a lo que en rigor es conducta moral. Ejemplo de la primera puede ser la ayuda desinteresada al amigo; ejemplo de la segunda, el cuidado de los hermanos menores cuando el motivo radica en que los padres —seres queridos— así lo quieren. Pensemos, por el contrario, en que la ayuda esté motivada, a pesar de sentirle antipatía, por la presión social; y paralelamente pensemos que el cuidado de los niños lo lleve una asistente social en un orfanato, consciente de que la sociedad así lo quiere. La sensación percibida, al contemplar las conductas narradas es bastante diferente; y sólo las dos últimas encajan, a mi juicio, como conducta moral.

A partir de aquí nos encontramos en condiciones de señalar las notas centrales de la conducta moral:

- a) La primera es su carácter altruista.
- b) La siguiente es que los sujetos favorecidos por la conducta sean aquellos que, de alguna manera, la sociedad valora o quiere. La sociedad ve, en general, con agrado la conducta generosa hacia los seres con los que se identifica, ama o admira.
- c) Pero, en la estructura de la conducta moral intuimos una nota, sin la cual no se entiende el deber moral, ni tampoco la conducta moral. Dicha nota la motiva el carácter egoísta del sujeto portador del deber; en otros términos, la idea de *cumplimiento moral* se piensa

como conducta que vence tendencias contrarias a ella. Por ejemplo, quien paga lo que debe realiza una conducta moral que supone vencer la tendencia a gastar dinero; quien respeta la propiedad vence también tendencias contrarias a la misma. Una conducta netamente filantrópica que, motivada por el placer en exclusiva de hacer el bien no tenga un contrapeso egoísta, aparte de ser difícil de encontrar, no constituye conducta moral.

Sin embargo, no toda conducta moral es *conducta justa*. Para que ésta exista se darán, junto a las notas de la conducta moral, la de *exigibilidad*, según vimos ya: Es decir, que la conducta merecida pueda ser pretendida por el beneficiario de la misma. Y al hablar de «pretendida» no hacemos referencia a lo que puede ser una mera pretensión moral, sino acompañada de la posibilidad de forzar al deudor. Desde esta perspectiva se entiende como justo pagar lo debido en el contrato de compraventa, o tributar a Hacienda, o respetar la vida ajena.

Pero, curiosamente, entendemos como justas también conductas que no gozan de esta *exigibilidad*. Hoy, por ejemplo, empieza a sentirse como justo en algunos sectores sociales el aborto; la abolición de la propiedad se ve justa también en períodos revolucionarios, antes de que la Ley la consagre. Y es que la *exigibilidad* a la que hacemos referencia habrá de entenderse en un sentido no sólo actual, sino también potencial. Desde esta perspectiva, no sólo aquella conducta ya hoy exigible, sino también las que piden estarlo, constituyen conductas *exigibles* y, como tal, justas.

Decir que la *exigibilidad* es nota de la justicia equivale a afirmar que la conducta justa se siente como exigible; lo que supone la existencia objetiva de elementos que permiten hacer realidad dicha conducta. En tal sentido, una misma conducta puede ser sentida como Moral o como Justicia, según que el momento histórico permita o no su imposición por la fuerza. El mendigo que depende de la generosidad ajena no se considera con derecho a la limosna; siente, en consecuencia, la limosna como moral, pero no como justa. El acreedor, por el contrario, del contrato se siente con *derecho a*, porque ve exigible el cumplimiento; y ello porque capta la existencia objetiva de resortes que permiten realizar su deseo. Si la Historia, por el contrario, llegara a hacer factible que el mendigo pudiera imponer su deseo al obligado a dar limosna, pasaría a sentirse con derecho a la misma y, en consecuencia, la conducta generosa, hasta ahora simplemente moral, pasaría a sentirse como justa.

Comparando lo que es una concepción netamente moral con lo que es una concepción de la Justicia reflejada por el Derecho, resulta claro que, en la segunda, se da como nota diferencial la *exigibilidad* y que ésta existe cuando se dan los resortes pertinentes para imponer al obligado el cumplimiento de la norma. Pero la Justicia lo es antes de ser recibida por el Derecho; y vimos que, incluso en esa etapa

prejurídica, la caracteriza, entre otras notas, la *exigibilidad*. ¿Cómo es posible entender como exigible una conducta no jurídica que aspira a ser Derecho? La exigibilidad aquí también existe, pero no se siente como actual, sino como potencial. Dicha sensación se encuentra también determinada por la consideración objetiva de que es posible, si no inmediatamente, de forma mediata, imponer la conducta justa por medio de la fuerza. Volviendo a los ejemplos: cuando se entiende como justa la no intervención estatal en materia de aborto se piensa en una conducta justa, y como tal exigible, de omisión, frente a la dación de limosna que se veía como simplemente moral; aunque la exigibilidad de aquélla no lo sea al modo del cumplimiento del contrato, sino simplemente potencial.

Si la sensación de exigibilidad actual nacía de la consideración objetiva de los resortes que permitían la imposición por la fuerza, la sensación de exigibilidad potencial nace también de la consideración objetiva de los resortes que permiten la imposición por la fuerza aunque mediatamente. Si el respeto a las prácticas abortivas o el aprovechamiento de los bienes comunes constituyen conductas que son vistas como justas en períodos de cambio social, ello es debido a que, de alguna manera, se sienten como exigibles, y esta exigibilidad que en ella se nota es debido a que tienen también un apoyo en la fuerza, que, como dije, de forma mediata puede llegar a imponerlas. En tal sentido, el respeto del aborto es de justicia porque se apoya en la fuerza de un movimiento feminista; y el comunismo lo es también porque se apoya en la fuerza de una clase social.

V

En relación con las consideraciones anteriores, creo notar que la consideración de que una conducta es justa y no simplemente moral da fuerza al sujeto para exigir su cumplimiento. Y unido a esto el que por causa de fuerza mayor ha de verse privado de lo que cree su derecho reacciona psicológicamente con más fuerza que el que se siente privado simplemente del interés que le otorga una norma moral: cuando soy víctima de un robo, mi sensación de rechazo de la conducta es mayor que cuando se me niega la misma cantidad de dinero por quien tiene la obligación moral de ayudarme. ¿Cuál es la razón? Partimos de que el placer no es más que la realización de un deseo; así, el mendigo que quiere la limosna sufre en su defecto; pero si fuerza al obligado moralmente sabe que la sociedad le marginará y el Estado le infligirá un castigo. La actitud de pasividad aquí produce dolor en cuanto le priva de la cosa, pero también placer, en cuanto le evita el castigo y la marginación. Sin embargo, pensemos en el sujeto al que se priva de un interés justo y, como tal, protegido por el Estado y la sociedad; el deseo aquí de que la conducta se realice es mayor, pues de la misma resultan sólo ventajas.

Por eso la agresividad que nace, al ser privado de ella, es también mayor. E incluso en el caso de que el Derecho no contemple tal conducta como justa, puede producirse el elevado grado de agresividad, cuando sea sentido por la sociedad como legítimo forzar al cumplimiento.

Volviendo al comienzo de la argumentación, lo que aquí ha sucedido es que la conducta que, en el caso de la exigencia moral, era deseada por el beneficiario de la misma, pero cuyo cumplimiento coaccionado por éste —robo, hurto, intimidación, etc.— era rechazado psicológicamente por el mismo en cuanto exponía al castigo y marginación; en el caso de la conducta jurídicamente legítima —ni condenado por la sociedad ni castigado por el Derecho su cumplimiento coaccionado— el que se ve privado del beneficio de dicha conducta tiene todos los estímulos posibles para exigir su cumplimiento. Y por ello la pasividad se hace más difícil, motivando el estado de agresividad que sentimos al vernos privados de lo que consideramos un derecho.

El problema de los embriones «in vitro» y el vacío de derecho

Por MONTSERRAT FIGUERAS PAMIES

Lérida

EL PROBLEMA DE LOS EMBRIONES «IN VITRO» Y EL VACIO DE DERECHO

Nuestro tiempo es época de grandes avances técnicos. La técnica aplicada a la biología o mejor a la biogenética llega ya a la posible manipulación del engendramiento humano. En efecto, desde hace poco todos hemos asistido a la confirmación real de los «embriones “in vitro”», es decir, de la fecundación artificial del óvulo femenino por el espermatozoide masculino fuera del útero materno, y la posterior implantación en la mujer del óvulo fecundado.

Este hecho, que parece tan simple en sí mismo, lleva a la conmoción de los fundamentos éticos, sociales y jurídicos en que hasta ahora se sustentaba, en el campo de la biogenética, la estructura social.

Antes de entrar en el punto de vista filosófico-jurídico cabe esclarecer qué es, jurídicamente hablando, el embrión no transferido y por tanto con sede «in vitro» o extrauteriano. ¿Es un «concepturus» (1) o bien un «nasciturus»? (2). Este embrión aislado «in vitro» o en el laboratorio, y aún no transferido al útero materno no es «nasciturus» y, por tanto, no puede proyectarse sobre el mismo, todo el frente de protección defensa-prejuicios-reservas del cielo ético jurídico, que se ciernen o están vigentes. ¿Entonces es un «concepturus»? La afirmación a la pregunta sería una verdad a medias, ya que si bien no se puede eludir su inserción en la categoría de los «concepturus» tampoco es el no-ser de la procreación natural, sino que el científico se encuentra con un cuerpo aislado que merece un trata-

(1) «Concepturus» es aquel «futuro ser» que aun no ha sido concebido y que carece de relieve para el derecho, salvo algún que otro sector de un derecho especial, como el catalán, cuando habla de «hijos nacederos» o hijos que «habrán de nacer», o que «van a nacer» o «por nacer», verdaderos hijos «concepturi». Ver arts. 88/89 y 252 de la Compilación

(2) Hijo que va a nacer por estar ya concebido.

miento adecuado tanto en la medicina como en el Derecho. Puede hablarse, según algunos, de un «tertium genus» en el sentido de que sin alcanzar la especie del «nasciturus», es más que el «concepturus» de inexistencia jurídica, y concluir en que (con independencia de que según sea su cronología creadora, así será su mayor o menor marginación biológica, siguiendo el propio dictado de la ciencia que lo alumbró), ya sea para el derecho un ente de destino o cosa futura, cuyo devenir esté encauzado hacia su fin normal el de producir la transferencia para iniciar el embarazo o concepción, o en su caso servir para razonables aplicaciones de la genética moderna. Parece que, en definitiva, la misión del derecho en el embrión aislado o extrauterino es conducirlo para que se transforme de «concepturus» cualificado a «nasciturus» o ser en gestión, tutelando este proceso y condenando cuanto lo aparte o conculque (3).

Ahora bien, ante el hecho de la eticidad o no, de la fecundación «in vitro» se pronuncian los médicos (4), también teólogos, profesores de ética e incluso asociaciones feministas emiten su opinión. Pero ¿qué dicen los juristas?

Existen dignas opiniones al respecto (5), pero la mayoría de filó-

(3) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Derecho a la vida y a la integridad física*, en «Actualidad Civil», núm. 20, semana del 11 al 17 de mayo de 1987, pp. 1252-1254.

(4) Ver Rev. «Tribuna Médica» año XII, núm. 1070, de 22 de febrero de 1981, «Ethical Considerations of the new reproductive Technologies» by Ethics Committee of the American Fertility Society, Birmingham, Alabama (USA), sept. 1986, vol. 46, núm. 3. MUNTANÉ M. D.: *Fecundación artificial: entre la ciencia y el Derecho*, en tema a Debate en la rev. «El Médico» —sept. 1985 (1-7 de mayo), núm. 136, pp. 43 y ss.). VERGES, A., y otros: *Ética de la fecundación «in vitro»*, en rev. «Acta Ginecológica», vol. XLII (1985), pp. 476-481). VERGES, A.: *Reproducción, Iglesia y Sociedad real*, en «El Periódico de Catalunya», año 1987, número 2847, de viernes 13 de marzo, p. 10. DOCUMENT SANOFI: *Fecondation «in vitro»*, en rev. «L. Homme Futur», núm. 1, pp. 17 y ss. SOPEÑA QUESADA, A.: *El «boom» de la fertilización «in vitro»*, en «Anuario de Noticias Médicas», p. 195. COHEN, J.: *Aspectos Ethiques de la fecondation «in vitro»*, en *Les conceptions induites*, de A. AUDEBERT y M. BOURGEOIS; J. C. EMPERAIRE, y J. M. MEUNIER: «Fondazione per gli studi sulla riproduzione umana» (Palermo, 1985), pp. 39 y ss. HOWARD, W.; JONES, Jr. M. D.: *The Ethic «in vitro»/fertilization*, 1982, de Editor's Corner, vol. 37, núm. 7, february 1982 (USA), pp. 146-149). HERRANZ, G.: *Polémica de la fecundación «in vitro». Tormenta en un tubo de ensayo*, en «Informe Médico» núm. 85, abril 1985. BAILO, F.: *El Dr. Herranz y la fecundación «in vitro»*, «La Vanguardia de Barcelona», de 23 de marzo de 1985; GLEICHER, N.: *The fetus is a graft both biologically and legally*, en Editor's Corner, vol. 42, december 1984 (USA), pp. 825 y ss. WILLIAMS, A.: *Medical Ethics*, en «Nuffield/York», portafolios vol. 302, núm. 12, entre otras publicaciones al respecto.

(5) Ver CAMPUZANO TOMÉ, H.; CARBAJO GONZÁLEZ, J, y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación*, en «Actualidad Civil», núm. 6, semana 7-14, diciembre de 1985, pp. 289-306. DOMINIQUE TOUVENIN: *Las reglas Ethico-juridiques, une nouvelle categoria de régles?*, en «Gestions Hospitalaires» núm. 241, decembre 1984, pp. 787-790. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *La inseminación artificial y el derecho*, en «Tribuna Abierta», de «ABC.», lunes 14-I-1985, entre otros. Así como también es preciso citar aparte las investigaciones y docencia del Instituto Borja de Bioética, C/ Llasseres, 30, de Sant Cugat del Vallés (Barcelona), que investiga, enseña y divulga las cuestiones fronterizas ante las ciencias médico-biológicas y la ética.

sofos del Derecho españoles, creo, permanecen silenciosos a la hora de dar soluciones concretas. Parece como si el hablar de ello fuera ya la confirmación de un cambio de estructuras o el comienzo del mismo y que «el tirar de la cuerda» acarrearía un verdadero peligro. Puede que así sea, pero ante una situación real es imposible permanecer demasiado tiempo así. Existe tal «vacío de derecho» en las legislaciones de los países europeos que sólo en Suecia e Inglaterra se han legislado algunos aspectos de los nuevos métodos de investigación, además de las Recomendaciones del Consejo de Europa (6), que de una manera prudente y genérica tocan el tema, sin crear precedente jurídico valioso para casos más concretos (7). A nosotros, sin tratar de ser originales, se nos ocurren varios supuestos relativos al tema, y posibles de transformarse en derecho, y cuyo denominador común

(6) Concretamente, la más explícita es la 1046, que invita a los gobiernos a cuestionarse el objeto de los rumores concernientes al comercio de embriones y de fetos muertos, a limitar su utilización a fines estrictamente terapéuticos, a prohibir la creación de embriones humanos con el solo fin de la investigación de su vida y de su muerte, a prohibir la creación de seres humanos idénticos, la fusión de embriones, la ectogénesis, la elección del sexo por manipulación genética, la investigación sobre embriones humanos viables, el mantenimiento de embriones «in vitro», más allá del decimocuarto día después de su fecundación. También les invita a elaborar una Convención europea en este terreno y a encargar a sus comisiones competentes a *preparar dictamen sobre la utilización de embriones y de fetos humanos para fines de investigación científica, teniendo en cuenta la libertad del individuo y el respeto de la dignidad humana* (XXXVIII Session ordinaire de la Assamblee Parlementaire, 1986).

Aparte de ello, el art. 3 de la Declaración de Derechos Humanos de Ginebra, en el que se recoge el derecho fundamental de la persona a la vida: «Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

(7) Fue también muy interesante al respecto el Debate presentado en el primer canal de Televisión Española el día 9 de abril de 1987 (22,30 horas), dirigido por Victoria Prego, periodista y licenciada en Derecho sobre el tema «Biogenética y ética», en el que participaron eminentes figuras del campo de la medicina y de la ética, como el Dr. Alfonso Vergés, prestigioso ginecólogo de Barcelona, que ha realizado ya varias fecundaciones «in vitro» con la posterior implantación en el útero de la madre; el Dr. Javier Gafo, catedrático de Etica; el Dr. Egozque, cuyos estudios y progresos en el campo de la biogenética son conocidos por todos; el Dr. Palacios; monseñor Yanes, en representación de la postura de la Iglesia católica, y la Sra. Taboada, representante de un grupo feminista a nivel internacional. De lo que allí se dedujo nos interesa, aparte de las posturas a favor o en contra del hecho y aparte también de la información científica que se dio sobre el concepto de embrión, según el cual, no es tal, el óvulo fecundado en una primera fase llamado «cigoto» hasta los catorce días de su fecundación (ya sea natural o artificial) y el de que dichos «cigotos» aún no están humanizados individualmente, sino que poseen incertidumbre genética que pueden dar lugar o no a otros individuos. Aparte de todo ello, decimos, lo que sí nos interesa reseñar aquí fue el acuerdo *unánime* de los participantes (veremos luego lo que nosotros pensamos de «justicia» y «consenso pasivo» en relación con la ética) de que debe respetarse una «ética civil» que en cada momento determinado dicta al individuo su actuación correcta. También sobre el concepto de «ética civil» ver las opiniones del Dr. Vidal García, catedrático de Teología, y del Dr. Higuera Udías, catedrático de Etica, en el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados de la sesión celebrada el miércoles día 27 de noviembre de 1985 por la Comisión especial de estudio de la «fecundación “in vitro”» y la inseminación artificial humanas, año 1985, II, Legislatura núm. 376. Y también ver el llamado «Informe Warnock», que fue dado para asesorar al Gobierno británico sobre el tema en julio de 1984.

sería la imposibilidad de fecundación tanto natural como por inseminación artificial directa (es decir, sin aislar el embrión «in vitro»):

— En el primer supuesto se podrían incluir todos los casos ya existentes en la realidad social de parejas que, por el deseo de tener hijos propios, recurren a la introducción artificial del óvulo fecundado en la misma mujer a la que pertenece dicho óvulo.

— El segundo supuesto es el de la fecundación de óvulo y espermatozoide de una misma pareja, pero implantados en el útero de otra mujer (recordemos el caso de «madre alquilada», aunque no siempre necesariamente dicha madre sea alquilada).

— El tercero sería el de la implantación en mujer no aparejada de un óvulo suyo fecundado por un padre desconocido.

— El cuarto supuesto, el de una mujer, o un hombre, por separado o conjuntamente que «alquilen» o pidan a otra mujer para que efectúe la gestación de un óvulo de mujer desconocido fecundado por espermatozoide de hombre desconocido («Banco de embriones congelados», junto con el hecho de alquiler o petición de madre ajena).

Ante ello debemos preguntarnos cuál debería ser el enfoque jurídico de estos supuestos en la legislación española.

La Constitución, en su artículo 15, dice que «todos tienen derecho a la vida» (8).

Bajo este lema tan amplio parece que ante el deseo de «crear vida» debieran de permitirse o regularse los cuatro supuestos antes citados.

Ahora bien, debemos partir de una definición de derecho y de un concepto de justicia, relacionado con la llamada «ética civil» (9) que informe el derecho antes de plantearnos la «lege ferenda» dentro del marco de la Constitución.

Veamos. Para nosotros *derecho* es el *imperativo emitido o permitido por el Estado que tiene en sí mismo implícita la coercibilidad, que tiene su raíz en lo social y que se mueve dentro de los parámetros considerados éticos en la comunidad en donde tiene su raíz* (10).

Y referente al tema mucho más amplio y difuso de la justicia en relación con la ética y el derecho, opinamos que quizá sea lo mejor pensar que la justicia informa al derecho, en cuanto este derecho regula la relación entre dos o más personas, ya que no podemos, a nuestro entender, dar una definición dogmática de la justicia, sino mejor partir de la «puesta en práctica de lo que es justo» que en cada situación concreta necesita la opinión de la mayoría, entendiéndose dicha opinión mayoritaria como consenso pasivo.

A nuestro modo de ver es entonces cuando la opinión de la que

(8) Art. 15 de la Constitución Española de 1978: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o malos tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

podríamos dar en llamar «minoría disidente» se anularía en virtud de un «principio de irracionalidad» que se puede identificar en el «riesgo» de cualquier decisión humana. Se nos puede objetar que esta llamada «puesta en práctica de la justicia» o «justicia material» también induce a errores, cuando la situación se convierte en minoritaria y concreta, es decir, sin el consenso pasivo y a veces incluso con él. De lo dicho podría deducirse un nihilismo respecto a la justicia o mejor respecto a su puesta en práctica.

Pero junto a la *imposibilidad de una negación interna de lo justo, por la misma demostración del «sentimiento justicia» que no por empírica es menos real, es preciso llegar a un «acuerdo» respecto a los mecanismos de su puesta en práctica, aun a riesgo de errores, mientras no descubramos lo que podríamos dar en llamar «piedra filosofal» respecto al valor justicia. Pero al final observamos que sólo en el ámbito interno admitiremos que es justo lo que está bajo la norma «no dañar a los demás» que lleva implícito el «no dañarse a sí mismo», y junto a ello la citada materialización de la justicia bajo el criterio de la opinión mayoritaria como consenso pasivo (11).*

Ahora bien, ¿cómo aplicaríamos dichos conceptos a los supuestos anteriormente dichos sobre los «embriones “in vitro”»?

Si admitimos que el derecho tiene su raíz en lo social y que se convierten en derecho algunos de los usos sociales ya existentes (12), observamos que la legislación directa debería hacerse ante los dos primeros supuestos que ya se han dado en la sociedad; el primero de parejas cuyo óvulo de la mujer fue fecundado «in vitro», también en España. El segundo de «madre alquilada» con el famoso bebé «Baby M» que se ha dado, como es sabido, en el estado de California, en EE. UU., y que podría darse perfectamente en cualquier país europeo (13).

Y también en los dos últimos supuestos deberían darse leyes orien-

(9) Según Vidal García (ya citado en nota núm. 7) y catedrático de Teología Moral, «Ética civil» es el mínimo ético convergente de una sociedad pluralista y democrática que busca un apoyo valorativo, un apoyo ético para configurar la vida social. Ver Diario de Sesiones del Congreso de Diputados de 27 de nov. de 1985, núm. 376, página 11479.

(10) El subrayado es nuestro, ya que, como exponemos en nuestra docencia, nos movemos en una corriente que se puede considerar de positivismo sociológico con matices axiológicos.

(11) El subrayado también es nuestro. Esta reflexión sobre la justicia fue la conclusión final a la comunicación presentada a las VII Jornadas de Filosofía del Derecho, celebradas en Palma de Mallorca en diciembre de 1984, y que llevaba por título «Breves apuntes sobre el concepto justicia», y en la que se revisaban distintas posturas referentes a la justicia a través de la historia, hasta nuestros días, concluyendo con el tema de la justicia material.

(12) Recordemos que el derecho es también un sector juridizado de los usos sociales.

(13) En efecto, el Juez de California, ante la disyuntiva de la «paternidad legal» de «Baby M.» entre «madre alquilada» por pareja imposibilitada de desarrollar la mujer un embarazo normal, dio dicha paternidad legal a los propios padre y madre que «prestaron» respectivos espermatozoide y óvulo para la fecundación «in vitro» del embrión y posterior implantación del embrión en otra mujer.

tativas, ante la posible inminencia de los mismos, dentro de la sociedad.

Y si aceptamos que el derecho debe seguir las líneas éticas comunes de la comunidad en donde se forma y si la justicia de estos valores éticos vienen informados por la opinión de la mayoría como consenso pasivo sobre lo que es justo o injusto y si en la aceptación interna de esta eticidad lo imponemos bajo el principio de «no dañar a los demás y no dañarse a sí mismos», nosotros pensamos que la opinión mayoritaria parece ser la permisibilidad de los mismos, ya que en el primer supuesto se favorece tanto al individuo como a la pareja ante la imposibilidad de tener hijos de manera natural, ya que de alguna manera se ayuda a las personas ante el humanísimo derecho y deseo de tener hijos propios.

Ante el segundo supuesto, quizá ya no tan claro, nosotros pensamos igual que el Juez de California que dio el hijo a la pareja que «alquiló» a la madre para que gestara «su» embrión fecundado «in vitro». En este caso el Juez realmente «creó derecho». Sentó el primer precedente en la historia sobre dicha materia.

Pero si se crea una ley regulando dichos casos las presuntas madres que aceptaran dicho alquiler sabrían a qué atenerse; ahora bien, el prohibirlo de forma radical me parece cerrar los ojos a la evolución de la época en que nos ha tocado vivir.

Sobre el tercer supuesto de fecundación en mujer no aparejada, de un óvulo suyo fecundado por padre desconocido, parece también en principio posible su aceptación, debido a que puede darse la necesidad de tener hijos propios, pero puede no haberse encontrado en la vida, la pareja idónea con quien tenerlos. Entonces ello conllevaría una revisión del derecho de familia en derecho civil, sobre herencia, etc. (14).

Y, por último, el cuarto supuesto: el de una mujer o hombre que por separado o conjuntamente «alquilen» a otra mujer para que efectúe la gestación de un óvulo de mujer desconocida fecundado por espermatozoide de hombre desconocido, ya plantea más problemas debido a que si bien en principio podría ser válido ante la esterilidad total del presunto «padre» o «madre», crea una cantidad de conflictos, sobre todo ante los posibles «bancos de embriones congelados» y el futuro de estos embriones «restantes», es decir, no desarrollados en el seno de mujer. Y de allí también puede llevarnos (15), a través del avance técnico, a la total fecundación y parto «in vitro» de un ser, con lo cual la revisión legal sería más complicada aún, a la vez que el concepto de «familia» tradicional desaparecería, planteando un sistema social con otras bases.

(14) Claro que la revisión de las leyes civiles se daría a la larga en todos los supuestos que se examinan y en otros que puedan surgir.

(15) Aunque a riesgo de que parezca que caemos en la ciencia-ficción del «Mundo Feliz», de Huxley, pero cuya realidad en parte, si no próxima, puede ser factible.

A pesar de todo ello creemos que no debemos cerrarlos de manera absoluta. Sabemos que todos los hechos revolucionarios que han cambiado la historia, al final la humanidad los asume y los transforma por medio del derecho.

Creo que debemos dejar este «riesgo de irracionalidad» o de disconformidad «de la minoría disidente» respecto a lo justo o injusto, que actúe como contrapeso de grandes cambios bruscos, pero no cerramos la mente a todas las posibles soluciones a las situaciones que sucesivamente se planteen, a través del avance de este maravilloso mundo de la biogenética, siempre teniendo en cuenta el derecho humano tan fundamental de la dignidad personal del ser humano (16), tanto de posibles progenitores como de los seres que puedan nacer en dichas circunstancias.

(16) Respecto a los derechos humanos fundamentales es interesante la postura de Eusebio Fernández, próxima a la de Antonio E. Pérez-Luño y Gregorio Peces-Barba en lo relativo a la *fundamentación ética de los derechos humanos* cuando al preguntarse a qué tipos de valor nos referimos cuando hablamos de derechos humanos fundamentales, nos referimos a los valores relativos a la *dignidad* humana, como valores de seguridad, libertad e igualdad, y cuando dice que para la justificación racional de los mismos precisa de tres requisitos:

1.º Partir de una *constatación mínima* o suposición de que los D.H. son «algo» (ideales, exigencias, derechos) que consideramos deseable para el desarrollo de la vida humana (semejante dicha opinión a la de Hart con su idea del «contenido mínimo de derecho natural»).

2.º Respecto al fundamento de los D.H. sería la justificación de valores últimos que deseamos como objetivos, la evaluación y elección de los cuales pueden ser decisiones racionales aptas de ser justificadas y que a la hora de fijar un criterio para la verificación de sistemas éticos se pondrá en primer plano la *satisfacción de las necesidades humanas, el cumplimiento de los deseos humanos, la eliminación del sufrimiento humano innecesario y la armonización de las aspiraciones humanas intrasubjetivas o intersubjetivas*, hechos todos ellos controlables sobre la base de experiencias humanas.

3.º Que analizar el fundamento ético de los D.H. es plantear también la posibilidad de la racionalidad y universalidad de este fundamento, y el hablar de D.H. es hablar de «derechos morales» que pueden *ser justificados racionalmente* y ser aptos para el consenso (ver FERNÁNDEZ, E.: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, «Colección Universitaria», Ed. Debate, Madrid, 1984, pp. 104 y ss.).

La nacionalidad como derecho fundamental

Por MILAGROS OTERO PARGA

Santiago de Compostela

A la hora de elegir un tema de estudio, me decidí por el de la Nacionalidad, porque es, sin duda, un campo de estudio muy importante y plantea grandes interrogantes jurídicos a todos los niveles. La praxis nos demuestra que es una cuestión fundamentalmente práctica, en tanto en cuanto se refiere al «status jurídico» al que deben acogerse, tanto las personas físicas como las jurídicas. Por otro lado, a la dificultad natural de gran cantidad de supuestos jurídicos que puedan plantearse en sede de nacionalidad, se suma una nueva complicación que es, ni más ni menos, que la delimitación del concepto. En efecto, el problema de la nacionalidad ha tenido, sin duda, y es muy posible que siga teniendo, grandes implicaciones de tipo político. Todo ello ha contribuido grandemente para que, en torno a él, se formara una neblina, que a veces llegó a convertirse en niebla espesa y que dificultó, en gran medida, tanto su comprensión como su regulación. Pero, no por difícil el tema, resulta menos interesante.

Un paso importante a la hora de asumir un problema es conocerlo. Si sólo lográramos esto mediante este, por necesidad breve, trabajo, nos sentiríamos plenamente satisfechos.

EL PROBLEMA EN ESPAÑA Y AMERICA DE LA DOBLE NACIONALIDAD

Es de todos conocido que el problema de la doble nacionalidad presenta connotaciones especiales referidas a España y a los países de Iberoamérica. Sabido es que España tiene suscritos numerosos tratados de doble nacionalidad con países iberoamericanos mediante los cuales, tanto los españoles en esos países como los iberoamericanos en España, gozan de una protección especial. De hecho, el tener una doble nacionalidad no implica tanto el hecho de poseer pasaporte de distintos Estados, sino el poder disfrutar de una protección específica en un país concreto distinto del de origen. El sentido y la amplitud de esta protección serían puntos de indudable interés para cualquier

jurista iberoamericano, por lo cual voy a intentar sentar algunas bases que aclaren algunos puntos y dejen otros al menos esbozados. Pero para ello es preciso que en primer lugar realice un somero estudio del tema de la nacionalidad.

EL CONCEPTO DE NACIONALIDAD

Como ya he indicado al comienzo de este trabajo, la primera dificultad que presenta el estudio de este concepto es la *dificultad de delimitación del mismo*. De hecho, la nacionalidad ha venido utilizándose en muchos casos como sinónimo de otros conceptos como Estado, Patria, Ciudadanía, Sociedad o incluso Nación, con los cuales presenta, sin lugar a dudas, diferencias importantes tanto cualitativa como cuantitativamente hablando.

En este sentido son ilustrativas palabras como éstas: «Se confundió nación con sociedad, pues sólo ésta podía decirse que se desintegraba en órdenes o clases distintas, y después porque la nación vino a confundirse más claramente con el Estado, sin darse cuenta, los que aceptaban la sinonimia que no solamente puede haber naciones repartidas en distintos Estados, sino también Estados que en la infraestructura social muestren varias naciones» (1).

O incluso todavía más claro, Santamaría Paredes dice que «la nacionalidad expresa, en general, la cualidad de pertenecer a una nación, y la ciudadanía la de ser miembro activo del Estado para el efecto de tomar parte en sus funciones; así, el hijo de España tendrá nacionalidad española desde su nacimiento, pero no será propiamente ciudadano hasta la edad en que pueda ejercer sufragio o desempeñar cargos públicos» (2).

En cuanto a Patria, este concepto tiene claramente unas connotaciones políticas.

Vemos que estos términos que hemos apuntado no pueden considerarse sinónimos de nacionalidad, pero, a «sensu contrario», lo que como juristas nos interesa es la delimitación positiva del concepto. Cuando hablamos de nacionalidad, ¿a qué nos referimos? Como ya he advertido, es un tema complejo y que puede enfocarse desde distintos puntos de vista. Podría definirse, como lo hace el profesor Puy, como «la peculiar condición o carácter de los individuos o grupos sociales que componen una nación, o el ente administrativo que los organiza autónomamente dentro de una organización territorial

(1) DEL CASTILLO ALONSO, G.: *Enciclopedia Jurídica Seix*, Voz «Nación», Francisco Seix, ed., Barcelona.

(2) DEL CASTILLO ALONSO, G.: *Enciclopedia jurídica Seix*, voz «Ciudadanía», Francisco Seix, ed., Barcelona.

más extensa» (3). Esta sería claramente una definición tomada desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho.

Desde el punto de vista de un internacionalista, por el contrario, cabrían definiciones como las del profesor Espinar Vicente, que afirma que «la noción de nacionalidad posee contenido conceptual polivalente de distintas proyecciones jurídicas». La primera de ellas hace relación a «una colectividad de personas que se individualiza con base a un origen común, una misma lengua y una tradición compartida». Ahora bien, observamos que esa comunidad no tiene por qué coincidir exactamente con la del Estado.

Continúa diciendo este mismo autor, que también puede definirse este concepto en su segunda dimensión como «el vehículo que liga a cada individuo con un determinado Estado». Y, por último, una tercera imagen concibe la nacionalidad como «una cualidad que convierta a quien la ostenta en destinatario primario de sus normas de Derecho privado» (4).

Podríamos seguir aportando definiciones, pero creo que con las mencionadas es suficiente para dejar constancia de la falta de unanimidad que reina en este campo. De todas maneras, y a modo de resumen, podríamos apuntar que al hablar de *nacionalidad* entendemos *un derecho natural o fundamental, que se refiere al vínculo común que une a las distintas personas con un origen común y un territorio y tradiciones compartidas y que los liga normalmente a un determinado Estado y los hace destinatarios de sus normas de Derecho privado.*

LA REGULACION DE LA NACIONALIDAD

Hemos dicho que la nacionalidad es un derecho fundamental, y como tal parece regulado en nuestra Constitución de 1978 en el título I, capítulo 1, que lleva por común denominación *de los españoles y los extranjeros.*

En efecto, el artículo 11 del citado texto legal, en su párrafo 1.º, dice que «la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido en la ley». Ante tal redacción cabe preguntarse, lo establecido, ¿por qué ley? En los trabajos previos de elaboración de la Constitución, distintos juristas apuntaron la conveniencia de especificar que esta ley hacía referencia a la Ley civil. Sin embargo, después de discutido ese extremo, se acordó la supresión de ese calificativo. Aplaudo esa decisión en tanto en cuanto si bien

(3) PUY, F.: *Derechos humanos*, vol. 2.º, Derechos civiles, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela 1983, p. 102.

(4) ESPINAR VICENTE, J. M.ª: *Derecho internacional privado*, vol. 2.º, la Nacionalidad, ed. Tat, Granada, 1986, pp. 13 y 14.

es cierto que muchos de los temas relativos a la nacionalidad están regulados por el Código civil, también lo es que en cuestiones de pérdida de nacionalidad se acude al Código penal y en otros supuestos habría que atenerse a las leyes administrativas, mercantiles o militares. Eso por no mencionar distintos tratados internacionales y leyes de extranjería, lo cual aumenta significativamente el campo normativo de referencia.

Hecha esa salvedad conviene subrayar, sin embargo, que, en cuanto a la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad española, habrá que estar a lo establecido en el Código civil, en sus artículos 17 a 28 (5).

Según nuestra Ley civil, actualmente existen dos formas genéricas de *adquirir la nacionalidad española*:

«*Originariamente* por el hecho de nacer de padre o madre españoles (“*ius sanguinis*”) (art. 17-1.º del Cc.), o en territorio español (“*ius soli*”) (arts 17-2.º, 3.º y 4.º del Cc.).

Derivativamente se adquiere la nacionalidad española voluntariamente (libre elección), mediante el ejercicio del derecho de opción (art. 19 del Cc.) o por naturalización; por carta de naturaleza (art. 21 del Cc.) o por residencia (art. 22 del Cc.) y necesariamente por adopción plena (art. 18 del Cc.)» (6).

En cuanto a la pérdida de nacionalidad, es el supuesto del que se ocupa el artículo 11-2.º de la Constitución, así como los artículos 23 y 24 del Código civil.

El Código civil, en relación con este tema, dice que se perderá la nacionalidad española por residencia continuada fuera de España durante un cierto tiempo, por sentencia firme, cuando se entre voluntariamente al servicio de las armas para una potencia extranjera o cuando se ejerza un cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

Estos supuestos son claros y hay que ponerlos en relación con el artículo 11-2.º de la Constitución, que dice que «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad». Por tanto, hemos de suponer, para evitar contradicciones, que los casos a los que se refiere el Código civil no hacen relación a los españoles de origen. De todos modos, es indudable que la regulación no es del todo clara, ya que se han pasado por alto el problema de la *renuncia voluntaria* del derecho a la nacionalidad. La nacionalidad es un derecho subjetivo del individuo, y como tal puede ser objeto de renuncia siempre que no esté en abierta contradicción con el interés general o con intereses particulares ajenos (en algunos casos). Así, teniendo en cuenta esta nueva aportación, parece que el Código civil merecería una regu-

(5) Modificados por ley 51/1982, de 13 de julio.

(6) LETE DEL RÍO, J. M.: *La nueva regulación de la nacionalidad*, 2.ª ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1987, p. 37.

lación un poco más cuidada. Hay que tener en cuenta que podrían producirse, en la práctica, problemas de difícil solución.

Pensemos, por ejemplo, en el hijo de un español nacido en un país extranjero que llegado el momento oportuno, y a fin de conseguir algún tipo de mejora en su situación, decide hacer el servicio militar en ese país. Estamos claramente inmersos en una de las circunstancias que, según el artículo 24 del Código civil, implicarían la pérdida de la nacionalidad española. Sin embargo, podría tratarse de un español de origen y, por lo tanto, según el artículo 11-2.º de la Constitución, no podría ser privado de su nacionalidad. ¿Qué hacer? ¿Podría suponerse que se produce una renuncia tácita de su derecho? La solución sería adecuada, pero no es posible porque esa renuncia tendría que ser expresa, nunca tácita. Parece, por lo tanto, que se produce una fricción entre la Constitución y el Código civil. ¿Cómo solucionarlo? Tendría que prevalecer la Constitución, pero creo que antes de llegar al punto de ver qué ley debe prevalecer (porque también tendríamos que ver lo que a ese respecto diría un hipotético tratado con ese país o la Ley de Extranjería), deberíamos intentar adecuar el Código civil, ya que sería más cómodo, económico y factible que modificar la constitución.

Una vez aclarado este extremo, fijémonos en el artículo 11-3.º de la Constitución, que dice que «el Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan especial vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder la nacionalidad de origen».

Indudablemente, se trata de buscar una forma de potenciar, proteger, mejorar, formentar, utilícese el verbo que se prefiera, las relaciones entre España y una serie de países con los que se entiende que ésta ha estado, está y y estará especialmente unida.

¿Qué países son esos? Indudablemente los países iberoamericanos, y, además, dice la Constitución que «aquellos que hayan tenido o tengan especial vinculación con España».

Aplaudo de nuevo a la Constitución en la regulación que hace de este tema, en tanto en cuanto con una fórmula de tal amplitud, ha dejado la puerta abierta a la posibilidad de concertar tratados de doble nacionalidad con infinidad de países, pues ¿quién puede estar completamente seguro de que en un determinado momento España no pueda tener relaciones de gran vinculación con un país con el cual en este momento no pueda ni sospecharse?

Por otro lado, ya en concreto en relación con los países iberoamericanos, hago votos porque en realidad sí se produzcan estas relaciones y no puedan volver a escribirse frases de este tipo: «Con Argentina estamos ante una situación verdaderamente imposible. Hace ya cuatro años que constantemente se viene hablando, ora de un tratado

de comercio, ora de una reforma arancelaria que facilite y aumente nuestras relaciones mercantiles. De esto se habla diariamente en nuestro Parlamento y en los centros españoles de La Plata, en los periódicos españoles y americanos, en las reuniones de nuestras Cámaras de Comercio» (7).

O refiriéndose al tratado de Cuba: «Tendremos que hacerlo, pero cuando Francia, Inglaterra, Bélgica y Alemania hayan tomado los mejores puestos» (8).

Repito que es una verdadera pena que hayan tenido que ser escritas frases de este tenor, pero, lo verdaderamente preocupante es que en uno u otro campo seguirán escribiéndose hasta que nos convenzamos de que verdaderamente España y los países iberoamericanos tienen mucho que ofrecerse entre sí; muchos intereses comunes que podrían engrandecernos a todos. Sólo cuando seamos verdaderamente conscientes de esta realidad, estaremos en condiciones de poder esperar un verdadero reconocimiento exterior.

CONCLUSIONES

Sin embargo, todo lo que hemos dicho puede convertirse simplemente en bellas palabras si no intentamos encontrar, cada uno desde nuestro campo de trabajo, problemas y soluciones que intenten potenciar la mutua colaboración, el apoyo y el respeto entre España y los países iberoamericanos, en los distintos ámbitos.

En el aspecto de la nacionalidad, está claro que quedan muchos problemas por resolver, y por ello necesitamos una regulación más precisa y específica de la nacionalidad, en la que queda recogido, de forma más clara, este derecho fundamental, no sólo desde el punto de vista de las personas físicas, sino también desde la perspectiva de las personas jurídicas, en cuanto son éstas las que, de ordinario, tienen mayores implicaciones de tipo económico. Y esta regulación creo que no debería realizarse en abstracto, sino teniendo como punto de referencia la comunidad iberoamericana, en tanto en cuanto nos es mucho más próxima.

