

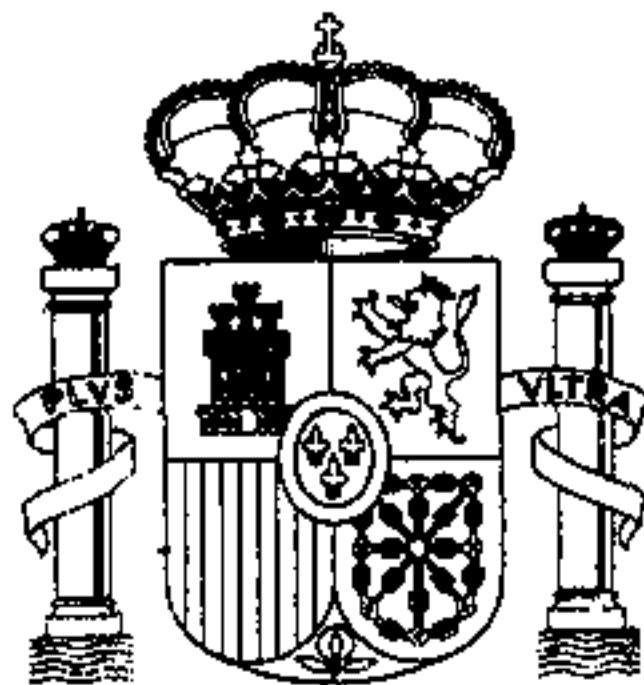
**ANUARIO  
DE  
FILOSOFIA  
DEL  
DERECHO**

**NUEVA EPOCA  
TOMO VII**



**MADRID  
1990**

**ANUARIO  
DE  
FILOSOFIA  
DEL  
DERECHO**



**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
**Secretaría General Técnica**  
**CENTRO DE PUBLICACIONES**



# ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Director

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

Secretario

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

Consejo de Redacción

NICOLAS MARIA LOPEZ CALERA  
Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Granada

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

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

BENITO DE CASTRO CID  
Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de León

JUAN RUIZ MANERO  
Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Alicante

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

JESUS AYLLON DIAZ  
Profesor de Filosofía del Derecho  
Universidad Complutense

DIRECCION Y REDACCION: Area de Filosofía del Derecho.  
Universidad de Zaragoza. Facultad de Derecho.  
50009-ZARAGOZA (Teléf. 976-55 59 80)

ADMINISTRACION Y DISTRIBUCION

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirse al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76-8.º, teléfono (91) 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 VII



MADRID  
1990

---

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

---

N.I.P.O.: 051-90-007-2

I.S.B.N.: 84-7787-086-1

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

Depósito Legal: M-11151-1958

---

GRAFICAS ANCORA, S. A.

Sebastián Gómez, 5 - 6.º C

Teléfono 475 22 52 / 17 23

28026 Madrid



# INDICE

	<u>Págs.</u>
PRESENTACION .....	9
I. LEGITIMACION DE LA DEMOCRACIA	
GILBERTO GUTIERREZ, <i>La trama moral de la democracia en la vida cotidiana</i> .....	13
F. QUESADA; F. COLOM; J. M. HERNANDEZ, <i>La formación de la soberanía democrática: entre el mito de la autoidentidad y las virtudes políticas</i> .....	27
ERNESTO JAIME VIDAL GIL, <i>Paradojas de la democracia</i> .....	47
JOSE RUBIO CARRACEDO, <i>El legado democrático de Rousseau en la crisis actual</i> .....	59
URBANO FERRER SANTOS, <i>Implicaciones etico-políticas de los planteamientos contractualistas modernos</i> .....	85
JOSE MARIA ROJO SANZ, <i>Higher Law, pactum unionis y pactum socialis</i> .....	99
JOSE ANTONIO ESTEVEZ ARAUJO, <i>La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración</i> .....	107
FRANCISCO JAVIER DE LUCAS MARTIN, <i>Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad</i> .....	131
FERNANDO GALINDO, <i>Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática</i> .....	147
ROBERTO BERGALLI, <i>Forma-Estado, formas del Derecho y cuestiones de la Democracia: un caso para el análisis</i> .....	169
FRANCISCO PUY, <i>En torno a la dicotomía democracia-demagogia</i> .....	191
LUIS GARCIA SAN MIGUEL, <i>Democracia y Derechos Humanos en la Sociedad Post-Industrial</i> .....	205
II. ESTUDIOS	
1. DERECHO: FILOSOFIA, TEORIA, CIENCIA	
MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO, <i>La Sociedad y el Derecho</i> .....	239

	<u>Págs.</u>
JUAN ANTONIO GARCIA AMADO, <i>Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual</i> .....	261
ANGELES LOPEZ MORENO, <i>El lugar de la moderna teoría jurídica</i>	281
JOSE JUAN MORESÓ, <i>Ciencia jurídica y dualismo metodológico</i> .	291
MANUEL SEGURA ORTEGA, <i>Sobre la noción de validez</i> .....	315
CARLOS ALARCON CABRERA, <i>Nuevas consideraciones sobre la paradoja de Ross</i> .....	325
 2. DE LA MODERNIDAD	
RAINER SPECHT, <i>Derecho natural español. Clasicismo y modernidad</i> .....	343
EMILIO MIKUNDA FRANCO, <i>J. Lipsio: neoestoicismo, iusnaturalismo y derechos humanos</i> .....	355
FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ, <i>Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia</i> .....	379
 3. RETORNO ANGLOSAJON	
JOHN CHRISTIAN LAURSEN, <i>David Hume y el vocabulario político del escepticismo</i> .....	411
MARIA ELOSEGUI, <i>El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume, Smith y la ilustración escocesa</i> ..	431
ANGELA APARISI MIRALLES, <i>Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud</i> .....	455
LOURDES GORDILLO, <i>Una teoría utilitaria de la justicia</i> ....	469
JOSE MARIA RODRIGUEZ PANIAGUA, <i>La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H. L. A. Hart</i> .....	479
 III. NOTAS	
JESUS IGNACIO MARTINEZ, <i>El derecho como observador</i> .....	505
PALOMA DURAN LALAGUNA, <i>El primado hegemónico de la eficiencia</i> .....	515
NORBERTO ALVAREZ, <i>La «desobediencia civil». Delimitación conceptual</i> .....	521
EMILIA BEA, <i>Simone Weil: una reflexión sobre Europa desde la resistencia</i> .....	531
ANGEL PELAYO GONZALEZ-TORRE, <i>Sobre los derechos de los animales</i> .....	543
 IV. DEBATES	
JUAN RAMON DE PARAMO ARGUELLES, <i>La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. Hart</i> .....	559
JOSE ANTONIO RAMOS PASCUA, <i>Réplica al comentario de J.R. de Páramo</i> .....	567

	<u>Págs.</u>
CARLOS THIEBAUT, <i>Aquel desvanecido rostro de la ética. Sobre el libro de Toni Doménech «De la Etica a la Política»</i> . . . . .	575
TONI DOMÉNECH, <i>Comentario a la reseña de Carlos Thiebaut</i> .	587
<b>V. INFORMACIONES</b>	
<i>II Jornadas internacionales de Filosofía Jurídica y Social</i> . . . . .	597
<i>XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Filosofía Social</i> . . . . .	599
<i>I Encuentro iberoamericano de utilitarismo</i> . . . . .	603
<b>VI. CRITICA BIBLIOGRAFICA</b>	
A.A.V.V., <i>Les principes de 1789</i> (José Calvo González) . . . . .	607
GARY J. AICHELE, <i>Oliver Wendell Holmes, Jr.: Soldier, Scholar, Judge</i> (José Calvo González) . . . . .	608
ROBERTO BERGALLI; ENRIQUE E. MARTI (coords.), <i>Historia Ideológica del Control Social. España-Argentina, siglos XIX-XX</i> (José Luis Domínguez Figueirido) . . . . .	612
M. L. CIALESE, <i>Democrazia in camino. Il dialogo politico fra Stuart Mill e Tocqueville</i> (José Calvo González) . . . . .	618
TH. A. GREEN, <i>Veredict according to conscience. Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800</i> (José Calvo González) . . . . .	620
A. MAC INTYRE, <i>After virtue: a study in moral theory / Whose justice? Which rationality?</i> (José Montoya Saenz) . . . . .	622
GREGORIO ROBLES, <i>Introducción a la Teoría del Derecho</i> (Renato Rabbi-Baldi Cabanillas) . . . . .	630
JULIAN SAUQUILLO GONZALEZ, <i>Michel Foucault. Una filosofía de la acción</i> (Antonio Serrano) . . . . .	635
ANTONIO SERRANO, <i>La imaginación del poder. Dos estudios de metodología de las formas jurídico políticas</i> (María Angeles Barrere Unzueta) . . . . .	641





## Presentación

Se dedica la sección monográfica de este volumen al tema: «Legitimación de la democracia». Una inicial incógnita sobre el eco que encontraría el tema, se ha visto despejada —aunque se nos haya hecho esperar— por una docena de colaboraciones, planteadas tanto desde la perspectiva ética, como de la política y jurídica. La inevitable rebusca de la genealogía de la democracia —el símbolo del «contrato social»— desemboca, sobre todo en el caso de los «éticos», en una crítica posmoderna de la democracia vigente. Además no se han evitado temas concretos sobre el principio de legalidad, el poder judicial o el uso político del texto constitucional. Hechos recientes podrían haber estimulado a plantear cuestiones sobre la relación entre democracia y economía, o entre democracia y nacionalismo. Más bien ha interesado la tensión que se establece entre el sistema de «reglas del juego» y la intención emancipadora o no de la praxis democrática.

Había que poner un poco de orden expositivo en los numerosos «Estudios». Por eso se han integrado tres grupos, a fin de intentar dotarlos de una cierta unidad temática. El primer grupo aborda cuestiones de «investigación básica» referentes a la Ciencia, la Teoría y la Filosofía jurídicas, que hoy quizá propician los concursos académicos o los manuales en ciernes que la autonomía docente estimula a redactar.

Una segunda sección, aunque quisiera ser paradójica, al pretender hablar de «modernidad», esto es, de nuestras raíces, no puede evitar compartir o detestar la crítica «posmoderna». Como tono general podría rastrearse más una muestra de masoquismo intelectual, que de prurito histórico.

La tercera sección de los «Estudios» constata el creciente dirigir la mirada nuestros estudiosos a autores anglosajones de la Ilustración a nuestros días. Cierto que en el mundo académico hay usos y hábitos cambiantes: las estancias en el extranjero cambian de balnearios, las tesis doctorales de jerga metodológica, las traducciones de idioma... Lo que deba ello a la moda no ha de ocultar el poso permanente de lo válido que la tarea investigadora pueda dejar.

Sugerencias variadas contienen las «Notas». Los «Debates», aunque planteados por la Redacción en mayor número, reflejan lo posible, y con un evidente interés, parangonable al que ha tenido esta sección en volúmenes anteriores.

«Informaciones» y «Crítica bibliográfica» cierran el índice. Esta última se enriquece a costa del fracaso de algunas de las previstas intervenciones en los debates. De todas formas, quizá ya en el próximo volumen, se dará un nuevo giro a esta sección.





I  
LEGITIMACION  
DE LA DEMOCRACIA



## La trama moral de la democracia en la vida cotidiana

Por GILBERTO GUTIERREZ

Madrid

No es posible explicar la existencia o justificar la conveniencia de ninguna institución social o política sin referirse a su eficacia para satisfacer un interés común. Es decir, a su capacidad para producir un bien colectivo o público que los individuos no pueden procurarse por sí mismos y que, por su propia naturaleza, requiere la cooperación o, al menos, la coordinación de varios. En sus usos económicos el concepto de bien público designa un tipo de bien que posee en grados y combinaciones diversas dos propiedades características: la conjunción o indivisibilidad de oferta y la imposibilidad de excluir a nadie de su consumo. Es decir, que una vez producido queda a disposición de cualquier miembro de la comunidad, haya o no contribuido a producirlo, sin que su consumo individual disminuya la cantidad disponible para los demás; y que, una vez que ha sido ofrecido a algunos miembros de la comunidad, resulta imposible, ineficaz o prohibitivamente costoso excluir a otros de su consumo. Un bien perfectamente divisible o privado, por el contrario, puede ser dividido entre individuos, de forma que la misma parte no puede ponerse a disposición de otros<sup>1</sup>.

En las páginas que siguen se extenderá el concepto de bienes públicos a todos aquellos productos de las acciones individuales cooperativas cuyos beneficios, aún modestos o imperceptibles, son reales y cuyos beneficiarios son potencial, pero también impersonalmente, todos los miembros de la colectividad. Se incluyen así actos cuyos efectos son en apariencia de tan escasa entidad como pagar impuestos, donar sangre u órganos, respetar las normas de tráfico, tratar con respeto al prójimo, participar en una huelga, votar en unas elecciones, etc., además de aquellos otros por los que se merece figurar en los textos de historia. Son justamente estas acciones y no las grandes

---

1. MUELLER, D., *Elección pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 25-6; SAMUELSON, P.: «The pure theory of public expenditure», en ARROW, K. J. y SCITOVSKY, T., eds.: *Readings in Welfare Economics*, Homewood IL, Richard D. Irwin., 1969, pp. 179-82; BUCHANAN, J. M.: *The demand and supply of public goods*, Chicago IL, Rand McNally, 1969; RAWLS, J.: *A theory of justice*. Oxford, University Press, 1972, pp. 265-74.



gestas las que forman masivamente el entramado moral de la vida cotidiana<sup>2</sup>. Se las considera parte de las obligaciones que impone la moral del sentido común y se justifican *if at all* por criterios deontologistas. Los análisis recientes de la cooperación social y la racionalidad colectiva ofrecen razones para sostener que las colectividades existen y subsisten en virtud de los efectos acumulados de estas acciones individuales y que es un *error* ignorar estos efectos cuando son de escasa entidad o imperceptibles, incluso en términos de una justificación consecuencialista de las obligaciones morales; no digamos ya para una teoría deontologista que justifica éstas por razones de principio<sup>3</sup>.

Como justificación más plausible de la democracia se alega que es una forma racionalmente eficaz y moralmente justa de reconocer la dignidad moral de los ciudadanos, de garantizar en la práctica su derecho igual a intervenir en las decisiones que afectan a la producción de bienes públicos y a la promoción de sus intereses comunes y de hacer razonable el deber de cooperar en su ejecución. La democracia es pues, entre otras cosas, un conjunto de procedimientos para tomar decisiones públicas con arreglo a ciertos principios, valores y restricciones éticas. En cuanto implica elecciones colectivas su problema fundamental es el de hacer congruente la racionalidad individual con la racionalidad pública. Pero no hay que incurrir en el error de reducir las elecciones colectivas, en el sentido de las teorías de la racionalidad, a los comicios electorales periódicos o a los debates parlamentarios. La democracia no es un mero andamiaje procedimental ni se reduce a las instituciones políticas, sino que es una disposición moral basada en principios que se traduce en decisiones y acciones individuales en situaciones de interacción estratégica, esto es, colectiva. Puede afirmarse sucintamente que, «de forma conjunta, las propiedades de los bienes públicos suministran la *raison d'être* de la elección colectiva: la conjunción de oferta es la guinda que convierte las decisiones colectivas en beneficiosas para todos, y la ausencia del principio de exclusión es la manzana tentadora que induce a los individuos a la conducta independiente no cooperativa»<sup>4</sup>. El problema que se plantea al agente individual enfrentado con la alternativa de cooperar o no es el de hallar razones prácticas y teóricas para resistir moralmente una tentación que es ciertamente razonable.

2. Es significativo que el concepto de vida cotidiana y privada, de *intra* o microhistoria se haya convertido en el foco de interés teórico de las ciencias sociales e históricas en las décadas recientes —Erving Goffman, Harold Garfinkel o Agnes Heller en el campo de las primeras; Braudel, Le Roy-Ladurie o Duby en el de las segundas.

3. Sobre las justificaciones deontologistas y consecuencialistas de las obligaciones morales de sentido común, cfr. GUTIÉRREZ, G., «La estructura consecuencialista del utilitarismo», *Revista de Filosofía*, 3.<sup>a</sup> época, 3, 1990; sobre el «error en las matemáticas morales» que supone ignorar los efectos imperceptibles, cfr. PARFIT, D., *Reasons and persons*, Oxford, University Press, 1984, cap. 3.

4. MUELLER, *o.c.*, p. 26.

La identidad y continuidad personal de los agentes individuales es en gran parte función de la serie temporal de las decisiones que adopta y de las acciones que ejecuta. En la misma proporción en que estas se consideran libres o, al menos, voluntarias, puede decirse que los individuos son responsables morales de lo que llegan a ser. Aunque se conciben las sociedades como colecciones de individuos, en la medida en que pueda hablarse de *una* sociedad también tiene sentido preguntarse por lo que asegura su identidad y continuidad. Por analogía con el caso del agente individual podría responderse que una sociedad no es más que el producto de las decisiones y acciones de sus miembros individuales. O, de forma más radical incluso, que «no hay sociedades, (sino) sólo individuos que interactúan recíprocamente»<sup>5</sup>.

La responsabilidad moral es función tanto de la libertad y la intencionalidad de los agentes como de la eficacia causal de sus acciones. Para una ética consecuencialista los miembros individuales de una sociedad son responsables de lo que ésta es y llega a ser, en la exacta medida de su condición de agentes causales, mientras que para una ética deontologista la responsabilidad moral de los agentes no es una función exclusiva de la efectividad de sus acciones. Pero para una y otra la eficacia causal de las acciones individuales suscita complicadas cuestiones acerca de la racionalidad de cooperar al bien común incluso dentro del marco de una democracia.

Ni siquiera en el nivel individual el agente es plenamente responsable de lo que llega a ser porque en la configuración de su persona intervienen numerosos factores determinísticos y azarosos que escapan a su control y que permiten incluso hablar de un elemento de «suerte moral»<sup>6</sup> en el resultado final del proceso. Pero la interacción social no sólo multiplica la influencia de estos factores sino que altera radicalmente la estructura misma de las deliberaciones y decisiones individuales, dando origen a toda suerte de efectos que, perversos o afortunados, no han sido buscados ni deseados<sup>7</sup>.

5. ELSTER, J.: *The cement of society*, Cambridge, University Press, 1989, p. 289.

6. B. WILLIAMS y T. NAGEL elaboraron el concepto de sendos artículos con el mismo título de «Moral luck» en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Suppl. Vol., 50, 1976: cada uno de ellos está recogido, respectivamente, en WILLIAMS, B.: *Moral luck*, Cambridge, University Press, 1981, y en NAGEL, T., *Mortal questions*, Cambridge, University Press, 19.

7. El conjunto de cuestiones así suscitadas constituye el «problema de la elección colectiva». De entre la copiosa bibliografía reciente cfr. BOUDON, R., *Effets pervers et ordre social*, París, Presses Universitaires de France, 1977, passim; ELSTER, J., *Sour grapes*, Cambridge, University Press, 1985, pp. 26-42; ELSTER, J., *The cement of society*, Cambridge, University Press, 1989, pp. 17-50; ELSTER, J., *Nuts and bolts for the social sciences*, Cambridge, University Press, 1989, parte 3.<sup>a</sup>; HARDIN, R., *Collective action*, Baltimore MD, Johns Hopkins University Press, 1982, passim; HINDESS, B., *Choice, rationality and social theory*, Londres, Unwin Hyman, 1988, passim; HOLLIS, M., *The Cunning of Reason*, Cambridge, University Press, 1987, especialmente c. III; OLSON, M., *The logic of collective action*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1965, cc. 1 y 2; REGAN, D., *Utilitarianism and cooperation*, Oxford, Clarendon Press, 1980, passim; TAYLOR, M., *The possibility of cooperation*, Cambridge, University Press, 1987, passim; ULLAMN-MARGALIT, E., *The emergence of norms*, Oxford, Clarendon Press, 1977, passim.



La identidad y continuidad de cualquier institución social depende por tanto de un entramado infinitamente complejo de acciones individuales que se ejecutan en la esfera de la vida cotidiana. Para los agentes constituye ésta un horizonte de percepción, de límites variables pero imposible de trascender de forma absoluta, en cuyo interior se desarrollan los microprocesos de construcción, mantenimiento y legitimación de las instituciones.

En los grupos primarios o, de manera general, en las colectividades de tamaño reducido aglutinadas por afinidades afectivas y emotivas, el ámbito de la vida cotidiana de sus miembros coincide prácticamente con los confines mismos del grupo. La mayoría de las interacciones entre aquellos se produce de manera inmediata en la presencia facial recíproca. Este hecho determina la propiedad más característica de tales grupos, y es que sus miembros participan cuasi unánimemente en un orden moral asimismo confinado a los límites del grupo. La cooperación altruista dentro del grupo —y en menor medida, de los grupos entre sí— es posible porque sus dimensiones reducidas, al forzar al copresencia y la convivencia, minimizan la tensión entre los intereses individuales y los colectivos. Y es racional porque puede percibirse la eficacia instrumental de la propia contribución en la producción del bien común. En comunidades de este tipo la unanimidad y la solidaridad moral vienen a ser el equivalente funcional de lo que son la identidad y la continuidad personal de los agentes individuales. Su supervivencia es en gran medida función de las acciones que garantizan la producción de un bien común cuya definición es (cuasi) unánimemente compartida.