(7) LABRA, R. L.: *El problema hispanoamericano*, discurso pronunciado al inaugurar las conferencias organizadas por la Unión Iberoamericana de 23 de abril de 1905, Madrid, Imprenta de los hijos de M. G. Hernández, 1906, p. 86.

(8) LABRA, R. L.: *Op. cit.*, p. 86.

Iconografías políticas fantásticas: el «Leviathan» hobbesiano (*)

Por JOSE CALVO GONZALEZ

Málaga

1. Si la idea de que a través de los instrumentos especulativos y enunciativos del intelecto humano la realidad no puede ser aprendida con certeza de pleno dominio, es patrimonio del nominalismo (1), existe sin duda un componente nominalista en el pensamiento de Hobbes. El *De Corpore*, II («Sobre las palabras») 1 y 5 («Necesidad de los elementos sensibles y de las marcas para la memoria. Definición de la marca» y «Los nombres son signos no de las cosas, sino de los pensamientos») evidencia la atormentada condición de la inteligencia humana frente a la comprensión de la realidad. De una parte, el manejo de la materia verbal parece capaz de persuadirle de que mediante lo que no pasa de mera exégesis conjetural puede, sin embargo, alcanzar una verosímil sistematización del mundo. De otra, la perfidia significativa —que tan a menudo produce equívocos— y la precariedad expresiva —ausencia de vocabularios infinitos— en el lenguaje, unido al carácter no discursivo de la relación intelectual del hombre con el mundo, le convencen de que la realidad escapa siempre a ser adecuadamente traducible en palabras, es decir, que su na-

(*) Comunicación presentada al *VI Colloque de la Association Française des Historiens des Idées Politiques*, Faculté de Droit de Rennes, 21 a 22 de abril de 1988.

(1) El lenguaje como objeto del inquirir filosófico ocupó a Platón en el *Crátilo* y está presente en el *Organum* y *De Interpretatione* aristotélico. Conviene reseñar también la importancia que la cuestión adquirirá durante el Medievo a través de las «suppositiones terminorum». Conectado a este mismo asunto está el de la imposibilidad del pensamiento para sobrepasar la pura factualidad a causa de la disyuntiva entre realidad inteligible y estructura del conocimiento humano. Así aparecen signos y signos de signos, que no se corresponden a nada en la realidad. El término «signa signorum» será utilizado por Ocam como «explicatum» de las «secundae intentiones» (*Summa Logicae*, I, 25). Estas se entienden como signos de signos porque producen remisión a las «primae intentiones», que a su vez son signos de las cosas. NICOLÁS DE CUSA, más radical aún, reconducirá toda forma de conocimiento a los signos, y no a la realidad (*Compendium*, I, 1, 8-13; en *Opere Omnia*, XI, 3, Hamburgo, 1963).

(2) CARNAP, R.: *Meaning and Necessity*, University of Chicago Press, 1947, pp. 56 y ss.

turalidad última no admite una transformación total en objeto de conocimiento por el auxilio exclusivo del lenguaje.

En esta situación los recursos son limitados; queda sólo acudir, a pesar de todo, al lenguaje, porque aun en su ineptitud expresiva final, una abstracción proporcionada de la realidad, un concepto apenas aparentemente riguroso de la misma, resulta siempre más soportable para nuestro entendimiento que la caótica, inescrutable e interminable concreción de esa colección de hechos que forman la realidad, para lo cual donde las dificultades se hacen más insalvables o bien se apela a procedimientos de designación de la realidad por evocación como el símil, el sinécdoque, la sinonimia, etc. [esto es, a la ilusión de un isomorfismo in-tensional (2), que ofrece para un término que con sentido y careciendo de referencia desconocemos, la referencia del sentido de otro mejor conocido], expedientes que al cabo precipitan en paráfrasis regresivas, o bien se procede a la designación de la realidad mediante representación ideográfica, es decir, simbólica o icónica.

Pues bien, si comparamos Estado y *Leviathan* ciertamente podremos decir que la obra *no es, ni contiene* el Estado. Más aún, en pura precisión terminológica el vocablo «Estado» rara vez se emplea allí; Hobbes utiliza el de «Common-Wealth» como traducción de los latinos «respublica» y «civitas», reservando aquél con mucha mayor frecuencia, junto al de «nación», para *Behemoth* (3). Pero, si el Estado sobrepasa en las propiedades y manifestaciones de poder y autoridad lo contenido en la obra, ésta logró, no obstante, con éxito notorio, acercarnos su «representación». Desde este punto de vista, la cuestión de establecer la realidad del Estado comparando el Estado en la realidad y en el *Leviathan*, consistirá en calibrar la eficacia de tal «representación», para la cual Hobbes se sirvió de una simbolización icónica fantástica.

2. Por la simbolización se alude esencialmente al significado más general de las cosas, el más abstracto, pero en la peculiaridad de acudir para ello a lo fenoménico y establecer en esa relación que escinde forma y significado, una unidad inmediata entre el fenómeno y el absoluto; de ahí que existe símbolo cuando el nivel doble de la representación, el fenómeno y el absoluto, se convinan simultáneamente sin que ninguno prevalezca tanto que anule al otro.

Así, una simbolización del Estado constituye el lugar en que el fenómeno —aparición de Estado— y lo absoluto —idea de Estado— confluyen plenamente, resultando de tal convergencia tan simbólico lo absoluto del fenómeno —la idea de Estado es símbolo de Estado— como el fenómeno para con el absoluto —el Estado es símbolo de la idea de Estado— porque al contrario que los esquemas de contra-

(3) VIOLA, F.: *Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1979, núm. 22, p. 144.

dicción en cuanto tratan de definir el absoluto abstrayéndolo del fenómeno, la simbolización es un esquema dialéctico de síntesis que capta el absoluto en el fenómeno mismo; es, como considera García Pelayo (4), sí la «coincidentia oppositorum» cuyo desarrollo dialéctico puede convertirla en identidad, pero en el añadido —creemos— de que la síntesis y solución de contrarios —apariencia e idea— produce una escisión entre forma y significado que consigue cambiar la apariencia en idea y la idea en imagen.

Aplicando desde aquí a nuestro asunto las claves de análisis semiótico de Eco (5), la imagen que Hobbes ofrece no es sino una representación icónica del Estado en la que, mediante técnicas gráficas, se han transcrito propiedades del objeto representado —ópticas, ontológicas o convencionales— que es posible individuar en bloques de unidades expresivas no identificables siempre con unidades gramaticales, o sea que más bien se corresponden con unidades macroscópicas e hipocodificadas, o lo que es igual, que en su conjunto forman un «signo icónico», o mejor un «texto» —ya que si en principio Eco utiliza esta denominación de «signo», más adelante precisa que no se trata de verdadero signo por no estar codificados y ser indiscernibles sus elementos articulatorios (6)— y más concretamente un «texto estético», en el que el emisor, en tanto aspira a estimular un complejo trabajo de interpretación en el destinatario, no sólo insiste en las cualidades físicas del objeto representado, sino también y en especial en las reacciones que previsiblemente generará la representación (7), sea respecto de lo que se ve del objeto, como de lo que se sabe o se ha aprendido a ver.

De esta manera, la representación icónica del Estado según aparece en el frontispicio de la edición londinense de 1651, se constituye en un modo de producción de funciones semióticas y/o signos que da lugar a un retículo de actos comunicativos. Este núcleo de información tiene a la base una composición figurativa preternatural y fantástica.

3. Hoy comprendemos el por qué de las representaciones heteromórficas que tanto abundan en la mitología clásica y que en cierta medida hallarán más tarde continuidad a través de los *Physiologi* y *Bestiarios* medievales. Para el hombre antiguo, divinidad y naturaleza formaban parte de una misma y única experiencia de realidad. Los dioses eran hombres y/o bestias simultáneamente, sin perder su condición divina; existía, pues, una frontera absolutamente permeable entre la divinidad y los diversos reinos de la naturaleza que, en último ex-

(4) GARCÍA PELAYO, M.: *Mitos y símbolos políticos*, Taurus, Madrid, 1964, pp. 138-139.

(5) ECO, U.: *Tratado de semiótica general*, Lumen, 3ª ed., Barcelona, 1985, pp. 345-347.

(6) *Ibidem*, pp. 358-359.

(7) *Ibidem*, p. 416.

tremo, llevaba a que naturaleza y divinidad se confundieran. «Todo lo natural es algo divino», escribiría Aristóteles (8), y aún antes que él, finales del siglo VII principios del VI a. C., de la doxografía presocrática nos queda un inquietante «todo está lleno de dioses» en boca de Tales de Mileto (9).

La consecuencia inmediata no fue otra que la falta de conciencia sobre lo trascendente y la total sacralización del mundo natural. En ello se probaba que la trascendencia tenía origen en la naturaleza; lo divino, en efecto, podía localizarse en uno u otro principio natural, pero sin trascenderlo. Y así, como quiera que la naturaleza aparecía como un espacio compartido por dioses y hombres, éstos tenían con aquéllos en común todo, a excepción únicamente de la muerte, que a veces superaban también por determinados hechos (heroicidades) y uniones físicas.

El carácter cosmológico con que esta experiencia se articuló en Grecia, se reprodujo en Roma sin alteraciones sustanciales con dimensión cívica. Para los romanos, la unidad entre dioses y ciudad, la «romanitas», tuvo rasgos tan sólidos que jamás se distinguió entre religión y cargos públicos. Los *Annales* de Tito Livio (10) relatan cómo todavía en el siglo III a. C. era Júpiter quien manifestaba —por «signa in coelo» (11)— y confería a los cónsules la «autoritas» e «imperium» sobre los cives. No hubo, por tanto, potencia sobrenatural para lo religioso porque la religión y lo divino eran una expresión más de la misma naturaleza en la urbe.

Esa coordinación y participación recíproca de lo animal, vegetal y mineral con la divinidad a través de la naturaleza anuló toda virtual actuación de un principio de contradicción (contra-natura o praeter-natura) en la proposición de la identidad. Esfinges que convinan la animalidad feroz con la vida humana, sátiros y faunos como hombres feroces y rústicos, minotauros u hombres con cabeza de toro, licántropos u hombres-lobo, centauros u hombres-caballo, mantícoras con rostro humano y cuerpo de león, sirenas, nereydes y tritones mitad mujeres u hombres mitad peces, etc., demuestran en su condición híbrida no la lógica excluyente de los contrarios, sino la refutación de la identidad individual, que es sólo aparente, afirmando una *natural* intensificación de la percepción plural del mundo, plenamente aceptada, e incluso considerada benéfica o de buen augur, en janos bifrontes, hermafroditas, gemelos siameses o doble andrógino (Platón, *Banquete*, 189E-194D).

Este polimorfismo, metamorfismo o heteromorfismo que por su condición fantástica rechaza la contradicción entre hipotéticos órdenes opuestos, tiene su traducción filosófico-política en las primeras

(8) ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, VII, 14, 1153, b. 32.

(9) *Vid.*, ARISTÓTELES: *De Anima*, 411 a, 7.

(10) TITO LIVIO: *Annales*, XXI, 63, 5-9 y XXII, 1, 5-7.

(11) CICERÓN: M. T.: *Pro domo sua*, 39-40.

construcciones socráticas, en especial epicúreas, sobre el origen de la sociedad y legitimación de la autoridad política que, en cuanto elaboradas también a partir de una técnica fantástica, la ficción de un contrato social a partir de un «pactum unionis» y un «pactum subiectionis», hacen de la comunidad política, del «magnus homo» platónico (12), un producto final no contranatural, superador de la diversidad sólo hipotéticamente contradictoria entre tendencias individualistas y no individualistas del hombre.

Puede, por tanto sostenerse, como acertadamente sugiere Sendrail (13), una perfecta equivalencia entre inventarios de formas fantásticas e inventarios de formas mentales, de Weltanschauung, y por lo mismo, de consecuencia, que el cambio de éstas se corresponde con el cambio en las formas de representación simbólica.

Tal va a suceder con el Cristianismo. El Dios único de los cristianos, actuando desde la cosmogonía fantástica de la «nada», desde nihilidades puras existenciales y no desde un vaho anárquico o caos preexistente (14), hizo en su Palabra todas las cosas (*Génesis*, I, 3., San Juan, *Evangelio*, I, 1). Aquel Verbogénesis como causa primera y exclusiva, redujo a una, teocéntrica y absoluta la simbolización de la Divinidad. Además, como Dios Omnipotente y Todopoderoso creador de la Naturaleza, desacralizó completamente lo natural; nunca hubo, nunca más habrá dioses de las fuentes y los ríos, los bosques y las montañas (15). La ciudad también dejó de ser entonces terreno común de hombres y dioses; la ciudad perteneció a Dios, *Civite Dei*, y de entre los hombres, el ungido de Dios, el sacramentado, el Rey o el Papa, y siempre éste más y por encima de aquél, representaron la autoridad que sólo de Dios viene. El Dios cristiano en la trascendencia sobrenatural, el hombre en y para la contingencia natural, obran diferentemente. Eterno es el legislador divino, no la ley, señala Duns Scoto (16); ni la humana, ni aun la moral del mismo Dios.

En punto a las representaciones teriomórficas de la antigua mitología pagana y las historias naturales, ciertamente durante el medievo subsistieron, de modo residual, algunas imágenes como el cordero, el pez, la paloma, la pantera e incluso convencionalmente fantásticas como el unicornio, a las que la doctrina de los Primeros Padres de la Iglesia atribuyó sentido bien a manera de «exemplum», metáfora o alegoría de conductas a seguir, bien como símbolos del logos o espíritu generador. La razón no es otra que la segura certidumbre,

(12) PLATÓN: *Politeia*, IX, 558.

(13) SENDRAIL, M.: *Nouveau discours de la Licorne*, en «Le Table Ronde», 162, 1961, pp 16-26.

(14) TOMÁS DE AQUINO: *Summa Theologica*, 1.^a, q. 44, a. 2.

(15) WILHELMSSEN, F. D.: *El problema de la trascendencia en la metafísica actual*, Rialp, Madrid, 1963, pp. 45-48. También ORTEGA Y GASSET, J.: *¿Qué es filosofía?*, ed. Revista de Occidente, 8.^a ed., Madrid, 1972, p. 182.

(16) DUNS SCOTO, J.: *Opus Oxoniense*, I, 1, 44, 1.2.

popularizada en la teología simbólica de Dionisio Areopagita y en la distinción «res-signum» agustiniana (17), de que algo podía ser en efecto signo si remitía a lo único que no era signo, sino significado de todos los signos: la fuente trascendente del ser, Dios.

En lo demás y para el resto, el cristiano se convirtió, como escribe Lascault (18), en «matador de monstruos». Pero a nuestro juicio, esa condición exterminadora no es sólo ni principalmente física, como suficientemente demostrarían la sustitución del dragón en los estandartes de las coortes romanas por el monograma de Cristo ordenada en tiempos del emperador Constantino el Grande, o las muchas tradiciones en las que un dragón muere vencido por San Miguel o San Jorge, tal escenifican los capiteles de las iglesias románicas o las vidrieras y rosetones cromáticos de los templos góticos, sin necesidad de aludir a la simbología mariana de la nueva Eva, Madre de Dios, que aplasta la cabeza de la serpiente. A nuestro entender, todos estos «iconos» de persecución y aniquilación se alimentan de un determinado espíritu ideológico.

La trayectoria ideológica por la cual lo maravilloso, las transformaciones prodigiosas, lo extraño e inusual, que plácida y cotidianamente dominó el mundo y la mentalidad cultural clásica de los paganos, será presentado bajo caracteres repulsivos, se sustenta unas veces indirecta, muy compleja y hasta paradójicamente, en el «colage» de la expansión carnavalesca y en la burla serio-cómica de la parodia—cuyo curioso sustrato es justo el diálogo socrático y la sátira menipea— a fin de subrayar lo grotesco como «anormal» (19), y otras directamente mediante la condenación del «phantasticum» como ilusión («ludificatio») demoníaca. En esta última dirección se mueve San Agustín en el *De divinatione daemonum* (caps. V y VI), aduciendo el poder luciferino para, engañando y perturbando los sentidos y la razón humanas, generar fantasías, y en *De Civitate Dei* (XVIII, 16-18), acerca de la metamorfosis en general («quid credendum sit transformationibus quae arte daemonum hominibus videntur accidere»), con todo declarando que los demonios «aliquid operari secundum naturae suae potentiam (...) nisi quod ille permisset, cuius iudicia sunt multa, iniusta nulla», siendo Dios omnipotente, quien sólo puede «omnia facere quod voluerit sive vindicando sive praestando».

Esta penetración ideológica, experimentará mayor o menor resistencia, mejores o peores resultados, dependiendo del grado de arraigo popular de la predicación evangélica, así como del desarrollo de las estructuras jerárquicas de la Iglesia en distintos momentos y lugares.

(17) DIONISIO AEROPAGITA: *De Mystica theologia*, III (P. G., 3, 1032 D-1033 D); y *De coelsti hierarquia*, I, 3. AGUSTÍN DE HIPONA: *Doctrina christiana*, I, II, 2, donde ciertamente distingue entre «res» y «signum», pero declara también que una «res», un hecho o un objeto de la Sagrada Escritura puede ser «signum».

(18) LASCAULT, G.: *Le Monstre dans l'art occidental. Un problema d'esthétique*, Klincksieck, París, 1973, p. 30.

(19) BAKHTIN, M. M.: *The Grotesque Image of the Body and Its Sources*, en «Rabelais and His World», The M. I. T. Press, Cambridge, 1968, pp. 303-367.

De lo que no cabe duda es que la refutación de lo «diverso» (20), de lo plural en cualquiera de sus manifestaciones, atribuyendo por lo general al paganismo greco-latino todo lo que no coincidiera con la pura ortodoxia, se despertó como una de las más tempranas y fundamentales preocupaciones del Cristianismo. En este sentido, textos como el anónimo probablemente del 900, incorporado a la doctrina como *Canon Episcopi* (21) o con anterioridad sermones y pastorales autorizadas como el *De correctione rusticorum* de Martín de Braga (22), vehicularon expresas y contundentes condenas que, en otros casos, como en la *Gylfaginning* o *Alucinación de Gylfi*, ideada por Snorri Sturluson (1179-1241) (23) para los cantares mitológicos y épicos, Edad Mayor y Menor (siglos IX al XIII), de la teología germanosajona del norte —Noruega, Islandia y parte de Escocia— en el culto a Thórr y otras divinidades paganas, se moderaron algo más a partir de su reconversión a formas y valores cristianos.

Y al cabo, todo este esfuerzo traería sus frutos; en el orden jurídico-político la idea del universalismo uniforme de la *Communitas Christiana* se hace reflejo de un «orden natural», el del derecho natural cristiano, y de la concepción religioso-política de la sociedad por la «*coordinatio ad unum*» entre Iglesia y Estado para la realización de la *respublica christiana* o *respublica sub Deo* (24).

4. En los primeros siglos del Medievo la erudición etimológica isidoriana al establecer la diferencia entre «portentum» y «portentuosum» (25), sirven a determinar los rasgos principales del aspecto mons-

(20) PORSIA, F.: *Il significato del diverso*, en «Liber monstrorum de diversi generibus», Dedalo Libri, Bari, 1976, pp. 35-45. HARF-LANCNER, L.: *De la métamorphose au Moyen Age*, en «Métamorphose et bestiaire fantastique au Moyen Age», L. Narf-Lancner ed., Collection de l'École Normale Supérieure de Jeunes Filles, Paris, 1985, pp. 10-12. Vid., también: MODE, H.: *Animales fabulosos y demonios*, Taber, Barcelona, 1968. IZZI, M.: *I mostri e l'immaginario*, M. Basaia, Roma, 1982.

(21) Vid., *Decretum*, XXVI, 5, Canon 371, recopilado por Burchard de Worms, en *Decretorum Libri XX* (1008-1012), lib. XIX, «liber hic Correcta vocatur et medicem», cap. V, De Poenitentia. El mismo texto aparece como «*Canon Episcopi*», en el «*Decretum*» de Yvon de Chartes, lib. XI, 30. Vid. también HANSEN, J.: *Zauberwahn, Inquisition und Hexeprozesse im Mittelalter*, Munich & Leipzig, 1900. CARO BAROJA, J.: *Las brujas y su mundo*, Alianza ed., 6.ª ed., Madrid, 1982, pp. 80-84 y n. 49 relativa a las referencias de cánones de concilios y decretales en THIERS, J. B.: *Tratié des superstitions*, todo ello abundando en el tema de la metamorfosis.

(22) BRAGA, M.: *De correctione rusticorum*, R. Jové Clols ed., El Albir, Barcelona, 1981, Sobre la confusión entre dioses, ídolos y demonios, 7, 143, 14-15.

(23) STURLUSON, S.: *La alucinación de Gylfi*, prolog. y trad. de J. L. Borges, Alianza ed., Madrid, 1984. BORGES, J. L.; VÁZQUEZ, M.ª, E.: *Literaturas germánicas medievales*, Alianza ed., Madrid, 1982.

(24) De los primeros siglos del Medievo data la persuasión acerca de una fundamental unidad construida a partir de la uniformidad en una común fe religiosa cristiana. Así, ya en tiempos de Carlo Magno, Los escritos de ALCUINO DE YORK (735-804): *Dialectica* y *De animae ratione de Imperium Christianum*, empleando expresiones como: «*communitas comunitatum*», «*res publica christiana*» o «*respublica sub Deo*». Sobre el modo en que las estructuras eclesiales informan la experiencia política durante la Edad Media. GARCÍA PELAYO, M.: *El reino de Dios, arquetipo político*, Madrid, 1959, pp. 44 y ss.

(25) ISIDORUS HISPALENSIS EP: *Etymologiarum sive Originum libri XX*, W. M. Lindsay ed., 2 vols., Oxford, 1911, XII, iii (De portentis), XI, iv (De transformatis).

truoso cifrándolos en el gigantismo o la pequeñez desproporcionada de todo el cuerpo o alguna de sus partes, el exceso o defecto en el número normal de los elementos corpóreos (praenumeraria), la disparidad simétrica entre ellos, la conmixtión de los géneros y la mezcla de las especies (androginia, heteromorfosis clásica, semihumanidad o «media hominis specie»). De acuerdo con ello, toda visión monstruosa *representará* en adelante la transgresión aberrante de las leyes y parámetros estables de la naturaleza y la negación escandalosa de la razón revelada de un hombre creado a imagen y semejanza de Dios. De aquí, en consecuencia, se originan dos reacciones emocionales: en lo primero, el pavor y el repudio a la ambigüedad o falta de equivalencia de algo consigo mismo; en lo segundo, el sentimiento de culpa y pecado o el tabú o delito sexual. En uno y otro caso se cae inevitablemente en las tenebrosas regiones de los miedos primitivos, en el maligno reino de las tinieblas o en el abismo más insondable del ego. Un espacio, en fin, donde las exploraciones del psicoanálisis freudiano (26) y de la teoría literaria del género fantástico (27), terminan coincidiendo.

Para hallar prueba de cómo el pensamiento y la literatura han desarrollado la configuración de lo preternatural cultivando la ambigüedad, la incongruencia o la distorsión de los principios físico-naturales, bástenos aportar algunos ejemplos.

Procediendo de menos a más, la carrera entre la tortuga y Aquiles en la fábula de Zenón traslada cierta sensación de angustia y de vértigo frente a lo inasible de las progresiones infinitas ascendentes o descendentes. Así también Plotino, *Eneadas*, V, 8.4, cuando sostiene que todo en el cielo inteligible está en todas partes. Cualquier cosa es todas las cosas. El sol es todas las estrellas, y cada estrella todas las estrellas, y cualquier estrella es todas las estrellas y el sol; o Leibniz, *Monadología*, 57, cuando al utilizar la noción de monada y sustancia simple en combinación con prismas de perspectiva, considera que el universo se compone de infinitos universos que, a su vez, contienen el universo y así hasta el infinito.

Todavía en relación a una multiplicación referencial, pero que, no obstante y sin desaparecer, encuentra finalmente una concentración nuclear totalizadora, puede recordarse la leyenda sūfis del Simurg en el *Coloquio de los pájaros*, *Maig-al-Tayr*, del místico persa Muhammad ibn Ibrahim, más conocido como Farid al-Dim Attar (siglo XIII). Unos pájaros hallan en el centro de China una pluma espléndida del

(26) FREUD, S.: *Totem y Tabú*, en O. C., vol. II, ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1968. También: *Lo siniestro*, Pequeña Biblioteca Calamus Scriptorius, Barcelona, 1979; y *Una neurosis demoníaca en el siglo XVII*, ed. Argonauta, Barcelona, 1981

(27) TODOROV, T.: *Introducción a la literatura fantástica*, Premia Editora, México, 1980, p. 30. LOVECRAFT, H. P.: *El horror en la literatura*, Alianza ed., Madrid, 1984, pp. 11-12.

Simurg, su rey, y resuelven viajar en su búsqueda hasta encontrarle. Tras muchas y azarosas aventuras, sólo treinta pájaros llegan a la montaña Kaf en la que habita el Simurg, que quiere decir «treinta pájaros»; entonces perciben que ellos son el Simurg y que el Simurg es cada uno de ellos y todos (28).

En la confusa ambigüedad deducida de la promiscuidad de identidades, pero precipitada además en el rasgo desagradable de una composición plural y dispar, resalta la descripción de la Scilla en la *Eneida* III (426-428): «Tiene la apariencia de un ser humano y los pechos de una hermosa doncella, pero es de cintura para abajo como una ballena con vientre de lobo y cola de delfín.» Igualmente, la representación que de la naturaleza binaria de la Fama —Escándalo y Rumor— hace Virgilio en la IV *Eneida* como «monstrum horrendum ingens», mezcla de numerosos ojos, plumas, lenguas y oídos.

De otra parte, criaturas que guardan en su ser otras criaturas y recíprocamente se sirven de esencia y sostén, utilizadas para ilustrar el viaje de los muertos al Infierno y el Infierno mismo, tienen en la fiera Aqueronte su mejor prototipo. A ella se refieren los más de cincuenta manuscritos en los que se ha conservado, por la traducción latina de un monje benedictino de Regensburg, la pavorosa visión de un joven irlandés llamado Tundal (*Visio Tundali*), que en el siglo XII, en medio de delirios febriles, conoció la guarida ultraterrena del monstruo: Aqueronte es «mayor que una montaña. Sus ojos llamean y su boca es tan grande que nueve mil hombres cabrían en ella. Dos réprobos, como dos pilares o atlantes, la mantienen abierta; uno está de pie, otro de cabeza. Tres gargantas conducen al interior; las tres vomitan fuego, que no se apaga. Del vientre de la bestia sale la continua lamentación de infinitos réprobos devorados... Adentro de Aqueronte hay lágrimas, tinieblas, crujir de dientes, fuego, ardor intolerable, frío glacial, perros, osos, leones y culebras» (29).

También, como ejemplo de recurso concéntrico que desintegra el entorno y dintorno de una identidad, la fantástica geografía del Planeta (Aragena) —Rey (Metamérico)— Estado, que el polaco Stanislaw Lem ofrece en *La muerte blanca*: «Aragena era un planeta construido desde el interior, pues su rey, Metamérico, se extendía en un plano ecuatorial que abarcaba 360 grados y de ese modo rodeaba totalmente su Estado, siendo no sólo su señor, sino también su cobertura... El rey Metamérico era hereditario y eterno a la vez por cuanto poseía un hermoso cuerpo de múltiples miembros, y en el primero de éstos se albergaba su entendimiento; cuando éste envejecía al cabo de miles de años, cuando ya se había desgastado la red cristalina de su mente

(28) BORGES, J. L.; GUERRERO, M.: *Manual de zoología fantástica*, F. C. E., 3.^a reimp., México, 1980, pp. 134-135. BORGES, J. L.: *Libro de los seres imaginarios*, Brujuna, 4.^a ed., Barcelona, 1986, pp. 183-184.

(29) *Ibidem*, pp. 107-108 y 146-147 resp.

de sátrapa, asumía el poder el siguiente miembro, y así iban las cosas, pues tenía diez mil millones de repuesto».

Por último, si hemos de coincidir con Borges en que «la noción abstracta de un ser compuesto de otros seres no parece pronosticar nada bueno» (30), cómo no mencionar a H. G. Wells en *The Island of Doctor Moreau*, donde el joven inglés Edwar Prendick constata los horribles resultados de la exacerbación de las leyes científicas para acelerar la general de evolución darwiniana, transformando bestias en hombres, hombres, sin embargo, cuya naturaleza bestial no desaparece totalmente, sino se hace insidiosa y atrozmente visible. Y, por supuesto —en íntima conexión con el simbolismo icónico fantástico del *Leviathan*— también y necesariamente, a ese singularísimo ser humano artificial de colosal envergadura y cuerpo espantosamente repugnante, encarnado de fragmentos de cadáveres, trasplantado a la vida desde trozos sin vida, que la imaginación gótico-romántica de Mary Schelley tiñó de terror y didáctica moral en *Frankenstein, or the Modern Prometheus*. Un joven suizo estudiante de medicina, Víctor Frankenstein, emula soberbiamente a Dios, con turvadoras consecuencias: un monstruo capaz de la ambición de poder: «Tu eres mi creador, pero yo soy tu dueño. ¡Obedece!»

5. Para todos estos modelos, así como respecto a otros que igualmente pudieran añadirse (así, *The Strange Case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde*, de Robert-Louis Stevenson; *La Metamorfosis*, de Kafka; *The Flay*, de G. Langelaan, etc.), es posible enunciar una reflexión compendiadora: la representación ideográfica de lo monstruoso desde técnicas de indeterminación lógica se lleva a cabo, en mayor o menor grado según los casos, siempre a través de la extensión paradisiaca del límite de las identidades individuales hasta su completa anulación y subsiguiente reducción a una general y superior que, resumiéndolas, se hace presente a su vez en cada una de ellas.

Este no es otro que el típico planteamiento del panteísmo personalista. La individualidad del hombre como persona es mera apariencia; cualquier hombre, cualquier persona, es todos los hombres, todas las personas; cualquier hombre, cualquier persona, es el rasgo de un rostro universal que alberga a todos los hombres, a todas las personas.

Siendo así, no parece difícil la interpretación del Estado como Leviathan. La antropomorfización monstruosa del Estado, es decir, la simbolización icónica fantástica del Estado como un monstruo de figura humana, el Leviathan, equivale a representar el fenómeno y la idea de Estado en función de una imagen humana monstruosa. De donde, en consecuencia, siendo propiamente un monstruo, algo maligno, lo que el hombre contiene, no por menos el Estado habrá de ser, como su identidad general y superior, la suprema encarnación del Mal.

(30) BORGES, J. L.: *Nueves ensayos dantescos*, Espasa Calpe, Madrid, 1982, p. 140.

Esta interpretación, sin embargo, no es satisfactoria. Es sólo correcta en lo que hace a los elementos argumentales, no respecto de la organización de los mismos en el discurso ni, claro está, en su conclusión. De ella debe aceptarse el carácter panteísta del Estado en cuanto derivado de una sublimación superadora de las identidades individuales, y debe también admitirse que la condición natural del hombre, por como el pesimismo antropológico hobbesiano nos la describe, sea fundamentalmente asocial, bestial y malvada (31). Pero ello no consiente, si no es por sofisma, implicar transferencia directa de tal naturaleza a la naturaleza del Estado, por más que éste venga figurado, de acuerdo a las pautas isidorianas, con una imagen humana monstruosa nominalmente titulada, además, como la bestia viejo testamentaria del *Libro de Job*.

Para discernir el verdadero significado «monstruoso» de Estado que Hobbes quiso transmitirnos, es preciso analizar, junto a la visión del frontispicio de la obra, los demás lugares y ocasiones en que en ella se alude a Leviathan. En lo cual parece igualmente necesario detenernos antes a averiguar los sentidos con que la mención de este ser fabuloso se ha presentado históricamente. Dos son a este respecto las interpretaciones dominantes: la hebraica talmúdica y la teológico-cristiana.

La primera, partiendo de la tradición del dragón sumerio y del monstruo que los magos caldeos podían evocar con la condición de demonios terrestres, así como de los desarrollos que estas leyendas reciben entre los babilónicos, ofrece sobre las referencias viejotestamentarias de Job (caps. 40-41) una interpretación cosmogónica que sitúa el origen del mundo en la lucha entre dos potencias: una marítima y otra terrestre, Leviathan y Behemoth, respectivamente simbolizadas en un dragón marino, una ballena o cocodrilo, y un elefante o gran buey. El Talmud se ocupa también de Leviathan al comentar la existencia en remotos tiempos de un Leviathan macho y otro hembra; Dios habría castrado al macho y hecho morir a la hembra para evitar que de su unión el mundo entero pereciera bajo la destrucción. De ambas versiones se deduce que en tales monstruos los semitas identifican a todos los pueblos hostiles al hebreo, donde la mayor amenaza reside en la potente vitalidad y fecundidad de las naciones paganas. Así Leviathan será llamado en los Salmos (50,10) «la bestia sobre mil montañas» y equiparado a los imperios babilónico, asirio, egipcio y romano (Nabucodonosor, el Faraón, Pompeyo): Isaías (27,1), (Jeremías (18,3), Ezequiel (29,3), Salmos (2, 20-21).

En cuanto a la segunda, la exégesis cristiana antigua de los siglos IV al VII mostrará a través de los *Moralia in Job*, de Gregorio Magno, la obra quizá más copiada y miniada en los «scriptoria» altome-

(31) HOBBS, Th.: *Leviathan*, I, XIII.

dievales de toda Europa (32), de las *Homilias de la pasión*, de León Magno, los *Sermones*, de Gregorio Nicianceno y la divulgación de los *Comentarios al Apocalipsis* (San Juan, 12, 3 y ss.) de Beato de Liévana, una descripción del mundo sumergido del maligno en la que Diablo, Leviathan y bocas o entradas al Infierno se igualan por completo con un ser marino, un gran pez o ballena que es capturada y vencida por Dios. Este entendimiento de Leviathan se continúa y expande por la glosa de Walfredo Strabone (siglo IX) a los siglos inmediatos y se estabiliza en las ilustraciones miniaturistas medievales de códices como el *Hortus Deliciarum* y el *Liber Floridus* (siglo XII) o en las Arcas de los *Beatos*, quedando así asimilado a la noción repulsiva del Anticristo (33).

Pues bien, si el conjunto de elementos mítico-demoniológicos que de este modo estableció la hermenéutica judeo-cristiana parece haber prevalecido en la literatura y pensamiento católico que para referencias a Leviathan frecuenta el texto bíblico (*Exposición del Libro de Job*, de Fray Luis de León), y así también en la protestante (*Tischgespräche*, de Lutero, o *Daemonomania*, de Bodin), hasta mediado el siglo XVI, el humanismo y renacentismo de la centuria venidera alterarán sustancialmente aquellos contenidos convirtiendo la cita a Leviathan en instrumento de alusión metafórica de lo grande, omnipotente y en extremo poderoso que rodea y sirve para reconocer a reyes y príncipes, «grandes del mundo», a quienes Dios ha concedido el ejercicio del dominio.

Esta ruptura con el antecedente medieval que Carl Schmitt rastreó con celo y detenimiento por obras contemporáneas e inmediatamente anteriores y posteriores a la del propio Hobbes (Philippus Codurcus, *Libri Job, versio nova ex hebraeo cum scholiis*; Shakespeare, *Enrique V*, *Sueño de una noche de verano* y *Los dos gentilhombres de Verona*; Thomas Dekker, *A Knights Coniuring*; Milton, *Paraíso perdido*;

(32) Vid. WILLIAMS, J.: *The Moralia in Job of 945: Some iconographic sources*, en «Archivo Español de Arqueología», 1972-1974, pp. 223-250. Y para España: SERRANO, L.: *La obra de «Los Morales» de San Gregorio en la literatura hispano-goda*, en «Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos», 1911, pp. 482-497.

(33) Vid., sobre Leviathan en el *Hortus Deliciarum*, ZELLINGER, J.: *Der Geködete Leviathan im Hortus deliciarum der Herrad von Landperg*, en «Historisches Jahrbuch des Görres-Gesellschaft», 46, 1925, pp. 161-177. CAMES, G.: *Allégories et symboles dans l'Hortus Deliciarum*, Leyden, 1971, p. 40. Para el *Liber Floridus*, POESCH, J.: *The Beast from Job in the Liber Floridus manuscriptus*, en «Journal of The Warburg and Courtauld Institutes», 33, 1970, pp. 41-51. Respecto a miniaturas e ilustraciones en España, vid., YARZA LUACES, J.: *Las Bestias apocalípticas en la miniatura de los Beatos*, en «Traza y Baza», 4, 1973, pp. 51-75; y *Las miniaturas de la Biblia de Burgos*, en «Archivo Español de Arte», 1969, pp. 187 y ss; así como otros trabajos de mismo autor: *El «Descensus ad inferos» del Beato de Gerona y la escatología musulmana*, *El infierno del Beato de Silos*, y *Los seres fantásticos en la miniatura castellano-leonesa de los siglos XI y XII*, ahora en *Formas artísticas de lo imaginario*, Anthropós, Barcelona, 1987, pp. 76-93, 94-118 y 156-181. También ECO, U.: *Beato di Liebana*, Ricci, Parma, 1973.

Sanderson, *Prédicas*, etc.) (34), le afirma en la tesis de no existir relación consciente entre el espectro semántico vehiculado por el nombre de Leviathan y la sustancia de la obra, transfigurada en un frontispicio del que no cabe extraer iconológicamente ninguna conclusión mítico-demoniológica (35).

Por nuestra parte, creemos que, con todo, sí existe cierta relación entre la simbolización icónica fantástica que abre la obra mostrando la imagen de un ser «monstruoso», el Leviathan, y el contenido y desarrollo de las fantasías mecanicistas que dan vida al Estado.

• 6. Schmitt sostiene que la impresión monstruosa del frontispicio por referencia al mítico Leviathan no se confirma en el interior de la obra (36). No obstante, si comprobamos los lugares y ocasiones donde se cita a Leviathan, no sucede así a nuestro juicio:

a) En la *Introducción*, bebiendo en la fuente platónica (37) de la comunidad como «magnus Leviathan», Hobbes equipara la «civitas» o «respublica», el Estado, a un «gran hombre» o «gran Leviathan» producto del arte humano que a imitación de la Naturaleza o arte divino, da lugar a un «animal artificial» o «autómaton». Por consiguiente, tres son los elementos conuinados en la descripción del Estado: un gran hombre, un gran animal y una máquina. Es decir, para elaborar la imagen del Estado, Hobbes se auxilia de tres identidades distintas que, mezcladas y superadas allí donde sus rasgos son más antitéticos, resultan finalmente en una identidad por sí misma peculiar y propia que, sin embargo, conservará algunos caracteres de las de origen. Esa identidad general del Estado se simboliza en el Leviathan.

b) En el libro II, capítulo XVII, se nos habla de Leviathan, del Estado, como «Dios mortal». Bajo tal expresión es fácil advertir una asimilación de lo divino, lo humano, lo animal y la máquina, cuya mejor representación el autor encuentra, tras totalización de unidad compleja de estos cuatro elementos, en el Leviathan.

c) En el libro II, capítulo XXVII in fine, al exponer el sistema de castigos y recompensas Hobbes señala que sólo al guía o regidor del Estado, al detentador del poder supremo del Estado, esto es, al gobernante (en inglés) o rector (en latín), corresponde disponer acerca de castigos y recompensas, y para indicar esa «ingens potentia» sobre

(34) SCHMITT, C.: *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso a fallimento di un simbolo politico*, en «Carl Schmitt. Scritti su Thomas Hobbes», C. Calli ed., Giuffrè, Milano, 1986, pp. 78-81. Se ha preferido esta edición italiana a la española (Fax, Madrid, 1941), de difícil localización, por reunir además un mayor número de trabajos sobre Hobbes.

(35) SCHMITT, C.: *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio*, en «Carl Schmitt. Scritti su Thomas Hobbes», cit., p. 51. GALLI, C.: *Introduzione a Carl Schmitt. Scritti su Thomas Hobbes*, cit., p. 7.

(36) SCHMITT, C.: *Il Leviatano...*, cit., pp. 73-75.

(37) *Vid. supra*, n. 12.

la multitud, acude de nuevo a la mención viejotestamentaria de Leviathan, de quien se dice en el *Libro de Job* (41, 24), «non est potestas super Terram quae comparatur ei». Por consiguiente, no es que aquí se vuelva a definir al Leviathan y se haga de otro modo; lo que el autor nos ofrece ahora es la corporeidad personal del Leviathan, del Estado, coincidente con la del soberano cuyo poder es semejante al de aquél, porque como a Leviathan todos los hombres y en especial los grandes del mundo, «hijos de la soberbia», se le someten.

Pues bien, con arreglo a las prescripciones isidorianas más arriba expuestas, y aún con olvido expreso del modo en que las Sagradas Escrituras se refieren a Leviathan, esto es, siempre como un monstruo terrible que más tarde la hermenéutica judeo-cristiana categorizará de una u otra manera, el hecho de que Hobbes utilice en a) el recurso a la conmixti3n de especies, a la heteromorfosis, a la semi-humanidad y al parámetro de la magnitud enorme o gigantismo (38), denota sin lugar a dudas un claro propósito de representación monstruosa para el Estado, cuya identidad resulta así de una distorsi3n y transgresi3n aberrante de los principios físico-naturales, es decir, su identidad se nos presenta «ambigua»; ambigüedad reforzada además y también por la negaci3n escandalosa de la raz3n revelada, pues frente a Dios como creador único e increado, el hombre emula el arte divino y crea a Leviathan. En b), la preternaturalidad monstruosa viene dada por la expresi3n «Dios mortal»; lo contrario a una naturaleza divina, lo antinatural en Dios, es justamente la mortalidad. Por último, en c), y en relaci3n todavía a b), la visi3n monstruosa reaparece porque el ser del Estado en sentido jurídico-político, no puede prescindir de un elemento «natural», lo que le conduce a identificarse con el poder de un hombre en sentido físico, el soberano, sin que al propio tiempo exista paridad o simetría (la disparidad simétrica era un rasgo de monstruosidad) entre comunidad y soberano o soberano y comunidad, por lo que el poder del soberano al estar avalado por un principio de falta de equivalencia de algo consigo mismo, se sitúa siempre por encima de la comunidad siendo la monarquía absoluta su forma de gobierno (*Rex est Lex* o *A Deo Rex*, *A Rege Lex*, en vez de *A Lege Rex*).