Por el contrario, las sociedades democráticas contemporáneas son, en grado máximo, agregados plurales de individuos y grupos cuyos horizontes de vida cotidiana no se extienden hasta los confines de la sociedad en su conjunto. Esta situación de hecho representa la fase actual de un dilatado proceso histórico que ha conducido desde las sociedades pre-urbanas o pre-políticas hasta las sociedades tecnológicas de hoy. Pero las características más significativas de este proceso ya estaban presentes en los primeros asentamientos urbanos y se manifestaron en la progresiva pérdida de eficacia como aglutinantes sociales de los vínculos «naturales» —sobre todo de parentesco— de índole predominantemente afectiva y emotiva en favor de las relaciones «nómicas», concebidas a modo de convenciones o pactos que permitían y requerían una justificación racional.

Atribuir esta compleja transformación a un único factor sería simplificar en exceso. Pero una hipótesis plausible destaca la influencia específica del tamaño del grupo dentro del cual acontecen las interacciones en la determinación de su estructura. En su clásico estudio sobre la lógica de la acción colectiva<sup>8</sup> Mancur Olson sostuvo que la mera existencia de un interés racional común a todos los miembros de un grupo no garantiza que

---

8. Citado en la nota anterior.



los individuos que lo integran emprendan de forma voluntaria acciones destinadas a procurar eficazmente la satisfacción de ese interés. Y sobre todo si se concibe a los individuos como interesados y racionales en el sentido habitual de la teoría económica<sup>9</sup>. Actuarán, en cambio, si existe algún grado de coacción o se provee un incentivo distinto del propio interés común. Del supuesto —o de la evidencia empírica— de que los individuos actúan voluntariamente en la busca de su propio interés no se sigue que las colecciones de individuos lo hagan en beneficio de sus intereses comunes.

El que se dé o no la contribución individual necesaria para producir el bien común depende, pues, en gran medida del tamaño de los grupos. Olson propone una taxonomía que permite distinguir tres tipos de grupos: los grupos «privilegiados», cada uno de cuyos miembros, o al menos alguno de ellos, posee un incentivo para asumir el coste total de producir el bien colectivo; los grupos «intermedios», en los que ninguno de los miembros obtiene una participación en el beneficio que alcance a proporcionarle un incentivo para producirlo, pero que al mismo tiempo no tiene tantos miembros como para que no se perciba quién contribuye y quién no; y por último, los grupos «latentes», cuyo tamaño es tal que, tanto si un miembro contribuye o no, ningún otro miembro se verá significativamente afectado y carecerá por tanto de razones para reaccionar. Como en este último tipo de grupos «el individuo, por definición, no puede contribuir de manera perceptible a los esfuerzos del grupo, y como nadie en el grupo reaccionará si no contribuye, el individuo no tendrá un incentivo para contribuir»<sup>10</sup>.

9. Nos llevaría demasiado lejos examinar aquí los presupuestos de este modelo de racionalidad. Podría aceptarse como hipótesis de trabajo en la interpretación de una conducta «suponer primero que es egoísta; si no, al menos racional; si tampoco, entonces al menos intencional»: ELSTER, J.: *Sour grapes*, o.c., p. 10. En un sentido mínimo el individuo es racional gracias a su capacidad de ordenar sus preferencias y de planificar de antemano su conducta; para ser racional en el sentido de la teoría económica se requiere además que sus preferencias sean también completas, continuas y egoístas. Pero puede relajarse el supuesto del egoísmo y mantener el de racionalidad, al menos en el sentido de que el individuo será racional si persigue sus objetivos, egoístas o no, por medios eficaces; cfr. OLSON, M.; o.c., pp. 64-5; BUCHANAN, J. M. y TULLOCK, G., *The calculus of consent*, Ann Arbor MI, University of Michigan Press, 1962, c. 3 —existe una ininteligible traducción española en Madrid, Espasa Calpe, 1980; la bibliografía es copiosa, pero para las cuestiones aquí expuestas puede consultarse DOWNS, A.: *An economic theory of democracy*, Nueva York, Harper, 1957; MARGOLIS, H., *Selfishness, altruism and rationality*, Cambridge, University Press, 1982; NAGEL, T., *The possibility of altruism*, Princeton NJ, University Press, 1970; y la colección de artículos recopilados por ELSTER, J., ed., *Rational choice*, Oxford, Blackwell, 1987; GAUTHIER, D., *Morals by agreement*, Oxford, Clarendon Press, 1986; GAUTHIER, D., ed., *Morality and rational self interest*, Englewood Cliffs NJ, Prentice-Hall, 1970.

10. O.c., p. 50. Esta clasificación presupone la distinción previa entre las situaciones de mercado y las ajenas al mercado; es habitual que en las primeras la suma total de beneficios sea constante, de forma que lo que uno obtiene de más lo obtiene otro de menos, mientras que una propiedad esencial de las segundas es que lo que uno consume puede ser disfrutado por otros (p. 37). De ahí que el bien colectivo en las situaciones de mercado sea de naturaleza exclusiva, y en las ajenas al mercado sea de índole inclusiva. Según el número de miembros que interactúen estratégicamente en el mercado puede hablarse de monopolios, oligopolios o competencia atomística. Al trasladar este esquema a las situaciones ajenas al mercado los grupos privilegiados e intermedios se sitúan en la escala de los oligopolios, mientras que a la competencia atomística corresponden los grupos latentes. En las situaciones ajenas al mercado no existe propiamente hablando un análogo del monopolio, pues este sería «el individuo particular que busca fuera del mercado un bien no-colectivo, un bien sin economías ni deseconomías externas» (p. 48-9).



Consiguientemente puede presumirse que en los grupos «privilegiados» se producirá el bien colectivo, y que en los grupos «latentes» no se producirá a menos que se ofrezca a los miembros incentivos diferentes y selectivos para que contribuyan a producirlos; en los grupos «intermedios», por el contrario, la previsión es indeterminada.

La razón de que sea así es que las interacciones entre los miembros de una colectividad no se distribuyen al azar ni de manera homogénea, sino que acusan diferencias de intensidad y densidad. Dada su dimensión multilateral, podríamos «identificar constelaciones de individuos que interactúan más intensamente entre sí que con individuos de otras constelaciones». Para un territorio determinado estas constelaciones podrían representarse gráficamente a modo de curvas cerradas de nivel sobre un gradiente de cohesión que mediría la proporción de transacciones entre los individuos de esa área y el total de transacciones en las que se ven implicados dichos individuos<sup>11</sup>. Se trazarían así una especie de fronteras «naturales» de la interacción social, que pueden verse reforzadas por otros tipos de fronteras políticas, legales o administrativas, pero no tienen que coincidir necesariamente con ellas.

La historia de filosofía registra la influencia de determinadas fases del proceso de expansión del universo de las interacciones sociales en la concepción del agente moral y de sus responsabilidades individuales y políticas. Algunas teorías éticas —por ejemplo, ciertas versiones de la filosofía moral estoica— propusieron un modelo del individuo autárquico que se propone como objetivo de sus decisiones y acciones tan sólo aquellos cuya realización dependiese por completo de la voluntad individual. La autarquía como ideal del sabio excluía —o por lo menos, no requería— la cooperación de otros agentes ni, en cierto sentido, de la propia naturaleza<sup>12</sup>. A todos los efectos morales el individuo debía, y por tanto podía, procurarse a sí y por sí mismo el bien de su propia virtud, que por esta razón podía considerarse como un bien rigurosamente privado. La plausibilidad intrínseca de la concepción estoica de la virtud como autosuficiencia del sabio no depende de su congruencia con el contexto histórico en que se elaboró, pero resulta imposible no ver en ella un trasunto del proceso de sustitución de la *polis*, marco de referencia de la ética socrática o aristotélica, por la *oikouméné* global. Este proceso de trasmutación del *polites* en *kosmopolites* como modelo de agente moral tiende a desarraigar al individuo de las comunidades «naturales» y a privarle de su mediación, enfrentándole directamente con una humanidad impersonal que apenas se distingue del cosmos.

11. ELSTER, J., *The cement of society*, p. 289.

12. Cfr., p. ej., EPICTETO, *Pláticas*, Barcelona, Alma Mater, 1967, I, 4, 18-32; cf. no obstante I, 19, 11; II, 15-21.

Como consecuencia inevitable de este proceso, en las colectividades políticas —y tanto más cuanto mayor es su tamaño— se hace preciso justificar racionalmente la obligación o la conveniencia de cooperar en la producción del bien común, ya que las propias dimensiones de la sociedad en su conjunto impide al individuo percibir los efectos de su cooperación. Esta circunstancia por sí misma, unida a las características específicas de los bienes públicos, favorece la insolidaridad, el parasitismo y la búsqueda del interés inmediato en las acciones que ejecuta el agente en la esfera de la vida cotidiana. Es el complejo problema del *free rider*, que se plantea por el hecho mismo de que la producción de los bienes públicos implica ciertos sacrificios para todos —o al menos para un determinado número de miembros de la colectividad: el estrictamente necesario para producirlos. Pero como «por su propia naturaleza tienen que ser disfrutados por todos los miembros de una cierta clase, se identifique o no esta clase con el grupo de quienes lo producen»<sup>13</sup>, la opción de beneficiarse de ellos sin asumir el coste de producirlos —viajar de balde— aparece como máximamente racional. Los efectos acumulados de las faltas de colaboración individual no sólo son nocivos para todos, incluido el propio agente, sino que corrompen el sentido mismo de la democracia.

Parfit esquematiza acertadamente el proceso de razonamiento que conduce a esta situación, que formalmente corresponde a un «dilema del prisionero»: para cada uno «puede ser cierto que, si contribuye, incrementará la suma de beneficios. Pero su parte en los beneficios del incremento podría ser muy pequeña. Su contribución podría no compensarle. Tal vez fuera mejor para cada uno no colaborar. Y esto independientemente de lo que hagan los demás. Pero sería peor para cada uno que fuesen menos los que contribuyen. Y si ninguno contribuyese, esto sería peor para cada uno que si todos lo hicieran»<sup>14</sup>. Confinar al agente (moral) en los límites de su autarquía hace difícil justificar en principio el concepto de obligación social o política. Parece incluso implicar que en el ámbito del agente individual la moralidad y la racionalidad son indiscernibles por cuanto ambas comparten un idéntico objetivo, que es demostrar al individuo que su propio y verdadero interés reside en la práctica de la virtud. O, a la inversa, que sólo la acción virtuosa garantiza la satisfacción de su genuino interés.

13. BROAD, C. D.: «On the function of false hypothesis in ethics» (1916), en CHENEY, D. R., ed., *Broad's critical essays in moral philosophy*, Londres, Allen & Unwin, 1971, pp. 53-4.

14. PARFIT, D., «Prudencia, moralidad y el dilema del prisionero», *Diálogo Filosófico*, 13, 1989, p. 6. Puede distinguirse el *free rider*, que es aquel que «obtiene un beneficio sin pagar la totalidad o parte de su coste», del *parásito* que es aquel que, «al obtener un beneficio desplaza la totalidad o parte de su coste a otra persona», como propone GAUTHIER, D., *Morals by agreement*, o.c., p. 96. La discusión del problema planteado por el *free rider* aparece inevitablemente asociada al análisis de los bienes públicos; véase la bibliografía citada en la nota 1; es un lugar común hacer notar que «a casi todos los bienes públicos cuya provisión requiere un gasto de recursos, tiempo o prudencia moral, se les puede aplicar una matriz de estrategias análoga al Dilema del Prisionero»: MUELLER, D., o.c., p. 25; véase más adelante en la nota 22.



Si el ideal de toda teoría ética es mostrar la coincidencia del interés individual y de la obligación virtuosa, para una moralidad autárquica es en el individuo aislado donde más cerca está de realizarse. En él se cumplirían de forma óptima las condiciones que Hume imponía a toda teoría ética que pretendiese servir a un propósito útil, esto es, que sea capaz de «demostrar, con todo detalle, que todos los deberes que recomienda son también el verdadero interés del individuo»<sup>15</sup>.

En el ámbito individual no existiría pues, estrictamente hablando, conflicto entre obligación e interés. Para el individuo toda obligación sería racionalmente interesada, lo que no implica ausencia de conflictos intrapersonales. Estos se deberían a factores tales como su imperfecta racionalidad, su flaqueza de voluntad o la incertidumbre que afecta a su conocimiento y que se refleja en la tasa de descuento que aplique a sus intereses futuros en relación con los presentes. Si se acepta con Kant que en el mundo de la experiencia ni el interés puede fundamentar el deber moral ni el cumplimiento de éste asegura la satisfacción de aquél, es al menos dudoso que Robinson en su isla creyese fundada la noción de un deber *moral* para consigo mismo<sup>16</sup>. Sus deliberaciones, decisiones y acciones estarían guiadas por consideraciones estrictamente prudenciales y encaminadas a producir bienes que sólo requieren de su habilidad para hacer cooperar a la naturaleza, incluida la suya propia, en su beneficio, según una determinada idea de este y de sí mismo. Si se entiende el concepto de beneficio en el sentido literal de «lo que produce el bien» no se excluye ninguna de las variedades del bien propio propuestas por las diversas teorías éticas que podríamos llamar egocéntricas. Nada impide, pues que Robinson sea, a sus expensas, hedonista, eudemonista, spinozista o adepto al Zen.

Si para organizar sistemáticamente sus deliberaciones y decisiones requiriese una teoría de la racionalidad práctica esta no sería por tanto una teoría moral de tipo kantiano, sino alguna versión de las teorías de la utilidad o de la decisión. La racionalidad de sus decisiones dependería de su acierto en estimar correctamente sus propias preferencias, los costes de oportunidad en que incurrirá al ejecutarlas y el grado de probabilidad con el que sus acciones producirán los efectos buscados. En la medida en que Robinson aislado y solitario fuese racional exhibiría al menos el grado mínimo de racionalidad que caracteriza al homo economicus y por ello se presenta como

---

15. HUME, D., *Enquiry concerning the principles of morals*, Edición de L.A. Selby-Bigge, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 280. Sin embargo, por lo menos en lo que respecta a las relaciones interpersonales, es atinado observar que «esto parece un error de Hume: semejante teoría sería demasiado útil: si el deber no es más que interés, la moralidad sería superflua»: GAUTHIER, D., *o.c.*, p. 1.

16. Kant, por el contrario, lo afirma así. Cfr. p. ej., KANT, E.: *Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989. Doctrina Ética Elemental. Introducción, párr. 1 a 3; cap. 2, secc. 1, párr. 13.

un caso ideal de la racionalidad paramétrica<sup>17</sup>. La llegada de Viernes aporta la condición necesaria, aunque no suficiente, para acceder al nivel de racionalidad específico de las interacciones sociales o estratégicas y con ello para la aparición de la moralidad.

En efecto, mientras Robinson permanece solo todos los elementos relevantes para plantear y resolver sus problemas de decisión están dados con anterioridad y son independientes de ella. Esto es lo que significa que en una situación así el agente pueda considerar estos datos como los parámetros o constantes del problema cuya solución es su decisión concreta. La teoría de la racionalidad práctica del agente en una situación paramétrica adoptará por tanto la hipótesis de que el entorno de sus decisiones es determinístico en muy alto grado. Es decir, que todo lo que no es él mismo son objetos o cosas cuyas operaciones no le toman en cuenta a él, pues carecen de capacidad de formarse expectativas respecto de sus decisiones y acciones. Mientras en ese entorno no irrumpen otros agentes la hipótesis es plausible —o al menos más plausible o pragmáticamente más eficaz que las alternativas animistas o panpsiquistas.

Es precisamente su irrupción la que altera radicalmente los supuestos de aplicación de su teoría de la racionalidad paramétrica. En términos teóricos sería simplemente erróneo atribuir a lo que es en realidad *otro* sujeto —alter ego— la naturaleza de un objeto. Pero una grave consecuencia práctica de este error sería impedirle prever en sus propias decisiones lo más distintivo y específico de las operaciones de un agente, que es precisamente su capacidad de tomarle a él en cuenta y formarse expectativas respecto de su conducta.

Es racionalmente exigible de toda teoría práctica —esto es, para ser plausible incluso meramente como teoría— que incorpore el supuesto de que en determinados entornos paramétricos pueden irrumpir otros agentes que deliberan y adoptan decisiones de manera análoga a uno mismo. Para el agente, por tanto, resulta racional modificar los supuestos de su modelo de racionalidad paramétrica de forma que incorpore de forma sistemática la perspectiva interna de otros agentes, que incluye tanto el significado que estos atribuyen a sus propias acciones como el propósito que las inspira y las expectativas que se forman respecto a la perspectiva interna de él. Esta es la intuición básica de muchas teorías contemporáneas sobre la racionalidad en el marco de las ciencias sociales y de la conducta. Está presente en el concepto

---

17. «En una decisión paramétrica el agente se enfrenta a unas restricciones externas que son en algún sentido dadas o paramétricas. Primeramente las evalúa lo mejor que puede y entonces decide qué hacer. Una situación estratégica se caracteriza por la interdependencia de las decisiones. Antes de decidir cada agente tiene que prever por anticipado lo que los otros probablemente harán, lo cual puede requerir a su vez una estimación de lo que ellos prevén por anticipado que él hará. Durante mucho tiempo se creyó que esto implicaba un regreso infinito, hasta que en este siglo se demostró que puede «cortocircuitarse» mediante la noción de un punto de equilibrio»: ELSTER, J.: «Introducción» a *Rational choice*, o.c., p. 7.



weberiano de acción social como «acción cuyo sentido está referido a conducta de otros, orientándose por esta en su desarrollo» que se hace operativo mediante el tipo ideal de acción racional, que sirve de fundamento a su sociología comprensiva; en el davidsoniano «principio de caridad» que requiere que se atribuya a los agentes un alto grado de consistencia racional en sus creencias para poder interpretar significativamente su conducta<sup>18</sup>.

El modelo de racionalidad paramétrica no puede dar adecuada cuenta del juego de espejos de las expectativas recíprocas<sup>19</sup> sin alterar radicalmente sus presupuestos y transformar su concepto mismo de racionalidad en el de racionalidad estratégica. Las dificultades que presentan los intentos de hacerlos mutuamente compatibles suscitan el problema de la racionalidad colectiva, cuya intrínseca naturaleza moral y política es imposible desconocer.

En efecto, la presencia de Viernes en la isla obliga a Robinson a que, como mínimo y por su propio interés<sup>20</sup>, no ignore los perjuicios que ésta puede acarrearle o los beneficios que puede procurarle. Idéntica consideración puede hacerse respecto a Viernes cuando descubre que la isla está habitada. Como mínimo, también, el mero hecho de su coexistencia y de su rudimentaria interacción les llevará a formarse expectativas recíprocas en función de las cuales adoptará decisiones individuales que, aun sin cooperar expresamente ni coordinarse tácitamente, concurrirán de hecho a producir un bien que, en ciertas condiciones, podrá tener un carácter colectivo o público. En definitiva, pues, la decisión de cada uno produce economías y deseconomías externas —externalidades en general— para el otro, que es irracional ignorar. Para poder incluir en las propias decisiones tanto las expectativas respecto de las decisiones del otro como el conocimiento de que el otro a su vez incluye en las suyas sus propias expectativas respecto de las primeras es por consiguiente preciso acceder al nivel específico del razonamiento estratégico.

Un entorno estratégico es aquel en el que la conjunción de las decisio-

18. WEBER, M.: *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Economía, 1964, p. 5 y en general el cap. 1; DAVIDSON, D., *Essays on actions and events*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 221; cfr. HINDESS, B., *o.c.*, p. 54-60; la cuestión enlaza sistemáticamente con las que plantean la existencia de «otras mentes», la posibilidad de un lenguaje privado, o la indeterminación de la traducción.

19. La reciprocidad de las expectativas suscita paradojas que ponen en cuestión la predictibilidad y la racionalidad misma de las decisiones individuales y colectivas. Cfr. LEWIS, D., «Prisoner's Dilemma as a Newcomb Problem», *Philosophy and Public Affairs*, 8, 1979; NOZICK, R., «Newcomb's problem and two principles of choice», en RESCHER, N., ed., *Essays in honor of Carl G. Hempel*, Atlantic Highlands NJ, Humanities Press, 1970; BRAMS, R., *Paradoxes in politics: An introduction to the nonobvious in political science*, Nueva York, Free Press, 1976, cap. 8; HOLLIS, M., *o.c.*, p. 97-112; POUNDSTONE, W., *Labyrinths of reason*, Nueva York, Doubleday, 1990, cap. 12. En una perspectiva específicamente económica, cfr. SHEFFRIN, S.: *Expectativas racionales*, Madrid, Alianza, 1985, cap. 1.

20. Se trata de una hipótesis de mínimos. Una teoría ética adecuada ha de acreditar la racionalidad del altruísmo y de la solidaridad moral, es decir, la posibilidad racional de considerar como míos los intereses del otro en cuanto suyos.



nes de al menos dos agentes racionalmente interesados y capaces de formarse expectativas recíprocas determinan un resultado conjunto para ambos aunque de diferente utilidad para cada uno. La Teoría de Juegos desarrolla modelos de las diversas formas de interacción estratégica entre agentes racionales. Para sus supuestos estrictos es en principio suficiente considerar a estos como racionalmente interesados tan sólo por sus beneficios individuales, con lo que se reconoce la evidencia de que ciertas formas de interacción social, incluso cooperativa, son accesibles también a egoístas calculadores racionales. Para ello basta con que el beneficio proporcional que cada uno recibe del incremento del bien público que produce su contribución sea superior a lo que le cuesta contribuir<sup>21</sup>. En su función descriptiva, la Teoría concibe formalmente las interacciones estratégicas como juegos en los que los agentes son los jugadores, sus decisiones definen su estrategia y los diferentes resultados los pagos.

Son numerosos los tipos de juegos según el grado de información, el número previsible de jugadas, la naturaleza de los pagos o recompensas, etc. De forma esquemática y atendiendo tan sólo a las ganancias globales que perciben los jugadores es posible distinguir entre juegos de suma cero, en los que lo que uno gana es lo que pierde el otro; juegos de suma negativa, en los que ambos pierden, y juegos de suma positiva, en los que ganan ambos. Los de mayor rendimiento analítico y heurístico tanto para la filosofía como para las ciencias morales, sociales y políticas han sido los juegos de suma positiva, estructuralmente favorables a la cooperación, dado que ambos jugadores pueden aumentar sus ganancias si logran coordinar sus estrategias.

En algunos casos son las propias situaciones las que determinan objetivamente la naturaleza del juego. Así, por ejemplo, dos naufragos ansiosos por sobrevivir que se disputan un único salvavidas compiten inevitablemente en un juego de suma cero; dos potencias que desencadenan una guerra nuclear juegan de hecho a un juego de suma negativa en el que no hay ganadores; si a uno de los jugadores le compensa producir a su costa un determinado bien público del que, además de él, se aprovecha también el otro, que no ha contribuido a producirlo, ambos estarán jugando a un juego de suma positiva, aunque para el primero no resulte el juego más deseable.

En otros casos, en cambio, la estructura del juego no estará objetivamente determinada. Y será la propia percepción que los jugadores tengan de la situación —su interpretación de ella— la que determine a qué juego se jugará de hecho. Dentro de ciertos límites, los jugadores pueden decidir independientemente, acordar conjuntamente o verse compelidos a transformar un juego competitivo de suma nula o negativa en un juego cooperativo de suma positiva. Existe un tipo peculiar de juego de suma positiva ejem-

---

21. TAYLOR, M.: *The possibility of cooperation*, o.c., p. 9.

plificado en el «Dilema del Prisionero»<sup>22</sup> que suscita la paradoja, aparentemente insoluble, de que la elección que se presenta a cada jugador individual como máximamente racional aboca a un resultado colectivamente irracional cuando es adoptada por ambos. Una solución práctica de la paradoja —la solución teórica es otra cosa en la que no entraremos aquí— implica necesariamente transformar esta situación. La posibilidad de hacerlo es una de las ideas inspiradoras de las teorías contractualistas. La transformación puede, o bien afectar a la situación misma y ser en este sentido exterior a los jugadores, o bien consistir en un cambio interior de los propios jugadores. A la primera de ellas puede llamársela política y a la segunda, psicológica o en algunos casos moral<sup>23</sup>.

El juego al que el hombre hobbesiano juega en el estado de naturaleza es un juego no-cooperativo porque, aunque son posibles los acuerdos, estos no son vinculantes: el estado de naturaleza es, por definición, precisamente la ausencia de constricciones que haga que los hombres se atengan a los pactos<sup>24</sup>. En el estado de naturaleza cada uno prefiere la paz a la guerra, pero la desconfianza de cada uno hacia los demás le lleva a elegir la guerra a la paz. El estado de guerra resultante es paretianamente inferior: todos prefiere la paz a la guerra<sup>25</sup>. Suscribir el pacto conviene a todos. Pero el pacto suscrito es un bien público del que no es posible excluir a nadie. Por ello, en cuanto egoísta, a cada uno le conviene más violarlo una vez suscrito. Si se desconfía además de que los demás se atengan a lo pactado, es incluso máximamente racional actuar como *free-rider*. La autoridad coactiva del soberano aporta la garantía exterior —política— de que ningún infractor saldrá mejor librado si es detectado. Pero no garantiza la eliminación

22. El «dilema del prisionero» —en español jurídico su traducción correcta sería dilema del «preso (preventivo)» o del «detenido»— ha proporcionado el modelo para tal cantidad de análisis y experimentos que ha merecido ser llamado la *escherichia coli* de las ciencias sociales, morales y políticas: AXELROD, R., *La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de juegos*, Madrid, Alianza, 1986, P. 38; la bibliografía en este caso es asimismo inabarcable, pero a las obras citadas en la nota 7, puede añadirse las siguientes: RAPOPORT, A y CHAMMAH, A., *Prisoner's dilemma. A study in conflict and cooperation*, Ann Arbor MI, University of Michigan Press, 1965; PARFIT, D., *Reasons and persons*, ya citado; para un tratamiento sistemático cfr. LUCE, D. y RAIFFA, H., *Games and decisions*, Nueva York, Jon Wiley, 1957, c. 5. Conviene hacer notar que el «problema de la acción colectiva» no se identifica sin más con el Dilema del Prisionero», aunque este ejemplifica una situación particularmente perversa; el problema se plantea de hecho en otros tipos de situaciones a las que corresponden modelos de juego, ordenaciones de estrategias y pagos diferentes para cada jugador, por ejemplo los juegos del seguro (*assurance*) y el difícilmente traducible *chicken*; cfr. TAYLOR, M. o.c., caps. 1 y 2.

23. PARFIT, D., *Prudencia, moralidad y el dilema del prisionero*, p. 8.

24. TAYLOR, M., *The possibility of cooperation*, p. 133.

25. Se llama paretianamente óptima a una alternativa X si no hay ninguna otra alternativa que 1) todos consideren al menos tan buena como X (que no sea menos-preferida-que X por nadie) y que 2) sea considerada estrictamente mejor que (sea estrictamente preferida a) X por al menos un individuo. La que no cumple estos requisitos es paretianamente inferior; cfr. p. ej., SEN, A.: *Elección colectiva y bienestar social*, Madrid, Alianza Editorial, 1976, pp. 37-49.



de los free-riders. Esta requiere una transformación interna<sup>26</sup> y una redefinición de la matriz de pagos de los jugadores racionales. Esta es obra de la moralidad, concebida específicamente como una forma de racionalidad estratégica que hace posible superar las paradojas del tránsito de la racionalidad individual a la racionalidad colectiva, es decir, la cooperación entre agentes racionales, y proporciona la salida del estado de naturaleza hobbesiano, que representa un típico Dilema del Prisionero.

Una teoría moral de la democracia tendrá que demostrar que es racional apelar a la necesidad moral de cooperar no sólo en aquellos casos en los que el agente ganaría más haciéndolo, sino incluso en aquellos otros, que pueden ser mayoría, en los que no tiene la percepción inmediata de los beneficios reales que su contribución altruísta procura a «otros» concretos con los que se considera solidario. Tendrá que resolver las paradojas en que se incurre al apelar al propio interés como justificación única o prioritaria de la cooperación, pero deberá asimismo examinar hasta qué punto —también *if at all*— es posible prescindir racionalmente del elemento de «fe moral» implícito en la decisión de contribuir en aquellos casos en los que los beneficios para los destinatarios son invisibles. Si es completa deberá ser capaz de especificar los procesos y mecanismos por los que las decisiones cooperativas —racionales y morales— contribuyen eficazmente a producir el bien público que es el objetivo mismo de la institución democrática. Una teoría moralmente atractiva debería, además, ser capaz de mostrar que (o al menos hasta qué punto) esa cooperación puede realizarse de manera espontánea y voluntaria sin necesidad de la coacción estatal heterónoma —esto es, de forma literalmente «anárquica» y autónoma<sup>27</sup>.

---

26. «Este tránsito del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, al sustituir en su conducta el instinto por la justicia, y al dar a sus acciones la moralidad de la que antes carecían»: ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, libro 1, cap. 8; cfr. HOLLIS, M., o.c., cap. 12.

27. Este es el propósito teórico que anima el llamado «programa de Hayek» y que constituye el objetivo común de autores como Russell HARDIN, Edna ULLMANN-MARGALIT, Michael TAYLOR o Robert AXELROD, cuyas obras se han citado anteriormente, a las que se pueden añadir las de NOZICK, R.: *Anarquía, estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988; SCHOTTER, A., *The economic theory of social institutions*, Cambridge, University Press; SUGDEN, R., *The economics of rights, cooperation and welfare*, Oxford, Blackwell, 1986; cfr. ELSTER, J., *The cement of society*, p. 250. La referencia es a la pregunta de Hayek —¿cómo es posible un orden espontáneo (*kosmos*, en vez de *taxis*, orden impuesto) en la sociedad?; cfr. HAYEK, F.: *Law, legislation and liberty*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1977, vol. I, cap. 2.; *The fatal conceit*, Chicago, University Press, 1989, pp. 76-7, 107-8.



## La formación de la soberanía democrática: entre el mito de la autoidentidad y las virtudes políticas.

Por FERNANDO QUESADA, FRANCISCO COLOM y  
JOSE M.<sup>a</sup> HERNANDEZ<sup>1</sup>

Madrid

Posiblemente una de las experiencias más desconcertantes de la democracia liberal sea la de su propia supervivencia histórica frente al incumplimiento de los postulados que la vieron nacer. Hemos tenido que asistir así a la quiebra en el ámbito social de unos derechos humanos proclamados en su día como universales y la negación oligárquica y corporativa en el terreno político de una autonomía individual de la que el liberalismo se había declarado su más acérrimo defensor. Así pues, la reiterada alusión en los foros de debate intelectual al tópico de las supuestas «crisis», «promesas incumplidas» (Bobbio), «aporías» y demás déficits sustantivos de la democracia no parece sino confirmar la idea de que la configuración política de la modernidad arrastra consigo desde sus mismos orígenes el malestar producido por la inconclusión de su propia memoria histórica.

Podría decirse que los ideales emancipatorios adheridos al concepto mismo de la «democracia», cuya transgresión no hace sino agrandarse de día en día, perviven en la forma de ecos no acallados que obstaculizan la completa autosatisfacción de una conciencia instalada definitivamente en un supuesto «final de la historia». Esos ideales cesarían así de ser «haber» para transformarse en «deudas» o en simples «efectos perversos» con los que forzosamente habrían de convivir los sistemas democráticos actuales. Lo paradójico de la mencionada incapacidad del liberalismo para satisfacer sus fundamentos de legitimación política y social —una incapacidad por lo demás

---

1. FERNANDO QUESADA (Catedrático de Filosofía Política-U.N.E.D)  
FRANCISCO COLOM GONZÁLEZ (Instituto de Filosofía del C.S.I.C.)  
JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ LOSADA (Dpto. Filosofía y Filosofía Moral y Política - U.N.E.D).



reconocida por él mismo— estriba precisamente en haber convertido los síntomas de una crisis sistemática en una nueva conciencia histórica. Frente a la tesis de corte weberiano que apuntaba a un agotamiento del ámbito simbólico en las redes de la racionalización social y que hacía presagiar la modernidad como una auténtica «jaula de hierro», la historia cierra nuestro siglo remitiéndonos, no ya a la convergencia entre capitalismo y socialismo en un «final de las ideologías», como pronosticaron las tesis de la «sociedad industrial», sino como una definitiva victoria del liberalismo económico y político. Esa victoria se traduciría en «el agotamiento total de alternativas sistemáticas viables al liberalismo occidental» (FUKUYAMA, 1990), puesto que —como los propios socialdemócratas han reconocido— el marxismo ha sido incapaz de esbozar una política económica de transición, así como el paradigma adecuado para una sociedad justa que contemple a su vez las mediaciones democráticas que la hagan plausible y posible (MARAVALL, 1978).

Independientemente de la incapacidad de Fukuyama para comprender satisfactoriamente la filosofía política de Hegel, su intento puede entenderse como un síntoma tópico de la coyuntura histórica en la que nos encontramos. En este ambiente de «final de época» asistimos al resurgir de un individualismo teórico, precisamente el mismo que ha soportado inutilmente las expectativas emancipatorias ligadas a un supuesto progreso moral de la historia y a la capacidad de desarrollo económico atribuída al mercado. A la postre, la imposibilidad de orientarse en este decurso histórico, la instrumentalización moral sufrida por la idea de «competencia» y el fracaso de la prometida evolución política hacia unas mayores cotas de participación, han venido a reforzar la recuperación de una noción de individualidad que se forjó en la edad moderna a partir de los principios de «libertad» e «igualdad». En este sentido, incluso un liberal como Hirschman ha llegado a admitir la particular capacidad que han mostrado algunas opciones políticas, y en concreto el liberalismo, para velar sus efectos *reales* (HIRSCHMAN, 1978).

Es justamente este olvido de los efectos residuales de la ideología liberal, la pérdida de su memoria histórica, lo que en buena parte enciende ahora las ilusiones sobre la recuperación política y moral de la individualidad perdida, cuyo correlato real, sin embargo, tiende a localizarse de forma inmediata en las posibilidades ofrecidas por un desarrollo económico capitalista. Hemos asistido así a esa explosión popular en los países del Este en demanda de las libertades secuestradas, un entusiasmo tan intenso como la rapidez con que varios de ellos han subordinado la realización de los anhelos políticos a la reorganización de una actividad económica diseñada por los consabidos tecnócratas. Esta evolución no puede dejar de evocarnos el clásico argumento liberal que pretendió ver en la instauración de una economía regida por los intereses, de un tráfico social organizado en torno a la «inocente» ocupación de acumular riqueza, un antídoto capaz de refrenar las pasiones humanas.

Sin embargo, si identificamos el tránsito a la modernidad como el triunfo de una ambición histórica, la de lograr el pleno desarrollo de la libertad subjetiva y objetiva del individuo en el contexto de una comunidad armónica, no podemos entonces dejar de reconocer también el fracaso del liberalismo para traducir políticamente a través de la sociedad civil y el mercado las prácticas de solidaridad y el ejercicio de la virtud pública que en un principio preconizó. Asumir hoy en día la pregunta por los valores de la democracia, más allá de una resignada aceptación de sus límites, exigiría de nosotros iniciar una revisión de aquellos elementos que configuraron históricamente nuestra moderna concepción de la soberanía específicamente democrática, pudiendo observar de esta forma, de modo esencialmente crítico, aquellos mitos y fisuras que han contribuido a generar sus déficits actuales. La realización de los ideales políticos encarnados por este nuevo modelo de soberanía se ha visto originariamente impedida por la difícil aceptación de las inevitables mediaciones de poder y por la búsqueda, no siempre satisfactoria, de las imprescindibles virtudes ciudadanas.

#### *La invención del «pueblo»*

La constitución de la identidad política moderna se ha visto impulsada por tres procesos de carácter convergente: la progresiva secularización de la esfera pública, la imposición de una emergente racionalidad económica y la creación de un tipo particular de identidad nacional. El enfrentamiento entre las fuerzas seculares de la Iglesia y las incipientes monarquías absolutas europeas se resolvió, a comienzos del siglo XVII, con la imposición del juramento de fidelidad a todos los súbditos para lograr así el reconocimiento efectivo de la autonomía del poder político del monarca. De esta forma, Jacobo I consumó la lenta ruptura de Inglaterra con la Iglesia Romana. Al concebir ahora el poder como la soberanía personal y absoluta que Dios otorgaba directamente al monarca, los nuevos soberanos resolvieron a su favor un viejo problema teológico tras el que latía un conflicto social y político. Pero no era fácil justificar esta nueva concepción del poder político. Esta invasión del santuario de la conciencia religiosa no podía llevarse a cabo sin realizar previamente una profunda revolución en el concepto mismo del «pueblo».

Para la sociedad medieval, esencialmente jerárquica pero unitaria, la opinión de la masa popular interesaba poco o casi nada. El pueblo se conducía por necesidad, o mero instinto, al arrimo de sus gobernantes. Aquí todavía no era necesario el juramento de fidelidad, primera entrega del moderno problema de la obligación política, ya que todavía no se había operado la distinción inminente entre el cristiano y el ciudadano. Pero lo que los primeros monarcas absolutos no presintieron al quebrantar sus compromisos con el papado era que ya estaban levantando sobre sus cabezas el cadalso donde habrían de terminar sus días. Al imponer a sus súbditos el juramento de fidelidad el monarca absoluto no sólo estaba iniciando una maniobra enca-



minada a contrarestar la autonomía de la nobleza, para evitar así riesgos innecesarios, sino que también dejaba caer sobre el pueblo la semilla que luego habría de germinar dando paso a la conciencia de constituir una fuerza capaz de actuar políticamente. Por primera vez, el pueblo dejó de estar al margen de la esfera del poder y se constituyó como un sujeto potencial de la acción política. Como veremos, esta nueva realidad pronto encontraría expresión en las modernas experiencias revolucionarias.

Junto con la recepción de los principios elaborados por la tradición republicana, fruto del difícil equilibrio político del renacimiento italiano, terminó por configurarse definitivamente la noción moderna de «Estado», amparada en el nuevo principio de soberanía política. El pueblo sería a partir de entonces quien concediese al poder político, representado en la persona de un monarca con poder limitado o en la de una asamblea parlamentaria, la soberanía que por principio sólo a él le pertenecía. El modelo constitucional inglés fue el primer valedor de esta nueva forma de soberanía popular. No obstante, como la voluntad soberana, que para entonces ya residía en el parlamento, sólo podía expresarse por medio de la ley, era imprescindible exigir el sometimiento de los ciudadanos a su imperio. La ley, en cuanto expresión de la voluntad popular, debía ser *general*, esto es, debía alcanzar por igual a todos los ciudadanos, y ser a la vez *concreta*, referida a una práctica social delimitada. Pero, lo que es aún más importante, su ámbito de aplicación habría de coincidir con el espacio territorial de donde emanaba la propia soberanía. La soberanía popular se transformó así en soberanía nacional. El estado-nación hace de nuevo su aparición y el ciudadano se convierte otra vez en súbdito.

De otro lado, la ambición universalista de la ley se vió conmovida ante el reto que supuso la aplicación a un cuerpo político esencialmente desigual y dividido. En un contexto social en donde fue adquiriendo paulatinamente un protagonismo mayor el tipo de racionalidad económica propia de la incipiente sociedad de mercado, la intención originalmente igualitaria de la ley, al ocuparse de sancionar el derecho a la propiedad, no pudo evitar agudizar aún más los conflictos creados por la desigual distribución inicial de los bienes materiales. De esta forma se creó una tensión entre las aspiraciones de universalidad e igualdad, donde en principio no había sino una única opción moral determinante de los propios fines políticos. Esta contradicción entre las dimensiones formal y material de la igualdad obligó al liberalismo a arrostrar una serie de críticas que le acusaban de consagrar ficticiamente una homogeneidad negada por la propia facticidad social. Las consecuencias de esta crítica se tradujeron posteriormente en un progresivo alejamiento del movimiento obrero frente a la idea de un Estado de derecho que tan sólo velaba por el principio de igualdad en la medida en que éste fuese entendido en términos estrictamente jurídico-formales. En este sentido, los escritos políticos de Marx no hicieron sino incidir en las oportunidades estratégicas abiertas por la esfera pública liberal, incitando a aprove-

char la «contradicción» de sus postulados igualitarios para combatir a la burguesía con sus propias armas.

Por el contrario, el posterior compromiso con el reformismo socialdemócrata con las posibilidades emancipatorias abiertas por la legalidad burguesa consistió precisamente en no introducir ya sólo formalmente el principio igualitario en el ámbito social como igual *ante* la ley, sino activamente, es decir, *a través* de ella. El precio que el postulado liberal de la generalidad de la ley tuvo que pagar por ello no fue pequeño, ya que ésta se vió obligada a sacrificar parte de su universalidad formal con la instauración de programas *ad hoc* de intervención social y económica.