Si desde estas observaciones nos trasladamos a la portada de la obra, comprobaremos que la imagen que allí la preside repite idénticos registros. Con ellos como exponentes de la tipología «monstruosa» y examinando aquélla con un «texto estético», pueden proponerse dos clases de lectura:

La primera, descifrando las propiedades ópticas, ontológicas y convencionales del objeto representado, permite plantear del siguiente modo una interpretaci3n tendencialmente mítico-demoniológica. Sería esta:

(38) BRANDT, R.: *Das Titelblatt des «Leviathan» und Goyas «El Gigante»*, en «Fucht und Freiheit», Opladen, 1982, pp. 203-231.

avanzando desde el horizonte donde el nublado amenaza negra tormenta (oscuridad, reino de las tinieblas) se alza sobre las montañas la figura de un gigantesco coloso (la bestia sobre mil montañas) dejando al descubierto un torso que en toda su superficie reviste —como el peto de maya, el pecho del guerrero— una piel de placas escamosas (animal-monstruo-demonio marino) formada de compacta y prieta multitud de gentes. Su mirada es fría, fija y penetrante (serpiente). Su poder, reuniendo la suprema majestad de lo temporal y espiritual, simbolizados en la espada y el báculo, no encuentra igual sobre la Tierra (Leviathan de Job), y ciñe la cabeza de un hombre que es así rey de reyes (rey sobre los hijos de la soberbia) y Dios en la Tierra (Dios mortal). En cuanto al pormenor de esta majestad absoluta, cinco ilustraciones al pie de aquellos dos símbolos, actúan en recíproca correspondencia como paradigmas de los instrumentos indirectos del poder absoluto: de un lado, un castillo, una corona, un cañón, un conjunto de armas y banderas y, por último, una batalla; de otro, una iglesia, un mitra pastoral, la excomuniación, un conjunto de dilemas, misterios y enigmas y, por último, un concilio.

Por tanto, desde el registro de claves monstruosas conectando ideográficamente el frontispicio a las referencias que en la obra se dan de Leviathan-Estado, resulta perfectamente posible deducir «pro forma», al contrario de como opina Schmitt, una dimensión mítico-demoniológica. Lo que ocurre es que si en esta interpretación se extreman las conclusiones tendenciales, ideológicamente se viene a dar en el absurdo. Qué beneficio de utilidad reportaría abandonar un estado natural de inseguridad individual, para sumergirse a continuación en una nueva inseguridad, ahora colectiva, bajo el dominio de un Golem devastador. Este es el motivo por el que, siguiendo a Locke, Schmitt (39) desestima toda hipotética lectura orientada a intuir perfiles mítico-demoniológicos en la representación del Estado como Leviathan.

En ello no negaremos que Schmitt razona correcta y acertadamente, pero tampoco podrá replicársenos que tanto para la teorización general del Estado, como para su simbolización iconográfica Hobbes maneja y subraya, conscientemente, claves y registros de monstruosidad formal que el rechazo a la primera lectura para nada perturba ni desmiente. La cuestión está, pues, en determinar el sentido que deba reconocerse a esa «monstruosidad», por cuanto ni palidece ni se agota al hacer renuncia a una pretendida y más o menos probable dimensión mítico-demoniológica. Este será el objeto de reflexión en la segunda lectura.

7. La segunda lectura incide sobre las propiedades ópticas, ontológicas y convencionales del objeto representado, extendiéndose además a los procesos inconscientes de lo puramente emocional que la

(39) SCHMITT, C.: *Lo Stato come meccanismo...*, cit., p. 52, n. 8. LOCKE, J.: *Segundo tratado sobre el Gobierno*, § 93.

representación de un objeto es capaz de generar en quien lo contempla. Tales procesos producen expresiones de emoción que, efectivamente, no son la emoción misma, pero sí una imagen de ésta, y dado que la imagen de una emoción es equivalente, por su grado de objetivación, a la emoción objetiva, puede ser estudiada e interpretada en su dimensión filosófico-política.

Pues bien, conectando ideográficamente el frontispicio a las referencias que en la obra se dan de Leviathan, la emoción que valiéndose de la simbolización icónico-fantástica de Leviathan buscó Hobbes sugerir a través de una composición figurativa preternatural propiamente monstruosa no fue otra que la de «artificio innatural». Ideológicamente, es también éste el resultado. El proceso es el siguiente: se obtiene luego de establecer expositivamente y con carácter instrumental en una especie de «experimento con la fantasía» (40), una hipótesis lógico-empírica previa, llamada «estado de naturaleza», cuya finalidad no es sino servir a demostrar, por inversión de las condiciones del modelo, el fundamento empírico del llamado «estado de sociedad».

En este sentido, para la descripción del «estado de sociedad» a partir de la «fantasía mecanicista» (41) de la inversión radical de las condiciones «naturales» presentes en el «estado de naturaleza» (inata insolidaridad, inseguridad, miedo, lucha generalizada de todos contra todos, etc...), es de todo punto comprensible acudir a una simbolización icónico-fantástica que tenga a la base una composición figurativa preternatural, propiamente monstruosa, cual la del Estado como Leviathan.

Insistiendo y acentuando conscientemente en los rasgos de la tipología monstruosa, en una representación monstruosa del Estado, Hobbes pretendió trasladar al observador de la portada y al lector de la obra, no la creencia acerca de virtuales intuiciones mítico-demoniológicas o la coincidencia en el sentimiento de repugnancia física o desasosiego espiritual que lo monstruoso puede comportar, sino mediante escisión entre forma y significado, la imagen de «artificio» e «inaturalidad» del Estado. Es decir, la del Estado como ente artificial (42), producto convencional de la concertación entre individuos —no, pues, fruto de una inclinación natural tomada como nece-

(40) DE GENNARO, A.: *Introduzione alla Storia del pensiero giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, p. 242.

(41) LYNCH, E.: *Introducción: la gramática de la obediencia*, en «Hobbes. Antología», E. Lynch ed., Península, Barcelona, 1987, pp. 16-21 y 31.

(42) Sobre el carácter artificial del Estado: *vid.* HOBBS, Th.: *Elements of Law Natural and Politic*, I, XIX, 5; *De Cive*, V, 5; *Leviathan*, II, XVII. También CORSI, A.: *Introduzione al Leviatano*. A. Moreno, Napoli, 1967, pp. 121 y ss. El triunfo de la idea de artificio sobre la de naturaleza se sitúa en el final de la herencia aristotélica iniciándose con el *Príncipe* de Maquiavelo y continuando con Montaigne, Pascal, Baltasar Gracian, Bacon, Hobbes y Spinoza, *crf.* ROSSET, C.: *La anti-naturaleza*, Taurus, Madrid, 1974, p. 192.

sidad de principio o principio de necesidad, cual es el discurso iusnaturalista clásico— destinado a desviar y cambiar (metamorfosar) las tendencias naturales del hombre, poniéndolas al servicio de la conservación de la vida.

Por otra parte, si es el criterio de la pura convencionalidad el que opera para explicar el surgimiento del Estado y, de consecuencia, también el fundamento de la ley y de la justicia, es sin duda afortunado el empleo de una composición figurativa preternatural y fantástica de tipo monstruoso según el sentido ya explicado —artificial e innatural— para ejemplarizar, a su vez, la ausencia de contenidos morales predeterminados en el Estado, la ley y la justicia misma. Y ello porque lo «monstruoso» carece para Hobbes del «a priori» valorativo que la exégesis ideológica cristiana medieval le imprimió. Lo prueba, en general, el *Leviathan* en sus capítulos XII («De la Religión») y XLV («De la demoniología y otras reliquias de los gentiles») al tratar sobre demonios, fantasmas, ilusiones e ídolos, y, en particular, los *Elements of Law*, II, X, 8, cuando al analizar ético-racionalmente qué sea lo justo o injusto, honesto o deshonesto prescrito por las «leyes naturales» y sostener que corresponde a las «leyes civiles» determinar el contenido de tales categorías, comente a continuación: no es consultando tratados de filosofía moral o apelando a la autoridad de Aristóteles, que podrá saberse si un individuo nacido con características físicas anormales o monstruosas debe ser considerado «ser humano», sino únicamente a la definición que de éste den las leyes civiles o positivas.

8. En todo caso, ya para terminar, si la convención social convierte al soberano en Leviathan y a su racionalidad ética, a su voluntad, en fuente última de «diferencia», pues no existe «absoluto» superior al Estado, Hobbes hizo lo posible por circundar a su monstruo de connotaciones benéficas.

En efecto, considerando que la simbolización icónico-fantástica del Estado según aparece en el frontispicio a la edición inglesa de 1651, constituye un modo de producción de funciones semióticas y/o signos capaz de dar lugar a un retículo de actos comunicativos, cabe inducir al menos tres mensajes:

a) El momento histórico y social en que Hobbes propone el modelo de Estado Central o Total (tò pân) para superar el caos y desorden generado por el feudalismo señorial y eclesiástico en la Inglaterra del XVI y XVII (reinados de Isabel I, Jacobo I, Carlos I y en parte Carlos II) coincide con la etapa de gobierno de Oliver Cromwell, a la que por entonces aún se le reconoce un evidente sentido positivo. Este procura transmitirse tanto en el mismo título de la obra (*Leviathan or the Matter, Form and Power a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*) como por la enorme semejanza del rostro de Leviathan con el del famoso político puritano. No debe olvidarse tampoco, aunque estas sean ya reflexiones marginales, que la fecha de impresión

de la obra coincide con la amnistía decretada por aquél, permitiendo el regreso a Inglaterra de Hobbes y otros muchos exiliados, y que ese mismo año se publicaría el *Navigation Act*, por el que en 1655, al ocupar y retener Cromwell la isla de Jamaica, quedará decidido el rumbo de la política marítima inglesa que al cabo desembocaría en la victoria sobre España y la consolidación del imperio británico de ultramar.

b) Si el Estado Central, Leviathan, es prototipo del panteísmo personalista, existe en él una profunda vocación ecuménica que vale tanto como haber querido trazar una órbita perfecta y total en torno al Estado, de donde el Estado se equipararía con el astro rey, símbolo de protección, de luz, calor, principio de la vida, etc... En este orden, la simbología heliocéntrica en política ha poseído desde las más antiguas culturas (43) un específico carácter benéfico y de prosperidad que también Hobbes habría pretendido trasladar desde el mismo frontispicio.

c) Desnudando de detalles, esquematizando y dejando en sus perfiles más elementales la figura de Leviathan hasta equiparar el torso a un tronco vegetal, la cabeza coronada al penacho de una copa y los brazos a unas ramas, es decir, representando a su vez simbólicamente como un árbol la representación simbólica del Estado como Leviathan, la portada transmitiría también así un mensaje favorable y de bienestar, al mismo tiempo que de misterio y sacralidad. Plinio ya refiere en el libro XII, capítulo I, de su *Historia natural*, la veneración de los antiguos por el bosque y los árboles, que identificaban con dioses, custodiados sus templos por las selvas; así, primero entre griegos y luego entre romanos, Apolo, fue el laurel; Minerva, el olivo; Venus, el arrayán; Hércules, el álamo u olmo, y Júpiter, Supremo Dios de Roma, centro del «pomoerium» urbano, el imperecedero roble (44). El árbol llega a así a expresar —comenta Eliade (45)— «todo lo que el hombre religioso considera real y sagrado por excelencia, todo cuanto sabe que los dioses poseen y que no es sino rara vez accesible a individuos privilegiados, héroes y semidioses». Entre los indios del Canadá, el tótem —árbol sagrado— presidía las grandes ceremonias en la linde de los bosques. Entre las tribus y pueblos indígenas de Sudamérica, el árbol aparece con frecuencia conectado a los mitos de creación (tribus de la región del Chaco, tribus Tupi-Guaraní, Tribus Gueyas, de la región del Chocó y del noroeste de Colombia) (46). Finalmente, en la literatura bíblica no faltan abundantes menciones de género similar; así, a una rama de

(43) GARCÍA PELAYO, M.: *Mitos y símbolos políticos*, cit., pp. 158-160.

(44) Vid. COOK, A. B.: *Zeus, Jupiter and The Oak*, en «Classical Review», XVIII, 1904, pp. 361-369. FRAZNER, J. G.: *La rama dorada*, F. C. E., México, 1944, p. 204.

(45) ELIADE, M.: *Lo sagrado y lo profano*, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 112.

(46) Vid. JIMÉNEZ NÚÑEZ, A.: *Mitos de creación en Sudamérica*, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Sevilla, 1962, pp. 46-49, 63, 70, 79, 80, 84 y 85.

olivo que señala el final del Diluvio, en numerosas apariciones como sobre la zarza ardiente (optimizadas y potenciadas sobre todo en la tradición mariana), también en los cayados de pastores y profetas con poderes maravillosos como el de Moisés, en los dos maderos de la cruz, etc..., todas desde una primera y fundamental en el jardín del paraíso con el manzano, Arbol de la Ciencia del Bien y del Mal. Especialmente sobre esta imagen quizás Hobbes pudo abocetar el profundo arcano de la sabiduría del Estado, Ciencia del Bien y del Mal, en un retorno fantástico al paraíso preadánico.

Pero todavía hoy, cuando pasan más de trescientos años, la interrogante sobre qué representa el Estado sigue basculando en el espacio con sonoridad dialéctica. Sólo la urgencia en averiguar quién y qué lo hizo posible discurre con visibles sobresaltos entre el designio de fatalidad y la súbita conciencia de lo útil.

Por una jurisprudencia iberoamericana

Por FRANCISCO PUY

Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. EL HECHO Y SU RECONOCIMIENTO.—2. DENOMINACIONES Y DEFINICIONES.—3. PROBLEMAS Y SOLUCIONES.—4. SUGERENCIAS PARA LA ACCION.—5. BIBLIOGRAFIA UTILIZADA.

1. EL HECHO Y SU RECONOCIMIENTO

¿Existe una jurisprudencia iberoamericana?

Estoy convencido de que sí existe una jurisprudencia iberoamericana. Y no soy el único que lo piensa y lo escribe. Carlos Cossío, uno de los máximos representantes de la misma en la actualidad, lo ha dicho recientemente con rotundidad. Según Cossío, «la filosofía del derecho latinoamericana, por su unicidad, está en condiciones de probar que es una de las cosas espirituales de esta área, a la cual hay que llegar cuando se trata de ir a las cosas mismas» (Cossío, 1982, p. 185). «Desde hace más de tres décadas —añade— hay una filosofía latinoamericana plena y auténtica, que aunque ignorada por los filósofos latinoamericanos e ibéricos de la filosofía general, circula llamativamente, sin embargo, como filosofía del derecho. La hay —explica— porque esta filosofía del derecho exhibe y tematiza aportes heurísticos vernáculos de alcance filosófico universal como sostén de sus aportes especiales. Y la hay —además— porque estos aportes universales, si bien todavía embotellados para el diálogo entre todos, por sordera o inercia de los filósofos latinoamericanos e ibéricos de la filosofía general, circulan, sin embargo, con entidad propia en la esfera iusfilosófica del occidente, ahí reconocidos, unas veces, como filosofía general de la cultura y, otras veces, como filosofía general, simplemente» (Cossío, 1982, p. 200).

Como puede verse, Cossío afirma más que yo; a saber: que la filosofía iberoamericana y la jurisprudencia iberoamericana se confunden fenomenológica y existencialmente. No entro en eso, para no abandonar el tema principal. Tampoco quiero perderme en otras cues-

tiones incidentales como la utilización de «latinoamericana» por «iberoamericana» o «embotellamiento» por «enquistamiento». Si acaso, volveremos después sobre eso, de haber tiempo para ello. Me limito ahora a avisar que, como suele ocurrir, la acusación de sordera o inercia de los colegas hispanoamericanos, ibéricos y americanos, es válida en general, pero no en particular. Por lo menos hay excepciones notables como las que menciono a continuación:

En primer lugar, y perdónese la inmodestia, testificaré yo mismo (dejando así sentado de paso que este trabajo no es flor de cactus, que sólo dure un suspiro intencional). En 1975 he publicado cosas como éstas: «Puede considerarse el lema de mis trabajos el logro de dar expresión a una auténtica filosofía jurídica hispánica» (Puy, 1975, p. 328). Y también: «Creo que la comunidad hispánica de naciones tiene una necesidad urgente de encontrar su propia expresión en este terreno, para tornarse autoconsciente de su misión entre los otros pueblos, en beneficio propio y en beneficio de todos ellos» (Puy, 1975, p. 328). O también: las «constantes del auténtico pensamiento filosófico hispánico... justifican mi fe en el destino de la filosofía hispánica: tal filosofía existe» (Puy, 1975, p. 332).

El texto en cuestión estaba escrito en 1969 en Santiago de Compostela. Por las mismas fechas publicaba Jaime Williams en Santiago de Chile su conocida obra dirigida a responder a esta pregunta: ¿Existe una filosofía jurídica chilena? La conclusión general de la misma rezaba así: «Podemos estar ciertos de que nuestro país, al igual que otros latinoamericanos, como Argentina, Brasil y México, ha emprendido con seriedad el estudio de la filosofía del derecho... y dará, en consecuencia, contribuciones cada vez de mayor significación al pensamiento filosófico jurídico universal» (Williams, 1969, p. 83).

Bastante antes, todavía, se produce un testimonio preciso de mi antecesor en la cátedra compostelana, Enrique Luño, el cual cerró su historia universal de la jurisprudencia con este resumen perfecto: «El pensamiento iberoamericano, tomando como origen y fundamento la gloriosa tradición de la filosofía jurídica hispana y siguiendo el amplio vuelo de su vigoroso genio, ha podido superar las fases iniciales de formación, información y sistematización, para alcanzar la plenitud de su madurez filosófica-jurídica. Así puede ofrecer en la actualidad —subrayo yo ¡1955!— su plena y peculiar personalidad, con características singulares de admirable originalidad, de envidiable producción doctrinal y de ejemplar espíritu de comprensión, de asimilación y de colaboración científica» (Luño, 1955, p. 757).

Parece pues, que los hispanoamericanos de las dos veras del Atlántico coincidimos en la existencia de una jurisprudencia iberoamericana consolidada en la segunda mitad del siglo XX. Pero, ¿eso que nosotros sabemos desde 1950, lo saben también los demás? Pienso que al menos desde 1981, sí. Pues en esa fecha, en el discurso inaugural del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filoso-

fía Social, organizado por la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, y celebrado en México, el presidente de la IVR, Paul Trappe dijo, entre otras cosas: «Estamos altamente satisfechos de que una tan grande cantidad de especialistas... de toda Latinoamérica, esté en contacto con nosotros desde hace tanto tiempo en un fructífero intercambio de pensamientos. Nuestra Asociación tuvo siempre el privilegio de poder comunicarse con las personalidades más destacadas de esta parte del mundo. Dio también ocasión a nuestra satisfacción, que su mundo de especialistas tuviera también interés en nuestros trabajos y se realizara una intensa cooperación entre científicos individualmente... La herencia jurídica actual de Hispanoamérica y su lengua alcanzan ya su definida confluencia y sistema» (Trappe, 1984, p. 466).

Quedamos pues, en que existe una jurisprudencia iberoamericana, reconocida a la altura de nuestro tiempo por propios (americanos e iberos) y extraños (la comunidad internacional especializada). Eso nos hace muy felices durante unos minutos a todos. Y unos minutos más tarde volvemos a sentirnos infelices porque nos percatamos de que hasta aquí «los resultados son insatisfactorios» (Cossío, 1982, p. 185). Esta insatisfacción es señal de que estamos vivos. Pero hay que seguir intentando llegar a cotas de satisfacción creciente. Hay que ir a por una jurisprudencia iberoamericana: la mejor y más influyente u operante que se pueda. Por si el Centenario del Descubrimiento de América es buena ocasión para avanzar (Cossío, 1982, p. 200), he aquí mi pequeña aportación en forma de un análisis y unas propuestas operativas.

«Ni siquiera hay una concordancia sobre lo que con justo título aquella expresión puede significar» (Cossío, 1982, p. 185). La expresión en cuestión es «filosofía latinoamericana», o «iusfilosofía latinoamericana». Pero lo mismo podemos decir de la que otras veces he empleado: «filosofía hispánica» o «filosofía del derecho hispanoamericana»; o la que ahora estoy utilizando: «jurisprudencia iberoamericana». El fenómeno no es superficial. Enraiza hondo. Así, hablando de la historia de las ideas en Iberoamérica, dice Harold Davis que «en general, tanto entre los investigadores latinoamericanos como entre los no latinoamericanos, este campo de estudio carece todavía de clara definición y síntesis, particularmente en lo que respecta al período nacional» (Davis, 1969, p. 13). «Lo que falta es —subraya Davis— un concepto general, tanto de la historia intelectual de cada nación, como de la historia intelectual de Latinoamérica toda» (Davis, 1969, p. 16). Si la imprecisión adolece al conocimiento de los precedentes —la historia de las ideas iusfilosóficas y generales—, imagínese lo que ocurrirá con las conclusiones —la jurisprudencia o la filosofía general actuales—.

Estas sencillas constataciones nos pueden llevar a completar la primera tesis —*existe una jurisprudencia iberoamericana*— con este com-

plemento —*aunque no suficientemente establecida en cuanto a denominación, definición, desarrollo y organización.*

Si se admite esa hipótesis de trabajo parece que no será superfluo intentar fijar algunos de los motivos que obstaculizan el desarrollo de la jurisprudencia iberoamericana. Pues aunque diagnosticar no es curar, es lo cierto que cuando se tiene un diagnóstico se puede intentar al menos una terapéutica.

2. DENOMINACIONES Y DEFINICIONES

Así pues, ¿cuáles son los principales obstáculos que están frenando el crecimiento y la vitalidad de la jurisprudencia iberoamericana?

Para responder con apertura mental a esta pregunta, creo útil distinguir entre los aspectos materiales del *campo a investigar* y los aspectos formales del *método a emplear*. Es decir, entre las cuestiones nominales de *denominación y definición* y las cuestiones prácticas de *procedimiento y organización*. Veamos ambas por separado, comenzando por las *denominaciones-definiciones*.

Desde luego hablo de la realidad jurisprudencia iberoamericana y no hago cuestión de rótulos. Como Cossío, yo también quiero «tratar de ir a las cosas mismas» (Cossío, 1982, p. 186). Pero, igual que él, también creo que «el nombre, el mero nombre, acredita un acto de instauración en la medida en que en él se contenga un juicio de existencia» (Cossío, 1982, p. 220).

Pues bien, por *jurisprudencia iberoamericana* yo entiendo lo mismo que dicen los dos miembros de la expresión ingenuamente tomados. Donde digo *jurisprudencia*, léase, pues, jurisprudencia o cualquiera de sus análogos latos: ciencia del derecho, filosofía del derecho, teoría o teoría general del derecho, pensamiento jurídico, ideología jurídica, dikelogía, nomología, tópica jurídica, retórica jurídica, dialéctica jurídica, instituciones jurídicas, etc., etc. Insisto en lo de la significación amplia... Y lo mismo vale para la segunda parte de la expresión. Donde digo *Iberoamericana* léase iberoamericana o sus análogos: latinoamericana, hispanoamericana, hispanolusoamericana, sudamericana, centrosudamericana..., etc.

Respeto todas las fórmulas. Pero aviso que no todas delimitan con igual propiedad el campo de estudio. Dos ejemplos, uno para cada caso, ilustrarán lo que sugiero:

Jurisprudencia deja claro que no se trata del *ordenamiento jurídico* o del *Estado*. Eso mismo no queda tan claro con otras posibles denominaciones, como iusteoría o iusfilosofía. Ahora bien, el postular un derecho hispánico unitario o unificado —como, p. ej., hizo en su día Alonso García entre nosotros (Alonso, 1951, p. 88)— es cosa en que yo no entro. Que lo haga quien quiera hacerlo: a mí me parece un objetivo indeseable. Pero deseable o indeseable, es cosa

distinta una *jurisprudencia iberoamericana*, de un *sistema jurídico unitario iberoamericano* o un *estado único iberoamericano*. También esto último se ha apuntado muy recientemente, proponiendo la culminación de un proceso de «población, europeización, emancipación y unificación» (Fernández-Mora, 1987, p. 17), como «el gran reto que plantea el quinto centenario del descubrimiento, ya tan próximo». Supongo que eso lo postularán muchos hispanos y que otros muchos lo rechazarán. En todo caso, insisto, la jurisprudencia iberoamericana es otra cosa unitaria, que no depende para nada de esas otras unidades o unificaciones.

Iberoamericana alude a una realidad muy clara, que se define por la *geografía continental que habla principalmente en portugués y español*. Latinoamericano incluye de suyo el incordio de los países o zonas francófonas, que nada tienen que ver con lo que aquí tratamos (Fernández-Escalante, 1982, p. 3). ¿Alguien quiere avanzar más y postular una jurisprudencia panamericana —con aportaciones hispanas, lusas, galas, anglosajonas, neerlandesas e así vía? Que lo haga. Pero que conste que esa no es mi empresa, ni mi estandarte.

Existe pues, este tipo de dificultades nominales. Y no es fácil remontarlas, porque la solución sólo puede venir de un lento proceso de sedimentación, que deje arriba la expresión más bienquista a todos, y vaya orillando hacia la obsolescencia las menos funcionales o anfibológicas.

La expresión *Jurisprudencia iberoamericana* me gusta especialmente a mí hoy día, y por eso la empleo.

Entiendo la *jurisprudencia* como la disciplina que estudia los conceptos normativos en sus encarnaciones conductistas, tratando de penetrar en los trasfondos que producen convencimiento o rechazo en la discusión retórica o dialéctica (Puy, 1984, p. 596).

No se trata de nada raro, sino absolutamente común. Es la forma de estudiar el derecho a la que corresponde un método siempre viejo y siempre nuevo: el método del descubrimiento de valores jurídicos, con vistas a resolver los conflictos humanos, perteneciente a la facultad de la razón práctica (Ost, 1985, p. 52).

En fin, se trata de la noción de la jurisprudencia que nos viene desde Ulpiano y transmite *Digesto*, 1.1., 10.2 e *Instituciones*, 1.1. pr. & 3.1. Es decir, en versión hodiernada: «la disciplina ordenada y discipulada de lo justo y lo injusto» (Dors, 1977, p. 42). O bien: «el conjunto de medios que posibilitan la formulación, realización o aplicación y sistematización del derecho» (Dourado, 1962, p. 20). Y eso, lo haga el jurista que lo haga: no sólo si lo hacen los jueces o los gobernantes de cualquier género (Puy, 1985, p. 24).

Y basta sobre el término jurisprudencia. Veamos ahora la otra palabra: *Iberoamericana*.

Iberoamérica, Hispanoamérica, América Hispánica, América Lusohispánica, América Hispana..., todos esos vocablos son práctica-

mente sinónimos. Designan la geografía política y cultural del continente o continentes americanos e islas adyacentes, de carácter mestizo, y lenguas española o portuguesa.

¿Por qué elegir *Iberoamérica* como designativo principal? Por coherencia con el lenguaje constitucional de la vigente ley fundamental española de 29 de diciembre de 1978; cuyo artículo 11.3. nombra a «los países iberoamericanos»; y casi los define legalmente, como «aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España», para autorizar un estatuto privilegiado para sus ciudadanos en España.

Latinoamérica —deben aprenderlo los iberoamericanos— es término que nos repugna en España. Desde aquí lo vemos como un término inventado por los franceses —aprovechado por los italianos— para camuflarse entre los hispanoamericanos, fomentando el recelo contra España y Portugal. Y también, a la vez, como un término aprovechado por los anglosajones europeos y americanos, para fomentar la marginación de la América latina frente a la América anglosajona, en la franja que corre entre la cultura y la economía.

En cuanto a la *Hispanidad*, eso es una cosa grande, pero no es exactamente Iberoamérica. La hispanidad es un ente histórico muy complejo (García-Morente, 1938, p. 22), que no es lo mismo en sentido material que formal (García-Morente, 1942/a, p. 119) ni tampoco en sentido concreto o abstracto (García-Morente, 1942/a, p. 201). Desde luego, puede tomarse Hispanidad, Hispanoamérica o Iberoamérica como sinónimos. Pero si se los distingue, resulta algo muy importante —creo yo— para el tema que nos ocupa. Y es que con la palabra Hispanidad se entiende el conjunto de todos los pueblos hispánicos: incluyendo ahí también, p. ej., a Filipinas o Goa, y Mozambique o Guinea, y España y Portugal, claro está. Bueno, pues ahí está la cosa. Hay una jurisprudencia española; y una jurisprudencia portuguesa; y una jurisprudencia iberoamericana. Las hay ya. Pero no hay todavía, en cambio, una jurisprudencia hispánica general. Quizá la pueda haber en el futuro. Lo deseo incluso fervientemente. Pero no la hay ahora. Y aquí de lo que tratamos es de la jurisprudencia iberoamericana, no de las otras.

Lo que acabo de decir significa tomar posición en una clave que me resulta muy costosa. Yo he pensado hasta ahora siempre en la *jurisprudencia hispánica* como una posibilidad de futuro. Ese futuro estaba expedito mientras la comunidad hispánica de naciones éramos libres y soberanas y podíamos federarnos o confederarnos de alguna manera. Pero hoy, consumada la integración de España y Portugal en Europa, aquello ya no es más posible. La *jurisprudencia iberoamericana* es la que tienen que hacer los americanos de cultura ibérica; mas no los ibéricos de amor americano... Otra cosa es que sí podamos ayudar, animar y estimular. Pero nunca asumir esa tarea como propia. Podremos cooperar con ellos, aprender incluso de ellos mucho

y enseñarles algo todavía. Pero cada uno a un lado del Atlántico. Nosotros tenemos que hacer nuestras *jurisprudencias regionales*; más nuestra *jurisprudencia española y portuguesa*; más nuestra *jurisprudencia europea* de raíces indoeuropeas... Y ya tenemos trabajo en abundancia todos. Así es que, cada cual a su tajo.

Espanoles y portugueses tenemos que despertar de la ilusión de una Hispanidad realizada como una «gran agrupación supranacional» (Lissarrague, 1943, p. 171); o como «una bella patria grande» (Puy, 1967, p. 118); o como «una sinfonía inacabada, una basílica sin terminar, una historia que aún no está cerrada» (Fraga, 1978, p. 14). Y no debo decir más de un término y una realidad que son hermosos y cautivadores desde sus orígenes (Iriarte, 1950, p. 568), porque con lo apuntado queda suficientemente entrevista la dificultad de esta *secesión*... que viene a ser como otro noventa y ocho... Pero ha de consumarse (se consumará) para que se realice en su plenitud la jurisprudencia iberoamericana (como se realizará).

3. PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Se realizará la jurisprudencia iberoamericana, d. m., y a no tardar, claro es, si logramos eliminar los principales atranques que la obstaculizan. ¿Cuáles son tales dificultades? Pues aparte de las normales de contenido —en función de la dificultad de todo problema iusfilosófico, o dikelógico, o nomoteórico— están algunas que afectan al mismo *método de trabajo*, y que conviene determinar por su carácter general. Prescindo pues, de las primeras, en las que sería imposible penetrar, y me fijo en las segundas.

La primera dificultad que hay que ayudar a suprimir, porque aún sigue lastrando mucho la jurisprudencia iberoamericana, es la *autofo-bia*. Los juristas iberoamericanos tienden a ser terriblemente duros con sus compañeros y comprofesionales. Eso salta a la vista hasta en los lugares más insospechados. Recordaré el caso de Luis Recaséns. Se puede decir con justicia que pocos han hecho nunca tanto, para prestigiar la jurisprudencia iberoamericana o hispánica en el mundo, como hizo él con su *Panorama*. Bueno, pues un análisis de esta obra revela cosas notables. Resaltaré dos. *Primera*: La obra tiene *circa* 1100 páginas. A la «filosofía jurídica en español y portugués» se le dedican *circa* 300 páginas, o sea un 25 por 100 del total. El otro 75 por 100 se le dedican a la jurisprudencia en alemán (la mayor parte), inglés, francés, italiano y (una breve muestra) ruso. ¿Parece mucho? Compárense las extensiones proporcionales que obras similares alemanas o francesas conceden a lo propio y a lo ajeno y se advertirá el tremendo error de la infravaloración de lo propio. *Segunda*: Con excepción de una mención expresa de la «escuela ecológica argentina», ninguna otra jurisprudencia, escuela, corriente, dirección o

tendencia aparece consignada para prestigiar o aupar a los autores hispanos o iberoamericanos. Al tratar de alemanes, anglosajones, germanos, italianos, etc., el método es justo al contrario. Así pues, con la excepción dicha, no ofrece Recanséns ninguna estimación o descripción de conjunto del pensamiento iberoamericano, ni como unidad mayor, ni menor (p. ej., por agrupamientos nacionales). Lo que da la imagen de una absoluta dispersión de individualidades..., que en realidad vienen a ser comprendidas como epígonos de escuelas o corrientes foráneas. La autodevaluación es evidente (Recasens, 1963, *passim*).

Confieso que este vicio no es iberoamericano exclusivo, sino hispano general. Famosas son las quejas de Palacios Rubios, ya en el paso del siglo XV al XVI, de que en España se había extendido la moda y el abuso de estudiar nuestros jurisperitos con excesiva preferencia a autores extranjeros, y de citar constantemente a forasteros que ni siquiera eran siempre juristas (Maeztu, 1934, p. 527). Esas quejas llegan hasta nuestros días con casos y casos verdaderamente notables de conocimiento de lo remoto e ignorancia de lo próximo (Carro, 1981, p. 377).

Una secuela inevitable de esa autofobia que hay que estirpar es la ignorancia de la propia tradición por parte de los hispanos e iberoamericanos en general. Me refiero a toda la tradición jurídica, desde los monumentos legales a los precedentes judiciales; pero sobre todo a la producción técnica, científica, filosófica y teológica; en suma, a la tradición escolar jurisprudencial. Algunos grandes, como mi maestro Francisco Elías de Tejada, hicieron ímprobos esfuerzos por reconstruir el pasado doctrinal hispánico. Pero aún en él se notan lagunas increíbles, cuando trata de hacer visiones de conjunto, sobre todo las más tempranas (Elías-Tejada, 1951, *passim*). Los jurisperitos menos aficionados a la historia que él, no es que no conozcan la trama, es que desconocen hasta los hilos más gruesos de la misma.

La solución a este problema tiene que producirse por medio de una larga y paciente investigación de personas y escuelas, de etapas cronológicas y de líneas completas, y todo ello dando preferencia a los estudios por naciones, regiones y floraciones locales. Afortunadamente van abundando ya los estudios de individualidades (Davis, 1969, p. 13) «lo cual es útil para ir llenando el cuadro» (Davis, 1969, p. 16). Pero no es suficiente. Y sobre todo se deberá tener (al realizar este tipo de trabajos) en cuenta la advertencia de que se trata de explorar el pensamiento vernáculo y no de subrayar la expansión e influencia del pensamiento extranjero (Cossio, 1982, p. 186).

Tengo para mí, en resumen, que el estudio de la propia tradición iberoamericana a través de las biografías de sus figuras señeras y, progresivamente, de sus escuelas y grupos nacionales, regionales o supranacionales, producirá un efecto muy positivo para la jurisprudencia iberoamericana en su conjunto, a saber: la superación de los complejos de superioridad e inferioridad relativos; y de su causa prin-

cial, el muto desconocimiento. «Actualmente —se escribía por acá, en Madrid, en 1928— españoles y sudamericanos apenas nos conocemos: aún nos separa una barrera de prejuicios, históricos unos, políticos y sociales otros» (Alcalá-Galiano, 1928, p. 23). ¿No sigue siendo esto verdad en buena parte? «En estas repúblicas hispanoamericanas todavía —se escribía por allá, en La Habana, en 1920— prevalece la vieja, estúpida y tenaz costumbre de tomar en son de mofa el honroso nombre de gallego» (Rodríguez-Cabrero, 1920, p. 91). ¿Han variado acaso las cosas?

Y también conviene que la restauración de la tradición escolar iberoamericana conduzca a una erradicación de otro grave lastre de su futuro: la *xenomanía*, la estúpida admiración de lo foráneo sólo por serlo.

«Sería insincero ocultar —decía en 1951 Adolfo Miaja— que esta noble tradición (iberoamericana) ha estado largo tiempo interrumpida y olvidada, por nosotros los españoles, lo mismo que por los portugueses y americanos». ¿Causas? La primera que se nombra son «las modas extranjerizantes» (Miaja-Muela, 1951, p. 434).

Hoy día esa moda lleva por el cauce marxista de culto soviético. No es peligroso, porque jurisprudencia y marxismo son repelentes. Pero hay otro cauce de embobamiento muy peligroso para la jurisprudencia iberoamericana, el que el propio Miaja llamaba «el panamericanismo», denunciándolo como agente letal para la originalidad iberoamericana, porque es el de «otro pueblo, prócer sí, pero extraño a nuestra común estirpe, el angloamericano» (Miaja, 1951, p. 435). Y todavía hay un tercer cauce, que es el de siempre, el de los orígenes dieciochescos enciclopedistas: el «afrancesamiento». La jurisprudencia iberoamericana tiene que sacudirse (suave, pero seriamente) el colonialismo jurídico francés que contaminó todas sus codificaciones, políticas y civiles, así como su administración y organización (Fraga, 1962, p. 86). Un inevitable movimiento pendular de rebeldía llevó a la primera jurisprudencia iberoamericana nacional a abandonar el hogar hispano para buscar la aventura en la «maison» francesa. Rubén Darío —y por él hablaba entonces Iberoamérica entera— declaró con expresión decadente, que su esposa era española, pero que su amante estaba en París. Bien, la loca juventud ya pasó y es hora de sentar la cabeza. Como dice el profesor Fraga Iribarne: «La metáfora es válida, porque a la esposa legítima se vuelve siempre» (Fraga, 1962, p. 82).

Pero dejemos ya ese aspecto y miremos a otro defecto, que es en buena parte herencia franco-germana. Me refiero al *racionalismo*, o *positivismo*, o *cientificismo*, o como quiera llamársele. Este vicio aparece por doquier. Lo encuentro hasta en el excelente trabajo de Cossio que vengo aprovechando. Nada de «mitificar el pasado nacional, asignándole una misteriosa entidad aborígen... cuando no esotérica... adecuada para mistagogos...» (Cossio, 1982, p. 186). Eso dice Cossio.

Bien, el positivismo ha esterilizado históricamente a toda jurisprudencia que se ha contaminado de él, convirtiéndola en una mecánica ejercitación de código y abriendo cauce a toda tiranía política o dictadura administrativo-militar. Y no cabe refugiarse de esa realidad, constatada ya secularmente, en trampas logicistas. O la jurisprudencia iberoamericana se cura de ese mal o no gozará nunca de buena salud. Y no hablo, claro está, de prescindir de la lógica, de la cibernética y de todos los tecnicismos. El positivismo, el racionalismo, el cientifismo es otra cosa y todos nos podemos entender en esto si queremos.

Lo que hay que evitar no es la técnica, sino el abstraccionismo jurídico. O más directamente aún, el desarraigamiento de la propia historia, del propio terruño, del factor vernáculo, y en resumen del caso individual e irrepetible que plantea todo problema jurídico. Hace ya tres décadas que sabemos: que la estructura total de una jurisprudencia sólo se puede determinar desde un problema; que las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y proposiciones, sólo puede comprenderse desde el problema, y que todos los elementos lógicos de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema y que evite cualquier otro vínculo derivatorio... (Viehweg, 1953, § 8.1). ¿Será nuestra jurisprudencia iberoamericana la única en no enterarse de ese descubrimiento actual... que, para colmo, la retrotrae al casuismo de sus orígenes escolares en el realismo aristotélico-tomista? No puede ser. Una jurisprudencia puede ser iberoamericana, a pesar de que la filosofía de por sí se tematiza con universalidad geográfica e histórica, porque sólo a partir de un problema cronoespacialmente localizado tiene sentido cualquier jurisprudencia. La cuestión general no es, a mi parecer (disintiendo de Cossío, 1982, p. 186), cómo la jurisprudencia puede ser así; sino la contraria: ¿cómo ha podido llegar a pensarse que podía ser de otra manera *more geométrico, sillogístico, cibernético, etc.*?

En *resumen*, a mi parecer el éxito futuro de la jurisprudencia iberoamericana pasa por un intento de eliminar autofobias y aumentar el conocimiento de la propia historia y tradición mediante una potenciación de la parte de ella que se consagra a la historia de las ideas. Eso, *lo primero*. *Lo segundo* a procurar es una eliminación de la xenomanía y su sustitución por una correcta relación igualitaria con las otras culturas jurídicas de cooperación y dignidad: en especial con la anglosajona, la francogermánica y la soviética. *Lo tercero*, a una superación en profundidad de los defectos consustanciales al positivismo, racionalismo o cientifismo, para recorrer los caminos más libres del realismo y la tópica. Y en fin, *lo cuarto*, a una creciente preocupación por el futuro, arrancando del pasado y no durmiéndose en él. Pues hasta hemos tenido la desgracia de incurrir en ese doble dormirnos en los laureles secos, que nos parecía que nos daba defecto: además de apenas conocer nuestra tradición, hemos dado en

En Iberoamérica, como en todos sitios y quizá más que en muchos, tiene interés hablar del pasado y partir de las raíces: pero para mirar al porvenir y progresar hacia el futuro (Alcalá-Galiano, 1928, p. 23). «El fijar las nuevas tendencias en fórmulas jurídico-políticas, en técnicas administrativas o en procedimientos, es tarea noble y digna, a cuya labor todas las experiencias y colaboraciones serán oportunas y convenientes» (Fraga, 1962, p. 110). Más aún imprescindibles para la construcción de esa jurisprudencia que necesitamos y podemos llegar a tener.