La denominada «democracia de masas», articulada en torno a partidos omnibarcantes que compiten por un mercado electoral, ha constituido el referente político de esa paulatina «sistematización» de las relaciones entre las esferas socio-económica y jurídico-política de las sociedades capitalistas. Semejante transformación ha corrido pareja a una mutación en las condiciones de socialización política de los individuos modernos. A éstos, aunque de forma casi simbólica, se les sigue exigiendo en cuanto «ciudadanos» una identidad política que se traduzca en unos porcentajes mínimamente funcionales de participación electoral. Asimismo, el ámbito de la realización personal del individuo ha abandonado casi por completo la esfera pública, frente a la que éste sólo aparece como cliente, para quedar recluida en el terreno privado del consumo y de la vida profesional y familiar.

Si el proyecto político moderno se tradujo en la ambición de una ruptura con toda determinación impuesta a la vida social y política del individuo desde una instancia heterónoma, el triunfo definitivo de una acepción economicista del liberalismo ha imposibilitado a largo plazo la identificación entre los sujetos y las instituciones políticas. Desde las categorías económicas del mercado, incluyendo en él la acepción metafórica del «mercado político», no se consiguió definir al individuo en su singularidad, sino tan sólo en su aspecto «ejemplificable» como sujeto de necesidades universalizables. Al considerar conmensurables todas las necesidades humanas, la racionalidad puramente económica ha operado desde el supuesto de una equivalencia entre las mismas que no permite considerar su posible justificación o veracidad. Consiguientemente, es el propio «tráfico» de esas necesidades indiscernibles lo que define al sujeto, y no inversamente.

Por otra parte, en su acepción elitista, el discurso político de la democracia ha caído en una circularidad autorreferencial incapaz de plantearse, más allá de una selección de los dirigentes y de la estabilidad del propio proceso político, el sentido último de sus fines. La vinculación de la actividad política con las labores de gestión social y económica inherentes a las sociedades complejas ha llevado, por último, a una paulatina colonización técnica de las categorías morales que en su día dieron sentido a la idea democrática. A consecuencia de ello, los debates contemporáneos sobre la relación entre moral y política se han visto forzosamente abocados a concebir



una proyección externa de la primera sobre la segunda, cuando no a aceptar resignadamente la desnudez moral de esta última. Pero la vía de salida a este dilema quizá no se encuentre tanto en la fatídica opción por un modelo «puro» o «representativo» de democracia como en la recuperación de los referentes normativos y en la comprensión de los procesos sociales que la configuraron históricamente. La pregunta por el «como» del proyecto democrático podría verse así solapada, y quizá iluminada, si se complementase con una reflexión sobre el sentido último de la propia democracia. Tal y como mostraremos más adelante, ese irresoluble debate en torno al grado de legitimación procurado por los niveles de participación no ha hecho sino oscurecer el verdadero sentido histórico de la acción política democratizadora.

### *Dos concepciones de la soberanía*

Nos hallamos, pues, ante un dilema al cual no podremos sustraernos sin realizar una primera reflexión histórica sobre nuestro moderno concepto de «democracia». Para empezar, convendría distinguir dos concepciones de la soberanía popular, que han encontrado en Locke y Rousseau sus definiciones más sistemáticas. La idea central para ambos autores es que la soberanía del pueblo ha de ser derivada de la noción de un pacto social fundador, tratando así de resolver los problemas de legitimación de los cuerpos políticos antes de abordar los de su mantenimiento institucional. Pero si el consentimiento de los individuos y no sólo él es el que funda el poder y la ley, ¿cómo se puede pensar al mismo tiempo el individuo libre y la enajenación de su libertad en el estado?

Rousseau, quien ofrece la formulación teórica más rigurosa de este interrogante, aporta una solución de tipo especulativo recurriendo a la noción de «voluntad general». Pero la voluntad general no puede pensarse si no se resuelve antes el problema de la atomización previa de cuerpo social en individuos dotados de voluntades particulares. La voluntad, si ha de cumplir con su función, tiene que ser, sin lugar a dudas, una e indivisible, puesto que sería inconcebible una voluntad dividida. La solución de Rousseau se basa en afirmar que los individuos autárquicos sólo pueden comunicarse entre sí a través de esta «voluntad general», en tanto transparencia absoluta con cada voluntad individual, de manera que, al obedecerla, el individuo se obedece sólo a sí mismo. Por esta razón no puede existir, teóricamente al menos, ninguna instancia intermedia —como, por ejemplo, la representación de los ciudadanos— entre la voluntad general y las voluntades individuales que la constituyen. La delegación de la soberanía en los representantes es tan imposible para un pueblo libre como la delegación de la soberanía en la persona de un monarca. La filosofía política de Rousseau, por tanto, al hacer de la soberanía del pueblo un derecho inalienable, excluye la idea misma de representación política. Una vez establecida esta equivalencia entre la libertad del individuo y la subordinación a la ley no será difícil aceptar que la ley tiene, por definición, una autoridad absoluta sobre el pueblo,



ya que es la expresión misma de la libertad. De esta forma, sociedad y poder se hacen mutuamente transparentes.

De otro lado, es bien significativo que esta concepción no tenga cabida en el derecho público anglosajón, más próximo a Locke que Rousseau. Si admitimos que la voluntad popular puede ser representada, de inmediato se abre el camino hacia los procedimientos institucionales en los que puede cobrar vida. Este es el sistema inaugurado en nuestra reciente historia democrática por los modernos sistemas parlamentarios. En el seno de esta segunda concepción, la esfera de poder, de carácter múltiple y descentralizado, se contrapone a la esfera de la sociedad civil, sobre la cual nunca podrá ejercer una autoridad trascendente, mientras que la primera concepción de la soberanía popular supone, incluso exige, la existencia de un poder central fuerte que supuestamente se autoidentifica con el pueblo.

En definitiva, la eliminación de la diferencia entre pueblo y gobierno, inspirada en el modelo —por otra parte, un tanto idílico— de la democracia clásica, se ha visto frustrada desde sus inicios en la edad moderna, dejando en pie una vez más la distinción secular entre gobernantes y gobernados que la democracia, en tanto modelo teórico basado en una nueva concepción de la soberanía popular, como «gobierno del pueblo», se había propuesto abolir mediante el establecimiento de una república. A partir de la introducción del moderno concepto de «representación» de la soberanía quedaron definidos abstractamente dos tipos de ideales de democracia. De un lado estaría la teoría de la «democracia pura» o participativa, que se asentaría mejor sobre el principio del «mandato imperativo», donde el representante político es concebido como un «mandatario», empeñado en la defensa de los intereses de sus electores y permanentemente sometido al control político. De otro lado, tendríamos la teoría de la «democracia representativa», que concibe la representación en términos de una «delegación» voluntaria del poder individual en favor de un vicario que encarnaría al conjunto homogéneo de la nación. Ambos modelos renuncian, pues, por igual a destruir la escisión del cuerpo político en gobernantes y gobernados.

Sin embargo, a pesar de los más de doscientos años de teoría y práctica democrática, el problema fundamental del hombre moderno con respecto al poder político y sus mediaciones, problema no resuelto y posiblemente irresoluble, sigue siendo aquél que de una vez y para siempre, como hemos visto en un principio, quedó planteado por Rousseau: cómo hacer que el individuo pueda enajenar su propia libertad en favor de un cuerpo político y ser, al mismo tiempo, más libre que antes. Se trata, en definitiva, de cómo reconciliar las nociones de libertad individual y de poder político en el marco de una nueva forma de soberanía. Tanto el modelo «representativo» como «puro» de democracia han intentado exorcizar las mediaciones inherentes a todo ordenamiento político, bien mediante un complejo sistema de equilibrios y contrapesos dirigido a la neutralización del poder o bien aspirando a su disolución en un mítico estado de transparencia absoluta entre poder político y sociedad civil.

Pero, ¿no será acaso la categoría de «poder», en contra de lo que pensaron los primeros teóricos de la democracia, un medio específico de la acción política, en cuya práctica ha de jugar un papel determinante? Por «poder» entendemos esquemáticamente la capacidad de determinar fines colectivos y de obtener obediencia en relación con los medios sociales y políticos disponibles para ello. No se trata aquí de aventurar una antropología política que arriesgue afirmaciones sobre la naturaleza preeminentemente estratégica de las acciones políticas en general frente a sus componentes morales, que prime la ética de la responsabilidad en detrimento de la ética de las convicciones, por expresarlo con una terminología weberiana. Esa distinción de prioridades resulta difícil, cuando no imposible, en los análisis sociales e históricos concretos y está abocada, en última instancia, a la elección realizada por los propios sujetos. Que un poder se imponga coercitivamente, recurra a legitimaciones de diverso tipo o resulte de estrategias de consenso dependerá tanto de las alternativas de acción ofrecidas por las circunstancias históricas como de los presupuestos normativos de los que partan sus protagonistas. De lo contrario, un «filosofía de poder» parecería abocada a un tipo de ontologización histórica construida sobre categorías antropológicas y sociales, bien de corte optimista o pesimista, transcendentales a la propia historicidad. Una reflexión seria de carácter filosófico-político sobre el poder debiera más bien partir del análisis de la concentración histórica de las formas de dominación en la figura del estado con el fin de determinar la naturaleza de las cambiantes relaciones entre sociedad civil y sociedad política.

En la medida en que concibamos la democracia como un nuevo modelo teórico encaminado a resolver exclusivamente los problemas de *legitimación* planteados a todo poder político, nos encontraremos irremisiblemente abocados, tal y como acabamos de ver, a soportar las contradicciones internas propias tanto de las versiones «pura» como «representativa» de la democracia. Por el contrario, si en vez de debatirnos entre una postura «apocalíptica» o «integrada» —si se nos permite utilizar aquí la expresión— y concebimos la democracia como una teoría de la «acción política», encaminada a solucionar los problemas planteados por el funcionamiento interno de todo cuerpo político, no será difícil ver en ello una antigua dimensión olvidada de nuestra tradición democrática. En otras palabras, el problema quizá no esté en elegir entre Locke y Rousseau, sino en volver nuestra atención hacia el sentido histórico de la «acción política», puesto que sin lugar a dudas, al igual que el conocimiento teórico interviene en la realidad transformándola, tal y como se desprende de las modernas experiencias revolucionarias, también la elaboración de experiencias políticas forma parte de la propia teorización.

Recurriendo a una definición tautológica podría decirse que «política» es, en efecto, todo aquello que unos actores previamente definidos como políticos persiguen y logran mediante la acción. La política es ante todo una forma proyectiva de acción mediante la cual los sujetos combinan estrate-



gias resolutivas de problemas con elementos normativos delimitadores del sentido último de sus fines. Por expresarlo con las palabras de André Gorz, «la política no es moral ni la moral política; la política es el lugar de enfrentamiento entre la exigencia moral y las necesidades exteriores» (GORZ, 1981). Tampoco es posible olvidar, sin embargo, el sentido último de la conocida frase de Marx en la que recordaba la inconsciencia de los hombres frente a su propio papel como protagonistas de la historia (MARX, 1985). Abundando en el tópico weberiano de los consecuencias no deseadas de la acción, resulta obvio que el alcance de las decisiones políticas rebasa ampliamente el ámbito inmediatamente percibido por sus actores. Si bien es cierto que la política contiene un elemento de voluntad aportado conscientemente por sus sujetos, es igualmente cierto que se ve obligada a operar sobre un substrato de relaciones de poder sedimentadas histórica y culturalmente que limita tanto el alcance de su acción como la previsibilidad de sus consecuencias.

En este sentido, si el núcleo conceptual de la democracia, tal y como hemos visto más arriba, lo constituyó la idea de reconciliar la libertad del individuo con la esfera del poder público, no es menos cierto que semejante reflexión fue fruto específico de un determinado contexto histórico, así como su posterior evolución resultado de unas prácticas sociales concretas. Desde sus mismos orígenes renacentistas, la defensa de las libertades individuales podía ser entendida en un sentido netamente privado, como el derecho de todo ciudadano a la defensa de sus propiedades, lo que nos proporciona una noción jurídico-negativa de la libertad, o bien, en un segundo sentido, esta vez plenamente político, como la libertad activo-participatoria de los ciudadanos en la defensa de la república frente a los riesgos internos y externos de disolución. El derecho a la defensa de la propiedad y las virtudes público-políticas son, por otro lado, los dos elementos que configuraron históricamente en la modernidad el ideal de la libertad democrática. Recientemente se ha mostrado como ámbos lenguajes estuvieron al servicio de una misma causa: la defensa de las ciudades-república italianas frente al riesgo de su disolución por el torbellino de la historia (SKINNER, 1985). Pero lo más interesante para nuestro caso es que el problema del derecho privado a la defensa de la vida y de los bienes no fue tratado, en ese momento, con independencia de la consideración normativa de las virtudes propias de una ciudadanía activa, aunque no especializada, capaz de ejercer funciones distintas a lo largo de los diversos momentos de la vida pública.

Ahora bien, al igual que la defensa de los derechos del propietario fue tomando forma en la tradición liberal posterior, a través de las sucesivas etapas del *iusnaturalismo* y del *positivismo* jurídico, tratando de resolver la relación entre el poder político y la soberanía popular, también es preciso señalar cómo la idea humanista de virtud sufrió, similarmente, un proceso paralelo de deterioro, iniciando así una segunda vía hacia la economía política y la actual teoría de la sociedad de mercado. En lo que sigue trataremos, primeramente, de presentar los momentos fundamentales de este largo pro-



ceso de deterioro o vaciamiento normativo del contenido original de estas virtudes, tal y como éstas fueron concebidas por la primera tradición democrática europea, para luego examinar, a la luz de nuestra moderna experiencia política, los frustrados intentos tanto del liberalismo como del republicanismo democrático por acabar con las mediaciones de poder mediante la nueva concepción popular de la soberanía política.

### *Ideales democráticos y virtudes públicas*

Con frecuencia se ha considerado que la tradición liberal del siglo XVIII había estado dominada por el influjo del frío mecanismo filosófico del racionalismo individualista. Según esto, el pensamiento político inglés parecería presidido por una corriente que ligaría a filósofos como Hobbes y Locke con los nombres de Bentham y Mill. Esta apreciación, primeramente formulada por los románticos, si bien es correcta en la medida que concierne a la forma en que la defensa de los derechos del propietario fue tomando forma en la tradición liberal posterior, no lo es igualmente con respecto a la trayectoria seguida por la noción humanista de las virtudes públicas. De hecho, desde este último punto de vista, el tema central de debate en el pensamiento social del siglo XVIII giró en torno al conflicto entre el comercio (o «corrupción») y la virtud (POCOCK, 1985). De un lado estarían los defensores de la antigua virtud, hostiles a la división del trabajo, suspicaces frente a la influencia del clero y comprometidos con el ideal del pequeño e independiente propietario rural. De otro lado, encontraríamos a la emergente «Oligarquía Whig», partidaria del comercio, las finanzas y de la marcha del progreso económico. Esta línea dio origen al ideal addisoniano de «cortesía» (*politeness*) y al refinamiento como modelo bien distinto de virtud, diseñado para superar el modelo clásico, considerado como primitivo y poco sofisticado. El comercio se convertiría así en el término correlativo del refinamiento y de una redefinición de la virtud en un sentido distinto del clásico. «*Le doux commerce*» hace su aparición como sinónimo de todo tipo de relaciones o transacciones humanas (económicas, sexuales, comerciales, etc). Los teóricos sociales de la Ilustración escocesa construyeron un cuadro evolutivo de la evolución humana dividido en cuatro estadios. El refinamiento de las pasiones y el aumento de las buenas costumbres juegan un papel central en la progresión que nos llevaría desde el cazador, pasando por la figura del recolector y del granjero, hasta el mercader; únicamente al llegar a este cuarto y último estadio surgiría la verdadera civilización. La división del trabajo habría sido necesaria para lograr el pleno desarrollo de la personalidad humana.

Al hacer del comercio la fuerza motriz que impulsa el desarrollo de la sociedad, los escritores de la Ilustración escocesa proporcionaron la mejor defensa ideológica de la nueva «oligarquía whig». Por supuesto, hay toda una variedad de posturas polarizadas entorno a la antítesis entre «virtud y corrupción», «tierra y comercio» o «antiguas libertades y progreso mo-

derno», las cuales contribuyeron a completar el mosaico de esta compleja tradición (POCOCK, 1985).

Considerando el pensamiento social del siglo XVIII de esta forma, como el enfrentamiento entre los defensores del antiguo y del moderno modelo de virtud, es fácil comprender el desplazamiento sufrido por el espacio de los ideales democráticos: la «virtud», al igual que el «honor» o la «fe», se había convertido en un bien puramente privado. Con este deslizamiento desde lo cívico a lo civil, de lo público a lo social, se dio el paso a lo que todavía hoy constituye una de las señas de identidad más claras del liberalismo: la escisión entre las esferas público-política y privado-social, así como el establecimiento de una nueva relación de dependencia entre ambas. Esta concepción de la actividad privada como ámbito de formación moral para el acceso a la vida pública parece descansar más sobre una psicología de los sentimientos y las pasiones, mejor equipada para dar cuenta de la buena educación y del gusto refinado, que en la fría y rigurosa lógica individualista del propio interés y la autoconservación.

La democracia representativa no ha hecho sino consumir esta escisión entre las esferas económico-social y público-política, así como culminar el tránsito desde el lenguaje de la moral al lenguaje de la economía. Bies es cierto que este paso podría tildarse de «inocente», pero al mismo tiempo, es justo advertir que cuando más inocente nos resulte más difícil será renunciar sus efectos perversos, que no son otros que el destierro de los contenidos morales del ámbito institucional al dominio de la conciencia privada y el consiguiente vaciamiento normativo de las categorías de la acción política.

Desde este punto de vista resulta más fácil comprender la trayectoria que llevó a Adam Smith desde la *Teoría de los sentimientos morales* a la *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*. Para Adam Smith, el último estadio de la historia de la humanidad, regulado por una economía de mercado, sería el más perfecto que el hombre podía alcanzar. El mercado era ahí concebido como un mecanismo natural, capaz de traducir la búsqueda de la felicidad y del beneficio privado en «beneficio común», capaz de ser el auténtico distribuidor de la riqueza en la sociedad. El papel asignado al gobierno sería exclusivamente el de limitarse a asegurar que los mecanismos naturales de este mercado funcionasen sin ningún tipo de interferencias, garantizando así el derecho de todos y cada uno de los individuos a la búsqueda de la felicidad privada.

Para los defensores de la nueva sociedad de mercado, el papel asignado a aquellos que ejercían el poder político se reducía a la mera administración de los recursos puestos a su disposición por la sociedad civil, dejando bien claro, desde el comienzo, que la fuente de la riqueza residía en el libre juego de intereses particulares dentro de las reglas del mercado. Eran precisamente estas reglas las que debían ser potenciadas y garantizadas por un gobierno administrativo. Con ello no se hacía más que acelerar el paso definitivo desde la «política» a la «ciencia social», un ámbito en el que las de-



mandas de la sociedad de mercado fueron entendidas como un imperativo funcional en favor de un sistema administrativo que acabase con las seculares luchas por el poder político. La nueva sociedad elegiría a los hombres mejor capacitados para que asumiesen las responsabilidades de la administración (Saint-Simon). La teoría social del positivismo vino a complementar así el principio de separación de poderes de Montesquieu, introducido a partir de la experiencia del constitucionalismo inglés. La misión de la democracia se limitaría, pues, a la neutralización del poder y a la selección de los mejores (Schumpeter), anticipando tanto las modernas teorías «elitistas» como «tecnocráticas» de la democracia.

### *Soberanía popular y experiencia revolucionaria.*

Según hemos visto con anterioridad, la moderna teoría democrática se ha visto lastrada desde sus orígenes por la oposición entre las soluciones «liberal» y «republicana» al problema de la conciliación política de los valores de libertad, igualdad y justicia. Esa oposición arraigaba en dos concepciones antropológicas distintas que si bien convergían sobre la noción mítica de un pacto o contrato fundacional de la comunidad política arrastraban consigo, sin embargo, presupuestos muy distintos sobre la cualificación moral exigible a los sujetos de la misma (OFFE-PREUß, 1990). Así pues, mientras el modelo liberal enfatizó la salvaguardia jurídica de la inevitable (y deseable) pluralidad de intereses en el seno de la sociedad civil, la tradición republicana aspiraba, por el contrario, al reconocimiento generalizado de un interés colectivo. Consiguientemente, si para el liberalismo la cualificación moral del ciudadano no precisaba extenderse más allá de una prudente búsqueda de la felicidad individual que excluyese la formación de facciones sociales irreconciliables, el republicanismo exigía de los individuos una virtud política que les capacitase para la adecuación de sus intereses particulares a los que una esfera pública constituida en criterio de normatividad colectiva.

Tanto la revolución americana como la francesa constituyen el laboratorio histórico donde con mayor claridad se pueden apreciar los problemas y las contradicciones internas de las modernas concepciones de la democracia analizadas hasta aquí. En el presente siglo se ha debatido ampliamente acerca del influjo y el valor ético y político de ambas revoluciones (JELLINEK, BOUTMY, DOUMERGUE y POSADA, 1984). La diferencia de principio más importante, sobre la que a menudo se han detenido los observadores mejor cualificados, es que en la *Declaración de los Derechos* de 1789 no aparece la expresión clave «felicidad», tal y como ocurre en las cartas de derechos norteamericanas, empezando por la de Virginia en 1776.