4. SUGERENCIAS PARA LA ACCION

Y hablando de mirar al futuro, conviene cerrar esta comunicación con una o unas propuestas. Pues bien, todas las que pueda hacer se resumen en una: *necesidad de intercomunicación entre los jurisperitos iberoamericanos* (entre sí y con españoles y portugueses, por las razones ya apuntadas). ¿Por qué énfasis la intercomunicación? Porque me parece que por ahí se podrá romper el círculo vicioso de una jurisprudencia que se desconoce y por eso no avanza, y que cuanto más avanza, más se desconoce, por alejamiento de sus vanguardias. Carlos Cossío en la parte más luminosa para mí de su trabajo ha llamado la atención sobre el problema que él denomina del «embotellamiento histórico como circulación omitida», en que se debate la jurisprudencia iberoamericana. «Hay ideas filosóficas —dice— con la doble calificación (de calidad) exigida. Pero no hay ninguna transmisión de ellas. Porque los técnicos responsables de esta actividad ignoran que ellas existen, o padecen de una incomprensión radical de lo que ellas enuncian. De una manera u otra —concluye— se trata de un silencio que no expresa nada, pero que es tremendo por la frustración histórica que contiene» (Cossío, 1982, p. 198). Estoy de acuerdo. Para mí, el problema está básicamente ahí, más que en ninguna otra de las posibles causas que enuncia.

Ahora bien, ¿cómo potenciar realmente la deseada intercomunicación? Enumero simplemente las siguientes sugerencias:

1. Celebración de *Congresos iberoamericanos de juristas* en todos los países de nuestra comunidad hispana.

2. Organización de un *sistema permanente de intercambios o de sustituciones de profesores de derecho y de juristas funcionarios*, como, p. ej., jueces, de diversos países entre ellos mismos (con intercambio de sueldo, vivienda, etc.).

3. Asociacionismo: posibilidad de aprovechar a fondo la existente Asociación Luso-Hispano—Americana-Filipina de Derecho Internacional, para todas las disciplinas jurídicas. O, sustitutivamente, posibilidad de organizar una federación de iusfilósofos, tomándo a aquélla como modelo: la *Asociación Iberoamericana de Juristas*.

4. Universidad: Posibilidad de organizar una *Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Iberoamericano*, siguiendo el modelo de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado que funciona en Estrasburgo.

5. Derecho Iberoamericano disciplina. Conveniencia de introducir en el plan de estudios de las *Facultades de Derecho* de las universidades de España, Portugal e Iberoamérica una *asignatura de Derecho Iberoamericano*, siquiera con carácter optativo. O, más ambiciosamente, posibilidad de incluir una *sección especializada* en segundo ciclo, por lo menos en alguna Facultad de Derecho española.

Estas u otras semejantes pienso que podrían ser conclusiones operativas, sea para nuestra propia reflexión e impulso individual, sea para la actuación o representación colectiva ante organismos públicos nacionales o internacionales. En cualquier caso, me sumo al parecer de la mayoría. Y nada más.

5. BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

- ALCALÁ-GALIANO, A. (1928): *Entre dos mundos*, Espasa, Madrid, 1928.
- ALONSO-GARCÍA, M. (1951): *Sobre los caracteres de un posible derecho hispánico*, en «Boletín de los Seminarios de Formación», 28 (1951), pp. 87 y ss.
- CARRO, J. L. (1981): *Policía y dominio eminente*, en «Estudios Jurídicos Alfonso Otero», Universidad de Santiago, 1981, pp. 363 y ss.
- COSSÍO, C. (1982): *La filosofía latinoamericana*, en vol. 6.º de «Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social», Unam, México, 1982, pp. 185 y ss.
- DAVIS, H. (1969): *La historia de las ideas en Latinoamérica*, en «Latinoamérica Anuario», 2 (1969) pp. 9 y ss.
- DORS, A. (1977): *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1977.
- DOURADO, P. (1962): *Introdução á teoría do direito*, Freitas, Río, 1962.
- ELÍAS TEJADA, F. (1951): *La filosofía del derecho en el mundo hispánico*, apéndice al vol. 1.º de BATTAGLIA, F.: *Curso de Filosofía del Derecho*, Reus, Madrid, 1951, pp. 343 y ss.
- FERNÁNDEZ-ESCALANTE, M. (1982): *Latinoamérica*, en «Ya», 11.4 (Madrid, 1982), 3.
- FERNÁNDEZ-MORA, G. (1987): *La unidad hispanoamericana*, en «Razón Española», 24 (1987), pp. 7 ss.
- FRAGA-IRIBARNE, M. (1962): *Sociedad, política y gobierno en Hispanoamérica*, Iep, Madrid, 1962.
- 1978: *La crisis del Estado español*, Planeta, Barcelona, 1978.
- GARCÍA-MORENTE, M. (1938): *Idea de la Hispanidad*, en su «Idea de la Hispanidad», Espasa, Madrid, 1947, pp. 11 y ss.
- (1942/a): *El pontificado y la Hispanidad*, en su «Idea de la Hispanidad», Espasa, Madrid, 1947, pp. 109 y ss.
- (1942/b): *Ideas para una filosofía de la historia de España*, en su «Idea de la Hispanidad», Espasa, Madrid, 1947, pp. 145 y ss.
- IRIARTE, J.: *Hispanidad*, en «Razón y Fe», 629 (1950) pp. 565 y ss.

- LISSARRAGUE, S. (1943): *Sentido de la Hispanidad*, en «Revista de Estudios Políticos», 9 (1943), pp. 167 y ss.
- LUÑO-PENA, E. (1955): *Historia de la filosofía del derecho*, Hormiga, Barcelona, 1955.
- MAEZTU, R. (1934): *Defensa de la Hispanidad*, González, Madrid, 1946.
- MIAJA-MUELA, A. (1951): *Virtualidad de la doctrina clásica española*, en el vol. 2.º de «Actas del I Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional», Palomeque, Madrid, 1952, pp. 433 y ss.
- OST, F. (1985): *Quelle jurisprudence, pour quelle société?*, en «Archives de Philosophie du Droit», 30 (1985), pp. 9 y ss.
- PUY, F. (1967): *La logique juridique en Espagne et en Amérique Latine*, en «Annales de la Faculté de Droit de l'Univ. de Toulouse», 15/1 (1967), pp. 117 y ss.
- (1975): *El sentido de mi filosofar*, en «Anales de la Cátedra F. Suárez», 15 (1975), pp. 323 y ss.
- (1984): *Tópica jurídica*, Paredes, Santiago, 1984.
- (1985): *O valor da xurisprudencia galega*, Universidad de Santiago, 1985.
- RECASÉNS, L. (1963): *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963.
- RODRÍGUEZ CABRERO, J. (1920): *Discurso de ingreso como correspondiente de la Real Academia Galega*, en «Boletín da Real Academia Galega», 12 (1920) pp. 88 y ss.
- TRAPPE, P. (1981): *Discurso inaugural del X Congreso Mundial de la IVR*, en el vol. 10 de «X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social», Unam, México, 1984, pp. 463 y ss.
- VIEHWEG, T. (1953): *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.
- WILLIAMS, J. (1969): *Panorama de la filosofía jurídica en Chile*, Ejch., Santiago de Chile, 1969.

V

INFORMACIONES

PRIMEROS ENCUENTROS IBEROAMERICANOS DE JURISTAS EN CUENCA

Los días 8 al 10 de octubre de 1987 se celebraron en Cuenca (España) los Primeros Encuentros Iberoamericanos de Juristas, bajo la hospitalidad del Colegio Universitario Cardenal Gil de Albornoz, de la Universidad de Castilla-La Mancha. Participaron en ellos alrededor de 500 congresistas. La organización discutió una programación a doble circuito: de sesiones plenarias y de grupos de trabajo, que dio en conjunto un buen juego, permitiendo los necesarios contactos personales, sin perjuicio de la atención a las cuestiones de especialidad. El propósito de esta nota informativa es poner al tanto a los iusfilósofos de las actividades generales de los encuentros y, sobre todo, de lo acontecido en el grupo de trabajo específico. Pues hubo cinco de tales grupos: 1) Administración de Justicia; 2) Derecho Económico; 3) Derecho Internacional; 4) Filosofía del Derecho, y 5) Historia del Derecho.

Las sesiones plenarias fueron las siguientes:

1. Gregorio Robles Morchón: Salutación, presentación y organización de los Primeros Encuentros Iberoamericanos de Juristas.

2. Enrique Basla: «Las entidades latinoamericanas de abogados». Informó sobre las argentinas y cedió la cátedra a otros congresistas que informaron sucesivamente de las ecuatorianas (Izurieta), salvadoreñas (Viana), mexicanas (Quijano), guatemaltecas (Ortiz Moscoso), brasileñas (Paulo Lins) y chilenas (Ortiz). Excelente información.

3. Antonio Pedrol Rius: «La función del abogado en la sociedad moderna». dijo lo que siempre, pero con retraso.

4. Domingo García Belaunde: «El control de la constitucionalidad de las leyes en Iberoamérica». Modelo difícilmente superable de estudio comparatístico del Derecho iberoamericano.

5. Marino Barbero Santos: «La responsabilidad del magistrado». Excelente comentario jurisprudencial del artículo 147 de la Constitución española.

6. Héctor Gross Spiell: «La protección regional de los derechos humanos en Europa y en América». Otro magnífico discurso jurisprudencial del complejo tema en que es especialista destacado.

7. Sesión plenaria de conclusiones de los grupos de trabajo. Las mismas fueron expuestas sucesivamente así. Las de Filosofía del Derecho, por Eugenio Buly Gin. Las de Administración de Justicia, por Roque Carrión Wan. Las de Historia del Derecho, por José María Sánchez Benito. Las de Derecho Internacional y relaciones internacionales, por Yolanda Frías Sánchez. Y las de Derecho Económico, por Enrique Basla.

8. Joaquín Ruiz Giménez: «El Defensor del Pueblo como experiencia de impulso hacia una sociedad democrática avanzada». Análisis magistral del tópico

de la sociedad-democrática-avanzada enunciado en el preámbulo de la Constitución Española de 1978.

9. Virgilio Zapatero: «Para un nuevo Derecho iberoamericano». Fue la conferencia de clausura propiamente dicha.

Estas sesiones fueron seguidas de coloquio. En general, estos coloquios de grupos asamblearios son absolutamente inoperantes, y así ocurrió aquí también. El diálogo científico tiene sus exigencias cuantitativas. Así que lo mismo que un buen ágape sólo puede tener un número de comensales que no baje del número de las gracias (3) ni exceda del de las musas (9); así también un buen seminario necesita de un número de coloquiantes que no baje de los apóstoles del Evangelio (12) ni suba de los ancianos del apocalipsis (24). Por eso funcionó, en cambio, muy bien el encuentro de iusfilósofos. Sobre el que paso a decir.

El grupo de Filosofía del Derecho celebró sus sesiones en el salón de actos de la Diputación Provincial de Cuenca, excelentemente acondicionado para permitir una buena comunicación auditiva. La mesa estuvo formada por los doctores Eugenio Bulygin, Gregorio Peces-Barba, Elías Díaz García, Luis Prieto Sanchís, Agustín Squella y Enrique Cáceres Nieto. Celebró tres sesiones ordinarias de trabajo, que ocuparon las tres mañanas completas del calendario. El trabajo fue serio y concienzudo.

Los participantes en la reunión fueron:

1. Iberoamericanos: Pablo López Ruf (Buenos Aires), Carlos Fernández Sessarego (Lima), Pedro Planas Silva (Lima), Carlos Nino (Buenos Aires), Martín Farrel (Buenos Aires), Jorge Alberto Sáenz (Buenos Aires), Hugo Darquea López (Cuenca, Ecuador), José Campos Faria (Sao Paulo), Julia Barragán (Caracas), Jesús Esparza (Maracaibo), Agustín Squella (Valparaíso) y Carlos Alchourrón (Buenos Aires).

2. Españoles: Ernesto Martínez Díaz de Guereñu (Bilbao), María José Fariñas (Madrid), Milagros Otero (Santiago de Compostela), Luis Vela (Madrid), Renato Rabbi-Baldi (Pamplona), Daniel González Lagier (Alicante), Francisco López Ruiz (Alicante), Rafael Asís Roig (Madrid), Angel Llamas Cascón (Madrid), Francisco Puy (Santiago de Compostela), Gregorio Peces-Barba (Madrid), Elías Díaz (Madrid) y Luis Prieto Sanchís (Albacete).

3. Conquenses: Gregorio Robles Morchón, Trinidad Soria García y Enrique Cáceres Nieto.

Como método de trabajo se estableció (por parecer no unánime) el coloquio abierto, sin lectura de comunicaciones. Estas se repartieron fotocopiadas a los asistentes. Las que llegaron a mi poder fueron las siguientes:

1. Julia Barragán: «Propuesta del Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad de Carabobo (Venezuela), sobre el apoyo a los Encuentros Iberoamericanos de Juristas».

2. Jesús Esparza Bracho: «Conceptualización de la teoría del derecho como teoría ética».

3. Carlos Fernández Sessarego: «Perspectivas de la actual iusfilosofía latinoamericana» (trabajo muy a tener en cuenta por su largo aliento sugeridor de una obra cooperativa futura).

4. Milagros Otero Parga: «La nacionalidad como derecho fundamental».

5. Francisco Puy: «Por una jurisprudencia iberoamericana».

6. Agustín Squella: «Ciencia y política en el derecho».

7. Luis Vela: «La mayor de las dificultades delvechianas».

En la programación general de los Encuentros se hacía la previsión siguiente: «Con las comunicaciones presentadas se constituirán los “Archivos de los Encuentros Iberoamericanos de Juristas” y un comité de lectura de este Colegio Universitario elaborará en base a los mismos una publicación anual.» No habiéndose leído las comunicaciones parece que es aún más conveniente el cumplimiento de esa previsión programática. En todo caso, de no poderse conseguir la publicación exenta, parece que este mismo «AFD» podría dar acogida a las mismas. El «cuello de botella» de la difusión, que está estrangulando hace tiempo a la iusfilosofía iberoamericana, como denunciara hace ya tiempo Cossío, debe ser ensanchado poco a poco. Por eso no es baladí el tema de la lectura, la discusión y la publicación de los trabajos del grupo: en esta primera y en las próximas cinco ediciones que hay previstas hasta 1992... Pero con ello paso a otro asunto, el balance de objetivos y resultados.

El objetivo marcado por los organizadores, digno de todo apoyo, se señaló así en su momento: «Establecer un programa común de trabajo futuro para cada una de las secciones de los encuentros... a través de un debate en profundidad sobre: a) ¿qué nos interesa debatir en cada área?, y b) ¿cómo lo vamos a hacer?»; de modo que una vez «fijado el programa mínimo por cada sección los encuentros sucesivos sean el marco para verter las diferentes contribuciones y discutir las».

El grupo de filosofía jurídica intentó cumplir esos objetivos en cuanto le atañían, en las tres sesiones de trabajo ya dichas. Las mismas se dedicaron a un diálogo abierto, sin ponencia previa, salvo unas mínimas palabras de encuadre de los presidentes (sucesivamente, Squella, Peces-Barba y Bulygin).

La primera sesión se dedicó a la discusión de los temas que puedan constituir factor común de un trabajo cooperativo y solidario futuro de los encuentros y del área disciplinaria en general. Hubo muchas propuestas interesantes sugeridas por los coloquiante, entre las que cabe recordar las siguientes, no aprobadas finalmente —por mor de la necesaria reducción a una—, pero dignas de recordación para labores personales futuras y, sobre todo, como muestra de las infinitas posibilidades que tiene un terreno aún prácticamente virgen:

1. Realización de textos universitarios comunes en equipo de Filosofía del Derecho.
2. Realización de una historia de las ideas jurídicas iberoamericanas.
3. Estudio de la integración cultural iberoamericana.
4. Análisis del sistema de valores común a los ordenamientos jurídicos iberoamericanos.
5. Análisis de la función social de la ciencia y la filosofía del derecho en Iberoamérica.
6. Derecho y poder en la perspectiva pluralista iberoamericana.
7. La problemática de la administración de justicia en Iberoamérica.
8. La praxis iberoamericana de la argumentación jurídica.
9. La metodología heurística y pedagógica en Iberoamérica.
10. Los derechos humanos en Iberoamérica.

Este último fue el tema en que se fue incidiendo acumuladamente en diversas intervenciones, de modo tal que fue, finalmente, el seleccionado. Le siguió en interés el tema de la enseñanza del derecho, y en tercer lugar, el tema de la historia de las ideas jurídicas y filosóficas en Iberoamérica (lo que yo prefiero llamar la Jurisprudencia Iberoamericana).

La segunda sesión se dedicó al análisis de la situación actual y las perspectivas de futuro inmediato en lo que se refiere a los planes de enseñanza del derecho y de la filosofía jurídica en España e Iberoamérica. Informaron sucintamente en rueda los siguientes congresistas: Bulygin, sobre Argentina; Barragán, sobre Venezuela; Sessarego, sobre Perú; Faría, sobre Brasil; Cáceres, sobre México; Puy, sobre España; Darquea, sobre Ecuador... ¿Los resultados? Equívocos. La movilidad de planes y el hervir de proyectos inclinan al optimismo sobre el futuro. La escasez de medios económicos y los extremismos ideológicos de los dirigentes y políticos conductores de las reformas, al pesimismo. Eso, respecto al derecho en general. Respecto a la Filosofía del Derecho en particular, el tono general fue pesimista, al constatarse una fuerte corriente de tecnificación y positivización de los estudios jurídicos, que tiende a eliminar o achicar en ellos, todo lo posible, las disciplinas o áreas más humanistas y generales (además de la filosofía, la teología, la historia, la retórica, la lógica, la oxiología... jurídicas).

La tercera sesión se dedicó a reasumir los resultados de las otras dos sesiones. Y fue cuando se llegó a la conclusión general de nuestra área, a saber. La constitución de un grupo de trabajo permanente, formado por todos los asistentes y las demás personas dedicadas al área en el mundo hispánico y que se quieran unir al mismo, con el fin de estudiar un tema común: *Los derechos humanos en Iberoamérica*, a través de cuatro líneas de investigación, a saber:

- 1.^a La fundamentación y los modelos teóricos de los dikeos.
- 2.^a La historia de los dikeos en Iberoamérica.
- 3.^a La teoría de las fuentes legales y garantías jurisdiccionales para la eficacia de los dikeos en Iberoamérica.
- 4.^a La enseñanza de los dikeos en Iberoamérica y España.

Esos serán los temas para el próximo encuentro en Cuenca. Se acordó también que habría una ponencia para cada subtema, pero no comunicaciones (esto último con un amplio disenso).

En resumen, por lo que se refiere a nuestro grupo, el objetivo fundamental de la reunión se logró. Otros grupos ataron un poco más la organización del trabajo en el interregno, fijando la composición de las comisiones, sus responsables o animadores, e incluso una programación ajustada a calendario. Probablemente eso no era posible en nuestra materia, por su propia naturaleza más abierta y menos ahormada en teorías y programaciones consolidadas y estables.

El cronista, y partícipe, se siente solidario con las ventajas e inconvenientes de su disciplina y sólo hace votos porque el trabajo de organización, que recae en principio en el querido colega Profesor Robles Morchón, supla las imprevisiones; de modo que los subgrupos de trabajo se constituyan en firme y con tiempo suficiente, para que todos puedan aportar cuanto más a ese tema de los derechos humanos; es decir, de su vigencia real en Iberoamérica, problema sobre cuya prioridad e interés absoluto nadie hizo la menor objeción.

Francisco PUY

VISITA DEL PROFESOR NEIL McCORMICK A LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Los pasados días 26 y 27 de febrero de 1988 visitó Valencia el profesor de Derecho Público y Derecho Natural y de Gentes de la Universidad de Edimburgo Neil McCormick, con el objeto de pronunciar una conferencia dentro del Curso de Doctorado que, sobre el tema *Fundamentación de la democracia y de los derechos humanos*, ha organizado el Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia.

La conferencia —cuyo texto íntegro en castellano se publicará en el próximo número del «Anuario de Derechos Humanos»— se celebró en la Facultad de Derecho el día 27 de febrero, y tuvo por título CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA. En ella, el profesor McCormick avanzó algunos de los temas que serán tratados en el próximo Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, a celebrar en Edimburgo en el verano de 1989, y cuyo Comité Organizador preside el propio McCormick.

A modo de síntesis, puede señalarse que la tesis principal de la exposición del profesor McCormick fue el considerar el constitucionalismo como un requisito previo a la democracia, y el formular —con base en las tesis de David Hume— el modelo de democracia constitucional como la única concepción viable de la democracia. Como características de la democracia constitucional el conferenciante señaló las siguientes: no es una democracia pura, pues establece límites al poder absoluto de las mayorías y al igualitarismo absoluto; no es democracia directa, ni equivale a la democracia como ideología, que es anticonstitucional; supone la adopción de los principios del constitucionalismo. Tales principios se resumen en que el poder sólo puede ejercerse bajo el marco de la Constitución y ha de someterse a los límites constitucionales: el principio de separación de poderes, la existencia de «frenos y controles» («checks and controls») entre los diversos poderes, y la seguridad de ciertos derechos. Dependiendo de la teoría que se adopte, esos derechos pueden ser los garantizados por la Constitución (teoría de los derechos derivados de la Constitución), los que se fundan en la costumbre (teoría de los derechos consuetudinarios o «customary rights»), o los derechos básicos que se consideran preexistentes al propio orden constitucional (teoría de los derechos fundamentales o naturales). Para que exista constitucionalismo basta con la garantía al menos de los derechos derivados de la propia Constitución.

McCormick abogó —en línea con Hume— por la teoría consuetudinaria como fundamentación más válida de los derechos y del modelo democrático, señalando en este sentido que la tradición constitucional es la que crea las condiciones de la democracia y no al revés. Hume habría señalado el camino correcto: la evolución hacia la democracia por la vía de la tradición constitucional; y habría sido,

según McCormick, el padre de los Padres Fundadores o *Founding Fathers* de la revolución americana.

En la discusión se suscitaron fundamentalmente las siguientes cuestiones:

— El alcance del concepto de «tradición constitucional», y el problema de la posibilidad de la democracia en los países que no cuentan con semejante tradición. En sus contestaciones, el profesor McCormick insistiría en la enorme influencia de la tradición en la estabilidad de las democracias, si bien señaló que los países que carecen de tradición constitucional propia pueden acudir a la tradición constitucional extranjera —pues es una característica de la época actual la internacionalización del pensamiento político-constitucional—, así como a las propias tradiciones, aun cuando éstas sean distintas de la democracia constitucional. En este sentido, el profesor McCormick subrayó la necesidad de reconciliar el principio democrático-constitucional con el del reconocimiento de la personalidad histórica y política de las naciones sin Estado en el actual momento europeo; y agradeció la sugerencia que le fue hecha de investigar la obra de Jefferson, en la que se puede encontrar un mejor apoyo para esta tesis que en la de otros *Founding Fathers* como Hamilton, que había sido citado por McCormick en la conferencia.

— La posible incompatibilidad entre la tesis de los derechos morales, defendida por McCormick en otros escritos (así, en *Childrens Rights*, o en *Rights, Chaims and Remedies*), y la concepción de los derechos consuetudinarios enunciada en la presente conferencia. El ponente afirmó claramente que en modo alguno abandonaba la categoría de los derechos morales, que relacionó estrechamente con la de moralidad crítica: la Constitución debe caminar en la línea de recoger cada vez más derechos morales, si bien nunca una Constitución los recogerá todos; qué derechos se garanticen en concreto en cada momento depende de la evolución histórica y del arraigo social correlativo. En otro momento del coloquio McCormick se definió «no cognoscitivista racionalista»: esto es, desde su punto de vista no es posible establecer juicios objetivos de verdad-falsedad, aunque sí encontrar en la razón una guía (limitada) para la acción.

— La necesidad de una antropología filosófica como fundamento del Derecho. El profesor McCormick subrayó —en línea con las intervenciones que se produjeron en el coloquio— que el constitucionalismo exige una determinada visión del hombre como presupuesto. En su opinión, por tanto, la profundización en el tema antropológico constituye un interesante campo de estudio para la Filosofía del Derecho.

JORNADAS SOBRE LA INVESTIGACION Y LA ENSEÑANZA DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA, EN BARCELONA

Los días 7, 8 y 9 de abril tuvieron lugar en Barcelona las *Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica*, organizadas por la División de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, así como por el Departamento de Sociología y Metodología de las Ciencias Sociales de la Universidad de Barcelona, siendo coordinadas por los profesores Roberto Bergalli y Soledad García. El objetivo que las encabezaba era presentar el contexto metodológico y los presupuestos que individualizan la Sociología Jurídica y la conectan con otras disciplinas, como fórmula de análisis de la realidad social que debe estar presente en el actual debate sobre la configuración de los nuevos planes de estudio.

Tras la inauguración y presentación de las Jornadas, a cargo de Josep María Bricall, como Rector de la Universidad de Barcelona, y de Victoria Abellán Honrubia, como Presidenta de la División de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, el Ministro para las Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, Profesor Doctor Virgilio Zapatero, realizó la introducción de las mismas, resaltando el importante papel a jugar por la Sociología del Derecho tanto desde la perspectiva de un legislador que no quiera ser ajeno a la realidad social a la que se dirigen sus normas como desde la aportación que puede suponer a la formación de los juristas, planteando ya el problema presente en otras sesiones: el papel de la Sociología como «espíritu crítico» en relación al «espíritu dogmático» que, a su parecer, aparece hoy como rasgo estructural del carácter profesional de los juristas.

Las Jornadas se estructuraron en tres sesiones destinadas a la exposición de ponencias y comunicaciones, con una última sesión centrada en la trayectoria personal y en la obra del Profesor Doctor Renato Treves. En la primera de ellas se presentaron tres aportaciones referentes a la cuestión del papel a desempeñar por la Sociología Jurídica, ya en sí misma considerada o en relación con otras ciencias o ámbitos, abordándose desde diferentes posiciones la problemática del «uso crítico» de la Sociología. Alessandro Baratta inició su ponencia, *Desarrollos y modelos de la Sociología Jurídica*, diferenciando entre una «historia externa» (su reciente desarrollo como disciplina académica y como ámbito de investigación) y una «historia interna» (como discurso científico en el campo de las ciencias sociales y jurídicas de los siglos XIX y XX), y analizando los cambios producidos en esta última dentro de la «perspectiva realista» de la Sociología Jurídica (con referencias a la obra de Marx, Ehrlich, Durkheim, Geiger y Luhmann), destacando tres áreas conflictivas: a) el problema de la validez de las normas y el derecho; b) el problema de la legitimación del poder y de la estructura jurídico-política, y c) el problema (especialmente importante) de la relación entre derecho y economía y del papel de la política en esta relación. A su juicio, estos cambios

justifican el espacio que la Sociología del Derecho ha conseguido como disciplina académica y han dado lugar a un bagaje que no debería ser olvidado por esta «historia externa», si no quiere quedar prisionera de un «ingenuo» empirismo positivista y del mito de la neutralidad de la ciencia respecto a los valores; es en este sentido (destacando el problema de la legitimación del poder y de la estructura jurídico-política) en el que se enfrentan las alternativas que suponen la teoría crítica de la sociedad y la teoría sistémica. Esta, desde su perspectiva, conduciría a una «opción tecnocrática», mientras que en la perspectiva de una teoría crítica de la sociedad la lógica de las necesidades del hombre debe imponerse al discurso de la lógica del sistema social, constituyéndose así una auténtica «opción democrática». La ponencia de Manuel Atienza versó sobre *Sociología Jurídica y Ciencia de la Legislación*; en ella parte de la necesidad de una interdisciplinariedad en la investigación y la enseñanza del Derecho, poniendo el acento en la estructuración de un esquema que delimite el papel a jugar por esas diferentes disciplinas. Hizo referencia al caso de la llamada «Ciencia de la Legislación», diferenciada de la dogmática jurídica tradicional, en cuanto no se ocupa de los problemas referentes a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas como realidad ya dada, sino del proceso o actividad cuyo resultado es, precisamente, la producción de normas jurídicas. Plantea Manuel Atienza que el auge de estos estudios se conecta con la crisis del Derecho, crisis paralela y unida a otra, la del Estado de Bienestar, manifestada en tres problemas esenciales: a) el de buscar una unidad o una articulación entre los saberes heterogéneos implicados; b) el de definir su estatuto epistemológico, y c) el de evitar su uso como ideología destinada no a superar la crisis, sino a enmascararla. Aborda, entonces, estos problemas a partir de la idea de «racionalidad» o «racionalización» en sus diversos niveles (comunicativo o lingüístico, jurídico-formal, pragmático, técnico, ético), y estableciendo el papel (rector o auxiliar) a jugar por la Sociología del Derecho en los mismos. Cabe plantearse ante esta afirmación si el desarrollo práctico de este papel no supone un distanciamiento de la concepción de la Sociología Jurídica desde una perspectiva integradora del conocimiento social. Por su parte, Alberto Febbrajo intentó determinar en su ponencia (*Sistemas Sociológicos y Teoría Jurídica*) en qué consiste la «función crítica» de la Sociología Jurídica a partir de una óptica pluralista que analice los procesos de comunicación del Derecho y las consiguientes autorrepresentaciones del Derecho y de la sociedad, apuntando el papel que los códigos de identificación y roles de mediación juegan en este proceso, tal como pone de relieve la «teoría de los sistemas». Asimismo, fue presentada a esta sesión la comunicación «La consideración sociológica del Derecho desde la perspectiva weberiana: una reflexión metodológica», por M. J. Fariñas Dulce, que constituyó un importante aporte para el debate.

La segunda sesión hizo hincapié en la Sociología Jurídica como método de teorización y aproximación a las actitudes, funciones y transformaciones de los agentes jurídicos. La presencia de la mujer dentro de este ámbito aparece como el elemento común de las ponencias de Rüdiger Lautmann y de Jesús de Miguel/Manuel Martín. Mientras estos últimos analizan el grado de integración de la mujer dentro de la instancia policial, R. Lautmann, a partir de las aportaciones del pensamiento feminista, incide en las posibilidades de transformación del «objeto jurídico». En esta línea su ponencia, *Mujeres y hombres en la Sociología y el Derecho: consecuencias para la formación de sociólogos y juristas*, indaga en

la dependencia entre los valores existentes y el legado histórico de la cultura predominante (masculina). Frente a ello, la feminización de las profesiones jurídicas aparece como la recuperación de aquellos valores que el pensamiento jurídico tradicional excluyó, de aquí que la cuestión de la mujer proponga a todo el Derecho unas exigencias fundamentales nuevas, como serían la redefinición de los criterios de igualdad y justicia, así como la construcción de un efectivo pluralismo jurídico a partir de las aportaciones de la «subcultura jurídica» de las mujeres; es decir, nuevos elementos para la consecución de una nueva cultura jurídica. J. de Miguel y M. Martín en su trabajo *La feminización de la profesión policial* tratan la cuestión de la incorporación de la mujer a esta profesión a través del uso del método biográfico o de «historias de vida». En base a la investigación de las actitudes y opiniones de las propias mujeres policías, en su interrelación con su medio socio-profesional se llega a la conclusión de que la integración de las mismas no puede ser efectiva en todas sus consecuencias en tanto que no asuman su papel de profesional, y el resto de la sociedad no acepte esta integración como algo no sólo posible, sino necesario. Con ello, sin embargo, estos autores no están realizando tanto una prospección en la feminización de la profesión policial cuanto una «policialización» de la mujer; es decir, lo que realmente hacen es analizar la asunción por ésta de los roles policiales.

En el segundo núcleo de ponencias a cargo de Hubert Rottleuthner y de Wolf Paul se desarrolló un objeto común: el análisis de las profesiones jurídicas en R.F.A., a través de dos niveles distintos. Rottleuthner inscribe el análisis de los fenómenos de transformación de dichas profesiones jurídicas en el contexto de un «cambio interno», desarrollando a partir de ahí una metodología determinada en torno a este objeto. Por su parte, W. Paul ubica dicho cambio dentro del proceso de modificación de las estructuras socioeconómicas y políticas, un cambio atento a lo «externo». En concreto, H. Rottleuthner en su trabajo (*Sociología de las profesiones jurídicas*) destacó uno de los posibles enfoques de la Sociología Jurídica: el enfoque teórico de las profesiones, que coloca en el centro de su análisis al «personal jurídico». Así se determinarían los presupuestos que marcan la existencia de una profesión jurídica y se destacarían tres problemas que les son propios: homogeneidad, continuidad y conformidad. De esta manera, se dirige al estudio de la relación entre la profesión jurídica y el desarrollo del Derecho con tres líneas fundamentales. En primer lugar, resalta los problemas de homogeneidad y conformidad que plantea el fuerte aumento del número de abogados a partir de los años setenta; en segundo lugar, destaca las tendencias deslegitimadoras y el posible incremento de conflictos con otros grupos profesionales que entran en el terreno jurídico, y, en tercer lugar, señala las consecuencias que produce la crisis de orientación sufrida por el Derecho. W. Paul trató en su ponencia (*La abogacía alemana en transformación*) los elementos que ponen de manifiesto una profunda modificación de la abogacía en su país, en el sentido de que se ha comenzado a desmontar el modelo tradicional «prusiano» que concebía al abogado como un «órgano de la justicia» en el mismo nivel, por ejemplo, que un juez (lo que implicaba una determinada estructura, formación y deontología de la profesión), implantándose un nuevo concepto que la entiende como «servicio empresarial» (*Dienstleistungsgewerbe*). De este modo percibe el autor una «norteamericanización» de muchas de las estructuras profesionales en la línea de resaltar el carácter económico lucrativo del abogado. Este hecho no puede ser concebido, según W. Paul, como un sector de la división

social del trabajo separado de la evolución social general; una explicación e interpretación del cambio de la estructura interna de la abogacía sólo puede tener éxito si se contemplan, al mismo tiempo, los factores procedentes del campo social y político.

En la tercera sesión se intentó delimitar posibles ámbitos particulares de proyección de la Sociología Jurídica que, sin desconocer su conexión con otras disciplinas (unas ya reconocidas en los planes de estudio españoles dentro del ámbito jurídico, otras todavía ajenas disciplinariamente al mismo), pueden plantear un nuevo acercamiento «crítico» a las mismas. Dos ámbitos clásicos del discurso jurídico, el penal y el administrativo (conectado éste a una concepción del Derecho Público), fueron replanteados en atención a las necesidades de cambio de método y paradigma de conocimiento siempre desde una perspectiva sociológica. La ponencia de Giorgio Rebuffa, titulada *Sociología del Derecho Administrativo: la crisis del modo de enseñar el Derecho Público*, se propone examinar la diferencia radical entre el modelo «narrativo», utilizado por la cultura jurídica para describir la máquina administrativo pública, y su funcionamiento efectivo. Tras identificar las partes constitutivas del modelo descriptivo, relacionadas con nociones dogmáticas tradicionales (acto administrativo, procedimiento administrativo...) poco adecuada en su opinión, se esboza la sustitución de este modelo por otro basado en: a) la recuperación de la historicidad de las organizaciones públicas; b) la utilización de un modelo «realista» que permita la reconstrucción de los procedimientos reales de formación de las normas; c) el análisis de las burocracias públicas en términos de sociología de las organizaciones; d) el análisis de las políticas públicas, y e) la reformulación del esquema constitucional efectivo (o «material») que gobierna las administraciones públicas, también de modo irregular respecto del esquema constitucional formal. La intervención de Roberto Bergalli (*El Control Penal en el marco de la Sociología Jurídica*) se construyó a partir del concepto de sistema de control penal, analizando tanto su devenir histórico como sus dos vertientes: el conjunto de procesos que confluyen en la creación de las normas penales y el conjunto de instancias dedicadas a la aplicación de las normas penales (policial, judicial, carcelaria...). Este concepto pone de manifiesto cómo sólo un análisis comprensivo de estas vertientes que incida en cómo se construye la teoría del delito y de la pena y en cómo funcionan las instancias de aplicación, ofrece un marco adecuado para el estudio del «universo penal» dentro del ámbito que ha sido denominado como «cuestión criminal». Pero de forma nada fortuita este ámbito sigue siendo ajeno prácticamente a la investigación y a la enseñanza de lo jurídico, y ello porque el predominio de la dogmática jurídico-penal (cuyas aportaciones a la construcción del Estado de Derecho deben ser reconocidas) ha significado dejar de lado otros enfoques o considerarlos como meros elementos auxiliares (de ahí el desarrollo de una criminología a un nivel exclusivamente técnico). Cabe plantearse si el desarrollo y la profundización del Estado de Derecho no está ya exigiendo una visión de lo penal como elemento de la problemática social y como factor y consecuencia de una determinada realidad social. Emilio Lamo de Espinosa se centró, en su ponencia *Sociología de la Desviación*, en el problema del encaje de la «criminología» como ciencia y no como mera técnica en los actuales planes de estudio de las facultades de Derecho y Sociología, básicamente. Partiendo de la situación actual, donde existe un objeto de estudio (denominado de múltiples formas, afrontado desde diversas perspectivas), pero no un ámbito científico-académico (una vez más se debe insistir en el papel juga-

do por los Institutos de Criminología en nuestro país, hoy a todas luces insuficiente) intentó delimitar el primero (relacionándolo con tareas de estudio y planificación, con la Administración de Justicia, con el ámbito de la prevención especial...), y ubicó el segundo a dos niveles. Por una parte, remarcó la importancia y necesidad de estudios de doctorado que permitan a licenciados en Ciencias Sociales acceder a una especialización en esta materia; por otra, un nivel extrauniversitario donde se desarrollase la «criminología» como técnica, y agregó la necesidad de otro universitario que la abordase como ciencia (definiéndose a favor de su ubicación en un segundo ciclo de las carreras universitarias).

En la última sesión de las Jornadas se presentaron las conclusiones de las ponencias a cargo de Elías Díaz y Salvador Giner, llevándose a cabo el homenaje al Profesor Doctor Treves, marcado por la presentación de su libro, «Sociología del Derecho», a cargo de su traductor, M. Atienza, así como su posterior conferencia. Cabe destacar del balance efectuado por E. Díaz y S. Giner su atención a la percepción de dos problemas fundamentales que afectan a la consideración de la Sociología Jurídica. En primer término, desde un punto de vista interno, incidir sobre la insuficiencia de un trabajo meramente «técnico» dentro del campo de la Sociología, y, en segundo lugar, desde la consideración de su situación externa, advertir las serias dificultades con la que tropieza la institucionalización de una perspectiva sociológico-jurídica, en cuanto que constituye desde la óptica tradicional un posible punto de regresión de las áreas clásicas de conocimiento jurídico. A continuación, M. Atienza introdujo el libro del Profesor Treves, «Sociología del Derecho», mediante una serie de notas críticas que constituyen el prólogo a la edición española del libro, remarcando sus puntualizaciones en cuanto al criterio seguido para estructurar el análisis realizado (en concreto, la parcialidad de los autores escogidos y el criterio metodológico que divide el libro), así como en cuanto a la dificultad de situar la defensa de los que Treves denominó «valores del liberalismo y del socialismo».

La clausura, tal como anunciábamos, corrió a cargo del Profesor Treves, con el texto *Un camino hacia la Sociología Jurídica*. Tras hacer un recorrido por la historia reciente de la sociología italiana, a partir de su experiencia personal y su institucionalización académica, pasó a referir unas notas sobre su nuevo libro, ya mencionado. En la primera parte, señaló haber realizado una investigación dirigida a determinar los dos problemas específicos de la disciplina a través del examen de las doctrinas sociológicas, políticas y jurídicas que en el pasado se han ocupado del problema general de las relaciones recíprocas entre derecho y sociedad. Afirmó que los dos problemas específicos son, por un lado, el problema del derecho en la sociedad, función y fin del derecho en la sociedad considerada en su conjunto; por otro lado, el problema de la sociedad en el derecho, es decir, el de las conductas sociales conformes o disconformes a derecho. En la segunda parte, tomó como punto de partida el hecho nuevo que se manifiesta después de la segunda guerra mundial o sea el desarrollo de las investigaciones empíricas. La conferencia concluyó señalando como base del futuro desarrollo en España de la Sociología Jurídica ciertos elementos que históricamente lo apoyan, los cuales son: la cultura jurídica vinculada a la tradición krausista de la «Institución Libre de Enseñanza», la atención que tal tema mereció a figuras tales como la del Profesor Enrique Tierno Galván, o a instituciones como el Centro de Enseñanza e Investigación a finales de los años sesenta, o asimismo la actual dedicación del Profesor E. Díaz y su escuela.

Cabe señalar la ausencia de José Juan Toharía, debida a razones de salud, que dio lugar a la intervención ya citada de W. Paul. A pesar de ello, su trabajo será publicado con las restantes ponencias.

Encarna BODELÓN GONZÁLEZ
José Luis DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO

NOTICIAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Las XI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social tendrán lugar entre el 15 y el 18 de diciembre de 1988, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. El tema general de la reunión será LIBERTAD Y DERECHO.

En el curso de las Jornadas tendrá lugar la Asamblea General de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social. La convocatoria, con el orden de la misma, será enviada oportunamente a los socios por el Secretario.

NOTICIAS DEL «ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO»

El volumen VI estará dedicado al tema general: *Balance del derecho liberal. Doscientos años de proyección jurídica de la Revolución francesa*. Por su amplitud, el tema habrá de ser abordado multidisciplinariamente, desde la filosofía política a la crítica ideológica, desde el derecho público al privado, desde la dimensión internacional a la española del hecho que se conmemora.

Los originales deberán estar en la redacción del «Anuario» antes del 30 de abril de 1989.

Dado el carácter abierto del «Anuario», toda sugerencia sobre colegas que podrían colaborar, temas, bibliografía a comentar, etc., será bien recibida.

Se recuerda que dan viveza a la publicación las noticias sobre reuniones científicas, congresos, visitas de profesores invitados que se celebren en nuestra área. Convendría que se diera información, por parte de los organizadores, y se mande una crónica, de las que se celebren entre la primavera de 1988 y la primavera de 1989.

Sigue siendo difícil la sección de bibliografía. Sin que dejemos de pensar en una manera de elaborarla no sujeta a fluctuaciones, no estará de menos reiterar nuestro deseo de que a toda lectura acompañe el plantearse si, por una razón u otra, convendría hacer público nuestro juicio.

VI
DOCUMENTOS

ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

CAPITULO 1.—NATURALEZA, FINES Y SEDE DE LA ASOCIACION

Artículo 1.º La SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL (S.E.F.J.S.) es una asociación de carácter privado, de ámbito estatal y con plena capacidad para el ejercicio de los derechos y obligaciones que la legislación española establece. Se constituye como filial de la INTERNATIONALE VEREINIGUNG FÜR RECHTSUNDUND SOZIALPHILOSOPHIE (I.V.R.).

Artículo 2.º Son fines de la S.E.F.J.S.:

a) Fomentar en España el estudio, la enseñanza y la investigación de la Filosofía jurídica y social, así como la cooperación internacional en este mismo orden de actividades, mediante la organización de cursos, lecciones y conferencias, jornadas de estudios y congresos nacionales e internacionales.

b) Facilitar la cooperación de sus asociados en orden al mayor progreso de sus estudios especializados.

c) Establecer centros de documentación, de estudio e investigación concernientes a la Filosofía jurídica y social.

d) Asumir la edición de una revista periódica de Filosofía del Derecho, así como promover la edición y difusión de los trabajos de sus socios.

e) Cualesquiera otros que sean necesarios para la realización de los anteriormente mencionados, así como aquellos que la legislación vigente autorice a esta clase de asociaciones.

Artículo 3.º Para la más eficaz consecución de sus fines, la S.E.F.J.S. deberá procurar en todo momento la más estrecha colaboración con las instituciones nacionales y extranjeras en las que se cultiva la filosofía jurídica y social o que se propongan fines similares a los suyos.

Artículo 4.º El domicilio social de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL se fija en la calle Duque de Medinaceli, 6, de Madrid. Asimismo podrá tener sedes en cada una de las Facultades de Derecho de las Universidades Españolas.

Artículo 5.º Cuando las circunstancias lo aconsejen, se podrán crear secciones de ámbito territorial más restringido, previa aprobación de la Junta Directiva, que deberá ser ratificada por la Asamblea general. En la misma forma será tam-

bién posible la constitución de secciones o centros especializados de trabajo para coordinar la actividad científica de sus miembros a propósito de una temática específica.

CAPITULO II

Artículo 6.º Los socios son de dos clases: de número y honorarios.

Artículo 7.º Podrán ser socios de número:

- a) Los socios fundadores.
- b) Los Profesores de Filosofía del Derecho de las Universidades españolas que lo soliciten de la Junta Directiva.
- c) Aquellas personas que, con probada dedicación a la Filosofía jurídica y social, hayan sido presentados por dos socios de número, declarados admitidos por la Junta Directiva y ratificada su admisión por la Asamblea general.

Los socios de número abonarán una cuota periódica cuya cuantía revisará anualmente la Asamblea general a propuesta de la Junta Directiva.

Artículo 8.º La Asamblea general, a propuesta de la Junta Directiva, podrá conceder el título de socio honorario a cultivadores de la Filosofía jurídica y social españoles o extranjeros que, no siendo socios de número, sean por sus méritos relevantes juzgados dignos de tal distinción. El acuerdo de la Asamblea deberá ser adoptado por mayoría de los asistentes a la misma.

Artículo 9.º Son derechos de los socios de número:

- a) Participar como elegibles y electores en todos los cargos de la asociación.
- b) Participar en igualdad de derechos en cuantas actividades organice la asociación.
- c) Cuantas otras les confieran los presentes Estatutos o la legislación vigente. Mientras no se disponga otra cosa en estos Estatutos, los acuerdos se formarán por mayoría de votos de los asistentes.

2. Son deberes de los socios de número:

- a) Contribuir mediante el pago de las cuotas a la financiación de las actividades sociales.
- b) Colaborar en cuantas actividades sean programadas por la Asociación o por cualquiera de sus órganos.
- c) Asistir a las reuniones de la Asamblea general y participar con su voto en la toma de decisiones.

Artículo 10.º Los socios dejarán de serlo a petición propia o por separación acordada por la Junta Directiva y ratificada por la Asamblea general previa audiencia, en su caso, del interesado cuando haya infringido gravemente las obligaciones que se señalan en los presentes Estatutos. El acuerdo de ratificación de la Asamblea deberá ser adoptado por mayoría de los presentes.

CAPITULO III.—ORGANIZACION

Artículo 11.º La Asociación estará regida por la Asamblea general y la Junta Directiva.

Artículo 12.º A la Asamblea general, órgano soberano de la Asociación, corresponden las funciones máximas de gobierno y estará constituida por los socios de número.

Artículo 13.º La Asamblea general celebrará sesión ordinaria una vez al año, convocada por la Junta Directiva. La Junta Directiva podrá convocar a la Asamblea general en sesión extraordinaria cuando lo estime necesario, y deberá hacerlo siempre que así lo soliciten el 25 por 100, al menos, de los socios de número. Con la convocatoria la Junta Directiva deberá enviar el orden del día, que recogerá, en todo caso, cuantos asuntos hayan sido sugeridos por un número de socios que representen al menos el 10 por 100 de los de número.

Artículo 14.º Las convocatorias de las Asambleas deberán enviarse al menos con quince días de antelación a la celebración de las mismas.

Se entenderá constituida la Asamblea si a la hora expresada en la convocatoria existe mayoría de socios, y, en todo caso, una hora más tarde, sea cualquiera el número de socios asistentes.

Artículo 15.º Los miembros de la Asamblea que justifiquen debidamente por escrito ante la Presidencia de la misma su inasistencia a una sesión ordinaria o extraordinaria podrán participar en sus decisiones enviando su voto u opiniones en sobre cerrado acompañado de carta firmada.

Artículo 16.º Es de competencia de la Asamblea general:

- a) La reforma de los Estatutos de la Asociación.
- b) La elección de la Junta Directiva.
- c) La aprobación del estado de cuenta de la Tesorería.
- d) El examen y juicio de la gestión de la Junta Directiva.
- e) La incorporación de la sociedad a entidades federativas nacionales o extranjeras.
- f) La discusión y aprobación, en su caso, de las peticiones de los socios.
- g) Cualesquiera otras cuestiones que resulten de su competencia según estos Estatutos.

Artículo 17.º La Junta Directiva estará compuesta, como mínimo, por su Presidente, tres Vicepresidentes, un Secretario y un Tesorero, elegidos entre los socios de número.

Artículo 18.º Todos los miembros de la Junta Directiva serán elegidos por la Asamblea general en votación secreta y por la mayoría de votos emitidos. Su mandato durará tres años, pasados los cuales se procederá a una nueva elección, en la que podrán ser reelegidos todos o parte de los componentes de la anterior Junta Directiva.

Artículo 19.º El Presidente deberá reunir la Junta Directiva tres veces al año, coincidiendo con los trimestres del curso académico, y siempre que lo considere necesario por algún asunto importante o así lo solicite en escrito razonado cualquier otro miembro de la misma.

El orden del día se establecerá por la propia Junta Directiva a propuesta del Presidente o de cualquier miembro de la misma.

Artículo 20.º Además de las competencias que en otros artículos de estos Estatutos se le asignan a la Junta Directiva, corresponderá a ésta en deliberación y adopción de acuerdos de todo lo relativo al desarrollo de las actividades de la Sociedad, a reserva de la competencia de la Asamblea general.

Artículo 21.º Compete al Presidente de la Asociación:

- a) Ostentar la representación de la Sociedad.
- b) Presidir las sesiones de la Asamblea general y de la Junta Directiva, siendo su voto dirimente en caso de empate.
- c) Llevar a la práctica los acuerdos adoptados por la Asamblea general o de la Junta Directiva.
- d) Adoptar, por razones de urgencia, cuantas medidas sean precisas para el cumplimiento de los fines de la Asociación, dando cuenta posteriormente a la Junta Directiva.
- e) Cualquier otra competencia que le fuera conferida según los presentes Estatutos.

CAPITULO IV.—PATRIMONIO SOCIAL Y DISOLUCION DE LA SOCIEDAD

Artículo 22.º La Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social carece de patrimonio fundacional. Sus recursos procederán de las siguientes fuentes:

- a) De las cuotas abonadas por sus socios.
- b) De las donaciones, legados y subvenciones que adquiera.
- c) De los rendimientos que puedan producir cualquiera de sus actividades.

Artículo 23.º La Asociación se entiende constituida por tiempo indefinido. El acuerdo de su disolución sólo podrá ser adoptado por la Asamblea general, convocada al efecto, por una mayoría de dos tercios de los socios votantes. En caso de disolución, los bienes pasarán a una entidad jurídica de carácter oficial y con fines similares a los de la Sociedad.

DISPOSICION FINAL

La Sociedad acepta el ofrecimiento del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos para establecer su sede en los locales de dicho Instituto y disponer en favor de sus socios de la biblioteca e instrumentos de trabajo en él existentes. Igualmente, el «Anuario de Filosofía del Derecho» del mencionado Instituto tendrá una sección dedicada a la Sociedad, en la que informará de todo lo concerniente a la misma.

VII

CRITICA BIBLIOGRAFICA

SOBRE «LA OBEDIENCIA AL DERECHO», DE EUSEBIO FERNANDEZ

ADELA CORTINA ORTS

Catedrática de Filosofía de Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia

Introducirse en el libro de Eusebio Fernández *La obediencia al derecho* supone —como anuncia el autor desde el inicio— habérselas con uno de los intentos de «rehabilitación de la filosofía práctica», a los que dio comienzo el afortunado título de la compilación de M. Riedel *Rehabilitierung der praktischen Philosophie* (1). Y ello se debe al hecho de que el trabajo se enfrente con un tema, propio de tres niveles de reflexión y lenguaje tradicionalmente enclavados en el ámbito de la filosofía práctica; porque dilucidar si existe una obligación moral de obedecer al derecho y, en caso de que exista, en qué circunstancias, es una cuestión que afecta a la filosofía moral, a la jurídica y a la política.

Este objetivo central de la investigación llevará al autor a estructurarla en dos partes, estrechamente conectadas entre sí: en la primera de ellas irá analizando paulatinamente conceptos necesarios para responder a la pregunta sobre si existe una obligación moral de obedecer el derecho y dialogará con posiciones que también responden a ella, mientras que en la segunda tratará de asegurar los requisitos que ha de reunir un sistema jurídico-político para poder merecer obediencia por razones morales. Y es que desde la Introducción misma de la obra se nos advierte sin ambages de cuál será su tesis central: existe obligación moral de obedecer al derecho y a las disposiciones jurídicas siempre que sean justos, porque los hombres —agentes morales, a la par que destinatarios de las leyes jurídicas— tienen la obligación moral de ser justos. Si los hombres deben ser justos porque lo exige la moral y hay sistemas jurídicos justos, entonces existe la obligación moral de obedecerlos.

Obviamente, esta tesis central no nos conduce —como el autor tiene buen cuidado en precisar— a la conclusión de que haya razones morales para obedecer ciegamente al derecho. Frente a quienes defienden una obediencia ilimitada, las razones normales para obedecer al derecho justo abogan por la desobediencia al derecho injusto. La desobediencia civil no será, pues, inmoral además de ilegal, sino que hay también razones morales para desobedecer a las leyes de un sistema jurídico cuando a ello nos obliga la inevitable distancia entre legalidad y legitimidad.

Afirmaciones como la precedente constituyen un síntoma inequívoco de que

(1) RIEDEL, M. (ed.): *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg, 2 vols., 1972 y 1974.

el libro de Eusebio Fernández no pretende defender, junto con las razones morales para obedecer al derecho justo, el *statu quo*. Pero el desarrollo del mismo irá confirmando esta impresión inicial, porque las condiciones que el autor va a exigir a un sistema jurídico-político para calificarlo de «justo» y hacerle, por tanto, objeto de obediencia moral, no se ven cumplidas por el momento por ninguno de los sistemas existentes, ni llevan trazas de cumplirse en un futuro previsible. Con lo cual acabamos preguntándonos si, en buena lógica, Eusebio Fernández no tendría que defender más bien una desobediencia sistemática al derecho existente, por razones morales, hasta que se den las condiciones por él requeridas para que un sistema sea moralmente digno de obediencia.

En realidad, el autor nos invitaría a practicar ese «terror de la virtud», que tanto asusta a los neohegelianos en los neokantianos, porque supone la constante resistencia a lo que hay hasta que coincida con lo que debe haber. Y es que, en definitiva, sólo cuando un sistema jurídico-político encarne los ideales del «liberalismo igualitario», que el autor defiende, habrá razones morales para obedecerlo. Mientras tanto, en esta historia que no es todavía justa, las razones morales abogan por la desobediencia. La pregunta última queda siempre pendiente; y si las desobediencias puntuales parecen carecer de fuerza para conducir a lo que debe ser, ¿no estarán las razones morales por la ruptura más que por la mera desobediencia dentro del marco democrático?

Y es que el autor, situándose en un marco democrático, que me parece indiscutible como punto de partida irrenunciable, exige a un sistema jurídico-político dos condiciones de justicia: la primera se refiere a la legitimidad de su origen, que para él no puede ser sino contractual; la segunda nos remite a la legitimidad de su ejercicio, que consiste en estimular y garantizar los derechos fundamentales (2). Porque el nervio de la argumentación consiste en defender una teoría contractual de la justicia que, más allá del iusnaturalismo y el convencionalismo, considera las instituciones sociales y políticas como legítimas sólo cuando se elaboran desde la idea de un pacto entre individuos autónomos, libres e iguales, cuyo contenido viene marcado por los derechos morales de los individuos, que son anteriores al pacto y le dotan de sentido (3). Con ello se inscribe el autor explícitamente y sin ambages en el neocontractualismo y en el tronco liberal del que éste procede, defendiendo como valor primero al individuo y sus derechos, que dan sentido al pacto del que nacen una sociedad y un estado mínimo (4). A partir de esta opción el libro hace gala de un extenso conocimiento de la bibliografía existente sobre los distintos puntos de los que trata y proporciona al lector buena noticia del estado de las cuestiones. Si bien hubiera sido deseable que, a pesar de la opción liberal y neocontractualista del autor, se hubieran tematizado algunas posiciones «neosocialistas», que también pretenden ofrecer elementos de legitimidad para la fundamentación del estado, que se ocupan explícitamente en ocasiones de las relaciones entre obligación moral y sistema jurídico-político y que no descuidan al individuo y sus derechos. Una discusión con ellas hubiera ampliado el panorama, mostrando que no sólo el neoliberalismo se afana por

(2) FERNÁNDEZ, E.: *La obediencia al derecho*, pp. 21, 72, 167.

(3) *Ibid.*, p. 176.

(4) Por razones de espacio y tiempo es imposible matizar la distinción entre un pacto de asociación y un pacto político para defender los derechos morales.

estas cuestiones y que las propuestas de los neosocialistas tampoco son despreciables (5). Pero, retornando al neoliberalismo asumido como punto de partida, se nos dice que cuando un sistema jurídico-político configure sus instituciones «como si» hubieran sido bosquejadas a través de un pacto y cuando en su ejercicio tales instituciones defiendan y promuevan los derechos humanos —contando entre ellos no sólo los políticos y civiles, sino también los económicos, sociales y culturales— merecerá obediencia moral por parte de los ciudadanos.

A continuación tal sistema se identifica con un sistema liberal-democrático avanzado, que en las páginas 157 y 158 se describe con caracteres verdaderamente idílicos. De él se dice que si recoge principios de moralidad social fundamentales, si hace posible su realización, si el sistema jurídico es un medio para preservar y promover los derechos humanos, «en la medida en que satisfaga este objetivo, hay una obligación moral de obedecer al derecho en cuestión» (5). ¿Y en la medida, más probable, en que no lo satisfaga?

Quien esto escribe hubiera deseado encontrar en el libro un mayor grado de problematización, porque las simplificaciones corren el riesgo de caer en tautología. Y en tal situación caen, a mi juicio, dos posturas en torno a la obligación política, que en el trabajo se recogen, y que me parecen igualmente tautológicas: 1) moral y derecho son dos órdenes tan heterogéneas que el concepto de obligación moral no puede mediar entre ellos; ésta sería esquemáticamente la postura de González Vicén y desde sus presupuestos resultaría irrefutable. ¿Cómo puede obligar moralmente un instrumento de dominación de clase, como —según González Vicén— es el derecho? (6) Moral y derecho son fenómenos entre los que existe tal continuidad que sólo puede considerarse a un derecho legítimo cuando ha sido elaborado desde la idea de imparcialidad, procedente de la razón práctica, y cuando en su ejercicio defiende y promueve los derechos humanos arriba mencionados; a mayor abundamiento, la idea moral-política de autonomía sirve de principio mediador entre ellos, hasta el punto de que la autonomía moral se expresa como libertad legal. Negar que a tal maravilla se deba obediencia moral resulta inconcebible y me parece innecesario en tal caso distinguir entre una obligación moral directa y una indirecta (7).

A mi modo de ver, las tautologías cesan cuando la realidad empieza a presentarse en toda su problematización, porque sabemos con Hegel que la Idea no es el concepto, sino el concepto y su realización. ¿Y si sucede que moral y derecho son dos órdenes deontológicos específicamente distintos, a los que caracterizan dos modos distintos de obligación, y entre los que necesariamente tiene que haber discrepancias, aunque sólo sea en virtud del pluralismo moral, de las contradicciones de la democracia, de la no historicidad del contrato, del hecho de que

(5) Del ámbito socialista podría decirse que se acogen explícitamente las aportaciones de Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba. Pero tal vez hubiera sido interesante haber contado con otras propuestas, como la realizada por HABERMAS, J., en la segunda de sus *Vorlesungen* sobre «Recht und Moral», que se refiere a la idea de estado de derecho. Yo misma he intentado una aplicación de la propuesta discursiva a la política en *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Salamanca, 1985, parte III.

(6) NINO, C. S.: *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984, p. 245. FERNÁNDEZ, E., recoge esta cita en *o. c.*, p. 164, y hace también suya la afirmación.

(7) No menciono aquí la obligación moral en sentido fuerte y derivado, de que habla E. Fernández, porque —como más adelante intentaré mostrar— me parece una distinción inadecuada.

la historia no esté en nuestras manos, del hecho —por decirlo kantianamente— de que el hombre esté hecho de una madera curva? ¿Y si precisamente son todas estas razones las que nos llevan a preguntarnos si existe una obligación moral, siquiera indirecta, de obedecer al derecho?

Como creo que la obligación política aparece como problema para quien se representa a la moral y al derecho como conectados, pero como inevitablemente discrepantes, hubiera deseado encontrar en el libro una mayor dosis de problematización. En lo que sigue voy a referir únicamente a cuatro de los puntos en él contemplados, por razones de espacio y tiempo: el origen de los valores morales, la articulación práctica —el ejercicio— del liberalismo igualitario, la idea de contrato y los conceptos de obligación moral fuerte y derivada. Ciertamente que el orden en que estos temas se tratan a lo largo del trabajo es diferente pero, a mi modo de ver, el primer apartado del mismo presupone el segundo, porque las discusiones con quienes abogan por ciudadanos obedientes, desobedientes o respetuosos se llevan ya a cabo desde las dos razones morales —contractualismo y derechos humanos— y su síntesis en el liberalismo igualitario.

En principio, por seguir la estructura de la teoría contractual de la justicia a la que Eusebio Fernández apela, y centrándonos exclusivamente en este trabajo suyo, no podemos dejar de preguntarnos por la fuente de los derechos humanos que enumera. Se nos habla de autonomía, dignidad, igualdad, inviolabilidad; ante la crítica de un colega se añade la solidaridad, y bien parece que la lista puede ampliarse o reducirse a tenor de las sugerencias. Sin ignorar el problema de la historicidad de los derechos humanos, desearía quien esto escribe encontrar en el libro una justificación de por qué son los que el autor enumera y no otros.

Ciertamente que en un momento se nos advierte de que son derechos morales los que se deducen de una concepción del hombre, de la sociedad, del poder político y del derecho, que se denomina «liberalismo igualitario» (8). El liberalismo igualitario defiende una relación adecuada —se nos dice— entre libertad e igualdad y pretende dar contenido tanto a los derechos individuales como a los de tipo económico, cultural y social. Se nos señala su parentesco, no sólo con el liberalismo clásico, sino también con el socialismo liberal de Carlos Rosselli, con el socialismo democrático, expuesto por Elías Díaz y por Gregorio Peces-Barba, y con la socialdemocracia. Por último se acepta, con R. Dahrendorf, que el liberalismo tiene dos componentes: uno pasivo, la protección del individuo y sus oportunidades de vida frente a cualquier limitación arbitraria; otro activo, que consiste en el esfuerzo incesante por ampliar las oportunidades de vida de los individuos, de modo que un número siempre mayor de personas goce de oportunidades de vida siempre mejores (9).

A pesar de tales aclaraciones la pregunta sigue inquietándonos: ¿de dónde extrae un grupo de pensamientos esas características que asigna a los hombres, y en virtud de las cuales se autodenomina «liberalismo igualitario»?

Parece que han pasado los tiempos en que tales caracteres se leían en la naturaleza humana y que el neocontractualismo aboga de nuevo por leerlos en un hipotético estado de naturaleza, que ahora lleva un nombre diferente. Pero en el caso de Rawls, a quien Eusebio Fernández parece sentirse muy próximo, existe

(8) FERNÁNDEZ, E.: *o. c.*, p. 187.

(9) *Ibid.*, pp. 188 y ss.

el esfuerzo por extraer tales caracteres a partir de los juicios meditados de las sociedades democrático-liberales y mediante un proceder entre trascendental y hermenéutico, que les permite entender sus supuestos histórico-empíricos «con intención práctica». Mientras que «socialistas» igualmente defensores de los derechos humanos y su prioridad con respecto a los pactos concretos hacen uso del método trascendental, aplicado al *factum* del lenguaje, para poder dilucidar tales derechos (10). Y es que en un tiempo en el que pensadores como A. Mac Intyre —no ya Nietzsche y los nietzscheanos— afirman que los derechos humanos son supersticiones, como es una superstición afirmar la existencia de brujas y de unicornios, es menester aclarar la fuente de la que se extraen, el método empleado y el alcance de su aplicación.

Articular después esos valores en el ejercicio de un sistema jurídico-político no deja de ser también una tarea harto problemática. Porque, por una parte, pretenda el autor ir más allá de Rawls, ofreciendo en el liberalismo igualitario también una fundamentación para los derechos económicos y sociales. Pero, por otra parte, los mecanismos que propone no acaban de parecer viables: un estado social, que dé primacía a la sociedad civil y estimule las iniciativas privadas; un gobierno limitado, que *realice* la igualdad de las condiciones materiales; un estado liberal que, en condiciones de escasez, sin merma de la autonomía de los individuos, efectúe la igualdad material; un estado liberal igualitario, no elitista. Tal vez es la desconfianza en la realizabilidad de tales propuestas la que en algún momento lleva al autor, a pesar de todo, a retornar a la postura rawlsiana, que pretende ofrecer un criterio para establecer *prioridades*: «en caso de conflicto entre las exigencias de la libertad y las de la igualdad —dice Eusebio Fernández—, y contando siempre con el marco de una sociedad desarrollada que tiene solucionados los problemas cotidianos de su subsistencia, se admitiría la solución liberal de dar precedencia al ejercicio de las libertades» (11). ¿No será que el liberalismo no puede ofrecer para el ejercicio de un sistema sino un criterio de prioridades, en el mejor de los casos, y que el liberalismo igualitario exigiría más bien el tránsito a un «postliberalismo»?

Ciertamente es difícil negar en el momento actual el empuje del neoliberalismo, del que existen versiones neoconservadoras y progresistas. Pero, a mi modo de ver, o bien establecemos un nivel de prioridades —tipo Rawls y creo que, en el fondo, tipo Eusebio Fernández— o precisamos trascender los límites del liberalismo hacia una propuesta que tal vez todavía carezca de nombre. En definitiva, defender al individuo como valor primero desde un punto de vista ético no significa ya optar por un sistema jurídico-político liberal. Este es el valor que han defendido los personalismos de todos los tiempos y no por eso se han sentido obligados a optar por un sistema cuyos supuestos hacen difícil —si no imposible— la igual defensa de todos los individuos.

Y por ir al tercero de los puntos que antes he señalado, yo hubiera deseado cierta problematización del concepto de «democracia» y del pacto del que se habla. Como sabemos, aún dentro de la corriente liberal no existe un único concep-

(10) Este fue, al menos, mi intento en «Pragmática trascendental y derechos humanos», aportación a las «Tanner-Lecturas», celebradas en el Instituto de Derechos Humanos en 1988 y que, por lo que sé, están en prensa. De Rawls, en el sentido descrito, me ocupé en *Ética mínima*, Madrid, 1986, cap. 7.

(11) FERNÁNDEZ, E.: *o. c.*, pp. 240 y 241.

to de democracia, sino que las concepciones clásicas, elitistas, económicas, defienden distintos conceptos de democracia entre los que sería necesario elegir cuál nos parece moralmente deseable, pero también técnicamente posible. Y no sólo porque los hombres estemos hechos de madera curva, sino porque —como es conocido— la puesta en marcha de la democracia ha ido descubriendo en ella una serie de contradicciones difícilmente superables, a las que se ha venido a congregar bajo la expresión: «lógica contradictoria de la democracia» (12). ¿Cómo conciliar en la práctica la autonomía individual, que el autor desea defender, con el inevitable corporatismo? ¿Cómo identificar la presunta autonomía de los ciudadanos con la elección de representantes —aunque abogáramos por una democracia mixta— y con la decisión de las mayorías? ¿Cómo conciliar el ideal de igualdad con la comprobación racional de que los expertos representan una verdadera riqueza? ¿Cómo persuadir a los ciudadanos de que las instituciones y leyes se han configurado bajo la idea de un pacto que ellos hipotéticamente han sellado?

Es posible que estas dificultades se resuelvan en un sistema jurídico-político que encarne los ideales del liberalismo igualitario, como también es posible que no se planteen siquiera en una sociedad de productores libremente asociados o en una comunidad ideal de comunicación. Pero, ¿y entretanto?

A mi juicio, parte de la grandeza de las teorías contractualistas estriba —como Eusebio Fernández recuerda— en dar al contrato un carácter hipotético y no histórico, porque de lo contrario hubieran dado muestras de una falta de realismo escandalosa. Pero esto es lo que a la vez priva a la idea de contrato de fuerza legitimadora y de eficacia en la práctica. Porque, recurriendo a la versión kantiana del *pactum unionis civilis*, que el autor alaba calurosamente, cabe decir que el pacto no legitima la dominación presente, sino que bosqueja el ideal de un estado de derecho «en la idea» y pretende ofrecer al legislador un criterio, para que legisle según lo que la voluntad unida del pueblo «hubiera podido querer». La dominación es en realidad un *factum*, pero valgámonos de ese *factum* y démosle un sentido: intentemos ponerlo al servicio de la libertad interna de los individuos, dándole como objetivo la protección de la externa y la creación de una sociedad cosmopolita, que tiene realidad objetiva desde una intención práctica.

¿Qué significa en realidad el pacto? La expresión de la imparcialidad o, lo que es idéntico, la expresión de la razón práctica, cuya realización legitima el orden jurídico-político. Y es precisamente en el camino hacia esa realización de una universal constitución republicana —que es la cosa en sí— donde se dibuja la gran antinomia entre la metafísica del orden y la dialéctica del progreso (13):

(12) GINER, S.: *Ensayos civiles*, Barcelona, 1987; CORTINA, A.: *La democracia en forma de organización social y como estilo de vida*, en «Iglesia Viva», núm. 133 (1988), pp. 41-54.

(13) Hago uso, como es obvio, del subtítulo del excelente libro de VLACHOS, G.: *La pensée politique de Kant, Métaphysique de l'ordre et dialectique du progrès*, París, 1962, y de una de las ideas centrales de la obra, como también de la sugerencia de KERSTING, W., en *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts-und Staatsphilosophie*, Berlín/Nueva York, 1984, pp. 224 y ss. De todo ello me he ocupado yo misma en *El contrato social como ideal del estado de derecho. El dudoso contractualismo*

el hombre es autónomo —fin en sí mismo—, pero también está hecho de madera curva y no todo está en sus manos. Y es en ese «entretanto», es en la pugna entre la metafísica del orden y la dialéctica del progreso donde se plantea el problema de la obediencia al derecho, cuando el ciudadano comprueba con las leyes positivas de su estado no concuerdan con las que la razón prescribiría para defender la libertad, que es el fin racional que hemos dado al derecho.

Y con ello entro en el cuarto de los puntos que he mencionado y que afecta directamente al apartado primero del libro de que tratamos: el que se pregunta por la cuestión de la obligación política, en diálogo con representantes de la respuesta positiva, de la negativa y con partidarios de un «respeto», que no obediencia por razones morales. En este contexto surge de nuevo la famosa disputa, despertada por el trabajo «La obediencia al derecho» de Felipe González Vicén (14), y voy a permitirme terciar en ella, aunque no sea la primera vez (15), porque es en ella donde el autor expone su distinción entre una obligación moral fuerte y una derivada, distinción que desearía discutir.

En principio, la posición de Felipe González me parece, como ya he dicho, desafortunada, porque defiende una concepción del derecho insostenible, pero también —a mi modo de ver— una concepción insostenible de la obligación moral. Del derecho, porque concuerdo con Eusebio Fernández en afirmar que no es sólo un instrumento en manos de la clase dominante. De la moral, porque no considero que su obligatoriedad proceda de los imperativos de una conciencia individual, irrepetible e históricamente situada, extraña al orden social. En primer lugar, no me parece éste un adecuado análisis de la obligación moral porque —como en otro lugar he apuntado— si el derecho puede funcionar como ideología, también la conciencia individual puede estar ideológicamente deformada, egoístamente informada o iluministamente aconsejada. Suelen creer los salvadores de la patria en el *kairós* y en su misión única e irrepetible, y por ello pienso con E. Fernández y con otros colegas que es indispensable someter a la conciencia al canon de la universalización para hablar de objetividad. Pero, en segundo lugar, creo que los citados colegas (16) conceden demasiado a F. González Vicén al aceptar acríticamente que la fuente de la obligación moral es la conciencia individual, de la que manan imperativos categóricos materiales, que se imponen absolutamente. Esta extraña concepción de la obligación moral —más existencialista, diría yo, que «emotivista» como quiere Manuel Atienza, por lo que de individualismo a ultranza tiene— es en verdad ajena a la inmensa mayoría de corrientes éticas actuales que pudieran ocuparse del tema. Aun sin entrar en «pensamiento débiles», dudo mucho que analizaran en estos términos la obligación moral nearistotélicas como José Luis Aranguren, José Montoya o Augusto Hortal, neoutilitaristas como Esperanza Guisán o Gilberto Gutiérrez, emotivistas como Victoria Camps,

de I. Kant, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 59 (1988), pp. 49-64, y en el Estudio Preliminar a la traducción de A. Cortina y J. Conill de *La Metafísica de las Costumbres*, de I. Kant, Madrid, en prensa.

(14) GONZÁLEZ VICÉN, F.: *La obediencia al derecho*, en «Estudios de Filosofía del Derecho», La Laguna, 1979.

(15) CORTINA, A.: *La calidad moral del principio ético de universalización*, en «Sistema», núm. 77 (1987), pp. 111-120; *Ética mínima*, cap. 7.

(16) Me refiero a Elías Díaz, Manuel Atienza y Eusebio Fernández. Vid. FERNÁNDEZ, E.: o. c., 91-115.

personalistas como Carlos Díaz, Juan Miguel Palacios o Graciano González, analistas del lenguaje como Amelia Valcárcel.

Pero, incluso abandonado el ámbito de las éticas sustancialistas, teleológicas, materiales y analíticas, y adentrándonos en los dominios del deontologismo ético, tampoco es fácil en ellos entender por obligación moral la que brota de una conciencia individual irrepetible. Por citar una corriente en la que de algún modo «milito», y que no es ajena a José Rubio y Jesús Conill, aunque sí a Enrique López Castellón, diría que para la ética discursiva la obligación moral procede de las normas legitimadas a través de un diálogo intersubjetivo. Por último, quedaría la inefable posición —entre el consensualismo y la disidencia individual— de mi querido e inclasificable amigo Javier Muguerza. Pero lo inefable es aquello de lo que no pueden hablar los pobres mortales que siguen creyendo en la necesidad, no sólo del principio de universalización, sino también del de no contradicción (17).

Ahora bien, aún silenciando los esfuerzos de estas corrientes por caracterizar lo moral, y aceptando las reglas de juego de F. González Vicén, pero a condición de que la conciencia individual someta sus máximas a un canon de racionalidad, todavía nos quedaría alguna matización por hacer, que puede ser de interés para abordar la distinción que Eusebio Fernández realiza entre dos órdenes de obligación moral, la fuerte y la derivada. Se trataría, en principio, de recordar la célebre distinción entre *origen* y *fundamento*, referida en este caso al orden deontológico. Porque si bien es cierto que el fundamento de la obligación moral no se encuentra en el orden social —y sí el del derecho—, los contenidos de los deberes morales tienen un origen tan social como los de los deberes jurídicos.

A mi juicio, el origen de distintas legislaciones puede ser el mismo en cuanto al contenido, pero difieren por el fundamento de la obligación, que puede encontrarse en la estructura jurídica, en la conciencia moral o en la estructura religiosa. De ahí que comparta, aunque de modo peculiar, la convicción de F. González Vicén de que el derecho no puede fundamentar éticamente la exigencia de su cumplimiento, porque el esquema exigido en la norma jurídica nos advierte de las consecuencias de su infracción, pero no nos obliga moralmente a cumplirla. El derecho no puede exigir obligación moral, sino sólo una conducta legal.

Ciertamente, creo que en Eusebio Fernández estará de acuerdo en esta afirmación, porque admite que en un estado democrático no puede exigirse adhesión moral a quienes no lo acepten. Pero, a mi juicio, no tiene suficientemente en cuenta la distinción entre origen y fundamento de las normas en dos ocasiones: cuando defiende con Manuel Atienza que, en el caso de que coincidan materialmente normas morales y jurídicas, existen razones morales para obedecer a las segundas (18), y al llevar a cabo su distinción entre los dos tipos de obligación moral. Y puesto que la distinción entre origen y fundamento es, al cabo, kantiana, a Kant voy a acogerme en lo que sigue.

(17) Confío en que algún día Javier Muguerza responda a los amigables «ataques» de Eusebio Fernández y míos en una situación que nos permita replicar y dialogar, no en una mesa redonda en la que a nuestro inclasificable amigo le corresponde hablar el último y en la que no queda tiempo para el diálogo.

(18) FERNÁNDEZ, E.: *o. c.*, pp. 96 y 97.

Moral y derecho serían dos formas de legislación, que no difieren por el contenido de los mandatos (19), sino por la forma en que obligan. En el caso de que coincidan en el contenido aquello que un ciudadano acepta como norma moral para su conducta y aquello que está jurídicamente positivado, el ciudadano tiene razones morales para obedecer a su norma moral, que coincide con la jurídica. Porque el derecho sería un tipo de legislación que protege la libertad externa, y sólo indirectamente la interna, y nunca puede exigir a los individuos moralidad. En caso contrario, caeríamos en un paternalismo indeseable, porque si moral y derecho son formas específicas de legislación, moralidad y legalidad son actitudes del ciudadano ante la ley, y un ordenamiento jurídico nunca está legitimado para penetrar en la interioridad de los ciudadanos, exigiéndoles adhesión moral. La legislación moral, por el contrario, defiende la libertad interna y exige al sujeto moralidad. Su contenido puede ser idéntico al del derecho, y el origen del mismo es «heterónimo», porque el agente lo aprende en la sociedad en que vive. Pero algunas de estas normas aprendidas el sujeto las asume como suyas, como las que él establecería en una sociedad determinada racionalmente, y se siente obligado a cumplirlas por su propia humanidad, estamos entonces ante normas morales. Coincidan o no materialmente con el ordenamiento jurídico del estado en el que vive, las considera obligatorias por razones morales; por eso no puede decirse, en caso de coincidencia, que se obedezca al derecho por razones morales.

De ahí que no me parezca adecuada la distinción entre una obligación moral en sentido fuerte, basada en los imperativos de la conciencia individual y autónoma, y una obligación moral en sentido derivado, que es fruto de la aceptación, por parte de la conciencia individual, de una norma de origen heterónimo, que se convierte en moral desde el momento de su aceptación (20). Por el contrario, considero que todas las normas tienen origen heterónimo y que es autónoma su apropiación formal, que les convierte en tal caso en normas morales.

El *deber indirecto* de obedecer al derecho, del que habla una tradición kantiana, no tendría, pues, en la legislación jurídica el fundamento de su obligatoriedad, ni tampoco se identificaría con esa obligación derivada de que nos habla Eusebio Fernández. Consistiría más bien, a mi juicio, en una exigencia que la moral nos hace de obedecer la legislación jurídica de un estado concreto, cuando la consideramos como el mejor modo a nuestro alcance de conseguir que los derechos humanos se vean respetados. Es decir, cuando contando con el lugar en que hemos nacido y con el tiempo al que pertenecemos, nos parece que una legislación, aunque defectuosa, es la más asequible para evitar un estado en que los derechos no se verían respetados. En tal caso, el deber indirecto se plantea globalmente y no sólo cuando las normas jurídicas coinciden con las que el sujeto se daría a sí mismo, porque entonces su deber sería ya directo. No es extraña, pues, la posición de Kant con respecto al derecho de resistencia (21), ni la de Rawls con respecto a la desobediencia civil. Y es que el problema de la obligación

(19) Excepto en el caso de los deberes hacia sí mismo. De ello y de las relaciones entre moral y derecho, moralidad y legalidad me he ocupado en el Estudio Preliminar antes citado.

(20) FERNÁNDEZ, E.: *o. c.*, p. 109.

(21) Para una bien informada y convincente interpretación de esta posición, vid. el excelente libro de HAENSEL, W.: *Kants Lehre von Widerstandsrecht*, Berlín, 1926.

política no se plantea, a mi juicio, en relación con un derecho por definición injusto, ni en relación con un derecho justo por su origen y ejercicio, sino en esa dialéctica de justicia e injusticia que compone inevitablemente nuestra historia.

En cualquier caso, no quisiera abandonar estas páginas sin felicitar a Eusebio Fernández por tan sugerente libro, que une a una amplia información sobre el tema, lo bien trabado de su discusión y el atractivo de defender una propuesta. Obviamente no he expuesto yo aquí la mía, porque no era ésa mi tarea, pero espero que estas notas sirvan al menos como inicio de un diálogo fecundo.

Frankfurt, a.M., 6 de septiembre de 1988

REPLICA A ADELA CORTINA

EUSEBIO FERNANDEZ

Catedrático de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Cantabria

La primera respuesta que me suscita la lectura de la recensión y crítica de la doctora Adela Cortina a mi libro sobre la obediencia al Derecho tiene que ver con la necesidad de expresar mi agradecimiento hacia ella, por haber asumido semejante tarea y por llevarla a cabo concienzudamente, como corresponde, en general, a su carácter. Es comprensible, y entra dentro de los límites soportables y justificables de la vanidad humana, que nos guste que otras personas tomen en serio aquellas reflexiones, ideas y propuestas que nosotros condieramos de cierta importancia.

Creo que la profesora Cortina se ha hecho cargo enseguida de cuáles son los puntos y objetivos sobre los que se sustenta para mí la posibilidad de encontrar razones morales para obedecer al Derecho. A saber: «Si los hombres deben ser justos porque lo exige la moral y hay sistemas jurídicos justos, entonces existe la obligación moral de obedecerlos».

Obviamente, esta tesis central no nos conduce —como el autor tiene buen cuidado en precisar— a la conclusión de que haya razones morales para obedecer ciegamente al derecho. Frente a quienes defienden una obediencia ilimitada, las razones morales para obedecer al derecho justo abogan por la desobediencia al derecho injusto».

Cuando yo me planteé este objeto de estudio —el de la posible obligación moral de obedecer al derecho— era consciente de que me debía enfrentar a dos tipos de problemas, por un lado los relativos a la búsqueda de argumentos que teóricamente fueran mínimamente serios; por otro lado tenía que estar atento al hecho de que hablar de obligación moral de obedecer al derecho es que gran parte de mis colegas universitarios y de la opinión pública en general un asunto antipático. Lo simpático, lo que queda bien en la cátedra, en el ágora y en los medios de comunicación es defender la desobediencia. La verdad es que si uno se entera un poco de lo que ocurre a nuestro alrededor sobran razones para esa postura —que yo también asumo en ciertas situaciones—, pero hace tiempo que me dí cuenta de que el paso desde la frivolidad a la irresponsabilidad moral y política es fácil de dar, aunque se trate de personas inteligentes. Puestos a elegir, por ejemplo, entre Sócrates, Rousseau, Marx o Bakunin, me quedo, aunque no me guste totalmente su posición, con el Sócrates de Critón, aún a riesgo de ser condenado a muerte por una decisión injusta de unos hombres amparados en un sistema legítimo.