Mientras que el uso americano prefiere hablar de libertad y felicidad «pública», los diputados franceses tienden a afirmar ante todo los derechos de los individuos (BOBBIO, 1989). «Lo que importa aquí es que los constituyentes americanos sabían que la libertad pública consiste en una partici-



pación en los asuntos públicos y que cualquier actividad impuesta por estos asuntos no constituía en modo alguno una carga, sino que confería a quienes la desempeñaban en público un sentimiento de felicidad inaccesible por cualquier otro medio» (ARENDETT, 1988). La felicidad «pública» consistía en el derecho que tienen los ciudadanos a acceder a la esfera pública, a participar en el poder público, como un derecho distinto al de ser formalmente reconocidos y protegidos por el gobierno en la búsqueda de la felicidad privada, incluso cuando ésta debía ser conquistada contra el propio poder público. Detrás de este derecho igualmente fundamental e inherente se encontraba la hermosa intuición, anterior a la propia revolución, de que los hombres no podían ser completamente felices si su felicidad estaba relegada exclusivamente al ámbito de la vida privada, única esfera en que podía gozarse de ella. Pero incluso en América, donde se consumó plenamente la fundación de un nuevo cuerpo político y en donde, como se ha dicho a menudo, la revolución alcanzó sus objetivos, el afianzamiento institucional del espíritu público se frustró casi desde el principio. El hecho histórico de que la Declaración de Independencia y la Constitución hablen simplemente de la búsqueda de la felicidad y no de la búsqueda de la felicidad «pública» indica el desplazamiento que tuvo lugar desde los mismos inicios del constitucionalismo americano (ARENDETT, 1988). Ninguno de los constituyentes hubiera podido prever el asombroso éxito que iba a obtener esta nueva fórmula simplificada de cara a la formación de la ideología específicamente americana. «La felicidad no está (ya) localizada en la esfera pública, que en el siglo XVIII se identificaba con la esfera del gobierno, sino que el gobierno se concebía como un medio para promover la felicidad de la sociedad» (ARENDETT, 1988). El *sueño americano* se identifica a partir de ahora con la búsqueda de la felicidad privada, que es a la vez el único objetivo legítimo de aspiración para una *intimidad* que escapa a toda pretensión de obtención de poder público.

Efectivamente, su hubo algo que realmente diferenció a los hombres de la revolución americana respecto de sus sucesores franceses fue la desconfianza frente al poder como tal. Más próximos al constitucionalismo inglés que a la doctrina de la soberanía política, cuya «majestad» exigía un poder centralizado e indiviso, los legados americanos se esforzaron por aplicar la teoría de la división de poderes de Montesquieu a la construcción de un nuevo cuerpo político. Esta desconfianza frente al poder central fue más pronunciada en el nuevo mundo de lo que nunca lo había sido en los países europeos. El modelo liberal anglosajón, derivado de la tradición iusnaturalista del derecho público, vinculó funcionalmente la soberanía con la organización de la pluralidad social en una pacífica coexistencia de la mano de la autoridad del Estado y de las garantías jurídico-constitucionales. Puesto que esta confianza en la capacidad de autoconciliación de la sociedad civil era consustancial al liberalismo, el estado quedó consiguientemente eximido de toda cualificación moral como agente mediador. La dimensión moral de la

vida colectiva se vio así circunscrita exclusivamente a la actividad asociativa de los individuos en el ámbito de la sociedad civil.

La tradición democrática francesa, y particularmente la jacobina, extrajo por el contrario sus raíces de las ideas rousseauianas sobre la soberanía popular. La idea de Rousseau de una «voluntad general» que era origen de todas las leyes positivas y que inspiraba y dirigía la nación, como si ésta formase realmente una sola persona, llegó a ser decisiva para todos los partidos y facciones de la revolución francesa, en la medida en que era un sustituto perfecto de la voluntad soberana del monarca absoluto. Cualquier limitación de la soberanía nacional, esto es, de la «majestad» del dominio público tal y como había sido entendida durante los largos siglos de la monarquía absoluta<sup>2</sup>, parecía incompatible con la fundación de una república.

El *Contrato Social* de Rousseau transfirió a la figura abstracta del «pueblo» la noción de soberanía elaborada por los teóricos del absolutismo. De nuevo era necesario poner a la nación por encima del derecho, de la misma forma que la soberanía de los reyes había significado un poder desligado de las leyes, una *potestas legibus soluta*. La persona del rey había sido la fuente de todo poder secular y su voluntad el origen de toda ley positiva. La pretensión de la monarquía absoluta de hacer derivar, a la vez, la ley y el poder de una misma fuente, había llevado a modelar el poder secular a imagen y semejanza de un Dios que era omnipotente y legislador del universo, es decir, a imagen de un Dios cuya voluntad es ley. La voluntad de la nación venía a ocupar ahora el lugar dejado vacante por la voluntad soberana del monarca, y la deificación del pueblo, llevada a cabo durante la revolución francesa, surgió como la consecuencia inevitable de este intento. ¿Qué otra cosa hizo Siéyès sino colocar la soberanía de la nación en el lugar que ocupaba el rey soberano? (SIEYES, 1988). En otras palabras, es como si el estado nacional, mucho más antiguo que la propia revolución, hubiera ganado por la mano a la revolución antes de que ésta hiciera su aparición en el continente europeo.

La «voluntad general» de Rousseau era aún esa «voluntad divina» cuyo sólo querer bastaba para producir la ley, el juego permanente de las transparencias entre las voluntades individuales y la voluntad general. En la fórmula del contrato social la estructura bipolar del poder político quedaba disuelta en una identificación colectiva de gobernantes y gobernados expresada en el carácter universal del acto legislativo. El mito de una autoidentidad genérica fue el precio que la doctrina jacobina de la soberanía popular tuvo que pagar para garantizar el acceso del ciudadano a la esfera del poder público. La ironía consistió en que, en el momento en que la doctrina de la democracia pura pretendió realizar las ideas de Rousseau, la revolución

---

2. *Majestas* fue el término primeramente utilizado en la teoría política clásica para referirse a la «representación» del poder del monarca hasta ser sustituido, con los primeros teóricos del absolutismo (Bodin, Hobbes), por el de *soberanía*.



demostró, por el contrario, la verdad del pesimismo rousseauiano, es decir, la distancia infinita entre la teoría y la práctica democrática. Este fue el final de la revolución: la práctica del poder controló, finalmente, a la teoría revolucionaria del poder, o como dijo Marx, fue el desquite de la sociedad civil sobre la ilusión de la política (MARX, 1981).

La pretensión de derivar el poder y la ley de una fuente común, tal y como se impuso en la tradición europea, no fue compartida por los hombres de la revolución americana, a pesar de que era este origen común el que hacía al derecho poderoso y al poder legítimo. Desde este punto de vista no existe una diferencia de principio más importante entre las dos revoluciones que la afirmación de que «la ley es la expresión de la voluntad general», tal y como puede leerse en el artículo VI de la *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789. Por más que se busque no se encontrará una afirmación similar en ninguna de las cartas de derechos americanas. No hay duda de que fue determinante el hecho de la que revolución americana surgiese de un conflicto con una «monarquía parlamentaria» y no con una «monarquía absoluta», tal y como ocurrió en el caso francés. La historia vino a dar la razón a la solución americana y el consitucionalismo europeo se adaptó pronto a la teoría de la separación de poderes de Montesquieu, inspirada en la constitución inglesa, pero con ello no se recuperó la esfera pública, la esfera de participación de los ciudadanos en el poder, puesto que el vínculo entre los derechos del individuo y el «bien público», tal y como la concibiera la primera tradición democrática, se había trasladado al terreno del «beneficio común», lo que por supuesto no es exactamente lo mismo, ya que el «beneficio común» se identifica más con el bienestar de la mayoría que con la «felicidad pública».

No obstante, la creencia jacobina en la primacía de la acción política centralmente organizada encontró una posterior proyección en la variante leninista del marxismo, y más concretamente en su concepción del partido revolucionario. Esta concepción invirtió la relación de prioridades entre revolución popular y actividad política, «haciendo así remontar aguas arriba la magistratura de ideas y de voluntades que los jacobinos habían ejercido solamente aguas abajo» (FURET, 1989). El marxismo no llegó a formular nunca una auténtica teoría política. Más bien prevaleció en él una noción de la sociedad como comunidad laboral y, paralelamente, una visión del socialismo como forma históricamente privilegiada de moralidad colectiva (HABERMAS, 1989). Tendría que ser el leninismo quien aportase al pensamiento marxista una teorización estratégica concreta, asumiendo con ello buena parte de la responsabilidad de sus posteriores derivaciones autoritarias. No parece arriesgado diagnosticar la naturaleza de la mismas como resultado, entre otros, de la ausencia en el mismo de categorías políticas de corte «liberal», tales como la preocupación por el control democrático y la función de las instituciones, la división del poder, la protección de las garantías jurídicas, etc. La misión del partido bolchevique consistía en guiar

disciplinadamente a las masas por el buen camino revolucionario y la de sus dirigentes, en retener el poder hasta que las «condiciones objetivas» estuviesen lo suficientemente maduras para permitir la realización del nuevo orden social emancipado. Con ello se asumía la noción, bizarra en términos históricos, de que la conquista autoritaria del poder por parte de un grupo estratégicamente articulado, entiéndase en este caso «la organización del proletariado como clase dominante», podía saldarse con la autodisolución consensuada, no sólo de su propia posición de dominio, sino de toda dominación en general. La idea, tan cara al marxismo, de la sustitución del «gobierno de los hombres» por la «administración de las cosas», es decir, de la extinción final de la política, se asentaba en la ilusión del carácter transitorio de las relaciones de poder, fruto supuestamente perecedero de la división de la sociedad en clases socioeconómicas.

El marxismo se incorporaría, así, a la tradición de los utopismos políticos contruidos sobre la esperanza de una comunidad política «autoidéntica» (KOLAKOWSKI, 1976), esto es, de una comunidad desprovista del «pathos» provocado por la escisión de ser y voluntad social. Se trata en todos estos casos de utopías políticas que imaginaron la disolución de la propia política mediante la acentuación de componentes espontáneamente fraternales de socialización o de su sustitución por formas administrativas de reproducción social.

### *Poder político y democracia*

El escepticismo del pensamiento liberal frente a la capacidad emancipatoria de las formas democráticas se ha visto sorprendido en menor medida que la tradición rousseauniana por algunas de las que Bobbio ha denominado «promesas incumplidas» de la democracia, particularmente por la promesa de una total «transparencia del poder» (BOBBIO, 1984). Esa desconfianza del liberalismo ha quedado expresada en su perseverancia en una noción de la política como arte del compromiso, en la comprensión de la democracia como un mecanismo selectivo de élites políticas y, por último, en la construcción «negativa» de la libertad en torno al meta-principio político de los *derechos individuales*. La posterior convergencia de sus postulados con una noción procedimental o tecnocrática de la democracia ha terminado por alejar definitivamente a ésta de toda esperanza sobre la disolución de los poderes oligárquicos e institucionales mediante el recurso a fórmulas de participación y transparencia política.

La concepción jurídico-formal de la libertad, tan típica del liberalismo, se enfrenta, no obstante, con un notable obstáculo a la hora de reconstruir al aspecto «positivo» de la misma, esto es, de construir una identidad común asentada, si no ya en la solidaridad, sí al menos en el reconocimiento recíproco y generalizado de los derechos de los individuos. Este necesario momento «comunitario» de la libertad refleja en última instancia la incoherencia que supone considerar al individuo como un egoísta racional en su



ámbito privado y como un ciudadano comprometido con el interés común en su dimensión pública. La construcción de la libertad sobre el metaprin- cipio de los derechos individuales, es decir, como un espacio protegido para el desarrollo autónomo del individuo, atiende precisamente a la dimensión privada de la identidad política del sujeto. Por el contrario, la recuperación de la idea regulativa de la democracia parlamentaria a partir del metaprin- cipio del *discurso racional*, en la línea de los últimos francfortianos, pretende asentar la dimensión pública de las identidades políticas sobre nuevas ba- ses. Ambos metaprin- cipios, no obstante, no son recíprocamente derivables. Más bien puede afirmarse que la posibilidad de fundamentar un consenso racional en las sociedades modernas depende de la adecuada combinación de ambos (WELLMER, 1989-90). Efectivamente, cuando pretendo estable- cer el estatuto de mi libertad en el curso de la argumentación política me veo obligado a auto-trascenderme. Dar razones significa buscar un tercero que permita superar la posible incertidumbre de mi posición argumentati- va. En cuanto mera delimitación de derechos protegidos, el liberalismo po- lítico se ve incapacitado para dar pie a esa relación creativa y dialógica desde la cual se pueda determinar democráticamente una jerarquía de prioridades.

Sin embargo, tampoco se trataría de resolver esta contraposición de meta- principios mediante la introducción de un nuevo tipo de rousseaunianis- mo, esta vez de corte lingüístico. Frente a la supuesta potencialidad emanci- padora del discurso racional, pervive, pese a todo, la torturante pregunta por la opacidad de las relaciones de poder. Ya Max Weber se preguntaba en el invierno revolucionario de 1919: «¿Será verdad que es perfectamente indiferente para las exigencias éticas que a la política se dirigen el que ésta tenga como medio específico de acción el poder, tras el que está la violen- cia? ¿No estamos viendo que los ideólogos bolcheviques y espartaquistas obtienen resultados idénticos a los de cualquier dictador militar precisa- mente porque se sirven de este instrumento de la política? ¿En qué otra cosa, si no es en la persona titular del poder y en su diletantismo, se distingue la dominación de los consejos de obreros y soldados de la de cualquier otro gobernante del antiguo régimen?» (WEBER, 1969). El carácter retórico de la pregunta weberiana cobra toda su obviedad si recordamos que fue el propio Weber quien señaló el punto de partida del estado moderno en la mono- polización territorial de la violencia legítima y en la expropiación de los medios administrativos de las manos de los funcionarios estamentales. El desarrollo de los estados modernos en la Europa del siglo XIX, así como la introducción de la legislación social como estrategia previsorá frente al creciente poder del movimiento obrero, provocaron un desarrollo inusitado de la burocracia estatal como correlato inevitable de la modernización.

Pese a esta evolución histórica de la complejidad social, el radicalismo democrático latente en el leninismo y en las tradiciones consejistas insistió en imaginar una colectividad política desprovista de mediaciones donde la expresión directa de la «voluntad popular» fuese la exclusiva protagonis-

ta. Sería preciso el transcurrir de los años para que se impusiesen los puntos de vista de Weber y Michels sobre el efecto políticamente distorsionante de las mediaciones institucionales. Según el primero, la pervivencia de elementos irracionales en la política sería inevitable en virtud de la sumisión plebiscitaria de los votantes a las pasiones de los «caudillos» políticos a través del aparato burocrático del partido. Para el segundo, la ineludible «ley de hierro» que impone la oligarquización de todas las organizaciones políticas terminaría siempre por ahogar los componentes de espontaneidad que pudieran existir en su seno.

La perspectiva que proporciona el turbulento siglo XX, tras el traumático fracaso de las primeras experiencias reformistas a manos del fascismo y la degeneración autoritaria del «socialismo real», nos obliga sin duda a reflexionar también sobre las capacidades históricas y culturales con que necesariamente ha de enfrentarse todo proyecto de transformación social, o más explícitamente, sobre los elementos irracionales que forman parte ineludible de la vida política. Más allá del sueño ilustrado de iluminar con la luz de la razón hasta los últimos resquicios de la vivencia política y de labrar su curso con el proyecto de la libertad, late el irreductible núcleo de las facticidades socio-culturales sobre las que se construyen las identidades políticas colectivas. Tampoco en un universo desencantado, en el sentido weberiano del término, la acepción democrática de la política puede entenderse sin más como un proyecto totalizante y redentor de la escisión entre gobernantes y gobernados, una escisión ésta que es elemento consitutivo, y por definición insuperable, de todo cuerpo político. Por ello, la política, en cuanto juego de mediaciones de poder, no se agota en la razón, como tampoco la realización de los ideales democráticos puede quedar condicionada a la convergencia de las identidades individuales en una mítica autoidentidad colectiva. El proyecto democrático se presenta, más bien, como una tensión constante por conciliar la inevitabilidad de las mediaciones institucionales razonables con la superación de los distanciamientos evitables.

Cabría concluir, pues, que el problema político planteado desde la Ilustración, esa mayoría de edad que nos incitaba a pensar por nosotros mismos, no es sino el del sentido de la política misma. El período de desorientación histórica en que nos encontramos exige por ello un transitar crítico entre los diversos paradigmas políticos que nos permita superar la incertidumbre de nuestras propias posiciones. La limitación interna que ha evidenciado nuestra tradición democrática occidental nos lleva necesariamente a cuestionar el universo referencial en el que hasta ahora nos habíamos movido. Con todo, la democracia, aun estando necesitada de garantías formales que impidan la transgresión de la individualidad, no puede renunciar a la definición colectiva de un ideal de sociedad justa que recupere aquellas tradiciones que configuran política e ideológicamente el propio proceso modernizador.



## BIBLIOGRAFIA

- ARENDET, H., *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 119, 128.
- BOBBIO, N., «Le promesse non mantenuti della democrazia», en *Mondoperaio* n.º 5, Mayo 1984. pp. 100-105.
- BOBBIO, N., «La Revolución Francesa y los derechos del hombre», en *Letra Internacional*, n.º 15/16, 1989, pp. 51-56.
- FUKUYAMA, F., ¿El fin de la historia?, en *Claves de la razón práctica*, Nr. 1 (Abril 1990), pg. 85.
- FURET, F., «Jacobinismo» en *Diccionario de la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1989. pp. 620 - 630.
- GORZ, A., *Adiós al proletariado*, Barcelona, El Viejo Topo, 1981, pag. 70.
- HABERMAS, J., «La soberanía popular como procedimiento», en *Letra Internacional*, n.º 15/16 (Otoño-Invierno 1989), pp. 45-50.
- HIRSCHMAN, A., *Las pasiones y los intereses*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, pág. 135.
- JELLINEK, G., *Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Jesús G. Amuchastegui (ed.), Madrid, Editora Nacional, 1988.
- KOLAKOWSKI, L., *El mito de la autoidentidad humana*, Valencia, Cuadernos Teorema, 1976.
- MARAVALL, J.M., «Los límites del reformismo. El socialismo parlamentario y la teoría marxista del Estado», en *Sistema*, Nr. 27 (Noviembre 1978).
- MARX, K., *El dieciocho de Brumario de Luis Bonaparte*, Madrid, Austral, 1985.
- MARX, K., *La sagrada familia* (2ª edición), Madrid, Akal, 1981.
- MONTESQUIEU., *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1985.
- OFFE, C.— PREUß, U., «Instituciones democráticas y recursos morales», en *Isegoría*, n.º 2, 1990 (de próxima aparición).
- POCOCK, J., *Virtue, Commerce and History*, Cambridge University Press, 1985, pp. 51-71, 215, ss.
- ROUSSEAU, J.J., *Contrato Social*, Madrid, Alianza Editorial, (5ª reimpresión), 1980.
- SIEYES, E., *¿Qué es el estado llano?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- SKINNER, Q., *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, México, F.C.E., 2 vol. 1985-86, pp. 23-88.
- WEBER, M., «La política como vocación» en *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1969, pag. 160.
- WELLMER, A., «Models of Freedom in the Modern World» en *The Philosophical Forum*, Vol. XXI, Nos. 1-2, Fall-Winter, 1989-90, pp 227-252.