Por tanto, me satisface, porque creo que es una opinión acertada y justa que Adela Cortina escriba que se da «un síntoma inequívoco de que el libro de Euse-

bio Fernández no pretende defender, junto con las razones morales para obedecer al derecho justo, el *statu quo*». A ello añade que «las condiciones que el autor va a exigir a un sistema jurídico-político para calificarlo de justo y hacerle, por tanto, objeto de obediencia moral, no se ven cumplidas por el momento por ninguno de los sistemas existentes, ni llevan trazas de cumplirse en un futuro previsible». Estoy de acuerdo, en general, con el contenido de este texto, aunque considero que no se trata de esperar a que nos encontremos con un sistema jurídico-político donde se cumplan *totalmente* esas condiciones para poder hablar de obligación moral de obediencia al Derecho. De ahí que discrepe de la conclusión elaborada por mi colega cuando señala: «Con lo cual acabamos preguntándonos si, en buena lógica, Eusebio Fernández no tendría que defender más bien una desobediencia sistemática al derecho existente, por razones morales hasta que se den las condiciones por él requeridas para que un sistema sea moralmente digno de obediencia». No, no soy tan rupturista como para propiciar la desobediencia sistemática, salvo ante un sistema jurídico-político manifiestamente injusto, del que no es difícil encontrar ejemplos en todas las dictaduras, patentes o latentes, actuales. Cuando me encuentro ante una organización política que cumple *suficientemente* con las dos condiciones de un derecho justo, legitimidad contractual o democrática de origen y respeto y garantía de los derechos fundamentales, soy mucho más prudente y conservador, aunque abogando por las reformas más o menos profundas. Ese es el sentido de la distinción, que considero importante, entre un derecho u ordenamiento jurídico en general y sus disposiciones jurídicas en particular. Puede darse un ordenamiento jurídico, por ejemplo el expresado en la Constitución de un país, suficientemente justo dentro del cual se elaboren disposiciones jurídicas injustas. No solamente puede darse, sino que es lo normal en los sistemas jurídico-políticos de tradición liberal-democrática y socialista-democrática. En estos casos es posible, moralmente, compatibilizar razones morales a favor de la aceptación general a ese sistema con razones morales que justifiquen la desobediencia a determinadas disposiciones jurídicas. En definitiva: es preferible, opino, un orden social suficientemente justo, aunque con ciertas injusticias, a un supuesto «desorden» con justicia que, éste sí, no «lleva trazas de cumplirse en un futuro previsible».

Quizá tenga razón la profesora Cortina cuando apunta que se describe al sistema liberal-democrático avanzado con «caracteres verdaderamente idílicos». A mi también me lo parece, aunque le invito a que lleve a cabo una comparación con otro tipo de idilios, los amorosos. En este campo se suele tender a no ver los defectos de la persona amada hasta que el tiempo y la experiencia compartida van apagando la pasión o la convierten en otra cosa. En nuestro país se ha hablado bastante del desencanto producido por la transición política. También, como en el amor, el más ingenuo y encantador es el que corre más riesgos de sufrir la dura realidad, lo que no obsta para que tanto la pasión amorosa como la democracia, a pesar de los excesos de una y de otra, sean importantes para la vida y merezcan la pena, no obstante ajustarse plenamente a nuestros deseos, necesidades e intereses.

Escribe también adela Cortina que «hubiera deseado encontrar en el libro una mayor dosis de problematicidad», ya que piensa que «la obligación política aparece como problema para quien se representa a la moral y al derecho como conectados, pero como inevitablemente discrepantes». Creo que también tiene razón en este punto, ya que quizá exista en el libro una desproporción entre la difícil-

tad y complejidad del tema tratado, y cuyo análisis en él solamente aparece como propuesta, y los argumentos utilizados para defenderla. Los cuatro puntos que ella cita están muy bien seleccionados. Por motivos derivados de la urgencia con que se me ha solicitado esta contestación no puedo dar la respuesta apropiada a los comentarios tan precisos y sugerentes que desarrolla. No obstante si quiero referirme, brevemente, a la crítica que hace a la distinción mía entre una obligación moral fuerte y una obligación moral derivada. Considero importante mantener esta distinción y no veo razones para rechazarla, ya que los argumentos de su crítica no me parecen concluyentes. Mientras que la moral sea «relativamente» autónoma y el derecho «relativamente» heterónimo o la moral sea más autónoma que el derecho, o la moral sea menos heterónoma que el derecho, no cabe otra salida que hablar de dos tipos de obligación moral. Esta es la razón de la distinción entre una obligación moral directa y una obligación moral indirecta o derivada de obedecer al derecho justo. Además, mientras un ordenamiento jurídico, según he señalado anteriormente, suficientemente justo pueda dar lugar a disposiciones jurídicas injustas, lo que implica que el derecho sea falible desde el punto de vista moral, no cabe otra posibilidad que la de hablar de una obligación moral relativa, no mecánica, de obedecer al derecho justo.

Finalmente, no creo, por todo lo anterior, que pueda mantenerse el enfrentamiento de posturas a que daría lugar tomar al pie de la letra el siguiente texto de la recensión de la profesora Cortina: «El problema de la obligación política no se plantea, a mi juicio, en relación con un derecho por definición injusto, ni en relación con un derecho justo por su origen y ejercicio, sino en esa dialéctica de justicia e injusticia que compone inevitablemente nuestra historia».

Santa Olalla de Molledo, 22 de septiembre de 1988

VIII
RECENSIONES

Manuel ATIENZA RODRIGUEZ: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, ed. Civitas, 1986, 187 páginas.

La obra del profesor Atienza está dedicada de un modo preferente al análisis del argumento jurídico por analogía. Sin embargo, esto no significa que no se dediquen algunas páginas a las distintas acepciones del término analogía. El punto de partida es la existencia de una multiplicidad de significados; esto quiere decir que no existe un único concepto de analogía. Pero, a pesar de esta vaguedad, tampoco puede afirmarse que no haya ninguna relación entre los distintos sentidos que puede tener la analogía. El autor —citando a Santo Tomás— afirma que «el término analogía no es ni unívoco ni equívoco, sino precisamente análogo» (pág. 28). Aunque, a primera vista, una afirmación de este tipo pueda resultar tautológica, lo cierto es que describe con exactitud el sentido que tiene la analogía.

Para Atienza «existen esencialmente tres conceptos de analogía, ya que la analogía se puede predicar: 1) de los conceptos de clase, esto es, de los conceptos que denotan un *género* o una *clase* de individuos; 2) de los juicios o proposiciones que incluyen conceptos de relación, y 3) de los argumentos» (págs. 33 y sigs.). A continuación se plantean los interrogantes que aparecen en el razonamiento jurídico por analogía intentando —creemos que con éxito— dar respuesta a algunos de ellos a través del estudio de diferentes doctrinas.

El capítulo segundo se inicia con la concepción —o mejor dicho, con las concepciones— que ha mantenido Bobbio a lo largo de su obra. Puede decirse que el pensamiento de la analogía ha mantenido todas las posturas posibles. Por ejemplo, considerar que analogía e interpretación extensiva son términos equivalentes (en 1938) para, posteriormente, afirmar (en 1957) que ambos conceptos pueden distinguirse por la función que cumplen; o que analogía y principios generales del Derecho son procedimientos que «no tienen nada que ver» (en 1938), considerando más tarde (1966) que la analogía es una especie del género «principios generales del Derecho».

En fin, los cambios de opinión han sido muy frecuentes; en este sentido, es sumamente ilustrativo el cuadro comparativo que el profesor Atienza incluye al final del capítulo. Por lo que se refiere a los motivos que han llevado a Bobbio a este constante cambio de posiciones hay que señalar —según Atienza— dos: en primer lugar, la propia evolución que ha tenido su pensamiento, y, en segundo lugar, que el material lógico con el que opera es un tanto desfasado. De cualquier modo, aun reconociendo el valor de la aportación de Bobbio, no parece que su tratamiento de la analogía resulte plenamente satisfactorio.

El capítulo tercero analiza la concepción de la analogía mantenida por Ulrich Klug. Para ello, el autor maneja la traducción castellana —aún inédita— de la cuarta edición alemana de la *Juristische Logik*. Como en el resto del libro, se

procede en primer lugar a la exposición de la doctrina para después criticarla. Creemos que la doctrina de Klug es la que recibe las críticas más duras y ello debe ser porque la posición del profesor Atienza es totalmente antagónica. Las críticas no sólo se dirigen contra la concepción de la analogía en Klug, sino que van más allá y cuestionan la propia concepción de la lógica jurídica. En efecto, el fallo fundamental de Klug radicaría en la consideración de la lógica jurídica como una lógica formal, es decir, como lógica aplicada al Derecho sin más. De este modo no es posible abordar el fenómeno jurídico, ya que el lenguaje en que se expresan los juristas es un lenguaje *normativo, prescriptivo*. «La representación de los argumentos jurídicos que ofrece el autor alemán tiene un carácter un tanto simplificador, en cuanto que no logra traducir fidedignamente el lenguaje *normativo* en que se expresan los juristas» (pág. 95). La segunda crítica se dirige contra la propia concepción que tiene Klug de los argumentos jurídicos al considerar que éstos son, fundamentalmente, deductivos cuando en realidad lo decisivo del razonamiento jurídico es el establecimiento del punto de partida, de las premisas en lo que —según Klug— no debe intervenir la lógica. Por lo que respecta a la analogía, son varias las críticas que se formulan; desgraciadamente no podemos enumerarlas todas, pero parece que lo decisivo radica en que Klug —siempre según la opinión de Atienza— no tiene en cuenta el aspecto *normativo* en el argumento por analogía.

El capítulo siguiente está dedicado a examinar las doctrinas de Kalinowski y Alchourrón. Para el primero es necesario distinguir entre la analogía como argumento *normativo* y no *normativo*, pero, en cualquier caso, el punto neurálgico del argumento por analogía se encuentra en el juicio de valor, que es el que compara dos hechos semejantes y, en definitiva, permite la formulación de la premisa menor. Alchourrón considera que hay dos tipos de argumentos por analogía: los argumentos *a fortiori* y *a pari*. Sin embargo, parece que el estudio que hace de estos dos tipos de argumentos no se corresponden con los argumentos jurídicos por analogía o, por lo menos, con el significado habitual que tiene la analogía en el mundo jurídico.

El capítulo quinto estudia la posición de Perelman respecto de la analogía, aunque previamente se hacen algunas consideraciones sobre su teoría de la argumentación, lo que resulta imprescindible, ya que el razonamiento por analogía constituye tan sólo una de las técnicas argumentativas que existen. Al igual que ocurría con Alchourrón, el sentido que Perelman atribuye al razonamiento por analogía no es del todo coincidente con lo que los juristas denominan así. Para el autor belga, la analogía no cumple un papel importante en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho; sin embargo, sí tiene una gran importancia en el ámbito de la ciencia jurídica, es decir, en el proceso de conocimiento del Derecho.

Uno de los puntos importantes de la doctrina de Perelman viene representado por la relevancia que otorga a las nociones confusas o vagas en todo tipo de argumentación y, por supuesto, también en el razonamiento por analogía. En el ámbito jurídico la utilización de estas nociones confusas tiene una importancia decisiva, ya que permite la ampliación del campo de aplicación de los términos que se emplean. Sin embargo, existe un límite en el uso de estas nociones vagas que viene constituido por *lo razonable*. No obstante, esta noción de *lo razonable* no le parece satisfactoria al profesor Atienza. En primer lugar, parece que esta *razonabilidad* sería una noción confusa, pero, sobre todo, cabe hacer

una crítica aún más decisiva. El *auditorio* es el que establece los límites de *lo razonable*, pero resulta que no existen criterios para determinar cuándo un argumento jurídico es razonable, porque «si el criterio de lo razonable lo fija, en último término, el juez, entonces dicho criterio puede servir como *guía práctica* para las otras instancias jurídicas, pero no, obviamente, para la propia jurisdicción» (pág. 152).

Y así, llegamos al último capítulo, que —sin ninguna duda— es el más original y sugestivo, pues nos introduce en una nueva teoría que es poco conocida, al menos por quien suscribe estas líneas. Se trata de la teoría de los subconjuntos borrosos cuyo fundador es L. A. Zadeh y que ya ha tenido una considerable repercusión en el pensamiento jurídico. Esta teoría pretende la elaboración de una lógica de los conceptos vagos, pero a diferencia de lo que ocurre con la lógica tradicional, «mientras que la base matemática de esta última es la teoría ordinaria de conjuntos (en la cual un elemento cualquier sólo puede pertenecer o no pertenecer a un determinado conjunto), las lógicas de lo difuso se apoyan en la teoría de los conjuntos (o mejor dicho, de los subconjuntos) borrosos, en la que un elemento puede pertenecer a un conjunto en mayor o menor grado» (pág. 156). No hace falta decir que en el terreno jurídico la utilización de los conceptos vagos es muy frecuente y, por ello, esta teoría puede abrir nuevos caminos. Atienza hace una exposición sucinta de la doctrina de Reisinger que es uno de los primeros que han aplicado la teoría de los subconjuntos borrosos al razonamiento jurídico y, aunque el modelo propuesto por Reisinger no le satisface plenamente, reconoce que estas investigaciones tienen un gran interés y pueden ser un instrumento útil para los juristas, aunque, en definitiva, no se resuelven todos los problemas que plantea el razonamiento jurídico por analogía.

Hay diversas causas por las que el libro de Atienza debe ser valorado positivamente. En primer lugar, porque ofrece un panorama muy completo de las distintas teorías que existen en torno a la analogía jurídica. En segundo lugar, porque después de las críticas que se formulan se ofrecen soluciones alternativas. Pero, sobre todo, la obra que comentamos tiene una de las virtudes que pocas veces se encuentran en este tipo de trabajo: la claridad. Y esta cualidad es algo que el lector siempre agradece, pues facilita la comprensión y permite que la lectura no se convierta en algo fatigoso.

No queremos concluir estas líneas sin hacer un breve comentario. Después de haber hecho la recensión del libro tenemos cierta sensación de insatisfacción porque la obra de Atienza —a pesar de no ser muy larga en cuanto al número de páginas— es compleja y densa y, por eso, todo lo que aquí se ha escrito no representa nada más que un ligerísimo esbozo. En conclusión, sólo cabe hacer una recomendación: debe leerse el libro.

Manuel SEGURA ORTEGA

Jaime BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1987, 3.ª ed., 330 páginas.

Una pequeña parte de la obra que nos presenta el autor vio por primera vez la luz en 1975, publicada en lengua catalana, con ocasión de su magisterio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Ahora, desde la Universidad de Valladolid, nos ofrece en lengua castellana la tercera edición, corregida y notablemente aumentada. Sus dos primeras partes que ya habían sido editadas dos veces; una tercera, que sólo lo había sido en parte, es completa ahora, con varios capítulos nuevos. Una cuarta parte que aparece impresa por primera vez, deja acabada una obra que ha sido larga y diligentemente elaborada. Con ello, el libro presenta una visión armónicamente articulada del mundo jurídico, contemplado en sus líneas fundamentales, desde la perspectiva filosófica.

Las cuatro partes, de desigual extensión y diferente densidad, se adecúan a la proporción y medida que requiere la temática tratada. La primera lleva por título *El hombre y el derecho*. En ella se nos ofrece una visión sintética del ámbito antropológico y del mundo jurídico, mostrando la íntima conexión existente entre la concepción del hombre que se tome como punto de referencia y la configuración del Derecho como elemento ordenador de la vida social. Se insiste y profundiza en la tesis de que la realidad jurídica es un producto humano, que ha de responder a las exigencias que brotan del ser del hombre. A este propósito se presentan diversos tipos de humanismo jurídico y las dimensiones fundamentales que definen al hombre. El autor tiene buen cuidado en señalar que la vida humana no se agota en la dimensión social, aunque ésta sea capital en el desarrollo de aquélla; vida social que se articula a partir de tres elementos imprescindibles: una ordenación, una autoridad social y un ordenamiento jurídico.

La segunda parte, *el derecho y el entorno social*, se centra en el estudio sociológico del mundo del derecho. En ella se pasa revista a los diferentes elementos sociológicos básicos que inciden en la realidad jurídica. Se trata de un estudio que, sin pretender un análisis en profundidad para no desbordar la temática propuesta, no se queda circunscrito al ámbito de un estudio puramente sociológico. Se hace especial hincapié en el contenido de dos realidades íntimamente conexas —la relación social y el comportamiento social—, analizando las proyecciones que derivan su mutua implicación y que yacen en el trasfondo de la vida jurídica.

Parte el autor del hecho de que la vida humana tiene su desarrollo en el ámbito social y de que en él, el hombre, cuyo ser en sus elementos esenciales permanece inmutable también, se hace. Y, en este hacerse, la vida social ejerce un importante influjo en la persona que es capaz de incorporar a su ser lo que es fruto de su actividad como persona singular y lo que es herencia social.

Arrancando del hecho de que la vida social ha de vivirse en el seno de un grupo concreto, el autor estudia la realidad de la cultura y sus vertientes características, las tensiones que se originan en su seno y su andadura hacia nuevas formas y contenidos. Atiende con particular interés a diversos elementos de la cultura, tales como los modelos culturales, el «status» y «rol» sociales y el mundo de los valores.

Respecto al tema de los valores, se insiste en que el universo axiológico no puede circunscribirse a la esfera puramente ideal, sino que ha de proyectarse sobre la histórica realidad fáctica de la vida individual y colectiva de los sujetos.

Cuida bien el autor en distinguir los valores objetivos de los culturales insistiendo en que el ethos de un grupo, como universo axiológico de su cultura, debe incluir siempre los valores que, en el orden objetivo, son absolutos. Se mantiene firmemente la tesis de que no debe haber contradicción entre los valores objetivos y los culturales cuando éstos son auténticos valores.

El autor atiende a la necesidad del orden para que haya una auténtica vida social y a la necesidad de una regulación efectiva de la misma. En este sentido, analiza el control social y las pautas sociales de comportamiento que desempeñan un papel fundamental en este ámbito, y los diversos órdenes en los que éstos se inscriben.

La parte tercera de la obra, que lleva por título *El ser del derecho*, se centra en la realidad esencial del Derecho y en su fundamentación. Siendo insuficiente, aunque necesaria, la consideración del Derecho como realidad cultural, el autor entra en la temática ontológico-jurídica analizando el ser del Derecho para llegar a la definición esencial del mismo. Para ello recurre como paso previo al análisis semántico de los términos que designa la realidad jurídica, así como al seguimiento de la perspectiva histórica y de las principales actitudes doctrinales.

Partiendo de la definición del derecho, el autor dedica su atención a la consideración del carácter teleológico del mismo. Una secuencia de capítulos se dedica al fin del Derecho, al bien común, a la justicia y a la seguridad jurídica. Es importante el dedicado a la fundamentación del derecho, y a la presentación y análisis del positivismo jurídico y del iusnaturalismo como actitudes básicas. Se hace un estudio histórico y sistemático de los derechos fundamentales y de la problemática que encierra el llamado «derecho injusto».

El libro termina con una cuarta parte que, bajo el epígrafe *El saber jurídico*, presenta una teoría del conocimiento jurídico, con especial referencia a los saberes científico y filosófico sobre el derecho.

La obra armoniza la densidad temática y la sencillez y claridad de exposición. Con ello se facilita el acercamiento a la temática iusfilosófica. Al ofrecer unas coordenadas de reflexión, facilita la comprensión del derecho y allana el camino para captar los conceptos jurídicos fundamentales que el estudioso del derecho ha de poseer con la profundidad debida para transitar con éxito por el amplio y complejo mundo jurídico.

En este sentido sugerimos al autor que, en ediciones sucesivas, dedique su atención a la presentación sucinta y esencial de una porción de conceptos jurídicos fundamentales, tales como el estudio de la norma jurídica, del derecho subjetivo, del deber jurídico, de las fuentes del derecho, etc. Creemos que el tratamiento de esta temática, desde el plano filosófico, aumentaría el saber del valioso libro que hoy tenemos entre las manos.

Nuria BELLOSO MARTÍN

José A. EZCURDIA LAVIGNE: *Curso de Derecho Natural. Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos* (Parte general), Madrid, 1987, Ed. Reus, S. A., 283 páginas.

Esta obra pertenece, sin lugar a dudas, al género que podríamos denominar *manual*. En efecto, como advierte su propio autor, el profesor Ezcurdia Lavigne, se trata de un libro cuya intención es puramente didáctica. Es además el primero de una serie que dice piensa continuar escribiendo y que comprenderá las siguientes partes:

- 1.º Introducción al Derecho y Derecho Natural.
- 2.º Historia del iusnaturalismo.
- 3.º Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos.

Comienza desarrollando esta última, pero advierte que procede así no porque no tenga en proyecto el estudio de las otras dos, sino porque considera que es la menos desarrollada, por lo que su aportación en este campo podría ser de mayor utilidad.

Centrándonos ya en su obra, *Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos*, debemos decir que presenta una dimensión de 283 páginas, tamaño cuartilla, seguidas de un índice onomástico y del índice general de la obra. Su estructura interior es de cuatro grandes apartados, los cuales a su vez contienen una subdivisión interna.

Después de la presentación de la obra encontramos *el primer* apartado, cuyo título genérico es *Teoría general de los derechos humanos*. Se extiende desde la página 11 a la 91 y en él se estudian los siguientes aspectos: 1. Concepto y denominaciones. 2. Configuración jurídica. 3. Caracteres y límites. 4. Fundamentación. 5. Fuentes. 6. Protección y garantías.

El *segundo* apartado se denomina *Desarrollo y formulaciones históricas*. Se extiende desde la página 97 a la 169, y aborda los siguientes temas: 1. La Prehistoria hasta el siglo XVIII. 2. Las declaraciones modernas y la revolución francesa, y 3. Epoca contemporánea.

El *tercer* apartado, cuyo título es *Los derechos humanos en la Constitución española de 1978*, se extiende desde la página 171 a la 199. A lo largo de estas páginas expone el título I y la valoración jurídica.

Por último, el *cuarto* apartado se titula *La Iglesia católica y los derechos humanos*. Abarca desde la página 203 a la 283, y la subdivisión interna que presenta es la siguiente: 1. Pío XI. 2. Pío XII. 3. Juan XXIII. 4. El Concilio Vaticano II. 5. Pablo VI, y 6. Juan Pablo II.

La obra es, sin lugar a dudas, seria e interesante, a la vez que está bien documentada. Sin embargo, parece que adolece de sistemática clara. En algunos momentos da la impresión de que el autor quiere que quede perfectamente claro que las distintas partes en las que divide su obra, no tienen relación entre sí. Ello creo que resulta menos adecuado que el hecho de realizar ese mismo estudio mucho más entrelazado. Si está analizando un derecho humano en concreto, ¿por qué no seguirle la pista del principio al fin? Por supuesto, me parecen interesantes los criterios utilizados. En realidad sirven como otros cualesquiera, pero hay que tener en cuenta que las distintas opiniones o manifestaciones sobre el mismo tema tienen un valor completamente distinto, según el momento histórico en que se producen. En este sentido, creo que no resulta de mucha utilidad la amplia, qui-

zás, en exceso, parte que el autor dedica al estudio de la doctrina de la Iglesia a través del magisterio de los sucesivos pontífices. Ya que, lejos de cumplir la función de informarnos largo y tendido sobre la doctrina de la Iglesia, desgraciadamente se convierte en una simple lista de encíclicas y otros documentos que pierden, de esta manera, gran parte de su indudable interés.

En este sentido, me parece de mayor utilidad el método empleado por el catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela profesor Puy Muñoz, al cual el profesor Ezcurdia no se refiere en ninguna parte de su obra. Esto es especialmente significativo en tanto en cuanto tanto las fuentes utilizadas como el espíritu general que se desprende de los manuales de ambos profesores es muy similar. Quizá esta omisión pueda ser felizmente subsanada en la obra futura del profesor Ezcurdia, por la cual desde este mismo momento hacemos votos sinceros de todo tipo de parabienes.

Milagros OTERO PARGA

Tercio SAMPAIO FERRAZ: *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*, São Paulo, 1988, ed. Atlas, 229 páginas.

Constituye la cetética un enfoque muy original y novedoso en el ámbito del pensamiento jurídico, como es bien sabido. Su actualidad me anima a dar cuenta a los lectores del *AFD* de la aparición de un libro que lo emplea y utiliza con utilidad sobresaliente y que no mencionándolo directamente en su rótulo, ni siquiera en el subtítulo ni en la rúbrica de sus capítulos, pudiera pasar desapercibido a quienes están interesados en el tema. Me refiero a la *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação* (Ed. Atlas, São Paulo, 1988, 339 págs.), de T. S. Ferraz.

Tercio Sampaio Ferraz es doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y doctor en Filosofía por la Universidad de Mainz. Profesionalmente desempeña cátedra de Filosofía y Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, así como —para los cursos de maestría y doctorado de la misma materia— en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo; y además desempeña bufete de abogado de empresa en la misma ciudad emporio del capital brasileño.

El libro no es lo que dice ser, ni lo que sugiere, sino algo más. No es una simple introducción, si con ello se entiende un balance del saber comúnmente recibido en un área cognoscitiva. Y no es tampoco lo que no dice, pero sugiere: un manual para la enseñanza; si se entiende por ello un resumen simplificado de los temas que parecen un mínimo a conocer por un licenciado. El libro es más: Es una monografía en que se mantiene una tesis central —y, por ende, varias decenas de subtesis complementarias a las que no es posible aludir—.

La obra se estructura en una introducción y seis capítulos. Siete formalmente, pero el último es, en verdad, una conclusión. En la introducción se plantea el problema de la instrumentalización creciente que padece el derecho en un mundo contemporáneo que lo produce y maneja como un objeto de consumo más para la satisfacción de una necesidad. En los seis capítulos de corpus se estudia la ciencia jurídica como una tecnología. Y en el séptimo o conclusión se intenta

responder al problema inicialmente planteado salvando al derecho en un fundamento metajurídico que se apoya en el campo moral y encuentra en la justicia su principio regulativo. Esa es la tesis central.

El desarrollo de la teoría sigue las seis etapas que el propio autor indica así: 1.^a La universalidad del fenómeno jurídico; 2.^a perfil histórico del acceso al derecho como objeto del conocimiento; 3.^a el estatuto teórico de la ciencia dogmática del Derecho; 4.^a la dogmática analítica o ciencia del Derecho que lo estudia como una teoría de la norma; 5.^a dogmática hermenéutica o ciencia del Derecho que lo estudia como una teoría de la interpretación, y 6.^a dogmática de la decisión o teoría dogmática de la argumentación jurídica.

Lo que ahí se viene a decir, dicho en palabras simples, es esto más o menos: Que toda la historia de la jurisprudencia se puede entender, dejando los altibajos y los inevitables estancamientos, retrocesos y aceleraciones de toda historia entre paréntesis, procesada en tres momentos definidores de la línea de progreso: a) La técnica jurídica sólo se puede dominar desde una «teoría de la norma»; b) si ello se muestra insuficiente, la técnica jurídica sólo se puede alcanzar con una «teoría de la interpretación»; c) y si con ella tampoco se consigue, la técnica jurídica sólo se puede obtener con «una teoría dogmática de la argumentación jurídica». Anótese, pues: la jurisprudencia es siempre «teoría», ya sea «teoría de la norma», «teoría de la interpretación» o «teoría de la argumentación». Es más, en este último caso no sólo es «teoría», sino que es «teoría dogmática».

Parece claro que lo que el profesor Ferraz enseña es que la teoría dogmática de la argumentación es la punta de la flecha o el estado superior a que la subsunción dialéctica ha conducido. En suma, que ésa es su posición. Bien está. La convicción personal subyacente es que la teoría de la norma adolece de una fundamentación defectuosa del derecho; y que la teoría de la interpretación se la intenta dar asimismo sin lograrlo; porque desde ninguna de ellas se accede a la ética y, por ende, a la justicia. Lo que sí ocurre, a su entender, con la teoría de la argumentación. Yo comparto la conclusión, pero discrepo un tanto de las razones que se ofrecen. Y para decir brevemente lo que pienso, conviene que nos detengamos un momento en pergeñar el arco general de su discurso.

Según el profesor Ferraz, pues, el problema central de la ciencia del Derecho es la «decidibilidad», la efectividad de la decisión de los conflictos. El Derecho es un instrumento con el que se deciden conflictos. Para ello se edifican las normas y los ordenamientos. Pero no basta, porque divergen sus intérpretes. Para resolver el conflicto entonces hay que teorizar la interpretación. Pero no basta para ello, porque hay que convencer a los teóricos discrepantes. Y he aquí cómo entonces hay que llegar a la argumentación: con su teoría es como se explica la decisión definitiva. Para mí está claro que es así. Pero no porque la argumentación concluya en una decisión forzada por un poder exterior a las partes en conflicto; sino porque ellas se convencen entre ellas de un final consentido y aprobado por ellas por la vía de la argumentación dialéctica o retórica... Y esa convicción es siempre de carácter ético y, en cuanto mezcle al derecho, consiste lo justo que está, y en fin, sobre la *ius-stitia*.

¿Por qué el profesor Ferraz acepta la conclusión tópica, la disfrazada de discurso teórico? Supongo que por un ardid tópico también. Y lo supongo haciéndole el favor debido a la interpretación más favorable para él; aplicando el siempre necesario argumento *in dubio pro reo*: en la duda, lo más favora-

ble para el que está siendo juzgado, enjuiciado o criticado. Es que, de no ser así, la interpretación peor nos llevaría a pensar en un error de mala comprensión sobre la distinción inicial en que se basa toda la monografía, que es la distinción entre *dogmática* y *cetética*.

Según el profesor Ferraz, la cetética jurídica, en cuanto método de poner en duda las premisas y las conclusiones, es el método propio de las ciencias jurídicas metajurídicas, como la iusfilosofía. En cambio, la dogmática, en cuanto método de concluir con certeza desde proposiciones indiscutidas, es el método de la ciencia jurídica propiamente dicha, y por tanto, de la técnica que emplean los juristas prácticos. «Es obvio —dice en § 1.5— que el Derecho, en cuanto objeto de conocimiento, ha de ser visto de forma diferente si el enfoque es dogmático o cetético... Nuestra opción es por el estudio de la visión dogmática. Y la razón es evidente: éste es el ángulo privilegiado con que el derecho es conocido y enseñado en las facultades de derecho. No es que esto signifique un desprecio por la perspectiva cetética. Trátese apenas de escoger la tónica dominante. La intención es desvelar... lo que sea el derecho a los ojos de juristas... tratando de poner una redefinición con toda su dimensión persuasiva».

A partir de ahí, el profesor Ferraz quiere mantener una tajante división a lo largo de toda la obra: él sólo se ocupará del saber jurídico necesario para hacer teoría dogmática, pero no del saber jurídico conveniente para hacer retórica o tónica cetética. «Aunque entre ambas (cetética y dogmática) no haya una línea divisoria radical (dice en § 1.3) porque toda investigación acentúa más un enfoque que otro, pero siempre tiene los dos, su diferencia es importante. El enfoque dogmático subraya el acto de opinar y protege algunas de las opiniones. El enfoque cetético, al contrario, desintegra y disuelve las opiniones, poniéndolas en duda... Por eso, el enfoque cetético mira a saber lo que es una cosa. Y el enfoque dogmático se preocupa en posibilitar una decisión y orientar una acción».

A partir de ahí, el profesor Ferraz considera que las disciplinas «como la filosofía del derecho» que trabaja con método cetético predominantemente «se tienen como auxiliares de la ciencia jurídica “stricto sensu”». Mientras que «esta última, en los últimos 150 años, se ha configurado como un saber dogmático» (§ 14). «Es obvio que el estudio del derecho por el jurista no se reduce a este saber: así, aunque sea un especialista en cuestiones dogmáticas, también lo es, en cierta medida, en cuestiones cetéticas» (§ 1.4).

Y de acuerdo con esta ambigüedad, el autor plantea así su trabajo: «El objeto de nuestra reflexión será el derecho en el pensamiento dogmático, pero nuestro análisis mismo no será dogmático, sino cetético. Una introducción al estudio del derecho es un análisis cetético de cómo la dogmática jurídica conoce, interpreta o aplica el derecho, mostrándole sus limitaciones» (§ 1.5). He aquí cómo el profesor Ferraz realiza un estudio cetético disfrazado de estudio dogmático, por un ardid retórico. ¿Es que su intuición le dice que esa es la única manera de que los juristas acostumbrados a la atmósfera sistemática y teórica puedan acostumbrarse sin darse cuenta a la atmósfera tónica y retórica? Parece que tal es la intención. De hecho, el libro incluye una estupenda colección de tópicos argumentales (trece argumentos típicos, desde el *ab absurdum* hasta el *per exempla*), que serían impensables en una teoría general o en una iusfilosofía típica de corte dogmático... Pero el procedimiento resulta poco grato para quien prefiere la paciencia a la ocurrencia.

Por lo demás, me queda la reserva mental de si lo que ha motivado este equívoco oscilar, entre una cetética realmente practicada y un continuo denunciar como improcedentes cuestiones cetéticas, no es un error de comprensión de la distinción entre dogmática y cetética, como dicho queda. El profesor Ferraz supone que la decisión jurídica es, a diferencia de la fáctica, decisión racional. Es un hecho de poder y fuerza: pero razonado, no puramente forzado. Y así es. Supone también que el razonamiento que justifica la decisión ha de tener un consenso final. Supone bien. Y supone, en fin, que por lo tanto, para que haya consenso en la conclusión también lo ha de haber en las premisas, al principio. Sigue suponiendo bien. ¿Y cómo se logra esa concordancia entre las partes en conflicto y el juez o árbitro o autoridad decisora? Para el profesor Ferraz eso sólo es posible si se acepta la tesis dogmática de que se acepta lo que diga el ordenamiento (aplicado por los magistrados y quizá también explicado por los profesores). Porque, se sigue suponiendo, que si no se acepta dogmáticamente la norma, el precedente judicial y el sistema doctrinal... no podrá haber acuerdo de partida, ni por tanto de llegada, ni finalmente decisión y resolución del conflicto jurídico. Y tal es la razón por la que se «reserve» la cetética para los «profesores», dejando a todos los demás juristas con la dogmática como instrumento único de trabajo.

Bueno, pues ahí es donde discrepo. Pienso, algo diversamente, que la experiencia jurídica confirma el análisis anterior sólo hasta el último punto. O sea, que lo que ocurre es esto. Que con frecuencia se acepta el ordenamiento y una interpretación judicial y profesional del mismo, por lo que este tópico es suficiente para alcanzar la auténtica decisión: que es la que aceptan todos por las razones que sean (normalmente distintas). Pero ¿qué pasa cuando alguno de los interesados o involucrados en un conflicto no acepta, sea la norma, sea el procedimiento, sea la interpretación, sea lo que sea? Pues que no hay otra manera de decidir que aceptando poner todo en discusión desde el origen y aceptando que sólo se considerará indiscutible lo que todos los involucrados en el caso acepten como aceptable y aceptado. Lo que acredita que no es correcta la distinción entre cetética y dogmática que realiza Ferraz, atribuyendo a la dogmática la virtud decisoria en exclusiva; y suponiendo, al contrario, en la cetética, la virtud de suscitar problemas, en vez de decidirlos. No hay tal. Las dos formas de pensamiento, a mi entender, cumplen la misma misión en el ámbito jurídico. Las dos miran a resolver conflictos mediante el razonamiento que parte de premisas aceptadas. La única diferencia consiste en que la dogmática (la teoría, el sistema) ofrece una primera instancia, que basta muchas veces; mientras que la cetética (la tónica, la retórica) ofrece una salida de emergencia para los casos que, por lo que quiera que sea, no es capaz de resolver aquélla. Me parece que el problema principal para aceptar lo que digo es una derivación del problema de la plenitud del ordenamiento. Quien considere que la regla de sólo aceptar el ordenamiento no admite excepciones, es difícil que acepte que hay una forma de razonamiento jurídico que se pone en marcha cuando aquél es deficiente (por laguna, por desuso, por derogación, por crisis... o porque no quiere aceptarlo uno de los implicados). Pero quien admita la experiencia de que el rechazo parcial o total del ordenamiento es cosa usual, sí admitirá que la tónica, la retórica, la cetética, o como se la quiera llamar, no sólo es un método propio del pensamiento jurídico, sino que es el método en definitiva sin el cual no se puede explicar nada.

Finalmente, no sé si el autor se percatará de sus disidencias respecto a la

enseñanza de su maestro Theodor Viehweg. Otra vez aplico la mejor hipótesis y sugiero que las ha disimulado por respeto al maestro. Pero la más reciente literatura de Viehweg me parece más próxima a lo aquí expuesto, que a lo que se sostiene en el excelente libro que comento. El camino del futuro pasa por la elaboración de una tónica en la cual la vieja sistemática de impronta kelseniana quede incluida en su sitio: como un conjunto tónico más, primero en la serie, como más apto para resolver los casos jurídicos sencillos; que irá seguido de otros conjuntos tónicos como el derecho natural, los derechos humanos, los precedentes de cortes concretas, etc., que son los necesarios para resolver casos jurídicos difíciles. Esos que Jan van Durné define acertadamente como aquellos en que «se da la situación característica de que el juez, para adoptar su decisión, tiene que optar entre dos posiciones: la de una de las partes, que es aquella que tiene una posición más sólida desde el punto de vista legal, y la de otra parte, que tiene una mejor posición si se considera su interés personal comprometido en el asunto»... Habrá que seguir hablando de este tema.

Francisco PUY

Eduardo GARCIA MAYNEZ: *Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, U.N.A.M., 1984, 325 páginas.

Cuando los filósofos del derecho españoles leen el nombre del profesor mexicano Eduardo García Máynez, lo relacionan con temas de lógica jurídica —con cierta razón, pues fue uno de sus iniciadores y dedicó a esos temas más de quince años de investigación exclusiva—. Pero podemos congratularnos del hecho de que desde hace años —en concreto el año 1973, en que fue publicada la *Doctrina Aristotélica de la Justicia*— todo su interés está centrado en el estudio filosófico de los valores jurídicos (en especial la justicia) en los clásicos griegos. Trabajos que en la propia opinión del autor, son de lo más gratificante en su dilatada labor iusfilosófica, y lamenta el no haberse dedicado con anterioridad a ellos (fruto de este interés es el hecho de que en una edad madura se dedica al estudio del griego y se convierte en un buen traductor, a juicio de los especialistas).

Es de lamentar el escaso eco que estos estudios tienen en nuestras universidades, quizá debido en parte a la época que vivimos de abandono de lo clásico y exaltación de lo tecnológico y científico como solución a los problemas del presente (en todas las épocas hubo modas, y ahora parece ser que nos encontramos en la de la informática y la tecnología).

El libro puede ser dividido en dos grandes partes: por un lado, la introducción a la vida y obras de Platón, y seis capítulos dedicados cada uno de ellos a un diálogo platónico; por otro lado, la selección de la traducción de los textos griegos que sirven de base a cada capítulo.

Máynez considera que gracias al método estilométrico (o de pruebas lingüísticas) existe cierto consenso en lo relativo al orden cronológico de los diálogos, aun cuando no es posible determinar con precisión la fecha de cada diálogo. Siguiendo la clasificación de Cornford, los clasifica en tres grandes grupos: I. diálogos tempranos, II período intermedio, y III últimos diálogos. De estos grupos, en este trabajo, solamente se tienen en cuenta algunos del primero, en los que

se abordan, aunque sea de forma marginal, el tema de la justicia. Los diálogos tratados son los siguientes: Eutifrón, Apología de Sócrates, Critón, Trasímaco, Protágoras y Gorgias. Los cinco primeros pertenecen al grupo que Guthrie y otros denominan «socráticos», y todos ellos están en el de los diálogos tempranos (42). La denominación de «socráticos» es debida a que la mayoría de los autores consideran que son la *versión platónica* del pensamiento de Sócrates. En ellos, Platón nos muestra las conversaciones de su maestro sin añadir todavía sus propias doctrinas (31).

El orden de exposición obedece al deseo por parte de Máynez de seguir la trama de la vida de Sócrates en tres momentos sucesivos de su vida: la presentación del pliego acusatorio, la defensa ante los jueces y la visita que Critón hace a Sócrates para proponerle la huida de la cárcel (42). En el Eutifrón, si bien no se hace un estudio sobre qué sea la justicia, sí se plantea el problema de la relación entre la piedad y la justicia, así como de la antítesis entre subjetivismo y objetivismo y se hace alusión a la teoría de las *formas*. En la Apología de Sócrates se dice que no hay mal mayor que condenar injustamente a un hombre, de donde se adelanta la tesis que se discutirá más a fondo en el Calicles, de que es peor cometer injusticia que padecerla. En el Critón se hace una teoría de la seguridad jurídica (sin darle ese nombre), fundamentada no sólo en consideraciones legales, sino también éticas (43). En el Trasímaco (cap. IV) se examina la tesis de la justicia como conveniencia del más fuerte y se busca una definición de la justicia. Los dos capítulos finales están dedicados a las doctrinas de Protágoras y Calicles. La primera de ellas partiendo del mito de Prometeo y Epimeteo, pretende ser una explicación de las finalidades del castigo y contiene un ensayo de justificación de la democracia (44). En la última se analiza la distinción entre justicia legal y justicia natural, así como el valor de la vida de templanza y la de libertinaje. Debemos añadir aquí que Máynez no parece ponerse de acuerdo si situar a este diálogo entre los del período temprano o bien en el período intermedio (44), si bien la cosa no parece tener apenas importancia.

En la segunda parte aparecen la selección y traducción de textos, hecha del original griego de la edición *Loebs Classical Library*, que fueron revisados por el especialista Bernabé Navarro.

En la exposición y crítica de estos diálogos muchos son los temas que quedan abiertos a la discusión y reflexión; simplemente enunciaremos algunos de forma sumarisima (dado que de otra manera no sería ni procedente ni posible). El problema de la objetividad de los valores y el antecedente del subjetivismo axiológico (67); la teoría de la *forma* como algo inmutable, pero que se da en los casos particulares (64); las raíces o antecedentes de la «teoría de las ideas» de Platón (68); una jerarquía de valores donde el valor virtud es superior al valor vida (74); la diferencia entre la virtud del retórico y la del juez, la primera de tipo epistemológico y la segunda axiológica normativa (76); la posibilidad del conocimiento, no seguro y definitivo, sino de forma limitada (79); lo justo legal y lo justo por naturaleza (103); el *pacto tácito* de los ciudadanos de la polis para el acatamiento de sus leyes (104); la seguridad jurídica en cuanto a confianza en el orden (108); la validez de las leyes no por su cumplimiento, sino por su valor intrínseco (109); la virtud como saber, de donde no hay hombres malos, sino ignorantes y quien prefiere el vicio a la virtud es víctima de un error (148); la crítica a los sofistas por buscar el lucro y el triunfo, sin tener en cuenta la bondad de las causas (151); la posición de Protágoras en el plano epistemológico

y en el ético (¿relativismo y utilitarismo?) (165); ¿por qué es peor cometer injusticias que padecerlas?, ¿por qué para el injusto es mejor ser castigado que quedar impune? (184-186).

Del estudio y análisis de esta obra, varios son los juicios que nos atrevemos a aventurar. La obra nos parece un trabajo serio y bien documentado, hasta tal punto que en algunos momentos está demasiado pegado al texto griego, pese a que el sistema empleado de colocar la traducción de los textos griegos en la parte final del libro hace que sea más amena la lectura y que el estilo sea más suelto. Sería interesante que libros como éste fueran recomendados en nuestras universidades, pues de las enseñanzas socráticas (tanto del método seguido como de los resultados logrados) pocas cosas son desdeñables y pueden servir de base a discusiones de interés para los futuros juristas.

El hecho de que los diálogos que quizá revisten más importancia sobre el tema de la justicia —como son la *Repúblicas*, las *Leyes* y el *Político*— no sean tratados aquí, no es ninguna omisión, sino que se debe a que nos encontramos en la primera parte de una obra que pretende ser más amplia y abarcar tres volúmenes, de los cuales solamente conocemos el primero (del que ahora tratamos) y algunas partes del segundo publicadas en los últimos números de la revista «*Diánoia*» (Anuario de Filosofía, U.N.A.M., México).

Es de destacar en esta segunda edición (la primera es de 1981) la incorporación de índice de autores y materias, así como una bibliografía básica de aproximación al tema, todo ello le da a la obra (aparte de una presentación más acabada) un mayor interés, al facilitar su consulta y estudio, tanto a noveles como a iniciados.

Jesús Aquilino FERNÁNDEZ SUÁREZ

Oswaldo N. GUARIGLIA: *Ideología, verdad y legitimación*, Buenos Aires, 1986, Edit. Sudamericana, 296 páginas.

La obra compendia una serie de trabajos aparecidos entre 1978 y 1985 en diversas revistas científicas de difusión iberoamericana cuyo común denominador puede muy bien sintetizarse como estudios de «filosofía de la acción» o, postulándolo al modo germánico, «filosofía práctica». Esta orientación se transcribe en el análisis de las condiciones y límites de conocimiento práctico sobre dos problemas: la ideología y la justificación objetiva de las normas en relación al sistema de moralidad y legitimidad políticas. La respuesta del A. en ambos casos se articula en la defensa de la objetividad de la razón práctica y de las normas frente a las posiciones de relativismo en filosofía analítica y sociología política contemporánea.

Al abordar la problemática de la noción «ideología» respecto a la objetividad del conocimiento práctico, Guariglia concluye aceptando el aspecto positivo de aquélla en orden a una superación del conocimiento dogmático, es decir, reconociendo el condicionamiento real del conocimiento por el interés, pero conjurando a un mismo tiempo el aspecto negativo de la ideología o peligro de hiperideologización del conocimiento mediante el recurso a una sistematización crítica que permita la elaboración final de enunciados dotados de objetividad. Su tesis, que implica útiles consideraciones para con cuestiones de índole metodológica en filo-

sofía de la ciencia, se forma en buena medida por referencia a las doctrinas de Habermas, aunque en cierto sentido no atiende también de éste las reflexiones en torno a sistemas e ideologías sistematizadas. El tratamiento pormenorizado sobre ideología recorre en esta primera parte del trabajo el examen de las significaciones negativa y neutra del término, incidiendo para esta última —desde la elaboración soreliana— especialmente en lo relativo a problemas de teoría de la acción, que con posterioridad se desarrolla en la sociología de Pareto como teoría de los residuos y desviaciones constituyendo al cabo la propuesta positivista de ideología que heredada por Lawell, Kaplan, Kluckhohn, Topitsch, Apter, Sartori y otros se versiona hoy como «sistema de creencias» (caps. II y IV). El capítulo III (págs. 91-107), dedicado a «Conocimiento práctico, verdad e interés», y el I (págs. 15-65), sobre «Ideología y argumentación», ofrecen, este último en relación a «razón práctica» y «acción intencional» y aquél —con abundante alusión a los escritos de Amscombe y Wright— para con los ámbitos descriptivos (teoría de la acción), explicativo (teoría lógica de la acción) y deliberativo (teoría de la argumentación práctica), además de una valiosa exposición para metodólogos de la ciencia, un cúmulo de perspectivas y desarrollos muy aprovechables en orden a la teoría de la norma y para comentario sobre algún aspecto de la reciente doctrina del positivismo jurídico institucional.

Respecto de la justificación de las normas y para lo que en ello se implica con el sistema de moralidad y legitimidad políticas, Guariglia acomete el examen de tres modelos tradicionales —dos de carácter filosófico-político (Kant y Hegel) y uno socio-político (Weber)—, señalando en cada caso lo más progresivo y negativo, así como las limitaciones puramente lógicas y discursivas en sus particulares propuestas frente a los condicionamientos fácticos de las estructuras del poder, convencido de que «la crisis actual de legitimación de los regímenes políticos tiene una estrecha relación con la deficiencia teórica de fundamentación» (pág. 265). Los modelos estudiados se categorizan como normativos, pseudonormativos e instrumentales. El aristotélico kantiano —normativo— se caracteriza por distinguir entre el dominio del deber ser y del ser sin renunciar a una fundamentación objetiva y racional en el ámbito del deber ser. El hegeliano marxista supera y abandona la distinción entre deber ser y ser para establecer o reivindicar un determinado orden jurídico fáctico en donde tenga lugar una construcción simultánea del deber ser en el ámbito del ser verdadero. En cuanto al instrumental, la distinción es insalvable e irreductible; toda objetivación y racionalización está en el ser. El deber ser es arbitrario, subjetivo e irracional; de ahí el excepticismo ético y la proposición de paradigmas empíricos para equilibrio de poder. Esta naturaleza avalorativa y tecnológica, propia de la sociología weberiana y popperiana, que en filosofía política se traduce a través del cálculo de eficacia es la que el A. rechaza con más decisión reivindicando la justicia como valor informante supremo de la acción y legitimación políticas. En el modelo instrumentalista ve Guariglia, fundamentalmente, la propuesta invertida de una típica falacia naturalista: a partir de la existencia fáctica de un extendido relativismo ético y normativo se deduce la imposibilidad de fundamentar racionalmente un sistema normativo basado en principios iusnaturalistas y éticos objetivos, es decir, intersubjetivamente válidos (pág. 272).

Como conclusión, presentada como «posibilidad de un discurso legitimatorio», el A. procurará trasladar la idea de que «no solamente es posible establecer una objetividad desde el punto de vista del conocimiento científico en el ámbito

de la acción adoptando procedimientos adecuados a ella, pero al mismo tiempo rigurosos para establecer la verdad práctica..., sino que es posible demostrar que todos los argumentos que pretenden probar la imposibilidad de una fundamentación objetiva, es decir, intersubjetiva de los valores y de las normas, son o insuficientes o directamente falsos» (275). Así, la posibilidad de restauración de un sistema de moralidad y legitimidad reside, en suma, «en la construcción de un sistema normativo *postconvencional* basado en principios universalmente compartidos. Las líneas generales de ese sistema pueden ser sucintamente indicadas a partir de un *principio regulador* fundamental: la autonomía de la persona humana», aunque reconociendo —a pesar de las contribuciones de Habermas, K.O. Apel y Rawls— que es mucho más difícil establecer una fundamentación filosófica estricta que contemple no sólo una rigurosa prueba lógica, sino también prescripciones específicas de orientación positiva de la acción (págs. 283-284).

José CALVO GONZÁLEZ

Arthur KAUFMANN: *Gustav Radbruch*, Munich, Piper, 1987, 222 páginas.

Como es bien sabido, el profesor Arthur Kaufmann, Director del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Munich, es y se reconoce discípulo de Gustav Radbruch, con quien mantuvo una estrecha relación durante los últimos años de su vida y bajo cuya dirección realizó la tesis doctoral. Transcurridas casi cuatro décadas desde entonces, y coincidiendo con el momento en que —también bajo la dirección del profesor muniqués— se ha comenzado a publicar la *Gesamtausgabe* de las obras de Radbruch en veinte tomos, Arthur Kaufmann nos ofrece esta obra de carácter biográfico, que tiene la virtualidad de acercarnos un poco más a la vida y al pensamiento del insigne jurista alemán.

El libro comienza con un capítulo en que el autor, al hilo de la narración de su primer y último encuentro con Radbruch —acontecidos, respectivamente, en septiembre de 1945 y noviembre de 1949—, nos sitúa ante los rasgos principales de la personalidad de su maestro: lo describe como un «“vir justus”, un hombre que no sólo enseñaba la justicia, sino que, sobre todo, la vivía» (pág. 12), y nos habla de su amor y dedicación abnegada a la actividad docente. Tras exponer los rasgos principales de su personalidad, en el siguiente capítulo, Kaufmann describe la característica fundamental de su pensamiento: se trata, ante todo, de un «pensamiento antinómico» (pag. 23), de una forma de pensar que, frente al razonamiento en disyuntivas y en términos de «esto o aquello» propio de la Modernidad, se expresa más bien en términos de «esto y aquello» («Entweder-oder» frente a «Sowohl-als-Auch» [pág. 28]). A partir del tercer capítulo, Kaufmann sigue un criterio principalmente cronológico: narra la vida de Gustav Radbruch y —al mismo tiempo— analiza los temas principales de su obra, en los momentos de su vida en que van apareciendo.

Probablemente, el mérito principal de este libro radique en que nos da a conocer el perfil humano de Radbruch y las distintas etapas por las que atravesó su vida: su etapa de estudiante y la relación con Franz von Liszt en Berlín; su actividad política como parlamentario y como Ministro de Justicia en la República de Weimar; su actividad docente e investigadora en Heidelberg; su actitud en

todo momento hostil al régimen nazi y su consecuente aislamiento intelectual en esa época; y finalmente, su participación en la reconstrucción de la Universidad alemana en la posguerra, como Decano de la Facultad de Derecho de Heidelberg. Todo ello no carece de importancia, pues es obvio que el pensamiento de cualquier autor guarda una estrechísima relación con su personalidad y con su entorno social, y, por lo tanto, el conocimiento de estos datos biográficos representa una gran ayuda para la comprensión de la obra de Radbruch. Pero, además, Kaufmann trata específicamente a lo largo del libro ciertos temas que son de enorme interés para la Filosofía del Derecho.

La cuestión que con más frecuencia aparece a lo largo de todo el libro es la actitud de Radbruch ante el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Arthur Kaufmann dedica no pocas páginas a rebatir la tesis (defendida, entre otros, por Von Hippel) según la cual Radbruch habría pasado, como consecuencia del régimen nazi, de ser positivista a ser iusnaturalista. Según Kaufmann, tal tesis es falsa en sus dos partes. Radbruch nunca fue positivista (el autor cita un texto, ya de 1932, en el que se dice que «sin un mínimo de Derecho Natural la Filosofía del Derecho es absolutamente imposible» [pág. 27]) y nunca fue iusnaturalista, en el sentido de pretender derivar del concepto de naturaleza «un sistema completo de normas jurídicas objetivas y siempre verdaderas» (pág. 27) (dicha afirmación parece, sin embargo, dar a entender que Kaufmann considera semejante iusnaturalismo racionalista y maximalista como el único de los iusnaturalismos posibles). El núcleo de la teoría del Derecho de Radbruch se encuentra en la distinción de tres componentes en la idea de Derecho: la justicia como igualdad (principio de carácter puramente formal), la finalidad (que Kaufmann denomina también «justicia del bien común» o «justicia social»: es el componente que hace referencia al contenido material del Derecho) y la seguridad jurídica. Así pues, Radbruch —cuyo modo de pensar «antinómico» le habría permitido contemplar el Derecho Natural y el positivismo jurídico, no como excluyentes, sino como complementarios— habría afirmado como valores jurídicos tanto la justicia como la seguridad, y simplemente habría necesitado poner el énfasis en uno u otro, según fuera más pertinente en cada momento (pág. 153; cfr. págs. 123-128): de ahí las contradicciones que pueden advertirse entre textos de Radbruch de diferentes épocas, que para Kaufmann son sólo aparentes. En concreto, como contenido material del Derecho, Radbruch habría reivindicado siempre los derechos humanos, como pone de relieve el autor citando un texto de 1919 (págs. 155-156).

No sabemos si Kaufmann logra rebatir la tesis antes expresada, y en todo caso esto no es lo más importante. Lo fundamental es que Kaufmann nos muestra, una vez más, que en la obra de Radbruch, especialmente en sus últimos escritos, se encuentran los elementos necesarios para la reconstrucción de un iusnaturalismo mínimo y fiel a la Historia, como entre nosotros ha sido ya destacado por J. Ballesteros (cfr. *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 107): esto es, para una comprensión del Derecho que afirme la existencia de valores superiores al Derecho Positivo, si bien esos valores no son ahistóricos. Con todo, el libro que estamos comentando nos permite también apreciar las limitaciones del pensamiento de Radbruch, las cuestiones que el jurista alemán no acabó de resolver. Nos referimos ante todo a la cuestión de la obediencia al Derecho injusto y de la obligación ética del juez. Así, Radbruch escribió en 1932 que «para el juez es obligación profesional traer a efecto la voluntad de validez de la ley, preguntándose sólo lo que es Derecho y nunca lo que es justo...

Pues, aunque deje de ser siervo de la justicia porque la ley así lo quiera, continúa siendo siervo de la seguridad jurídica» (pág. 128). Más tarde matizaría su posición, y afirmaría en su escrito «*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*», de 1946: «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría resolverse afirmando que el Derecho positivo... también tiene preferencia cuando su contenido es injusto e inadecuado, salvo que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una dimensión tal que la ley como "derecho injusto" debe dejar su lugar a la justicia» (pág. 154). Pero, ¿cuándo alcanza la injusticia tal dimensión? ¿Es éste un criterio válido y suficiente? Se trata de preguntas que aquí sólo pueden ser planteadas.

Un segundo tema que nos parece conveniente indicar —al que Kaufmann dedica todo un capítulo del libro (pág. 180-188)— es la posición de Radbruch ante una cuestión de tan enorme trascendencia en el momento actual, como es el problema de la paz. Como nos recuerda el autor, Radbruch se autocalificó como pacifista (pág. 180). En concreto, el autor alemán sostuvo la imposibilidad de justificación jurídica de la guerra (esto es, la insostenibilidad de la doctrina de la guerra justa); y, como camino hacia la paz, Radbruch sugiere ante todo la construcción de una conciencia común internacional, que sería el único fundamento seguro en que se podrían asentar las organizaciones internacionales. Por lo demás, al tratar este problema Radbruch demostró adelantarse a los acontecimientos, y, en un momento en que la carrera de armamentos tenía unas proporciones muy inferiores a las actuales, advirtió de los peligros de la lógica de la disuasión, y así, escribió en 1919: «Una política que pretenda mantener la paz amenazando con la guerra conducirá al final de modo necesario a la guerra, aun en contra de la voluntad de los responsables de esa política» (pág. 184). Años más tarde, Radbruch vio hacerse realidad sus palabras, y en 1947 escribiría: «La terrible experiencia de la Segunda Guerra Mundial en su escalación hasta la bomba atómica nos sitúa ante la alternativa: paz mundial u holocausto mundial» (pág. 188). Nos parece que de esta frase —que por nuestra parte suscribimos— podría extraerse una clara consecuencia, a saber, que la construcción de la paz es la tarea más urgente y prioritaria en el momento actual, a la que deben de subordinarse cualesquiera otros esfuerzos.

Por supuesto, el libro plantea muchas más cuestiones de interés: valgan éstas como botón de muestra. El profesor Arthur Kaufmann nos ofrece, una vez más, una obra valiosa, que con toda seguridad animará a la investigación sobre el pensamiento de Gustav Radbruch: un pensamiento muy *discutible*, en el sentido más propio del término; esto es, que *merece la pena ser discutido*.

Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ

Michael LESSNOFF: *Social Contract. Issues in Political Theory*, London, 1986, McMillan, Education Ltd., 178 páginas.

El A., Senior Lecturer in Politics de la Universidad de Glasgow, inicia su obra con una pequeña introducción en la que, subrayando la dimensión práctica que la expresión «Social Contract» obtuvo en la vida política británica a partir de su empleo en el manifiesto del British Labour Party («At the heart of our programme to save nation lies the Social Contract»), justamente antes de su gran victoria en los comicios de octubre de 1974, resalta por demás su enorme carisma

y resonancia popular, aún incluso por encima de la probada y conocida condición redencionista de los lenguajes políticos. Con tal ocasión —el recordatorio del contrato (pacto, concertación) entre el Gobierno laborista y los trade unions— aprovecha para emprender el análisis del origen y tradición filosófica de aquella idea relacionando el concepto jurídico de «contrato» con la noción socio-política «contrato social», postulando el carácter análogo, que no de la plena identidad (págs. 2—7) entre la obligación jurídica y la política deducibles del acuerdo. Así, al examinar la nota de «promesa» entiende que ante la cuestión de un cumplimiento en todo caso jurídicamente exigible o un incumplimiento jurídicamente irrelevante, el problema debe quedar reducido a tomar la «promesa» como requisito necesario al nacimiento y para la perfecta constitución del contrato, sin entrar en el terreno de su ulterior eficacia. En cuanto al carácter de reciprocidad y condicionalidad, estima que conforme al derecho inglés (también en esto al derecho continental) en el «contrato» la promesa envuelve siempre ineludiblemente lo condicional, aunque no así lo recíproco (tal las obligaciones unilaterales), de manera distinta, pues, a cuanto sucede en el modelo de «contrato social», donde reciprocidad y condicionalidad aparecen en todo caso necesarias respecto de las diversas obligaciones generadas desde la promesa. Por último, a juicio del A., existe también una relativa semejanza —que a nosotros se nos hace más bien propiamente diferencial— en el dato de la autoridad que sustenta el acto de la promesa entre las partes, por más que la habitual separación entre teorías sobre la autoridad política y teorías del contrato social dificulte su correcta apreciación.

En esta dirección parece querer orientarse, con base en la disyuntiva de concepciones supernaturalistas y naturalistas de la legitimidad política de la autoridad, su estudio sobre la teoría contractual de la autoridad política. Organiza para ello un recorrido histórico articulado en seis capítulos (págs. 12-160). Arranca el primero en la Alsacia del siglo XI con Manegold de Lautenbach (1080) y la analogía entre el contrato de gobierno y el contrato de empleo, continuando con algunas referencias al agustinismo y voluntarismo ockamista para rápidamente atravesar toda la etapa medieval aludiendo sólo al *De Principatu*, de Mario Salomoni de Roma. Sigue el segundo con la Reforma, Guerras de Religión y Contrarreforma, mencionando el pensamiento del calvinista florentino Pier Martine Vermigli, Pedro Mártir, del escocés Georges Buchanan en *De Jure Regni apud Scotos* y la imagen del contrato de gobierno como contrato de mutuo, así como las tesis de la *Vindicae contra Tyranos* (1579), atribuida a Duplessis-Mornay, y las de la *Politica Methodica Digesta* (1663), de Althusius, para terminar con algunas y poco significativas remisiones a los teólogos-juristas españoles, los jesuitas Fernando Vázquez y Juan de Mariana (págs. 39-41). Del mecanicismo político del siglo XVII en Inglaterra se ocupa el capítulo tercero, simbolizado en Hobbes, Filmer y Locke (págs. 42-69). La teoría del contrato social europeo continental de los siglos XVII y XVIII lo protagonizan como culminación, crítica y nuevo planteamiento el *De jure naturae et gentium*, de Pufendorf; el *Contrato Social y Discurso sobre el origen de la desigualdad*, de Rousseau, un paréntesis crítico-geográfico a cargo de Hume, y la posición kantiana, para el capítulo cuarto. El quinto describe sucintamente la naturaleza del contrato en Hegel, comenta el contrato social como ideología en la teoría marxista de la mano de Pashukanis en «Theory of Law and Marxism» y D. Gautier en «The Contract as Ideology» y anota el tema de la obligación moral de obediencia a las leyes como obligación política en Hart («Are there any Natural Rights?») y su posible conexión a la doctrina

de la obligación «cuasi-contractual» de R. Scruton en *A Dictionary of Political Thought*, 1982 (págs. 121-122). El sexto y último (págs. 123-157) se dedica a las modernas teorías contractualistas representadas por Rawls en «Justice and Fairness» (1958) y *A Theory of Justice* —con J. Buchanan y G. Tullock en *The Calculus of Consent* (1962) como precedentes— y R. Nozick en *Anarchy, State and Utopia* (1974), sin indicación de otras más recientes aportaciones en ambos autores ni de tratamientos críticos complementarios y derivados.

Pues bien, de tales elementos compuesto, el panorama resultante no puede decirse acabado ni satisfactorio. La originalidad e interés que el planteamiento introductorio suscitara queda pronto diluido en un incompleto esquema meramente divulgativo cuyas conclusiones (págs. 158-160) valen sólo en tanto que resumen de lo tratado. Valiosos resultan sin duda los comentarios sobre Manegold, Salomonio, Duplessis-Mornay y Althusius, aun a pesar de que hubiera sido de agradecer un mayor despliegue crítico-bibliográfico que en algún momento faltaría casi absolutamente de no ser por la remisión permanente a Gierke y Carlyle, lo que, por otro lado, fuerza a desconocer, como para el caso de Althusius, la contribución de más recientes investigaciones, así, la de E. Bloch, *Vorlesungen zur Philosophie der Renaissance*, Suhrkamp, Frankfurt, 1972, al dejar establecido como antecedente de las tesis de aquél al discípulo y sucesor de Calvino Teodoro de Bèze, o destacar la raíz epicúrea de la doctrina sobre la fundación de la sociedad a través del pacto o contrato celebrado entre individuos. Conexión epicúrea que transparenta también el nominalismo de Ockham y, especialmente, el *Defensor Pacis*, de Marsilio de Padua, a mediados del siglo xv, de quien se omite toda noticia, tal como igualmente sucede respecto de la categoría de «pacto» entre los pensadores iusnaturalistas a lo largo del proceso de secularización racionalista del Derecho Natural, salvo la alusión desvertebrada a Pufendorf. Algunas de estas ausencias y discontinuidades vienen provocadas, a nuestro entender, precisamente por el peculiar plan de trabajo adoptado por el A. al excluir de esta obra, y reservar para un trabajo posterior (pág. 9), la «pre-historia» de las ideas del contrato social, Grecia antigua, acuciado por el laborioso examen de «fragmentarias o dudosas» fuentes que ello implica. La elección-renuncia, en la que es muy libre el A., genera, sin embargo, al presente estudio una importante disfunción histórico-especulativa. En este sentido, aparte de advertir que el carácter doxográfico y la dudosa autoría de los materiales ha sido en gran parte moderado y resuelta por especialistas como G. B. Kerferd (*The Sophist and his legacy*, Wiesbaden, 1979, y *The Sophist movement*, Cambridge, 1981) y que el fragmentarismo, siendo hoy insuperable y al menos también plenamente estable, cuenta con colecciones y recopilaciones tan útiles como las de M. Untersteiner y A. Battagzore (del primero, *I Sofisti*, 2 vols., Milano, 1963, 2.^a ed., y entre ambos, *Sofisti. Testimonianze e Frammenti*, 4 vols., Firenze, 1961-1967), lo verdaderamente lamentable de la exclusión es que, como demostrara B. Bobbio (*Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1979), el contractualismo medieval que en su dimensión de *pactum subiectionis* —a través de Platón o Cicerón— y sobre todo en la de *pactum societatis* —por el que los individuos reunidos se subordinan a un poder común— inspira el moderno y parte del contemporáneo como manifestaciones de la convencionalidad de las leyes y gobiernos y de la justicia misma, tiene en Epicuro y la tradición sofista su raíz y su germen primero.

José CALVO GONZÁLEZ

Aleksander PECZENICK (ed.): MEANING, Interpretation and the Law, Helsinki, 1986, Kustanaja A.-Tieto Oy.

Los artículos recogidos en este volumen abordan, desde diversos puntos de vista, cuestiones relativas a la complejidad del lenguaje del Derecho y a su incidencia en la comprensión e interpretación del mismo.

El volumen comienza con un artículo de A. Aarnio y A. Peczenick titulado *Beyond the Reality, A Criticism of Alf Ross' Reconstruction of Legal Dogmatics*, cuyo objeto es la crítica a la teoría de la validez de Ross. Los autores comienzan poniendo de relieve la doble versión en que puede ser interpretada la tesis de Ross: como teoría fuerte y como teoría débil del derecho válido. A tenor de la primera, el contenido de las proposiciones de la ciencia jurídica acerca del derecho válido deben entenderse como predicciones de que el derecho válido formará parte de la justificación de las decisiones judiciales futuras. Entendida como teoría débil, dicha predicción no se refiere al contenido real (empírico) de las decisiones, sino únicamente a sus consecuencias probables; lo que significa que, en definitiva, el derecho válido es una parte de una ideología supraindividual. Pues bien, el objeto de los autores se centra en mostrar que, incluso en el segundo de los sentidos, la tesis de Ross comporta ideas discutibles acerca de la sociología del derecho, la dogmática y la filosofía jurídicas.

En el campo de la sociología del derecho, argumentan en contra del postulado de una ciencia social avalorativa, así como de la tesis de que las consecuencias de las hipótesis de la ideología supraindividual puedan ser verificadas tal y como piensa Ross (quien identificando verificación y predicción sostiene que dicha ideología formará parte de la justificación de las decisiones).

En el terreno de la dogmática jurídica, Aarnio y Peczenick someten a crítica la distinción, neta para Ross, entre dogmática jurídica y política del Derecho, así como entre la primera y la sociología. Estos autores sostienen que la dogmática legal es una mezcla de expresiones descriptivas sobre las fuentes del Derecho y expresiones normativas o valorativas, y que en la investigación práctica es imposible diferenciar entre predicciones y valoraciones «no científicas». Combaten asimismo la tesis de Ross, según la cual, únicamente dentro de la dogmática legal puede adoptarse la teoría predictiva del Derecho válido. Contra esto sostienen que los jueces operan de manera similar a como lo hacen los autores de la dogmática jurídica, y que existe (y debe existir) una unidad del método judicial, la dogmática jurídica y una parte importante de la sociología, unidad que es el resultado de una racionalidad común de todas estas disciplinas y actividades.

El segundo trabajo es el de B. Rolf, *The Logic of Verifying Interpretations*. En él el autor defiende una teoría conceptualista sobre la verificación de las interpretaciones, a la vez que critica la teoría behaviorista de Quine y la mentalista de Hirsch. La tesis fundamental de Rolf es que el significado depende de la selección entre diferentes alternativas a las que se llega por medio del conocimiento de las diferencias y similitudes de significado. El significado incluye diferentes aspectos, entre ellos, la denotación, la connotación, el significado emotivo, las condiciones de verificación, etc. Por lo que al razonamiento inductivo se refiere, establece como principios fundamentales: que en el mismo deben ser tenidas en cuenta todas las pruebas relevantes, que la situación probatoria debe ser estable, y que deben ser tenidas en consideración hipótesis alternativas. Asimismo, plantea una serie de problemas (propósito de los autores e intérpretes del texto, carácter

del texto, diferentes versiones del mismo, etc.) inherentes a la determinación de los elementos textuales como bases para la interpretación.

Sostiene que los elementos de la interpretación no constituyen una colección no estructurada de hechos, sino que aquéllos pueden estar en función de la teoría, y que el conocimiento empírico necesario para la comprobación no puede deslindarse de la hipótesis interpretacional probada. La confirmación de las interpretaciones —dice— depende no sólo de los datos y de la lógica, sino también de principios sintéticos «a priori» como el de la uniformidad del uso y el de que la interpretación del significado implica la adscripción de racionalidad al autor del texto.

El siguiente trabajo corre a cargo de M. Furberg, y lleva por título *On Reading the Law*. Aquí el autor parte del hecho de que interpretar el Derecho no coincide exactamente con la interpretación de un texto o una serie de textos. La interpretación del Derecho requiere distinguir (y, por tanto, analizar sucesivamente): el significado del mismo, la comprensión de lo que significa y la interpretación de dicho significado.

Distingue el autor entre la *recived view*, según la cual, los tres conceptos mencionados deben ser distinguidos, y la *revisionary view*, que los identifica. Mantiene la tesis de que en nuestro lenguaje no hay una línea divisoria clara entre comprensión e interpretación; y concluye señalando que todas las interpretaciones del Derecho requieren del texto: que éste diga algo. que lo que diga no pueda ser directamente aplicado al caso como cuestión, puesto que es inadecuado por diversos motivos, y que la interpretación realiza una aplicación posible sin modificar lo que dice el texto. Esto último implica que la interpretación es esencialmente contestable desde el momento en que no dice lo que el Derecho es, sino únicamente da sugerencias acerca de en qué sentido puede ser entendido.

B. Hanson, en su artículo *Rules and Principles—Two kinds of opacity* emplea la conocida distinción de Dworkin entre reglas y principios como punto de partida para mostrar los diferentes tipos de vaguedad de las normas. Para ello comienza distinguiendo tres tipos de normas morales que se encuentran tanto en contextos éticos como morales: posturas morales, principios morales y reglas morales. Estas son similares respectivamente a otras normas jurídicas: precedentes, sistema de Derecho escrito y Derecho escrito tradicional. A continuación ilustra la referida distinción a través de la división en tres formas en las que uno puede designar un acto: indicación intensional, extensional y ejemplificadora. La primera expresa un acto-tipo (p. ej. «asesinato») y es conceptualmente clara en la medida que expresa los caracteres esencial del acto-tipo, aunque no excluye la posibilidad de vaguedad. Por medio de la indicación extensional se expone un número de ejemplos de actos, de manera que la descripción resulta clara para cada ejemplo particular, pero es conceptualmente vaga en el sentido de que es dudoso qué características son las esenciales. La indicación ejemplificadora señala un acto particular y sugiere un acto-tipo. A continuación distingue tres tipos de vaguedad: a) referencial y conceptual, referida a posturas morales y precedentes; b) referencial, referida a los principios y al sistema de Derecho escrito, y c) conceptual, concerniente a las reglas morales y al Derecho escrito tradicional.

El autor concluye diciendo que por lo que respecta a las reglas morales (teniendo en cuenta la importancia de las mismas), la claridad conceptual es más importante que la claridad referencial, y que en el terreno jurídico es más importante la claridad referencial.

El quinto trabajo, ON LANGUAGE, *Interpretation and the Law* es obra de L. Hertzberger. En el mismo se someten a examen algunos de los caracteres del lenguaje legal que permiten hablar de problemas interpretativos. Para ello el autor toma como punto de partida la teoría wittgensteiniana del significado como uso y mantiene la tesis de que las diversas formas en las que las interpretaciones pueden convertirse en cuestión en Derecho dependen de las formas en las que devienen una cuestión en el lenguaje; en definitiva, que la legitimación de la interpretación legal viene dada por la indeterminación de nuestro uso del lenguaje.

Distingue tres formas de indeterminación: vaguedad, conflicto de criterios y textura abierta, y centra su atención en la determinación de en qué condiciones ha de considerarse un caso excepcional la aplicabilidad de una expresión. Para responder a esto, tomando como ejemplo la vaguedad, sostiene que la vaguedad de una expresión es una cuestión de que los hablantes que estén dispuestos a considerarla como tal. Ello le lleva a afirmar que la cuestión de si dos hablantes expresan lo mismo a través de lo que dicen no se resuelve únicamente teniendo en cuenta las circunstancias de sus respectivas emisiones, sino también la actitud de cada uno de ellos hacia lo que dice el otro. El artículo finaliza con una breve referencia a dos tipos de interpretación jurídica: oficial y no oficial; para concluir diciendo que, sin negar la importancia del razonamiento jurídico, se está sobrevalorando su importancia al suponer que a través del mismo se determina el significado real de las expresiones del lenguaje común.

El presente volumen lo cierra el trabajo de A. T. Mortensen, *Some Problems in Describing Complex Actions*. El autor aborda algunos problemas relativos a la descripción de acciones complejas. Trata en primer lugar la distinción entre descripción de acciones y descripción de eventos, para centrarse exclusivamente en las primeras. Aborda en primer lugar la forma lingüística de las acciones, subrayando el carácter social de todo lenguaje, y el hecho de que la descripción de las acciones forma parte, y, por tanto, es una condición, de las acciones que son descritas. Analiza en segundo lugar la complejidad que presenta la descripción de acciones desde el momento en que implican la descripción de su contexto, la descripción de la propia interpretación que los actores hacen de lo que ha sucedido, y la inclusión de valoraciones morales; así, estas relaciones deben ser incluidas en la descripción, y son una precondition para la evaluación de sus partes individualmente consideradas.

De la misma forma que sucede con la descripción del lenguaje, en la descripción de acciones hay que diferenciar dos niveles: el nivel de hecho y el nivel de interpretación. Plantea el problema siguiente: ¿de acuerdo con qué criterio puede uno elegir cuándo se presentan dos o más descripciones?; y a continuación establece cuatro reglas para describir las acciones de una manera adecuada.

Concluye subrayando la imposibilidad de reducir o asimilar la descripción de acciones a la descripción de eventos, a la vez que indica que la descripción de acciones puede ser empleada para legitimar el ejercicio del poder, ocultándose así la complejidad inherente a aquéllas.

Victoria ITURRALDE

Antonio Enrique PEREZ LUÑO: *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías de la información*, Madrid, 1987, Fundesco (Colección «Impactos»), 154 páginas.

El devenir de la historia confirma, una vez más, las enseñanzas de Heráclito «el Oscuro» en el sentido de que todo fluye y cambia en el mundo constantemente, en un proceso de mutabilidad continua que, en lo concerniente a nuestra época, se caracteriza además por su progresiva aceleración, principalmente a partir del tránsito de la revolución industrial a lo que hoy ya se denomina como revolución tecnológica o técnico-científica, cuyos objetivos se cifran —como señala Roger Garaudy— en la conquista de estos tres infinitos: lo «infinitamente pequeño», o dominio de la energía atómica; lo «infinitamente grande», o exploración de los espacios interplanetarios; y, finalmente, lo «infinitamente complejo», que vendría determinado por la revolución cibernética, con el empleo progresivo de los ordenadores, la automatización de la producción y la utilización de la informática (*Le grand tournant du socialisme*, Gallimard, Paris, 1969). A este respecto se ha afirmado que la aceleración del ritmo de la historia en el curso de estas últimas décadas no tiene precedentes aumentando los poderes del hombre sobre la naturaleza en veinte años, más que a lo largo de veinte siglos. Pero los importantes cambios producidos no han de medirse sólo cuantitativamente, sino sobre todo cualitativamente, valorando su profunda incidencia en las dimensiones socio-económica, cultural, política, filosófica y jurídica de la convivencia humana, en la que se van engendrando continuamente nuevas necesidades que, a su vez, exigen la configuración de nuevos valores que puedan orientar la planificación y desarrollo de tan gigantesco y vertiginoso proceso de cambio social.

Estos nuevos adelantos técnicos, sobre todo en lo que concierne al complejo ámbito de la comunicación informatizada, se han ido instalando inexorablemente en nuestra cotidianidad, hasta tal punto que, incluso en países tecnológicamente poco desarrollados, los ciudadanos ya están familiarizados desde la niñez con las nuevas nomenclaturas —neologismos normalmente importados— con las que se designan estos medios, aceptando con admiración y entusiasmo su progresiva y masiva utilización en las esferas pública y privada de la convivencia, sin preocuparse demasiado por calibrar seria y críticamente su consecuencialidad positiva o negativa en todos los órdenes de la vida social.

En el análisis, pues, de este importante acontecimiento tecnológico, no puede bastar una mera investigación prospectiva de los medios que conlleva, sino fundamentalmente de los fines que darán contenido a ese nuevo «proyecto civilizador», del que también nos hablaba el filósofo francés citado, considerando que, a partir de esta reflexión sobre el desarrollo de las nuevas técnicas y de sus consecuencias para el desarrollo de la humanidad, podrá tal vez bosquejarse una antropología prospectiva que «no estará ya fundada sobre el concepto metafísico de la naturaleza humana, sino sobre un concepto histórico del hombre como el ser que se va creando a sí mismo sin límite alguno» (*Palabra de hombre*, Edicusa, Madrid, 1976) y que, como escribió J. Huxley, tendrá como papel esencial el de «asumir la evolución, dirigirla y orientarla» (cit. por Garaudy en *Le Projet Espérance*, ed. R. Laffont, Paris, 1976). Por eso el afrontamiento de esta problemática supone tomar conciencia, asimismo, de los graves riesgos que la utilización de las nuevas tecnologías puede conllevar no sólo para el disfrute de la convivencia en libertad de los ciudadanos y el ejercicio de sus derechos funda-

mentales, sino incluso para la propia supervivencia de los pueblos y la paz mundial; peligros sobre los que los científicos más prestigiosos continúan alertándonos, como lo hicieron en su día los integrantes del llamado Club de Roma, quienes impulsaron una campaña a escala internacional en favor de la supervivencia, reivindicando una nueva filosofía de la vida según la cual el ser humano debiera aprender a vivir con la naturaleza y no contra ella, e instaban a los gobiernos, a los empresarios y a los sindicatos de todo el mundo para que se enfrentasen con los hechos y adoptasen una política adecuada antes de que fuera demasiado tarde (vid. E. Goldsmith y otros, *A. Blueprint for Survival*, «The Ecologist», enero, 1972).

En este cauteloso y a la vez esperanzado contexto ha de situarse la rigurosa reflexión crítica y prospectiva que nos ofrece el profesor Antonio Enrique Pérez Luño, en su nuevo trabajo acerca de los problemas filosóficos, políticos y socio-jurídicos que plantea la irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad contemporánea, centrándose sobre todo en el importante impacto producido por los novísimos avances tecnológicos en el complejo ámbito de la información. Esta obra, fruto de su ya larga trayectoria y fecunda labor investigadora en esta misma línea temática (recuérdense sus obras anteriores: *Cibernética, informática y derecho. Un análisis metodológico*, 1976; *La intimidad en la sociedad informatizada*, e *Intimidad e informática en la Constitución*, 1984; o sus otros trabajos: *La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución Española de 1978*, 1979; *Informática jurídica y Derecho de la informática en España*, 1983, etc.), constituye sin duda una valiosísima contribución científica en la todavía escasa bibliografía en lengua castellana sobre esta materia.

Frente al pesimismo que entrañan las todavía frecuentes descalificaciones apocalípticas que se formulan acerca de las incesantes innovaciones tecnológicas que están revolucionando tan intensamente nuestra vida cotidiana, sobre todo en los ámbitos de la información y de las comunicaciones, hasta tal punto que ha llegado a decirse que el ser humano ya no es para la ciencia actual ni *homo faber* ni *homo loquens*, sino principalmente *homo informivorus*, pues consume sobre todo información, lo que ha contribuido a desarrollar una nueva ciencia: la ciencia cognoscitiva, potenciando a su vez una psicología del conocimiento que centra su interés en el hombre como sujeto «que sabe cosas» (vid. A. Riviére, *El sujeto de la psicología cognitiva*, Alianza, Madrid, 1987), Pérez Luño trata de evaluar crítica y serenamente el impacto de estas nuevas tecnologías en las diversas esferas del tejido social, consciente de que representan no sólo una realidad inevitable e irreversible que no puede soslayarse, sino que, además, constituyen valiosas herramientas que pueden y deben ser encauzadas para diseñar un futuro mejor para toda la humanidad, elevando sus cotas de paz, justicia, progreso y libertad. Animado por esta firme convicción que entraña un indudable optimismo antropológico, pero sin olvidar los riesgos que también entraña la utilización de las NTI, hace un llamamiento a la responsabilidad de todos, especialmente de los políticos y de los intelectuales, para que se esfuercen por hacer realidad estos objetivos.

Con este *leitmotiv* aparece estructurada su obra en cuatro amplios apartados. En el primero de ellos (*El impacto actual de las NTI y la comunicación*), analiza las repercusiones mediatas o inmediatas derivadas del impacto de estas modernas tecnologías en los sectores medioambientales, económico, social, cultural y político; concluyendo con unas reflexiones acerca de su significación ideológica y utó-

pica en las que subraya la necesidad de luchar contra todas las «entropías» de cualquier signo que tratan de monopolizar y manipular el progreso tecnológico. En el segundo apartado (*Marco conceptual de las implicaciones socio-jurídicas de las NTI*), nos propone el autor aquellos instrumentos epistemológicos que permitan abordar la conceptualización y correcta hermenéutica de la incidencia socio-jurídica de las nuevas tecnologías, analizando para ello la génesis, evolución y significación de la juscibernética y de la informática jurídica, para concluir examinando los rasgos y caracteres que configuran en nuestra época la aparición de una nueva disciplina jurídica con plena substantividad y autonomía científica: el «derecho de la informática» o «derecho informático», como también la denomina Frosini (vid. *De la informática jurídica al derecho informático*, «Informati-ca e Diritto», núm. 2, 1983). En la tercera parte de esta monografía (*La documentación jurídica ante el desarrollo de las NTI y la comunicación*), estudia Pérez Luño la influencia y la problemática de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el procesamiento de la documentación de las ciencias sociales y, de modo especial, de las fuentes de conocimiento jurídico, proporcionando al jurista de la sociedad postindustrial importantísimas ventajas en sus tareas investigadoras, sobre todo mediante el acceso a bancos de datos jurídicos incorporados a redes de telecomunicación; sin que, por ello, deba descuidarse una continua reflexión crítica y valorativa de los riesgos y ventajas que conllevan estas innovaciones tecnológicas, sobre todo en la esfera de la documentación jurídica, procurando que el perfeccionamiento lógico aportado por la técnica vaya siempre acompañado del consiguiente compromiso ético. En el último apartado de esta obra (*Repercusiones sociales, jurídicas y políticas de las NTI y la comunicación*), el autor trata de responder a la apremiante cuestión de si existen estructuras sociales o cauces jurídico-políticos adecuados que permitan orientar el proceso tecnológico hacia metas que conjuguen el progreso con la libertad, proponiendo el establecimiento de garantías institucionales que protejan eficazmente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos frente a una eventual agresión tecnológica, y especialmente informática, de los mismos, subrayando el interés prioritario que reviste una correcta reglamentación jurídica de la utilización de estas nuevas tecnologías a través de cauces inequívocamente democráticos.