## Paradojas de la democracia

Por ERNESTO JAIME VIDAL GIL

Valencia

Con cierta frecuencia podemos constatar en el ámbito de la reflexión filosófico política la existencia de lo que algunos llaman «paradojas de la democracia»<sup>1</sup> y, otros, «contradicciones»<sup>2</sup>. En ambos casos parece que el tema apunta hacia un funcionamiento formalmente correcto de la democracia, o mejor, del sistema constitucional sobre el que se asienta, que ello no obstante, genera resultados paradójicos y por ello insatisfactorios. Si como recientemente se ha señalado<sup>3</sup>, «la democracia política ya no tiene rivales, pero su condición con ello no se vuelve más comfortable», se trata de someter la democracia tal y como aparece conformada en los textos constitucionales al test de reconocimiento y ejercicio que resulta de sus propias exigencias jurídico formales. Se advierte con ello, frente a críticas ya superadas la recuperación de su propio carácter formal con lo que de suyo implica: «voto libre e igual, imparcial distribución de las oportunidades de éxito entre los participantes, acceso a la competición abierto a todos, transparencia de los comportamientos para garantizar el control sobre los elegidos, no homologación entre los partidos en pugna para garantizar la representación»<sup>4</sup>. En este contexto estoy plenamente de acuerdo con V. CAMPS, cuando afirma que «la reflexión teórica sobre la democracia, capítulo central de la filosofía política de nuestros días, no se obsesiona ya por legitimarla como la mejor forma de gobierno: ha de ser por el contrario, una reflexión crítica sobre los problemas y conflictos que su puesta en práctica va produciendo. Es una reflexión más crítica y negativa que constructiva, pero nada nos in-

---

1. Cfr. BOBBIO, N., PONTARA, G., VACAS, S., *Crisis de la Democracia*. Traducción castellana a cargo de J. Marfá del original *Crisi della democrazia e neocontratualismo*. Barcelona, Ariel, 1985, pp. 13 y ss. Sobre los problemas de la Democracia con especial interés entre otros en BOBBIO, SCHMITT, OFFE y MACPHERSON, cfr. A.A.V.V., *Teorías de la Democracia*, ed. a cargo de F. QUESADA y J. M.<sup>a</sup> GONZALEZ. Barcelona, Anthropos, 1988.

2. Cfr. GINER, S., *La estructura lógica de la Democracia*. Sistema, n.º 70, enero 1986, pp. 3 y ss.

3. Cfr. FLORES D'ARCADIS, P. *La Democracia tomada en serio*. Claves, n. 1, 1990, p. 2 y ss.

4. Cfr. FLORES D'ARCADIS, P., art. cit., 1990, p. 10.

duce a creer que el pensamiento negativo sea menos motor del cambio que el pensamiento afirmativo y con clara visión del futuro»<sup>5</sup>. El diagnóstico se centra en torno de unos cuantos puntos de por sí significativos. BOBBIO en el trabajo anteriormente citado se refiere a las paradojas que surgen «del contraste entre democracia, considerada tradicionalmente como el régimen adecuado para las pequeñas comunidades y las grandes organizaciones; b) del contraste entre la eficacia del control democrático y el aumento desproporcionado, precisamente como consecuencia del desarrollo democrático, del aparato burocrático del estado; c) del contraste entre la incompetencia del ciudadano situado frente a problemas cada vez más complejos y la exigencia de soluciones técnicas accesibles sólo a los especialistas; y, d) del contraste, finalmente, entre el presupuesto ético de la democracia, la autonomía del individuo, y la sociedad de masas, caracterizada por el individuo heterodirigido» que dan lugar a los tres grandes problemas de la democracia en la actualidad: la ingobernabilidad, la privatización de lo público y el poder invisible. GINER por su parte, tras definir precisamente la estructura de la democracia como un «haz de contradicciones y paradojas las cuales impulsan a su autoperfección o pueden asimismo conducir a su autoaniquilamiento», menciona las siguientes contradicciones: la contradicción del uno y los todos; la del individuo y la coalición; la de la acción colectiva; la contradicción de los intereses fluctuantes, la de la escasez y la del disenso. No se trata pues, de confrontar un modelo ideal de democracia que sólo se encuentra en el reino de las utopías, que por otra parte nada tienen de ideales, sino por el contrario de analizar el funcionamiento de la democracia en el ámbito cotidiano y en el marco constitucional sobre el que se asienta; se trata en definitiva de la justificación de la democracia<sup>6</sup>.

Para ello hay que partir de una doble constatación: la Democracia se puede entender bien como una forma de vida, bien como una técnica electoral. De la elección de uno u otro punto de partida se derivan consecuencias diferentes si bien complementarias y en modo alguno incompatibles como en ciertas ocasiones se nos quiere hacer ver.

Que la democracia es una forma de vida sugiere que como tal aparece impregnada de unos contenidos éticos y de unas opciones que condicionan su ejercicio y su desarrollo cotidiano. Entre dichas opciones subrayaré la tradición individualista que de suyo y desde siempre es un postulado y un requisito necesario de la democracia<sup>7</sup>, y la opción y el compromiso que la tradición democrática exige en la realización y defensa de los derechos fundamentales, hasta el punto que los más revelantes miembros de la comunidad filosófica política internacional afirman que tales derechos constituyen

---

5. Cfr. CAMPS, V., *Más allá de los fines y los medios: la Pragmática de la Política*. Sistema, n.º 70, enero 1986, pp. 66.

6. Cfr. DIAZ, E., *La justificación de la democracia*. Sistema, n.º 66, mayo 1985, pp. 3 y ss.

7. Cfr. BOBBIO, N., *Il futuro de la democrazia*. Torino, Einaudi, 1985, pp. 8 y ss. Hay traducción castellana a cargo de J. Morreno. Barcelona. Plaza y Janés, 1985.



un «coto vedado» a las decisiones democráticas; de ahí su carácter inalienable. Para GARZON VALDES, «Los derechos incluidos en el coto vedado son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la satisfacción de cualquier plan de vida»<sup>8</sup>. También es esta la posición de BALLESTEROS, que apuesta por la inalienabilidad de los derechos humanos que integran los bienes clásicos<sup>9</sup>. La existencia del coto vedado plantea inmediatamente la cuestión del paternalismo, por cuanto como bien observa J. de LUCAS, «está claro que existiría un grupo de cuestiones que afectan a la institución de la representación y queda fuera del alcance de disposición de los representantes»<sup>10</sup>. Aún asumiendo los riesgos que comporta dicho paternalismo parece que la inalienabilidad bien a través de la concepción de los derechos humanos como algo absoluto, bien a través del coto vedado sugiere la existencia de límites a la decisión de las mayorías y en definitiva a la autonomía del sujeto que constituye el fundamento de la democracia<sup>11</sup>. En donde es especialmente claro LAPORTA, cuando afirma que «los derechos humanos en tanto en cuanto son 'inalienables'», se le adscriben al individuo al margen de su consentimiento, o contra él, y se le inmuniza moralmente incluso frente a su propia voluntad. Ello quiere decir que esos «bienes» cuya importancia es tal que suministran razones suficientes para una protección normativa tan revelante le son atribuidos a cada uno ineludiblemente<sup>12</sup>. También en un sentido parecido, afirma BOBBIO, cuando afirma que los derechos del hombre y del ciudadano constituyen límites de aplicación de la regla de mayoría, en lo que consiste su inviolabilidad<sup>13</sup>. De ahí que se afirme que tales derechos constituyen «triumfos frente a la mayoría»<sup>14</sup>, y que «no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales»<sup>15</sup>. Frente a tales posiciones, quizá cabría por mi parte, apuntar la paradoja que implica reconocer la titularidad de tales derechos y negar su plena disponibilidad.

8. Cfr. GARZON VALDES, E., *Representación y Democracia*, Doxa, 6, 1989, pp. 143 a 163, y *Algo más acerca del coto vedado*, ibíd., pp. 209 y ss.

9. Cfr. BALLESTEROS, J., *Los derechos humanos como derechos inalienables en Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*. Madrid, Tecnos 1989, pp. 146 a 158. Vide también, RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M.<sup>a</sup>, *El artículo 10.1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos*. En *Lecciones de Derecho Natural como introducción al derecho*. Madrid, Univ. Compl. 1988 (3.<sup>a</sup> ed.), pp. 205 y ss.

10. Cfr. DE LUCAS, J., *Sobre la justificación de la democracia representativa*. Doxa, 6/1989, pp. 187 a 199. Sobre el problema del Paternalismo cfr. Doxa, 5/1988 con art. de GARZON VALDES, DIETTERLEN, CAMPS, ATIENZA y DE LUCAS, pp. 155 y ss.; vide además ATIENZA, M., *Paternalismo y consenso*, en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, ed. a cargo de G. PECES-BARBA, Madrid, Debate, 1989, pp. 81 y ss.

11. Cfr. BOBBIO, N., *Il futuro della democrazia*, cit.

12. Cfr. LAPORTA, F., *Sobre el concepto de derechos humanos*, Doxa 4/1987, pp. 23 a 45.

13. Cfr. BOBBIO, N., *La regola di maggioranza: limiti e aporie*. En A.A.V.V., *Democrazia, maggioranza e minoranze*. Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 55.

14. Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*. Trad. cast. de M. Buastavinos. Barcelona, Ariel, 1984.

15. Cfr. RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*. Trad. cast. de M. D. González. Madrid, FCE, 1979.

Titularidad y disponibilidad son términos correlativos y parece cuando menos paradójico que el titular se inmune a sí mismo frente a la renuncia, la transacción y el compromiso.

Como es bien sabido y conocido, la democracia surge con, sobre, y, a través del individuo aislado, y, en consecuencia se opone a las concepciones orgánicas, totales y globalizantes que afirmando la superioridad del todo sobre las partes, subordinan al individuo a la consecución de los fines superiores y últimos. En este punto, el acuerdo es tal, que comprende la visión de autores tan distantes como puedan serlo, BOBBIO, POPPER y KELSEN<sup>16</sup>. No en las concepciones orgánicas, donde el todo prima sobre las partes y en donde el Bien Común, el de la Nación o la Razón de Estado, priman sobre el interés del ciudadano, sino precisamente en su contrario, allí donde el individuo es un fin en sí mismo, se puede desarrollar la democracia. De ahí que en la actualidad, y frente a lo que constituyó un lugar común en épocas pasadas y en tiempos no tan lejanos, se afirme la democracia como un producto no tanto de la Antigüedad o del Medioevo, en las que el individuo permanece sometido a la polis o al bien común, cuanto de la Modernidad que culmina precisamente en las Declaraciones de Derechos «del hombre y del ciudadano». Como certeramente apunta PECES-BARBA, la democracia se articula mediante el «Tránsito a la Modernidad y los Derechos Fundamentales». De ahí la ya clásica contraposición que sugirió CONSTANT<sup>17</sup>, entre la «libertad de los antiguos», de participación y de adhesión frente a la «libertad de los modernos», libertad individual, inorgánica, libre, en definitiva, de toda servidumbre que no sea la autonomía del individuo y del ciudadano sobre la que se asienta y expresa. El individuo-ciudadano, será pues, el presupuesto de la democracia como forma legítima de organización política a partir de la Modernidad. Corolario de dicha concepción será, por consiguiente, la institucionalización del pluralismo político político y de los mecanismos de representación a fin de articular y ordenar una sociedad plural. Punto este en el que conviene no perder de vista la siempre aguda observación de BOBBIO<sup>18</sup> cuando advierte que pluralismo y democracia no son conceptos absolutamente coincidentes por cuanto que hay regímenes pluralistas que no son democráticos (el feudal y en general el orden político medieval), y, regímenes democráticos que son pluralistas (las democracias de los antiguos). Todo ello apunta a la constitución del llamado «ethos democrático», que «equivale a decir individuo moral, cultural, socialmente autónomo. Sin esta personalidad democrática la democracia declina. La di-

16. Sobre KELSEN, cfr. *Los fundamentos de la democracia*, en *Escritos sobre democracia y socialismo*, selección y presentación de J. RUIZ MANERO. Madrid, Debate 1988, pp. 107 y ss. La posición de POPPER puede verse en *La sociedad abierta y sus enemigos*. Traducción castellana de E. Loedel. Buenos Aires, Paidós 1967.

17. Cfr. CONSTANT, B., *Del espíritu de conquista*. Trad. castellana de M. A. López, Madrid, Tecnos 1988.

18. Cfr. BOBBIO, N., *Il futuro de la democrazia* op. cit., pp. 48.



fusión hegemónica de la personalidad democrática es el único fundamento de la democracia, su única garantía»<sup>19</sup>. Precisamente en este punto surgen las paradojas más intensas del sistema democrático, que apuntan a un objetivo común: la debilitación y el sometimiento del espíritu ciudadano, de todo aquello que constituye la conquista de la autonomía del individuo que es la razón de ser de la democracia. El tema no es nuevo y sus antecedentes son remotos<sup>20</sup>. Es, en definitiva la técnica que describe MAQUIAVELO: «el secreto principal del Gobierno consiste en debilitar el espíritu público, hasta el punto de desinteresarlo por completo de las ideas y principios con los que hoy se hacen las revoluciones. En todos los tiempos, los pueblos, al igual que los hombres se han contentado con palabras. Casi invariablemente les basta con las apariencias, no piden nada más. Es posible, entonces, crear instituciones ficticias que respondan a un lenguaje y a unas ideas igualmente ficticias»<sup>21</sup>. Ya hace algún tiempo en un artículo nuestro del que se nos excusará la cita denunciábamos esta estrategia parlamentaria que consiste en socavar y debilitar la condición del ciudadano por medio de leyes restrictivas en determinados campos que aplican lo que SAVATER<sup>22</sup> define como el principio de la «vacuna» aplicado al campo político, mediante el recurso a la suspensión de garantías constitucionales en tiempos de excepción y en nombre de lo que HABERMAS llama la «utopía mortal de la seguridad». Nos referimos concretamente a las llamadas «Leyes de Extranjería, Antiterrorista», y al Código penal de justicia militar<sup>23</sup>. El tiempo transcurrido nos permite afirmar que, lamentablemente nuestro análisis en torno a las amenazas que dichas leyes constituían y constituyen para la democracia y para la condición del ciudadano era y sigue siendo certero; leyes que paradójicamente fueron —y sobre esto no cabe la menor objeción—, legítimamente promulgadas. Más recientemente PRIETO advierte cómo, junto a la consolidación de un modelo no retórico de derechos fundamentales, podemos constatar en nuestro desarrollo constitucional «algunas zonas de penumbra en el sistema de libertades públicas» que afectan a lo que respectivamente llama, «la tendencia autoritaria», la «tendencia confesional» y finalmente, «los residuos del medio a la libertad»<sup>24</sup>.

En segundo lugar, la democracia como forma de vida supone una cierta síntesis y equilibrio entre el ámbito de lo público y lo privado, que se

19. Cfr. FLORES D'ARCAIS, P., *La Democracia tomada en serio*, art. cit. p. 11.

20. Cfr. DE LUCAS, J., *Maquiavelismo y tacitismo en el Barroco español. El secreto y la mentira como instrumentos de la Razón de Estado*. Estudios en recuerdo de la prof. Romeu Alfaro. Univ. de Valencia, 1989, t. II, pp. 549 a 559.

21. Cfr. JOLY, M., *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*. Trad. castellana de M. Horne con prefacio de F. Savater. Barcelona, Muchnik ed., 1982, pp. 55.

22. Cfr. SAVATER, F., *La tarea del héroe*. Madrid, Taurus, 1982, pp. 193 y ss.

23. Cfr. DE LUCAS, J., AÑON, M.<sup>a</sup> J., y VIDAL, E., *Notas sobre una legislación amenazante*. Cuadernos de Política Criminal, n.º 29, 1986, pp. 269 a 290.

24. Cfr. PRIETO SANCHIS, L., *Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional*. Sistema, n.º 96, mayo 1990, pp. 19 a 34.

opone tanto a la sustancialización de lo colectivo<sup>25</sup>, y en definitiva a la democracia de masas que lleva a los totalitarismos, cuanto al ejercicio secreto del poder que se oculta al control de los ciudadanos<sup>26</sup>. La síntesis entre la primacía de la polis que define la democracia de los antiguos con no pocos acentos totalitarios merced a la valoración de lo orgánico, y, de lo colectivo sobre lo individual y la libertad de los modernos, libertad de exclusión, negativa, que se realiza en la estructura del Estado liberal de derecho primero, y, libertad de participación, propia del estado social y democrático de derecho más tarde, constituye desde mi punto, el soporte de las democracias modernas y muestra la diferencia entre la participación libre y crítica sin la cual no se puede hablar de democracia y la adhesiones inquebrantables u obediencias ciegas propias de los regímenes totalitarios. Dicho equilibrio se ve amenazado en la actualidad por un doble proceso de privatización de lo público y de publicización de lo privado, fuente de no pocas contradicciones o paradojas. En efecto, frente a la tradicional primacía de lo público sobre lo privado que se manifiesta en el control de la política sobre la economía, asistimos en la actualidad al fenómeno contrario. La debilidad de los Estados, la imposibilidad de responder satisfactoriamente a las demandas de la sociedad civil, la recuperación del neocontractualismo, de políticas neoconservadoras y de otros instrumentos legislativos entre los que destaca la primacía del contrato como manifestación del acuerdo entre las partes frente a la soberanía de la ley entendida como resultado de la voluntad general, son manifestaciones que en la actualidad constituyen si no contradicciones sí, al menos paradojas importantes en los sistemas democráticos. Particular interés merece esta última por cuanto cuestiona desde mi punto de vista el principio cardinal de todo Estado de derecho: el imperio de la ley, y, amenaza al fundamento de la legitimidad por cuanto la ley, expresión de la voluntad general a través de decisiones mayoritarias, se ve reemplazada por el contrato, que no es expresión sino de intereses corporativos y egoístas incompatibles con la voluntad general<sup>27</sup>. Y a la vez, podemos constatar un proceso paralelo e inverso de publicización de lo privado que se manifiesta en el intervencionismo de los poderes públicos no sólo en el área económica sino también en los derechos y libertades más personales y propios del individuo<sup>28</sup>, con el riesgo de caer en lo

25. DIAZ, E., *Sustancialización de los colectivos y Estados totalitarios*. AFD, 1961, pp. 77 a 119.

26. Cfr. Sobre el principio de publicidad, cfr. DE LUCAS, J. *Anotaciones kantianas al principio de publicidad*. En *Dianoia*, 1988/9, n.º 1 (2.ª ed.). Vide también BOBBIO, N., *Il futuro de la Democrazia*, op. cit., pp. 75 y ss. y *Rappresentanza e Interessi*, en A.A.VV., *Rappresentanza e Democrazia*, ed. a cargo de PASQUINO, G., Bari, Laterza, 1988, pp. 22 y ss.

27. Cfr. BOBBIO, N., *Studi Hegeliani. Diritto, Società civile, Stato*. Torino, Einaudi 1981, pp. 85 a 115, que comprende el capítulo sobre *Diritto privato e diritto in Hegel*, del que hay traducción castellana de J. C. Bayón con estudio introductorio de A. Ruiz Miguel, en BOBBIO, N., *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*. Madrid, Debate, 1985, pp. 211 a 239.

28. Cfr. BOBBIO, N., *Stato, Governo, Società* Torino, Einaudi 1985, pp. 11 y ss. Sobre la distinción público-privado, cfr. FERRARI, V., *Privato e Pubblico (sociologia)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, t. XXV, 1987, pp. 687 y ss. Desde otra perspectiva cfr. COTTA, S. *La dimensione sociale nell'Alternativa tra il Pubblico e il Privato*. *Rivista di Diritto Civile*, 1989, pp. 122 a 136.



que DAHRENDORF llama «el ciudadano total» en el que todo es política. De modo paralelo a este doble proceso vemos en nuestras democracias actuales la pérdida progresiva que sufre el principio de publicidad que como señala DE LUCAS requiere «la exigencia jurídica de mantener una comunicación libre y racional, de institucionalizar la libertad de expresión y comunicación, de asegurarla y erradicar por tanto el secreto y el engaño en el orden jurídico y político»<sup>29</sup>, en favor del secreto y con ello la constitución y existencia de poderes «secretos u ocultos», y que dan lugar a lo que BOBBIO<sup>30</sup> llama «il potere invisibile», que comprende respectivamente «il sottogoverno» en cuyo ámbito se desarrollan los grandes procesos y decisiones económicas al margen de todo control parlamentario (piénsese en el proceso de fusiones bancarias en nuestro país) e incluso gubernamental, e, «il criptogoverno», que plantea el problema de los servicios secretos y demás policías del Estado. También paradójicamente, el poder que se oculta y opera en el secreto es a la vez «il potere onnivigente», el que está en todo momento en condiciones de conocer los datos que precise de los ciudadanos. De ahí la necesidad de desarrollar las cautelas constitucionales y legales que en los textos constitucionales (art. 18.4 CE) limitan el uso de la informática, y de todos aquellos preceptos que aseguran y refuerzan el principio de publicidad, que, insisto, es pieza clave y condición necesaria de todo régimen democrático.

Un tercer elemento ligado a la concepción de la democracia como una forma de vida es el que se refiere a la síntesis que tan sólo es posible en los regímenes democráticos entre moral y derecho. Si bien la democracia implica un ejercicio moral que compromete los fines esenciales del individuo en su plan de vida, de ahí el autogobierno y la fundamentación de la obligación política, no es menos cierto que la democracia exige igualmente un exquisito respeto a las libertades y conciencias de los demás y en consecuencia una separación radical pese a sus indudables conexiones e implicaciones de ambos órdenes normativos<sup>31</sup>. No en vano la democracia se asienta con la separación y distinción entre el poder espiritual y el temporal, entre la iglesia y el estado en lo que se ha dado en llamar el tránsito a la modernidad<sup>32</sup> e implica la consolidación del principio de tolerancia y del derecho de libertad religiosa primero e ideológica más tarde frente al principio medieval «cuius regio eius religio», que hace posible la toma de decisiones que en ocasiones pueden afectar seriamente la conducta de los ciudadanos; de

29. Cfr. DE LUCAS, J., *Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad*. Dianoia, 1987, pp. 131 a 148.

30. Cfr. BOBBIO, N., *La democrazia e il potere invisibile*, en *Il futuro della democrazia*, op. cit., pp. 75 a 100.

31. Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*. Trad. castellana de G. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot 1968, pp. 229 a 261.

32. Cfr. PECES-BARBA, G., *Tránsito a la Modernidad y derechos Fundamentales*. Madrid, Mezquita, 1982.

ahí la existencia de unos remedios de los que todo régimen democrático que se precie de tal, dispone como son el reconocimiento del principio de libertad ideológica y del derecho a la objeción de conciencia<sup>33</sup>. Bien entendido que la separación entre el derecho y la moral, entre lo que es y lo que debe ser no es tan sólo una exigencia metodológica sino también, ideológica. De ahí el unánime acuerdo existente en la comunidad de filósofos del derecho acerca de la relación entre ambos órdenes normativos<sup>34</sup>. Recientemente, LAPORTA<sup>35</sup>, ha delimitado con rigor y claridad los problemas que se plantean en el ámbito de la moral y la política, a través de lo que denomina «el problema Maquiavelo», o de la separación tajante entre ética y política, «el problema Mill» que afecta a la distinción entre ética pública y privada, y, finalmente, «el problema Weber», esto es la distinción entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. En esta línea, la democracia exige de un lado, un esfuerzo del ciudadano en la afirmación de su autonomía que comprende entre otras el deber de darse leyes a sí mismo y a los demás que fundamenten la obligación política, y de otro, la obligación de respetar desde el principio de tolerancia, y libertad ideológica, las libertades y conciencias del resto de los ciudadanos. El ejercicio del voto implica una reflexión que contrasta con el clientelismo que postulan los distintos partidos políticos y con las exigencias del mercado político, y que en ocasiones, puede desvirtuar el proceso de legitimación. No me estoy refiriendo en modo alguno al llamado voto en conciencia por cuanto que la conciencia difícilmente puede ser objeto de representación o manifestación, cuanto al voto que se ejerce periódica y regularmente y conforma las decisiones políticas. Es este un peligro real por cuanto compromete al esencia y fines del proceso democrático que se asienta, recordemos, sobre el individuo libre y autónomo, y que puede implicar el tránsito de la democracia liberal a la democracia masificada transformado el principio mayoritario que tan sólo es una cuestión procedimental, en algo dotado de fines propios<sup>36</sup>. En donde cobra especial relevancia la postura de Kelsen al respecto. Como ha subrayado recientemente GARZON VALDES, «el principio de la mayoría, según Kelsen, es justamente el que impide el dominio de una clase sobre otra, es decir el dominio de la mayoría o la «casualidad de la aritmética». El razonamiento kelseniano está dirigido precisamente en contra de la identificación del «principio de la mayoría», con el «dominio de la mayoría»; por ello

33. DE LUCAS, J.; VIDAL, E., y AÑON, M.<sup>a</sup> J., *La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional. Algunas dudas razonables*. Revista General de Derecho. Valencia, enero 1988.

34. Cfr. RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M.<sup>a</sup>, *La ética política en Lecciones de Derecho Natural como introducción al Derecho*. Madrid, Univ. Complutense, 1988 (3.<sup>a</sup> ed.), pp. 165 a 181. GARZON VALDES, E., *Moral y Política* en AFD, 1984, pp. 177 a 197 y *Acerca de la tesis de la separación entre ética y política*. Sistema, n.º 76, enero 1987, pp. 111 a 119.

35. Cfr. LAPORTA, F., *Ética y Política. Algunas claves básicas*. En Claves, n.º 1, 1990, pp. 15 a 21.

36. Cfr. BOBBIO, N., LOMBARDINI, S. y OFFE, C., *Democrazia, maggioranza e minoranze*. Bologna, il Mulino, 1981, pp. 10.



la afirmación de que el principio de la mayoría requiere la existencia de la minoría no es una mera tautología en el sentido de que no puede hablarse de mayoría si no hay minoría»<sup>37</sup>. Es por todo ello, igualmente significativo que, en contra de lo que pudiera parecer a primera vista, la democracia no se legitima sólo por el triunfo de las mayorías, sino también, y a la vez, por el respeto a las minorías. La toma de decisiones según la voluntad de la mayoría es condición necesaria de todo sistema democrático, pero insuficiente, si no va acompañada del respeto a las minorías. Y es que, si bien es cierto que la democracia se funda en el consenso no es menos cierto que, paradójicamente, ha de asegurar el disenso<sup>38</sup>, porque en definitiva sólo el disenso certifica la existencia de un consenso libre y no manipulado. Sólo de este modo será posible que el principio mayoritario no reemplace la objetividad de la razón por un subjetivismo irracional que algunos autores, libres de toda sospecha antidemocrática, denuncian y que en definitiva hunde la democracia en el cinismo y la demagogia<sup>39</sup>.

Como una cuestión instrumental aunque no por ello menos importante, como una técnica que permite el recuento de votos y la formación de mayorías la democracia se ha definido tradicionalmente desde la relación de confianza que se genera entorno a los gobernantes, y como tal depositarios de la confianza del pueblo, hasta el punto que en la confianza reside la legitimidad. De ahí la importancia que en los momentos más difíciles y comprometidos de la vida democrática se suscite la llamada cuestión de confianza como una apelación a la confirmación de la legitimidad, que en su día los ciudadanos depositaron en el gobierno. Sin embargo, como recientemente ha subrayado BOBBIO, lo que debe conformar las democracias no es tanto la confianza cuanto la desconfianza<sup>40</sup> de cuya existencia dan fe los numerosos y prolijos controles de que se provee el régimen democrático a fin de limitar la discrecionalidad y la arbitrariedad de los poderes públicos, de modo que como sugiere MCORMICK<sup>41</sup>, se puede afirmar que constitucionalismo y democracia son conceptos opuestos aunque complementarios ya que el primero trata de controlar el funcionamiento del segundo. Que otra cosa significan si no el principio de separación de poderes, los mecanismos de protección de las minorías, las exigencias de mayorías cualificadas para determinados temas, o lo que es fundamental para todo régimen democrático, la existencia de publicidad y transparencia en la adopción

37. Cfr. GARZON VALDES, E., *Representación y Democracia*, art. cit., pp. 153.

38. Cfr. AÑON ROIG, M.<sup>a</sup> J., *Democracia, disidencia y participación*, en *Estudios en recuerdo de la prof. Romeu Alfaro*, cit., t. I, pp. 35 a 47. BALLESTEROS, J., *Karl Jaspers, Comunicación y disidencia*, ibíd., pp. 50 a 62. BALLESTEROS, J., y DE LUCAS, J., *Sobre los límites del principio de disidencia*, en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 87 y ss.

39. Cfr. A.A.VV., *Democrazia, maggioranza e minoranze*, op. cit., pp. 11 y ss.

40. Cfr. BOBBIO, N., *Rappresentanza e Interessi*, en A.A.VV., *Rappresentanza e Democrazia*, Bari, Laterza, 1988, pp. 7 y ss.

41. Cfr. MCKORMICK, N., *Constitucionalismo y Democracia*. Trad. castellana de M. Carreras y A. L. Martínez Pujalte. Anuario Derecho Humanos, 5/1989.

y toma de decisiones. Precisamente la confianza ciega es propia de los regímenes totalitarios y de las tipologías no racionales de legitimidad, como la carismática, en términos de Weber. Por el contrario, la racionalidad del sistema democrático, implica la desconfianza frente a quienes ejercen el poder, y para ello no basta que se dé un gobierno de «leyes» frente a un gobierno de «reyes» sino que las leyes estén igualmente sujetas al control y a la revisión de los órganos y poderes constitucionalmente establecidos a tal efecto. En este punto convendría no perder de vista las advertencias de IRTI, acerca de la decodificación y de tantos otros sobre el problema que plantea en las democracias actuales la urgencia de legislar y la elusión de los controles parlamentarios en que incurre el Ejecutivo en nombre de tal urgencia. Me refiero especialmente al problema de la llamada legislación delegada.

Los problemas derivados de la representación política en el ámbito de la democracia han sido objeto de un tratamiento profundo y minucioso por parte de autores que a diferencia de que quien esto escribe son auténticas autoridades en la materia<sup>42</sup>; me limitaré por tanto a enunciar una serie de problemas que generan no pocas y paradójicas consecuencias para la democracia. El primero de ellos se refiere a la cuestión sobre el fundamento de la representación que como observa GARZON VALDES<sup>43</sup> constituye una ficción cuya razón estriba en la adecuación de los mecanismos y funcionamiento propios de la representación en el derecho privado y su adaptación al derecho público. Como bien es sabido en las constituciones liberales que dan lugar a las democracias modernas, se invierte la relación entre representante y representado propia del derecho privado y de la democracia antigua, a través de la eliminación del mandato imperativo y de la vinculación del representante no a la voluntad del elector cuanto a la voluntad superior y soberana de la Nación<sup>44</sup>; la representación así concebida, mediante dicha ficción cumplirá la función de transmitir la voluntad de los electores al Parlamento, a fuerza de ocultar la independencia del representante respecto a los representados. Pero lo que aún es más grave si cabe, dicha ficción en la que se asienta la representación no es sólo una exigencia funcional, sino que es un presupuesto de la democracia. En efecto, como apunta LAPORTA, «si pensamos la conexión entre autonomía individual y democracia en el sentido de que las leyes de una sociedad democrática son leyes que cada individuo miembro se da a sí mismo, entonces acabamos efectivamente en la teoría de la representación como ficción, porque está claro que tal cosa no ocurre. No veo que mérito pueda tener ocultar

---

42. Cfr. DOXA 6/1989. Con artículos de RUIZ MIGUEL, A., *Problemas de ámbito de la democracia*, LAPORTA, F., *Sobre la teoría de la democracia y el concepto de la representación política*, GARZON VALDES, E., *Representación y Democracia*, y DE LUCAS, J., *Sobre la justificación de la democracia representativa*.

43. Cfr. GARZON VALDES, E., 1990 p.

44. Cfr. RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M.<sup>2</sup>, *Derecho y Sociedad*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 134 y ss., GARZON VALDES, E., *Representación y Democracia*, cit., pp. 143 y ss.



la realidad y mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo mediante dicha ficción»<sup>45</sup>.

La segunda de las consecuencias relevantes en materia de representación se centra en torno al problema de qué es lo que se representa. Desechada la viabilidad de la mal llamada representación directa por cuanto que en esta lo que no hay es en puridad representación, en la representación indirecta se puede mantener la ficción de que lo que se representa es la voluntad del representante. Pero esta voluntad, está en la mayoría de las ocasiones conformada por los mecanismos de representación entre los que destacan la presencia de los partidos políticos y demás cuerpos intermedios de modo que en la actualidad parece que cobra fuerza la tesis de que lo que en realidad se representa es la voluntad de estos cuerpos intermedios y no tanto la voluntad de los ciudadanos individualmente considerados<sup>46</sup>. Ello produce a su vez una cierta perversión en el proceso de la representación que genera la aparición de la llamada «representación de intereses y del mercado político» que invade el ámbito de la democracia con la racionalidad propia del mercado y del intercambio de bienes. La toma de decisiones no se efectúa a través un voto de opinión sino por medio de una decisión que afecta a los intereses y que da lugar en no pocas ocasiones a una suerte de clientelismo político en donde la conquista del voto justifica cualesquiera métodos por parte de los partidos que compiten en el proceso electoral. De ahí que en este proceso se manifieste la degradación de la democracia en la llamada democracia de masas<sup>47</sup>. Ello hace que el régimen democrático se parezca cada vez al régimen económico en el que la voluntad general se ve reemplazada por las leyes del mercado. Claro que paradójicamente, ello es quizás más compatible con la democracia puesto que son las leyes que se rigen por la dinámica del acuerdo, del compromiso del pacto y de la negociación dando lugar a procesos en los que a diferencia de lo que sucede en el ámbito político no hay vencedores ni vencidos, sino que a la vez todos ganan algo y todos también pierden algo. No en vano decía Kelsen que la negociación y el compromiso son la esencia de la democracia. Si bien no es menos cierto que presuponen una libertad e igualdad mínimas e iguales<sup>48</sup>. Por ello no tiene nada de extraño que en las cuestiones fundamentales para la pervivencia del sistema democrático se recurra a los procesos de consulta directa, al referendum como medio idóneo de consulta al universo electo-

45. Cfr. LAPORTA, F., *Respuesta a Javier de Lucas*. Doxa 6/1989, pp. 205 y ss.

46. Cfr. BOBBIO, N., *Rappresentanza e interessi* en A.A.VV., *Rappresentanza e Democrazia*, op. cit., pp. 22 y ss.

47. Cfr. SANCHEZ CAMARA, I., *La teoría de la minoría selecta en el pensamiento de Ortega y Gasset*, Madrid, Tecnos, 1986.

48. Sobre el mercado político, cfr. BOBBIO, N., *Il futuro de la Democrazia*, op. cit., pp. 135 y ss., y *Rappresentanza e Interessi*, art. cit. pp. 12 y ss. Sobre Kelsen, cfr. GARZON VALDES, *Representación y Democracia*, cit. pp. 148 y ss. Sobre la concepción de la democracia en Kelsen vide el excelente estudio introductorio de RUIZ MANERO *Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen*, en Kelsen, H., *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, op. cit., pp. 11 a 63.

ral. Pero aun salvados estos inconvenientes y asumidas estas paradojas que no son pocas ni fáciles de superar queda otro problema subsistente, en torno al problema de cómo se vincula la voluntad del votante con la de sus representantes, lo que es más grave si cabe en las cuestiones fundamentales en los que surgen los llamados problemas de conciencia, tema este que sólo dejo apuntado por cuanto desborda los límites de este trabajo.



## El legado democrático de Rousseau en la crisis actual

Por JOSE RUBIO CARRACEDO

Málaga

### 1. *El modelo político de Rousseau: ¿Autoritario o romántico?*

Todos los comentaristas convienen en decir que sobre Rousseau no es fácil decir la última palabra. Su gusto por la paradoja, su afición a fabricar frases célebres, sus fórmulas radicales, sus ambigüedades intencionadas, sus intuiciones no plenamente asumidas, que provocan incoherencias y hasta contradicciones, han facilitado la inveterada proyección que los intérpretes hacen sobre él de sus fobias y de sus manías. Por lo demás, es claro que nadie permanece indiferente ante su doctrina: invariablemente suscita adhesiones o repulsas.

Resulta difícil encontrar en la historia del pensamiento un autor dotado de semejante plasticidad. No se ha insistido todavía lo suficiente sobre este carácter camaleónico del pensamiento rousoniano: no sólo ha sido objeto de tergiversaciones tendenciosas, sino que ha sido identificado como precursor por casi todas las corrientes políticas desde la Revolución Francesa: anarquistas y románticos, liberales y totalitarios, idealistas, realistas y socialistas, conservadores y revolucionarios, no han cesado de esgrimirlo como bandera o proyección de sus propios planteamientos. Ha admitido, incluso, una interpretación fenomenológico-existencial (Burgelin, Starobinski), estructuralista (Lévi-Strauss) y neocontractualista (Rawls).

Ernst Cassirer planteó «el problema de J. J. Rousseau» en un célebre trabajo (Cassirer 1932; 1954). ¿Por qué tan diferentes y contrapuestas interpretaciones de un pensamiento que mantiene, pese a todo, una profunda unidad interna? Peter Gay ha refrendado la tesis de Cassirer y ha completado su revisión de la crítica, por lo que voy a limitarme a reseñar brevemente la controversia suscitada en torno al sentido último del modelo político del ginebrino.

En realidad, las opiniones contradictorias sobre el sentido de la teoría política de Rousseau nacieron ya con su obra. El círculo de los enciclopedistas, que le habían acogido con simpatía, desconfió pronto de lo que consi-

deraba una peligrosa tendencia al individualismo ácrata: su correspondencia con Voltaire, Diderot y d'Alembert, así como su libro *Rousseau juge de Jean-Jacques*, no ofrece dudas al respecto. Los políticos de Ginebra y los de la corte parisina fueron de la misma opinión. A su vez, los románticos alemanes del «Sturm und Drang», al igual que Schiller y Hölderlin, acogerán con entusiasmo su «mensaje» liberador. En plena Revolución, los jacobinos (Robespierre) imponen, sin embargo, el terror en nombre de la voluntad general rusioniana.

A mi juicio, esta advocación rusioniana de los jacobinos resultó decisiva para potenciar la interpretación totalitaria de la teoría de la voluntad general por parte del pensamiento liberal-conservador. La posición de E. Burke en sus *Reflections on the Revolution in France* es bien expresiva; piensa que Rousseau hubiera desautorizado a sus discípulos jacobinos, pero no le exculpa de responsabilidad por su teoría política. Los más influyentes liberales franceses, como B. Constant y A. de Tocqueville, adoptaron la misma posición. Desde entonces, el pensamiento liberal-conservador, con raras excepciones, insistirá continuamente sobre el potencial de totalitarismo violento, al menos latente, que encierra la teoría de la voluntad general.

Las referencias elogiosas de Engels, y del propio Marx, así como las de ciertos teóricos del anarquismo, parecieron confirmar aquel diagnóstico. Sin embargo, es obvio que ningún pensador es responsable de la utilización abusiva de ciertos aspectos de su teoría por parte de sus pretendidos discípulos. De hecho, los principales representantes del tradicionalismo conservador, como De Maistre y Bonald, insistieron siempre en condenar su individualismo disolvente, mientras que Marx lo caracterizaba como portavoz típico del pensamiento pequeño-burgués. Poco después los liberales franceses (Faguet, Sée) insistían nuevamente sobre el colectivismo de Rousseau. Para Taine (*Ancien Régime*) la soberanía popular rusioniana lleva primero a la anarquía y después, por reacción, al «perfecto despotismo». Casi todos estos intérpretes estudiaban, sin embargo, primordialmente la Revolución Francesa: ¿hasta qué punto, pues, su comprensión de Rousseau no estaba mediatizada por la acción de los jacobinos (Robespierre, Saint-Just)?

De hecho, los escritos políticos de Rousseau sólo fueron conocidos en ediciones deficientes y fragmentarias hasta que en 1915 publicó C. E. Vaughan su magnífica edición *The Political Writings of J. J. Rousseau*, con un estudio introductorio extenso y magistral en muchos aspectos. Pero Vaughan no supo reconciliar los aspectos individuales y colectivos que operan en la teoría rusioniana, acentuando un organicismo mucho más aparente y retórico que real<sup>1</sup>.

1 Según P. Gay (1954, 10-12), Vaughan ofrece tres posibles soluciones: a) los *Discursos* tienen más carácter moral que político; de ahí su individualismo; b) en el pensamiento político rusioniano subsisten elementos abstractos (procedentes de Platón y de Locke) y concretos (procedentes de Montesquieu); estos últimos se imponen en sus últimos escritos políticos; c) se aprecia en Rousseau una evolución desde los planteamientos individualistas hasta las tesis colectivas del *Contrato social*. B. Groethuysen (1949) ha vuelto a diferenciar en Rousseau la vertiente contractual (liberal) de la vertiente social (estatalista). Pero ha sido, sobre todo, J. Shklar (1969) la que ha replanteado el jacobinismo bifronte del ginebrino con su disyunción entre «hombres» y «ciudadanos», como reseñaré más adelante.



La tentativa unificadora de Cassirer no se limita al pensamiento político sino que alcanza a la totalidad del pensamiento filosófico del ginebrino. La tesis implícita de Cassirer es la de que las teorías rusionianas han sido entendidas generalmente desde el prejuicio político, religioso, educativo, etc., de los propios intérpretes; su tesis explícita es la afirmación de la unidad profunda del pensamiento rusioniano, pese a sus incoherencias parciales, siguiendo el hilo de la interpretación kantiana de Rousseau, el único que —con Lessing— unió la objetividad a la simpatía por el autor. En efecto, mientras los escritos de Rousseau eran vilipendiados o exaltados por doquier, al menos dos filósofos alemanes lo estudiaban con seriedad: Kant y Lessing. Y la opinión de Cassirer es que Kant fue el único intérprete correcto, siendo su pensamiento personal fuertemente estimulado por las propuestas del filósofo ginebrino<sup>2</sup>.

El mismo Rousseau, consciente de los frecuentes malentendidos que suscitaba su obra, ofrece en *Rousseau juge de Jean-Jacques* un criterio clarificador: todos sus escritos son «el desarrollo de su gran principio: que la naturaleza ha hecho al hombre feliz y bueno, pero que la sociedad lo deprava y lo hace miserable [...]. Por doquier hace ver que la especie humana es mejor, más sabia y feliz en su *constitución original*, y es ciega, miserable y malvada conforme se separa de ella [...]. Pero *la naturaleza humana no retrocede* y jamás retorna a los tiempos de inocencia y de igualdad» (OC I, 934-5, s.m.). Se da, pues, en Rousseau un principio unitario: fidelidad a la naturaleza originaria del hombre. Pero Cassirer no destaca suficientemente el carácter dialéctico de aquella unidad en el pensamiento del ginebrino.

En realidad, como apunta P. Gay, Cassirer tuvo dos predecesores, al menos, en su tesis unitaria sobre el pensamiento rusioniano: G. Lanson (1912) y, sobre todo, E. H. Wright (1929), quien adelanta incluso la tesis de Cassirer sobre el revolucionario concepto rusioniano de naturaleza: «la idea de que el hombre ha de perfeccionarse mediante su razón de acuerdo con su naturaleza recorre toda la obra de Rousseau y le confiere una unidad esencial» (Wright, 1929, 32); incluso la estrecha relación Rousseau-Kant queda claramente advertida por Wright (Gay, 1954, 20).

Desde su neo-kantismo Cassirer estaba ciertamente predispuesto para su comprensión kantiana de Rousseau; pero ello no implica que su lectura esté necesariamente distorsionada, ya que el influjo de Rousseau sobre Kant se ha demostrado tan notorio como persistente. En realidad, Rousseau fue el puente entre los dos siglos, y Kant tuvo en él una de sus fuentes para superar la Ilustración. Según Cassirer, fue la concepción dinámica de la naturaleza la que permitió al ginebrino romper con el racionalismo mecanicista de los ilustrados. El mismo ginebrino señala que fue «el pintor y el apologista de la naturaleza hoy tan desfigurada y calumniada porque su modelo lo tomó de su propio corazón». Se trata de una construcción, ya que «esos trazos tan nuevos para nosotros y tan verdaderos una vez dibujados encuentran también

---

2 La interpretación kantiana de Rousseau ha sido refrendada básicamente por A. Levine (1976).

en el fondo del corazón el testimonio de su justeza» (OC I, 936). Ahí radica, según Cassirer, su permanente actualidad (Cassirer 1954, 37) y la validez objetiva de su planteamiento, pese a su carencia de sistematicidad (Ib. 40).

Fue la búsqueda sincera de la verdad (y no sólo su lema: *vitam impendere vero*) la que le condujo al concepto de naturaleza originaria para contraponerlo al de sociedad artificial. Pero no fue él, sino Diderot, el creador del mito del buen salvaje y de su felicidad. A Rousseau le importa ante todo diferenciar al hombre auténtico del hombre histórico y etnográfico; como afirma en *Rousseau juge de Jean-Jacques*, se trata de construir un «modelo» a partir de las convicciones más arraigadas y reflexivas. En esta línea Cassirer apunta que el *Contrat* expone «el código de la auténtica sociedad» que completa a los *Discursos*. Porque no cabe el retorno al pasado que nos describe la etnografía, pues «la naturaleza humana nunca retrocede» (OC I, 935); por eso el camino recto no es la destrucción de lo existente, sino su remodelación conforme a su naturaleza originaria (Ib.).

Aparentemente, sin embargo, el *Contrat* implica la alienación del individuo en el estado mediante su entrega a la voluntad general. Cassirer piensa que esta interpretación es un malentendido, porque no tiene en cuenta el concepto rusioniano de libertad moral que está en la base de su concepto de voluntad general: para Rousseau como para Kant, la libertad auténtica no consiste en el albedrío individual sino en el libre consentimiento a la ley de la razón, de tal modo que cuando el individuo obedece al estado (justo) se obedece, en realidad, a sí mismo, a su propio dictamen racional. Es el concepto de autonomía personal sobre el que Kant edificará su teoría de la razón práctica. Pero también en Rousseau la ley se entiende como dictamen de la razón práctica, no de la razón especulativa, que llegó a considerar una depravación<sup>3</sup>. De ahí el himno rusioniano a la ley que aparece ya en la *Economie politique*; de ahí también su énfasis sobre los aspectos legitimistas de la acción estatal.

Este concepto de estado educador resultaba desconcertante en los círculos enciclopedistas y liberales. Los primeros mantenían un concepto utilitarista del estado, en cuanto distribuidor de bienes y de felicidad; los segundos insistían en su concepto del estado-asociación, en cuanto punto de equilibrio entre los intereses individuales en competencia. Kant, en cambio, y tras él Fichte y Hegel, asumirán aquel objetivo últimamente ético de la política, recurriendo también como Rousseau a la religión civil como soporte de la misma, a la vez que confirman su énfasis sobre una ética civil mediante la secularización y racionalización de la ley natural (Cassirer, 1954, 48-77).

---

3 «L'état de réflexion est un état contre Nature, et que l'homme qui médite est un animal depravé» (OC III, 138). Afirmación que, ciertamente, tiene mucho de «boutade».



La interpretación de Cassirer ha marcado un hito importante en la rousseología, pese al reproche casi generalizado de su excesiva dependencia de la óptica kantiana<sup>4</sup>. Este reproche me parece indudablemente pertinente, dado que Cassirer llega a trasponer a la ética rusioniana los caracteres propios de la ética kantiana (Cassirer, 1954, 96). Es más, en último término Cassirer sanciona la «moralización» kantiana del legitimismo político de Rousseau. En realidad, Kant reformuló el constructo cívico-político de Rousseau en su teoría del imperativo categórico moral, aunque luego edifique todo el edificio de la razón práctica sobre su base. De ahí que, como indica Merquior (1980, 54), Cassirer desatienda por completo el potencial emancipatorio del modelo político participativo del ginebrino<sup>5</sup>.

Pero la herencia más positiva de Cassirer fue su contribución al reconocimiento de la unidad profunda del pensamiento rusioniano y su vinculación a la interpretación kantiana. Dos magníficos estudios aparecidos poco después, los de A. Cobban (1934) y de C. W. Hendel (1934) confirmaron aquella unidad. Por lo que respecta al pensamiento político, la obra de A. Cobban todavía conserva su vigencia y constituye una rara muestra de investigación imparcial y comprensiva en el contexto ideológico y social de la Ilustración.

En torno a 1950 aparecen varias obras notables de autores franceses en los que se afirma la unidad del pensamiento rusioniano. El primero es el brillante ensayo de B. de Jouvenel (1947). Pero merecen especial mención las aportaciones de R. Derathé sobre el «racionalismo» de Rousseau (Derathé 1948) y sobre la contextualización de su pensamiento político en la tradición iusnaturalista racional, que arroja nueva luz sobre ciertos planteamientos del ginebrino, aunque, a mi juicio, Derathé acentúa en exceso su dependencia respecto de la mismas (Derathé 1950). Es cierto que Rousseau bebió abundantemente de la fuente de los jurisconsultos, pero no lo es menos que plantea su teoría política sobre el constructo normativo de la ley civil en cuanto superadora de la «metafísica» iusnaturalista, pese a la persistencia de iusnaturalismo en ciertos pasajes. Por la misma época aparece la extensa biografía de Rousseau por J. Guéhenno (1948-1952) y las notables reconstrucciones de conjunto realizadas por P. Burgelin (1952) y por J. Starobinski (1957), ambas desde un enfoque existencial y unitario del hombre con la obra.

Incluso en el universo liberal anglosajón, mucho más cerrado por lo general al enfoque rusioniano, pudo advertirse un notable influjo del ginebri-

---

4 En mis trabajos de 1988 y 1989 he presentado un balance actual de la cuestión. También J. Muguerza se adhiere en lo esencial al eje interpretativo Cassirer-Levine (Muguerza, 1986).

5 Pero, en ocasiones, la crítica de Cassirer se hace también desde un enfoque parcial, en defensa de posiciones personales. Baste mencionar el caso de R. Derathé, quien le acusa de presentar la teoría rusioniana como «una especie de kantismo *avant la lettre*, que termina por desnaturalizarla o mutilarla» (Derathé, 1948, 188), con lo que, de paso, protege su interpretación iusnaturalista de Rousseau.

no en ciertos autores de la tendencia denominada «idealismo pluralista» como Lindsay, Barker y, sobre todo, McIver. El primero criticó abiertamente el «individualismo atomizador» del enfoque liberal (Lindsay 1935). Barker reclamó la apertura del liberalismo a los aspectos redistributivos y a las exigencias de la justicia equitativa, así como a una visión más positiva del estado (Barker 1951). McIver, por su parte, acepta netamente el concepto clave de voluntad general como definitorio de la auténtica democracia, ya que es el único capaz de convertir a los individuos en ciudadanos, con la consiguiente subordinación de los intereses particulares a los públicos (McIver 1926, 465-6; 1947).

Pero poco después se renueva el ataque liberal anglosajón contra la teoría política de Rousseau insistiendo en su carácter estatalista y autoritario, cuya muestra más aparente es el libro de J. B. Talmon (1965), que populariza la etiqueta «democracia totalitaria» para caracterizarlo. La ofensiva ha sido mantenida por L. G. Crocker (1968), R. D. Masters (1968) y, sobre todo, por I. Berlin (1969) y G. A. Kelly (1969). También la tradición conservadora se ha movilizado contra Rousseau, siendo Popper (1945) su principal mentor en Inglaterra, y Leo Strauss (1950) en Norteamérica. Por su parte, Judith Shklar (1969) ha revitalizado brillantemente la tesis de Bertrand de Jouvenel, aunque a costa de volver a escindir profundamente el pensamiento político rusioniano.

Tras Plamenatz<sup>6</sup> la excepción más notable la constituye A. Levine (1976, 1987) quien revitaliza sobre nuevos moldes la interpretación kantiana de Rousseau y hace una exposición lúcida del papel central que el concepto de libertad como autodeterminación juega en las políticas del ginebrino y de Kant en contraste con la concepción negativa típica del liberalismo. También E. Kryger (1979), P. Riley (1982) y A. Gildin (1983) se muestran abiertos a una concepción no necesariamente autoritaria de la voluntad general. Pero A. Bluhm ha vuelto a insistir sobre el totalitarismo latente de Rousseau (Bluhm 1984; 1985). Se hace preciso, pues, un examen, siquiera sumario, de estas críticas renovadas<sup>7</sup>.

La objeción central y recurrente del enfoque liberal-conservador hace referencia a la estatolatría, explícita o latente, del planteamiento político de Rousseau, basado en el concepto de voluntad general. Ahora bien, para demostrar su aserto realizan una lectura más bien sintomática de sus escritos, rastreando ciertos pasajes que consideran especialmente significativos, en lugar de realizar un estudio sistemático. Hay que tener en cuenta, además, que esta crítica está lastrada por dos factores extrínsecos: la particular concepción del estado-asociación (cuya superioridad dan por supuesta) y la transposición que hacen a la teoría política de Rousseau de la práctica jacobina en la Revolución francesa, a cuya luz se interpretan ciertos pasajes

<sup>6</sup> Poco más adelante presento nuevos aspectos de su lectura del ginebrino, que considero una de las más objetivas e imparciales.

<sup>7</sup> También J. Marejko (1984) sitúa a Rousseau en los orígenes de la «deriva totalitaria».



polémicos de su obra. Pero ni Robespierre ni Saint-Just son sus intérpretes autorizados, pese a su invocación del ginebrino.

Además de la paradoja del «forzarle a ser libre», han sido dos los «síntomas» más aireados por el pensamiento liberal-conservador: el concepto rousoniano de religión civil y su particular defensa de la censura estatal. En realidad, sin embargo, la conversión del cristianismo en religión civil constituye mucho más un soporte que un objetivo directo de su constructo normativo; ciertamente, la intolerancia religiosa amenaza trocarse en intolerancia civil. Pero, como ya demostró Cobban (1934, cap. 6), este énfasis sobre el culto civil de los deberes patrióticos es una constante de su tiempo por lo que su inclusión en la sintomatología totalitaria resulta gratuita; un autor tan poco sospechoso como Burke comparte con el ginebrino sus tesis sobre la religión del estado, el patriotismo, el anticosmopolitismo, el disgusto por la revolución violenta, etc.

El segundo «síntoma», la justificación de la censura estatal, parece mucho más concluyente. Pero no lo es tanto cuando se considera el contexto y las limitaciones de la misma. En la *Lettre á d'Alembert* (1758) la censura estatal se justifica en el contexto de su pesimismo histórico. En el *Contrat* (IV, 7) se trata de regular la opinión pública conforme con los postulados del contrato social. Rousseau, atento lector de Maquiavelo y de Montesquieu, suscribe la importancia que éstos confieren a la opinión pública, pero le presta un sentido mucho más educativo que estratégico, conforme a su concepción general del estado educador (en la tradición platónica). Obviamente, incluso desde tal enfoque la censura repele al sentimiento liberal; pero pierde gran parte de su valor sintomático del ominoso totalitarismo estatal, que es de lo que se trataba.

También podría aducirse un pasaje de *Emile* donde Rousseau parece justificar el engaño del educador —y, por extensión, el del legislativo— como una estrategia para mejor obtener sus fines educativos: «Déjale que piense que es el dueño, siendo tú el verdadero dueño. No hay sujeción tan completa como la que mantiene las formas de la libertad; es de este modo como la misma voluntad es conquistada» (OC IV, 362). Sin embargo, el pasaje revela mucho más una estrategia ilustrada de difícil justificación que una intención verdaderamente totalitaria. El mismo Rousseau ha insistido en que la falta de libertad priva a los actos humanos de valor moral. El pasaje ha de interpretarse, pues, a la luz de la dialéctica entre la voluntad particular y la voluntad general: el libre albedrío individual ha de subordinarse coherentemente a la voluntad general en las condiciones suscritas en el pacto social (deliberación pública y consenso, razón y libertad). Se trata, pues, de una estrategia educativa, similar a la de la censura. Ciertamente resulta chocante y tan poco justificable como aquélla. Pero es injusto interpretarla como denotadora de una intencionalidad totalitaria directa cuando se entiende mejor desde un despotismo ilustrado y paternalista.

Es, por tanto, en la crítica del concepto de voluntad general donde se dilucida la pertinencia o no de la objeción liberal-consevadora. En efecto,

desde su punto de vista, el concepto rusioniano de voluntad general desemboca necesariamente en el totalitarismo. Para unos se trata de una concepción voluntarista, en la que toda racionalidad se subordina al consenso, siendo éste la única instancia legitimadora; para otros se trata, por el contrario, de una concepción racionalista que instaura la tiranía de la razón sobre todo disenso individual. Pero resulta obvio que, en el mejor de los casos, se trata de dos lecturas unilaterales. Como el mismo Riley apunta, el concepto de voluntad general alude necesariamente a una «voluntad» basada en la libertad y a un contenido «general» o generalizable, esto es, racionalmente justificable; ha de entenderse, pues, como «una voluntad a lo generalmente bueno»; es decir, sus leyes implican a la vez racionalidad y libertad (Riley, 1982, 116).

Otra cuestión es que el planteamiento rusioniano ciegue de antemano toda vía de reconciliación entre los intereses privados y los públicos, a la vez que deja inermes al individuo y a las asociaciones civiles en manos del estado; o que niegue, más bien, un ámbito propio y autónomo a la sociedad civil, que es incorporada por la sociedad política. Aun admitiendo que Rousseau formuló su constructo político mucho más en términos ideales que propiamente normativos (Kant entenderá ya el contrato social como una «Idea» de la razón), no cabe duda de que todo su énfasis lo pone en salvaguardar la libertad por medio de la comunidad, sin cuidarse apenas de preservar la libertad de los individuos respecto de la misma comunidad estatal. Es más, ni siquiera contempla la posibilidad de un conflicto legítimo entre el interés privado y el público en ciertos casos, ya que su teoría de la voluntad general lo hace lógicamente imposible. Sólo su énfasis inicial sobre la dignidad y la autonomía personal de los individuos contratantes evita las implicaciones totalitarias de la teoría.

Aquí confluye también la notable miopía histórico-social de Rousseau, denunciada por casi todos los críticos. La inspiración arcaica de sus modelos políticos (Esparta, Roma, Ginebra) y su enfoque casi exclusivamente legitimista de la política provocan en buena medida su ceguera sociológica; el ginebrino no parece haberse percatado tanto de la significación como de la irreversibilidad de las transformaciones económicas, sociales y políticas de la revolución burguesa. Su actitud ha podido ser entendida desde la categorías nietzscheanas del «resentimiento» (H. Laski, 1958, 212) y el mismo Marx llegó a presentarlo como el portavoz de la pequeña burguesía asustada.

Ahora bien, la paradoja de la «libertad forzada» (OC III, 364) no implica necesariamente, como piensan Berlin y Talmon, la supresión de las libertades «empíricas» y su subordinación al «fin de la historia». Simplemente denota una tendencia peligrosa que hay que neutralizar con garantías. Ya Hegel hace referencia en su *Fenomenología del espíritu* al «despotismo de la libertad»; pero también él pensaba en la dictadura jacobina más bien que en la formulación rusioniana concreta.



Pues bien, John Plamenatz (1972) ha demostrado en un estudio pormenorizado la implicación mutua de los conceptos de libertad y voluntad general en Rousseau a partir de los supuestos sobre los que se establece el pacto social: el ginebrino define la voluntad general en términos de igualdad activa de los contratantes, y la igualdad activa implica el ejercicio de los derechos individuales en condiciones que excluyan todo tipo de dependencia y opresión; es decir, bajo las condiciones de la libertad personal. El contrasentido de la libertad forzada parece ser fruto más bien de una expresión paradójica (Hall, 1973) que de una contradicción real.

Plamenatz ha llamado también la atención sobre un punto crucial que suele escapar por completo a los críticos liberales de Rousseau: el planteamiento político del ginebrino se hace enteramente en términos de autoridad legítima, nunca de estrategias de poder (dominación). Por lo mismo, queda excluido de antemano todo abuso estatal que pueda demostrarse. En este sentido, la teoría rusioniana es autocorrectiva. Por lo demás, el mismo Rousseau distingue cuidadosamente tres tipos de libertad: la libertad «natural» o exigencia espontánea de independencia individual, que se transforma con el contrato social en libertad «civil» (limitada por los derechos iguales de los demás), y la libertad «moral», que es la que hace al hombre «dueño de sí mismo» conforme a las reglas del pacto, libremente deliberadas y asumidas, que marcan el rumbo de la voluntad general (OC III, 365). Esta libertad «moral» no suele ser considerada por la crítica liberal-conservadora, pero resulta decisiva para entender correctamente la teoría política de Rousseau: la voluntad general sólo tiene sentido en términos de legitimidad política, no en términos de dominación. Nadie fuerza, pues, a otro a ser libre: es una cuestión de coherencia personal, quedando siempre a salvo la libertad «moral».

Este enfoque legitimista no excluye, desde luego, que puedan surgir conflictos entre los intereses privados y la voluntad general. El mismo Rousseau planteará el problema más adelante (capítulo segundo del libro cuarto), y lo resuelve mediante el criterio democrático de la mayoría de votos en una asamblea de ciudadanos iguales que deliberen libremente, sin mediaciones de grupos ni de asociaciones. Esta solución puede parecer poco realista, pero ciertamente no es totalitaria; ni siquiera puede calificarse de «democracia totalitaria» más que desde su prejuicio liberal. Toda la preocupación de Rousseau es la de garantizar que la asamblea pueda deliberar y decidir libremente cuál es la voluntad general en condiciones tales que, como dice Plamenatz, «el ciudadano tiene todas las garantías que puede razonablemente esperar».

La objeción liberal insiste en que, de todos modos, el contrato social rusioniano exige «la entrega incondicionada de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad» (OC III, 360). También aquí estamos ante otra formulación excesiva, pues el propio Rousseau precisa de inmediato, y repetidas veces, que los límites del poder soberano coinciden con los términos del contrato de tal modo que si se violasen éstos queda rota automáticamente la sociedad política. No estamos, pues, ante el estado-Leviatán,

pues como apunta Plamenatz, «Rousseau define la soberanía de tal modo que los derechos de los individuos quedan incluidos en la definición» (Plamenatz 1963, I, 434)<sup>8</sup>.

La distinción entre la «voluntad de todos» y la «voluntad general» tampoco encierra de por sí una intención totalitaria: se trata de discriminar el auténtico interés público de los intereses particulares asociados hasta englobar, en un caso límite, la totalidad de los ciudadanos reunidos. Desde su legitimismo Rousseau juzga necesario advertir que en tal caso no se trata de una verdadera «voluntad general» aunque incluya la «voluntad de todos» los presentes, pues se habría forjado mediante presiones y engaños; sólo la voluntad forjada en la deliberación libre e igual es «general», por exigencia procedimental. La distinción sólo tiene sentido en el marco de un constructo ideal normativo. Lo decisivo para Rousseau, como indica Merquior, es «diseñar un sistema libre e igualitario de autoridad». Por tanto, el «ataque liberal contra