El documentado ensayo del profesor Pérez Luño contribuye sin lugar a dudas a desarrollar esa tarea de tasación crítica y serena acerca de la incidencia de estas nuevas tecnologías en el entramado de la vida social, sobre todo en nuestro país, en donde —como se afirma en la contraportada del libro— esta labor asume ahora el signo de un desafío inaplazable. De ahí que, en toda su exposición, huya constantemente de planteamientos radicales y maximalistas que —con palabras de Román Gubern— entrañarían el peligro de desembocar tanto en una «tecnolatría» celebrativa como en una «tecnofobia» catastrofista (*Los nuevos comportamientos del «Homo electronicus»*, «El País», 17-6-84); por ello, procura superar, de una parte, las visiones apocalípticas que, recordando el antimquinismo industrial del siglo XIX, auguran al proceso tecnológico un oscuro destino, como si propiciara el advenimiento de una sociedad insolidaria e inhumana, controladora y totalitaria, generadora de paro, aislamiento y despersonalización en la mayoría de los ciudadanos; y, de otra parte, el enfoque optimista radical o integrado que, recordando las actitudes panglossistas del personaje literario creado por Voltaire, contempla estas nuevas tecnologías informáticas de una manera triunfalista y acrítica, como si constituyeran la vía de acceso al mejor y más

perfecto de los mundos posibles. Frente a estos enfoques tan antitéticos, la posición mantenida por A. E. Pérez Luño podría inscribirse en una tercera vía, según la cual debe superarse esa pretendida disyuntiva que, además de maniquea es falsa, puesto que la inevitable e irreversible revolución tecnológica representa un potencial ambivalente, susceptible de ser utilizado para bien o para mal de la humanidad, por lo que incumbe a todos la responsabilidad de atemperar y encauzar las consecuencias que pueden derivarse de su utilización. Para ello, la alternativa razonable frente a esa opción equívoca no puede ser otra —según el autor— que la de «una disciplina jurídica eficaz y democrática de los medios tecnológicos de información y control; de forma que la informática jurídica, lejos de actuar como medio opresivo, se convierta en vehículo para una convivencia política en la que el progreso no se consiga al precio de la libertad y de la justicia» (pág. 148). Pero, para hacer realidad este propósito, propiciando el juicio crítico y la reflexión totalizadora e interdisciplinaria entre el mundo de las máquinas y el mundo de los hombres, ha de desarrollarse entre los juristas una conciencia tecnológica que les permita afrontar con rigor y responsabilidad los nuevos problemas que en todas las esferas de la vida social está planteando ya la revolución telemática, evitando así las sombrías y sobrecogedoras premoniciones orwelianas sobre el futuro de la humanidad. En este sentido, el trabajo del profesor Pérez Luño ofrece a todos los operadores jurídicos un excelente instrumento de mentalización crítica para afrontar con lucidez y decisión el reto que plantea la irrupción de estas innovaciones tecnológicas en nuestra convivencia cotidiana, orientando su aprovechamiento para hacer posible cada día una vida más justa, más libre, más feliz, y por lo tanto también más humana. A construir esa realidad nos convoca esperanzadamente esta obra, pues —como escribiera Ernst Bloch— «el hombre, juntamente con el mundo que le rodea, es una tarea que hay que realizar, una inmensa reserva del porvenir» (*Das Prinzip Hoffnung*, Frankfurt A. M., 1959).

Antonio RUIZ DE LA CUESTA

M.-F. RENOUX-ZAGAME: *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Librairie Droz, 1987

Ir a las raíces de los textos jurídicos fundamentales resulta altamente ilustrador para captar más plenamente su génesis y su contenido. A la vez, permite matizar mejor su fuerza y su dinamismo en el seno del ordenamiento jurídico de un grupo políticamente organizado.

Es lo que ha pretendido hacer M.-F. Renoux-Zagamé respecto del moderno concepto de propiedad. Y ha seguido la vía de buscar dichas raíces en la segunda escolástica, en la que ocupa un lugar preferente la escuela de teólogos-juristas de Salamanca del siglo XVI, que tuvo en Francisco de Vitoria su genial iniciador. A juicio de Renoux-Zagamé, los presupuestos sobre los que los miembros de la segunda escolástica elaboran su doctrina se transmiten, modificados ciertamente, al iusnaturalismo racionalista. De las grandes construcciones sistemáticas racionalistas pasarán, luego, a los códigos modernos.

¿Está justificado tal itinerario? Pensamos que una reflexión sobre los textos alegados no permite afirmar que, en la segunda escolástica, haya aquel profundo desacuerdo con las líneas genuinamente tomistas que de la lectura del libro parece deducirse. Ciertamente se descubre la inspiración de M. Villey que no mira con simpatía a los derroteros de la escuela salmantina por considerar que, en sus planteamientos, se aleja excesivamente de los presupuestos sentados por Santo Tomás.

¿Existe en ésta y, en general, en la llamada segunda escolástica, una infidelidad a las líneas maestras tomistas, infidelidad que, a la postre, lleve a desembokes muy lejanos de los objetivos perseguidos por los maestros salmantinos, pero que fluyen, en ordenada secuencia, de los planteamientos hechos por éstos? Es ésta una cuestión que se suscita de la lectura del libro de Renoux-Zagamé a propósito del concepto de derecho de propiedad.

Es cierto que la visión del derecho de propiedad privada, el *dominium rerum*, tal como se configura en Santo Tomás, no es coincidente con la que se apunta en Vitoria y en los demás miembros de la escuela; pero no es distante. La fundamentación de dicho derecho es la misma. El *dominium* es considerado como una realidad analógica y, en este punto, hay una substancial coincidencia entre los presupuestos de Santo Tomás y los de la escolástica salmantina del siglo XVI. La participación analógica del *dominium* del hombre en el *dominium* divino corre parejas con la visión tomista del ser creado como participación no unívoca, sino análoga del ser divino. La realidad creada encuentra en el Ser en plenitud, que es Dios, su razón de ser y su consistencia. Como es sabido, ahí radica la explicación de la pluralidad de seres, *entia*, creados y, por tanto, limitados y dependientes y la transcendencia del ser increado. Creemos haber puesto de manifiesto en otro lugar, la coherencia interna de la postura de Francisco de Vitoria y de Domingo de Soto, por poner dos ejemplos entre los más relevantes, con las bases tomistas genuinas (1).

No se trata de que el dominio originario del hombre constituya una especie de emanación del dominio de Dios, como atribuye Renoux-Zagamé a los representantes de la segunda escolástica. No hay tal *emanación*, sino que se trata de una participación analógica en el dominio divino. Lo cual es plenamente coherente con las tesis tomistas.

Es cierto que la escolástica protestante del siglo XVI y XVII es, en gran parte, deudora de la escolástica católica. Como también lo es que el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII depende en no poca medida, y frecuentemente de manera crítica, de los grandes autores de la segunda escolástica. Las invectivas de Pufendorf a los escolásticos protestantes de su tiempo que acudían constantemente Suárez como *metaphysicorum papa*, o Santo Tomás como *moralistarum princeps*, son harto significativas. Hace algunos años, nos detuvimos en considerar la raigambre suareciana de los *entia moralia* que Pufendorf presenta como novedad, aunque les dé perfiles distintos de los que el teólogo jesuíta atribuye al *esse morale* (2).

(1) BRUFAU PRATS, J.: *La noción analógica del «dominium» en Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto*, en «Salmanticensis» 4(1957), pp. 96-136.

(2) BRUFAU PRATS, J.: *Suárez y la Ilustración*, en «Cuadernos Salmantinos de Filosofía» 7(1980), pp. 65-79. Y también, *La actitud metódica de Samuel Pufendorf y la configuración de la «disciplina juris naturalis»*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1986.

El derecho de propiedad privada, *divisio rerum*, aparece en la escolástica salmantina del quinientos como un derecho natural secundario derivado del radical dominio que el hombre tiene sobre la creación, atendida la realidad histórica en que se halla el género humano después de la caída original. Tal derecho natural de propiedad privada tiene, en estos autores escolásticos, un sentido muy lejano a la consideración de un derecho absoluto derivado inmediatamente de la naturaleza humana. Es, en esta perspectiva, un derecho condicionado y relativo, que dista mucho de la concepción individualista que encontramos en los iusnaturalistas racionalistas.

Hay que reconocer, como muy bien pone de relieve Renoux-Zagamé, que en el seno de la especulación teológica medieval se dio la tendencia a vincular el *dominium rerum* a la gracia sobrenatural de suerte que, al perderse ésta por el pecado mortal, se perdía también aquél, lo mismo que se perdía el poder político, el *dominium iurisdictionis*. Pero, precisamente se lee en los textos de los autores adscritos a la segunda escolástica —al menos en muchos de los más significativos, como Vitoria, Soto, Suárez, etc.— un rechazo frontal a tales posiciones. La actitud medieval de presentar las reivindicaciones político-sociales con conceptos y lenguaje teólogos no es participada, en la misma medida, por los teólogos salmantinos. La distinción —no oposición— entre el orden natural y el orden sobrenatural les ponía al resguardo de aquellas actitudes, con las que expresamente están en desacuerdo.

Por lo que se refiere a los maestros salmantinos del siglo XVI, ya hemos anotado que no puede atribuírseles una identificación del dominio humano con el dominio divino. Acabamos de recordar su visión del primero como participación analógica del segundo; y ello en virtud de ser el hombre *imago Dei*. La consideración del estado de inocencia original antes del pecado, no obsta para que se atribuya al hombre, por su condición de tal, la facultad de apropiarse de los bienes creados que le son necesarios para llevar a cabo su propia vocación, inscrita en su propio ser, a su plena realización personal.

La concepción antropológica del hombre que adopta el iusnaturalismo racionalista es la que da un nuevo giro a lo afirmado en las aulas salmantinas. No se trata de un desarrollo de algo que germinalmente estaría en las tesis de los maestros escolásticos del siglo XVI y XVII, sino más bien de una novedad que da nuevo y diverso sentido a aquellas tesis.

A nuestro juicio, no cabe presentar a la segunda escolástica como un escalón más hacia las posturas del individualismo en la Ilustración y que darán lugar a la concepción que articula los tratados sistemáticos de *De iure naturae et gentium* de corte racionalista. El iusnaturalismo racionalista procede progresivamente a una laicización del derecho humano y, en este proceso, aparece expresamente como opositor a las tesis más genuinas de la segunda escolástica.

Pensamos que el proceso histórico indica una nueva posición en la concepción del derecho de propiedad; pero de ello no puede deducirse que, al menos por lo que se refiere a los teólogos-juristas salmantinos, sus tesis constituyan una etapa previa que llevará en sí misma los gérmenes que habrían de conducir al nuevo concepto de propiedad que se expresa en los tratados sobre el derecho natural y de gentes de las grandes figuras de la Ilustración como Pufendorf, Thomasius y Wolff, por citar a algunos de los autores más caracterizados.

La pregunta que abre la conclusión final viene como anillo al dedo a lo que

acabamos de decir: los teólogos de la segunda escolástica ¿han traicionado o han sido traicionados?

Estamos totalmente de acuerdo con Renoux-Zagamé cuando señala que no es preocupación dominante en los pensadores de la Contrarreforma católica el deseo de dar carta de naturaleza a las nuevas formas de la economía capitalista y de asegurar los nuevos modos de explotación de los bienes y de organización del trabajo. Con todo, la preocupación por los problemas económicos está presente en muchos de ellos, por ejemplo en Vitoria y Soto como hemos mostrado en otro lugar (3).

Hay que admitir que la concepción antropológica de los maestros salmantinos no es una simple confluencia de la tradición medieval. Según ellos, el hombre se encuentra inmerso en el cosmos como en un todo ordenado que constituye, a su vez, un microcosmos que resume armónicamente todo el conjunto de la creación. Pero queda bien patente, también, que tiene una vocación esencial a realizarse como ser racional y libre y, por ende, a utilizar los bienes creados para este fin, sobre los que posee un dominio real.

El nominalismo, frontalmente rechazado por la Escuela de Salamanca (la ingente obra lógica de Domingo de Soto le dio el golpe de gracia en el Estudio General salmantino), tuvo ciertamente su incidencia en el talante de los miembros de la escuela por la relevancia que adquiere en ella la atención por lo concreto. Lo cual llevaba consigo la reelaboración doctrinal para hacer frente a la nueva problemática que brotaba de una realidad político-social nueva. Precisamente lo que caracteriza a la Escuela salmantina es la aplicación de los principios del tomismo, firmemente profesado en el convento de S. Esteban de Salamanca después de la restauración de la vida conventual genuinamente dominicana que tenía uno de sus firmes pilares en el estudio según la doctrina de Santo Tomás.

Razón tiene Renoux-Zagamé en señalar que el sentido profundo de la visión del dominio que se presenta en la segunda escolástica —y, por tanto, en la Escuela salmantina de teólogos juristas— es totalmente extraña a la concepción del dominio humano como un derecho ilimitado y absoluto que permite al hombre usar a su antojo de los seres de la creación. La distinción entre el *dominium in genere* y la propiedad privada (*divisio rerum*) es capital para entender la actitud de la segunda escolástica. El primero está fundado en la naturaleza del hombre en cuanto que es un ser racional y libre y el segundo comprende las formas concretas de apropiación individual. Es certera la observación de Renoux-Zagamé de que tal concepción está muy lejos de la del iusnaturalismo racionalista en general. Como lo es su afirmación de que, en los teólogos-juristas, el dominio humano se subordina necesariamente al dominio divino del que participa y del que depende siempre.

Nuestra discrepancia con respecto a las afirmaciones de Renoux-Zagamé gira en torno a lo sostenido por ésta de que la segunda escolástica ha aportado la mayoría de los elementos que han permitido construir la tesis de un derecho natural del hombre a apropiarse de todas las cosas y a usar omnímodamente de todas ellas. La inserción de perspectivas mecanicistas inspirada en los principios del método científico que el racionalismo preconizaba y la contemplación del mundo como una masa de elementos indiferenciados y sometidos a la causalidad física

(3) BRUFAU PRATS, J.: *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1960.

es obvio que arruinaran la visión del hombre y del mundo que sostenía la doctrina escolástica del dominio. Lo cual implicaba un nuevo modo de ver la propiedad privada, totalmente distinto del que habían perfilado los teólogos-juristas. El dominio, tanto en su versión de propiedad privada (*divisio rerum*) como en la de poder político (*dominium iurisdictionis*) quedaba vaciado de su anterior sentido para pasar a establecerse una separación tajante entre el dominio humano y el dominio divino, entre el dominio de la criatura y el dominio del Creador.

La afirmación, por parte de los teólogos-juristas, del derecho del hombre singular a apropiarse de bienes en régimen de *divisio rerum* responde a un sentido realista de la vida social en el estado en que ésta se desarrolla, que podía haber sido otro, pero que históricamente es irreversible. Si sostienen que el derecho de propiedad privada es un derecho natural secundario, es lógico que afirmen también la justificación de la apropiación de bienes. Pero no está en ellos la raíz de que tal apropiación constituya un derecho absoluto, ni de que se trate de un derecho innato. Será la nueva cosmovisión ilustrada la que dará este otro sentido al derecho de propiedad.

Consideramos justo el veredicto final de Renoux-Zagamé de que los teólogos de la segunda escolástica no son responsables de lo que no habían previsto, ni querido. Y de que están libres de toda sospecha de complicidad.

En cambio, creemos que no es correcto afirmar respecto de ellos que se les pueda hacer el reproche de haber sido imprudentes y que tal imprudencia es, en ellos, grave. Y aún es menos admisible que pueda achacárseles el haber dado ponderación divina a una construcción humana —«il est toujours périlleux de mettre le poids de Dieu dans une construction humaine»—, pretendiendo que la realización e incluso la deificación del ser humano —como individuo o como Estado— se deba, al menos en parte, a la vía que dichos teólogos escolásticos empezaron a trazar.

En todo caso, estamos ante un estudio serio, elaborado sobre fuentes y bien articulado que pretende llegar a unas conclusiones interesantes y sugerentes, pero que, a nuestro parecer, no se cohonestan bien con lo que la lógica y la historia demandan.

Jaime BRUFAU PRATS

Salvador RUS RUFINO: *El problema de la fundamantación del Derecho. La aportación de la Sofística griega a la polémica entre Naturaleza y Ley*, Universidad de Valladolid, 1987, 230 páginas.

Afianzar ante la aparición de un reciente trabajo de investigación su reseña bibliográfica, sin descuidar por ello la tendencial pretensión crítico-científica que debe acompañar a toda recensión, recomienda para el caso de estudios sobre el pensamiento antiguo proceder entendiendo que aquellos que acometen su examen se encuentran por lo general asistidos de un pertrecho metodológico y un acervo de conocimientos que, en su dimensión de especialidad, lógicamente excede el bagaje cultural acumulado sobre esa misma materia por quienes, en razón a intereses plurales o diversos, no la profundizan con dedicación semejante. En este sentido, con la publicación de la presente obra —cuyo A. pertenece a ese círculo de iniciados e instruidos en los estudios clásicos, por desgracia cada día menos frecuentados, y ha mostrado ya además una insistente y continuada atención a la Sofística griega (núms. 2-9, pp. 10-12, *Prólogo*) ahora aquí sistematiza-

da y aplicada al problema *physis-nomos*— antes que cualquier otra consideración conviene avanzar que el panorama bibliográfico de la disciplina recibe con ella una contribución de la que, singularmente en temática de Historia de la Filosofía del Derecho, no se ve sobrada. Dos dificultades aparecen para el reconocimiento pleno de este justo mérito: una formal y otra deducida de la estructura de su contenido.

La primera, de entrada no imputable —del todo al menos— al A., procede del título y subtítulo elegidos y, en concreto, del orden con que se nos presentan. Lo propio, sin duda, hubiera sido invertir su colocación, exhibiendo desde el principio en extracto —pues ese debe ser como en cabeceras, rótulos, carteles, etc., el propósito de un título— la materia fundamental (polémica sofística en cuestión) a que luego se dará tratamiento por extenso. Quedan los subtítulos o acotaciones titulares para sugerir, a modo de «temi emergenti», problemas en mayor o menor medida implicados o subsumidos (como lo está el del «prius» o fundamentación del Derecho) por el capital. De otra forma, desvirtuado aquél y éstos, se perjudica el diálogo y debate que a través de la obra el A. ofrece, tanto o más que el deseo del lector en aceptarlo y sostenerlo.

A veces, sin embargo, tal disfunción tiene orígenes en los que la responsabilidad del uno para lo que en el otro repercute puede eventualmente ponderarse, con ecuanimidad, por la intervención, ciertamente desacertada, de algún tercero. Todos conocemos alguna editorial, director de colección, «corrector de estilo» e incluso cajista que, con o sin previa advertencia y cada cual a su manera, han introducido o excluido consideraciones sobre un preferible contenido o presentación de un trabajo, y aún justificado o requerido en favor a necesidades e instrucciones de mercado, amputaciones, o en el mejor de los casos siempre dolosas automutilaciones, que al cabo no se alejan demasiado de una transgresión de la propiedad intelectual en su integridad o en las razonables expectativas que le hubieran cabido. Con todo, aunque nunca queridas, desde toleradas de buen o mal grado, en tanto que finalmente consentidas traen resultados que no pueden luego —del todo al menos— dejar de imputarse también al A.

Pasando al contenido, la impresión —no por menos satisfactoria— del exhaustivo manejo de las fuentes originales realizado por el A., se confirma —por demás acertadamente— en la arquitectura de un trabajo que ha pretendido abordar el estudio de los sofistas como personajes que, en efecto, permiten contemplar la crisis del mundo griego del siglo V en su perspectiva más humana y, a pesar de la distancia temporal, también más tangible y actual. Una crisis que los historiadores de la filosofía han interpretado de un modo casi unánime —Hegel, Zeller, Windelband, Capelle, Nestle, Gruthie, etc.— como estación y estadio de agotamiento de la *physis*, y en la que también el A. se detiene para observar (pp.15-43) de qué manera aquella noción, íntimamente aparejada al descubrimiento inaugural de la Filosofía frente a otras modalidades sapienciales, se transformó a partir de Parménides en una noción saturada de problematicidad cuyo núcleo esencial es posible representar por el tránsito desde su captación puramente abstracta a su formulación proposicional. Esa problematicidad se resuelve al insertarla en la pluralidad de operaciones mentales (abstracción, concepto, juicio) —punto en el que el A. se reconoce deudor de las tesis del profesor Polo en *Curso de teoría del conocimiento*— sirviendo el paso de la abstracción a otros niveles proposicionales para constatación del desarrollo alcanzado por la especulación filosófica en el pensamiento griego más antiguo, así como por su reposición tam-

bién en el platónico y aristotélico. Nada que observar, pues, al modo en que con esta primera sección se comienza a estructurar el trabajo, y aún menos al remate que con la segunda se le pretende por el análisis de la noción *nómos*. Porque, ciertamente, la crisis del siglo V que en su inicio posee una raigambre esencialmente teórico-filosófica, cobró pronto una magnitud práctica imbricando, finalmente, también lo ético y jurídico-político. Esta unidad solidaria resultante, que no ha escapado al A., se plantea en la polémica entre *physis* (noción filosófica) y *nómos* (noción jurídica y política). Adolece no obstante su tratamiento expositivo de una cierta desproporción entre las derivaciones jurídicas, estudiadas con rigor en el concepto de ley de los presocráticos y sofistas hasta la segunda generación, y las específicamente ético-políticas trasladadas casi en exclusivo al campo de las reflexiones platónico-aristotélicas. Este nos parece un grave inconveniente a la hora de encuadrar de pleno la obra dentro de las preocupaciones más densamente manifestadas por la literatura del área de conocimiento de Filosofía Moral y Política.

Ello quizá se hubiera obviado, aunque sólo en parte, dedicando un capítulo a la Retórica, que además de ropaje de muchos contenidos filosóficos de la Sofística, actúa de instrumento pedagógico y técnica de optimización en el ejercicio de la discusión política. Pero aún prescindiendo de este enfoque, que acaso desmesuraría el proyecto en sus términos preliminares, faltando otras noticias en orden a la dimensión ético-política y teoría constitucional de Platón y Aristóteles, se hacía necesario, a nuestro juicio, haber abundado con mayor detalle en la figura y pensamiento de Sócrates como puente —Atenas por medio— entre dos edades, incluso reconociendo que una profundización individual sobre éste —es decir, no limitada a la interpretación platónica, en especial recibida a través de los diálogos de juventud— corre el peligro de desembocar en conocidas vulgarizaciones de su pensamiento por el gigantismo de su actitud religiosa y, es cierto, se ha de presentar siempre difícil para con el tratamiento metodológico que si en el resto de la investigación opera sobre textos o cuerpos doctrinales netos, en Sócrates son completamente inexistentes.

Por tanto, si tales alternativas no solucionan —más que como hipótesis— ni resuelven —más que sólo en parte— lo que hubiera sido un más oportuno tratamiento de lo ausente, se prueba que éste no tenía sino un único modo de satisfacerse, que sentimos no haya ofrecido el A.; enfrentar temáticas tan importantes como las que en derredor a la polémica *physis-nómos* embargan el origen de la comunidad política y del contrato social, de la convencionalidad de las leyes y de la justicia misma.

Se nos ocurre en ese sentido la enorme utilidad que en orden a cubrir dichas lagunas expositivas hubiese podido hallar el A. acudiendo a la llamada «teoría del progreso» de Anaxágoras (vid. Webster, T. B. L., *Athenian Culture and Society*, London, 1973, pág. 232), redescubierta por el pensamiento renacentista en la teoría medieval del «impetus». Aquella, en su incalculable influencia sobre la antropología e historiografía del siglo V (Demócrito, Hipócrates, Herodoto, Tucídides...) representa el más claro ejemplo de divorcio entre naturaleza y ley como superación de las ideas tradicionales impuestas por el paradigma mítico-cosmológico o heroico-divino más remoto. Anaxágoras, con una concepción causal y no final de la naturaleza, establece un concepto no paradigmático de ciencia que transferido a la política la muestra vaciada referencias a modelos externos y presidida por uno interno y autónomo: la técnica. La ley se forma y se desarro-

lla cuando el hombre sale de la naturaleza y entra en la técnica. El hombre procede de ciudades diversas, de mundos legislativos diferentes, aun siendo la naturaleza una misma en todos los casos. Es decir, se percibe la imposibilidad de servirse de la naturaleza única como paradigmas técnicos y se consolida la separación entre naturaleza y ley que abiertamente será asumida por Platón (*Leyes* 889 D-890 A). Este mismo desarrollo puede rastrearse, bajo otras perspectivas, porque *physis-nómos* es también ciencia-política, a partir de la introducción del lenguaje científico en lo político y en la evolución de la polis griega (omónoia —corriente aristocrática—, isonomía —corriente democrática— y eunomía) (Vid. Fassò, G., *La democracia in Grecia*, Bologna, 1967; Zimmerz, A., *Il Commonwealth greco. Politica ed economia nell'Atene del V secolo*, Milano, 1967), o bien entendiendo la dualidad *physis-nómos* como naturaleza-cultura (Vid. Lenoble, R., *Storia dell'idea di natura*, Napoli, 1975; Mondolfo, R., *Natura e cultura alle origini della filosofia*, Bologna, 1957).

Por otro lado, también se echa en falta lo siguiente. El A. prueba manejar y conocer con rigor la obra de historiadores del pensamiento antiguo como Bignone, Levé, Siclair o Untersteiner. Todos ellos consideran que el Derecho Natural introducido por los sofistas es derecho racional. Los filósofos del derecho, por contra, estiman todavía que el Derecho Natural clásico en general, y el de los sofistas en particular, es un derecho fundado en la naturaleza físico-biológica o subhumana, esto es, que en ningún caso constituye una norma producida por la autonomía del individuo en su capacidad de darse leyes a sí mismo, por lo que para hablar de Derecho Natural racional hay que aguardar a la modernidad; así, F. D'Agostino, *Il pensiero giuridico nella Sofistica, II*, RIFD, 1975, páginas 550-557, respecto a Antifonte, o Fassò, *La legge della ragione*, Bologna, 1964, en general, y para Caliclés en *Historia de Filosofía del Derecho*, I, Madrid, 1978, págs. 33-34. Es lástima que el A. no se posicione en esta cuestión, máxime luego de haber realizado un interesante empeño de historización orgánica del pensamiento jurídico de los sofistas.

Finalmente, sólo a título de sugerencia, comprobado el uso de fuentes y textos literarios, el A. podrá encontrar beneficiosas referencias *ad exemplum* sobre ordenamiento jurídico y estatal en Homero dentro de los estudios de R. Köstler, *Homerisches Recht*, Wien, 1950, y A. Verdross-Drossberg, *Grundlinien der antiken Rechts und Staatsphilosophie*, Wien, 1948, y jurídico-políticas sobre Esquilo en G. Cerri, *Il linguaggio politico nel «Prometeo» di Eschilo*, Roma, 1975, y *Legislazione orale e tragedia greca*, Milano, 1979, además de V. di Benedetto, *L'ideologia del potere en la tragedia greca. Recherche su Eschilo*, Roma, 1978, o sobre Sófocles en interpretación democrática, reaccionaria o apolítica de su pensamiento, respectivamente, en F. Schacherneyr, *Geistesgeschichte des Rerikleischen Zeit*, Stuttgart, 1971, pág. 56; E. Degani, «La Tragedia», en *Storia e civiltà dei Greci, III*, Roma 1979, págs. 291-292, y V. Ehrenberg, *Sophocles and Pericles*, Oxford, 1954, pág. 139.

Estas anotaciones, que espero cumplan con la exigencia crítico-científica a que nos debemos, no restan valor ni interés a un trabajo que siendo primer ensayo de investigación promete, de continuar el A. la misma dirección de análisis y estudio sobre el pensamiento clásico, frutos en filosofía jurídico-política que deseamos no se demoren.

José CALVO GONZÁLEZ

Franco TODESCAN: *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. II: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Centro di Studi per la Storia del pensiero giuridico Moderno, volume veintiseiesimo, Milano, Giuffrè, 1987, 86 páginas.

Franco Todescan prosigue, con este nuevo libro, la tarea de mostrarnos las relaciones entre la Modernidad jurídica y la Teología, tarea que él centra en el estudio de la secularización del pensamiento jurídico nuevo que arranca desde el siglo XVI.

Tengo la convicción de que los cambios que se producen en la *Jurisprudentia* a partir del momento indicado, no dependen del influjo directo y exclusivo que pudiera haber provocado una obra jurídica, teológica o filosófica concreta. Al contrario, no fueron los autores concretos los que hicieron posible la variación en la mentalidad cultural; más bien los juristas, filósofos o teólogos que ha habido —en este caso en los siglos del XVI al XVIII— han sido personas afectadas por ideas sin paternidad definida, ideas que «están en el aire», en el ambiente, ideas que configuran lo que en la lengua alemana se llama —sin que, por desgracia, haya un término equivalente en el idioma español— *die Stimmung*. Seguir o no estas ideas, que constituyen la moda cultural de la época, determina el éxito del escritor, como ampliamente reconoce Maquiavelo.

Por este motivo, me parece erróneo pretender atribuir la paternidad de un modo de pensar a un autor, o autores determinados. Más bien, si consultamos las fuentes directas, concediendo una atención muy especial a lo que impropia-mente es considerado como literatura «secundaria», iremos reparando en la existencia de unas formas de *sentir*, que aparecen intermitentemente aquí y allá, en uno y otros, sea para afirmarlas o para combatirlas, y que esperan pacientemente la exposición clara y lúcida en el libro del autor que aparecerá como el *genio*, el «innovador». En este sentido, en los años en que frecuenté la biblioteca vieja de la Universidad de Salamanca, a la vista de la cantidad de escritos programáticos sobre Dialéctica jurídica, Metodología jurídica, etc., que aparecen en la segunda mitad del siglo XVI, me resultó claro que Descartes es tan sólo un fruto muy tardío de la mentalidad «cartesiana», que llevaba entonces un siglo desarrollándose.

Este es, precisamente, el problema principal que me plantea el libro que recensiono. Todescan maneja abundantes fuentes indirectas, estudios sobre la cultura y la ciencia jurídica y teológica de la época, pero no tiene en cuenta a la decena de juristas importantes —en su tiempo y ahora— que publican entre 1560 y 1650, cuyo estudio me parece imprescindible para entender el decurso histórico de esas ideas —*die Stimmung*— que «están en el ambiente» —entre ellas el problema de la secularización de la doctrina jurídica— y que fueron las que acabaron históricamente triunfando bajo el rótulo de *ius naturale et gentium*. Por este hecho, si fuera yo el que me hubiera decidido a emprender esta investigación, me hubiera dejado guiar fundamentalmente por Joachim Hopper, Albertus Bolognetus o Gregorius Tholosanus, por ejemplo, en el siglo XVI, y por Hermann Conring o Hugo de Roy, entre otros, algo más tarde. Estos juristas-filósofos fueron conscientes de que la mentalidad dominante estaba llevando a la ciencia del Derecho por un camino distinto al romanista tradicional, más individual, secularizado y superficial, y aunque no logran individuar a un adversario concreto con el que polemizar —lo que es una consecuencia inmediata de este «estar en el ambiente» de

las ideas— en sus obras aparecen consideraciones de alto valor para comprender qué es lo que estaba ocurriendo entonces en la *iurisprudentia*.

Por otra parte, dejarse guiar por estudios indirectos sobre la ciencia jurídica y teológica de aquella época, plantea otro problema no menos importante. En efecto, tengo la impresión —desde luego, muy confusa, por lo que no sabría indicar los motivos últimos— de que cada generación necesita escribir su propia visión de la Historia; esta exigencia la advierto cuando leo las historias de la Filosofía, o del pensamiento jurídico y político, que se han publicado desde 1830 hasta los años 50 de este siglo: no me sirven, no despiertan mi interés. Sus autores se entretienen en el estudio de cuestiones exquisitamente intelectuales, abstractas, y no es ésa la Historia de la Filosofía o del pensamiento jurídico que exige el hombre de la segunda mitad del siglo XX. Por este motivo, Todescan, en la medida en que se deja guiar por estudios históricos, que, por lo general, responden al modo pasado de entender la Filosofía, el Derecho o la Teología, es decir, la historia de la cultura, entra en una fuerte tensión en su propio libro, porque él mismo pide o exige a esa literatura indirecta unos planteamientos y unas respuestas a los problemas que tal literatura no puede proporcionar. Por ello, no es extraño que el autor se ocupe en esta obra mucho más extensamente de Janseño o Pascal que del propio Domat.

Franco Todescan hizo un magnífico esfuerzo, hace años, en su *Lex, natura, beatitudo*, en el que demostró conocer a fondo la Segunda Escolástica española del siglo XVI. Dado su excelente conocimiento de buena parte del entorno histórico que él analiza, no le costará gran esfuerzo *comprender* el contexto o telón de fondo —*die Stimmung*— de la literatura jurídica, polémica en buena parte, que se desarrolla en el momento histórico que él estudia.

Francisco CARPINTERO

Juan VALLET DE GOYTISOLO: *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986, 449 páginas.

La ininterrumpida y copiosa producción científica del biacadémico, de Jurisprudencia y Ciencias Morales y Políticas, Vallet de Goytisoló, en materias de Derecho Privado (baste recordar su contribución en especialidades como Derecho sucesorio y reales) no ha impedido, y aun antes seguramente ha favorecido, que en esa profunda absorción de las dimensiones valorativas de cada instituto, su interés y sensibilidad epistemológica haya desarrollado una singular aptitud para captar la fundamental unidad orgánica presente en toda manifestación particular de la experiencia jurídica, y desde ahí —en expansión— convergido en el terreno de la reflexión iusfilosófica y filosófico-política, donde encuentra su sede la posibilidad de optimización final de las perspectivas sobre las primeras causas y últimos principios del Derecho y la Política (así, sus trabajo sobre derecho natural, fuentes, métodos jurídico e historia del pensamiento jurídico y político).

En este horizonte investigador cabe situar la elaboración que el A. presenta sobre un clásico, Montesquieu, a quien la permanente actualidad de su obra trae de continuo a mención y referencia, en múltiple uso alternativo y con amplio y polémico espectro de interpretaciones (por teólogos, filósofos, moralistas, histo-

riadores, juristas, politólogos y sociólogos), como autoridad de fundamentación para proyectos y realizaciones en el ámbito político. Este es el cuadro que la Introducción, «Montesquieu y su obra» (págs. 15-50), nos construye sobre un extenso y acabado rastreo de opiniones en torno a la época, ambiente social e histórico, motivación de *L'Esprit des lois*, etc., aportando un nivel de pluralismo crítico-bibliográfico que en este contexto permite, autónoma y justamente, tanto al lector ir esbozando la propia como al mismo A. manifestar la personal sin peligro a inducir al uno o deducir del otro ese parcialismo previo que tan a menudo desnaturaliza este género de ensayos. Las páginas y capítulos que continúan se organizan como examen de detalle para con los distintos elementos que forman la trama medular del pensamiento del bordelés, pero con una arquitectura, en este caso sin duda original, y acertada también, que ha preferido reservar para el final, como remate, la atención a la teoría de la «división de poderes»; esto es, el A. se detiene antes en el examen de otros aspectos de la obra de Montesquieu, que, como demostrará en su recorrido, para nada carecen de importancia en una adecuada comprensión de aquél. Se abarcan de este modo, capítulos I y II, cuestiones como «Religión y ciencia. La universidad del saber y la especialización de las ciencias», donde apoyándose en la relación moral-naturaleza-derecho positivo, Vallet aísla definidos antecedentes aristotélicos, isidorianos y tomistas, y «Determinismo y Libertad», siendo aquí de especial mérito lo relacionado con la noción de libertad-poder del pueblo-democracia desde la afirmación de que «en una sociedad en la que existan leyes»... «la liberté ne peut consister qu'a pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir» (*L'Esprit des lois*, XI, III, 1) (pág. 111). Una concepción, a nuestro parecer, que acaso podría aproximar el moderantismo de Montesquieu a posiciones de cierto posibilismo integrista como las que en su raíz balmesiana inspiraron la actuación y el lema de la Unión Católica de Pidal Mon: «querer lo que se debe y hacer lo que se puede» (vid. J. N. Schumacher, «Integrism. A study in nineteenth-century Spanish political thought», en *The Catholic Historical Review*, XLVIII, 3, 1962, págs. 345-346).

En los capítulos II al VII el conjunto de temas contemplados van desde la fundamentación ontológica sobre el origen de la sociedad, las leyes, la justicia y el criterio de «naturaleza de las cosas», contrastando las tesis de Hobbes sobre el surgimiento del Estado de Sociedad y de Bodin y Rousseau sobre la soberanía, hasta el análisis del significado de la expresión «espíritu de las leyes» y el estudio del método jurídico y legislativo (de carácter, si la calificación nos es permitida, histórico-sociológico); en ello se filtrarán con claridad los presupuestos de estructura necesarios para la construcción de las partes que restan en lo proyectado del trabajo.

Así, en efecto, «Tipología de los Gobiernos» y «Democracia imposible», títulos de los capítulos VIII y IX, ponen en concierto, respectivamente, lo ya expuesto sobre el concepto y requisitos de ley y ejercicio del poder y las «dos lecturas» (Shackelton y Vernière) con los modelos ternarios de gobierno y la idea de la libertad política. Para el A. (pág. 259), las relaciones que así se establecen vienen exigidas, partiendo de la moderación propugnada por Montesquieu, en forma de ejercicio arbitrado y no violento del poder y de cumplimiento de las formalidades de la justicia como sustrato imprescindible de la libertad. Un paradigma que tuvo, como oportunamente recuerda Vallet (pág. 283), excelente expresión en la antigua tradición pactista aragonesa y catalana de los fueros de Sobrarde

y de San Juan de la Peña, formulados en el Privilegiado General de 1283 y en el fuero *Dominus Rex* de 1301, y consolidados en el Fuero *De iis que Dominus Rex* con Pedro el Ceremonioso, así como también en los territorios del reino de Valencia, según lo estudiado por J. Lalinde Abadía (Vid. «El pactismo en los reinos de Aragón y Valencia», en *El pactismo en la historia de España*, Instituto de España, Madrid, 1980, págs. 115 y sigs.).

Mención aparte merece lo contenido en el capítulo X en torno a los «Cuerpos Intermedios». El tratamiento de la autarquía y subsidiariedad de entes interpuestos entre el individuo y el Estado tuvo, ciertamente, escasa relevancia, como el propio A. reconoce (pág. 351), en Montesquieu. El motivo, a nuestro juicio, resulta de hallarse su obra, publicada en 1748, en anticipación a lo consagrado por la loi Le Chapelier de 1791. En cualquier caso, la exposición del A. en este punto tiene valor por sí misma y constituye uno de los argumentos clave de su discurso de rectificación ya en otras ocasiones y escritos (*Tres ensayos: cuerpos intermedios, representación política y principio de subsidiariedad*, Speiro, Madrid, 1981, y «Constitución orgánica de la nación», en *Verbo*, núm. 233-234, 1985, págs., 305-382).

Dicho esto, volviendo al hilo temático particular de esta obra, reseñar el exhaustivo estudio que de la teoría de la división de los poderes trae el capítulo XI. Tras una detenida relación de precedentes en la *Política* aristotélica y del preciso repaso a las prédicas doctrinales sobre el Estado mixto en la Inglaterra del XVII y XVIII, así como a la formulación constitucional francesa en el último de aquellos siglos, el A. toma posición asumiendo las observaciones que primero H. Barckhausen (*Montesquieu. Ses idées et ses oeuvres d'après les papiers de la Brède*, París, 1907, reimp. Slatkine, Ginebra, 1970) y Ch. Eisenmann («L'Esprit des lois et la séparation de pouvoirs», en *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, ahora también en *Chaires de Philosophie Politique*, Centre de Philosophie Politique, Université de Reims, Bruselas, 1985, págs. 44 y sigs.) y más recientemente S. Goyard-Fabre (*La Philosophie du droit de Montesquieu*, Kimksieck, París, 1979), han probado, de acuerdo a lo expuesto en el capítulo VI, Lib. XI, de *L'Esprit*, que Montesquieu fue partidario de la conjugación de los poderes, con interdependencia del legislativo y ejecutivo y consideración funcional del judicial (pág. 393). En cuanto a este último, al que se dedica el capítulo de cierre, el A. defiende al tenor de Montesquieu su independencia —«no hay libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y judicial» (pág. 415) —subrayando, además, con ardor, ese área como indisponible por la legitimación funcional del legislador (pág. 436).

De todo ello, en suma, no queda por menos sino resaltar el admirable trabajo realizado por Vallet de Goytisolo, quien al tiempo que ofrece al lector de habla castellana un utilísimo y denso instrumento de conocimiento sobre el pensamiento de Montesquieu, suministra también un interesante material para la profundización en el suyo propio sobre temas como Sociedad, Estado, Derecho, Justicia, etcétera, transparentados con nitidez a lo largo y ancho de esta obra.

José CALVO GONZÁLEZ

Se acabó de imprimir
el tomo V (1988)
del
ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
el mes de noviembre de 1988,
en los talleres de
A. G. Suárez Barcala, S.L.
GETAFE (Madrid)

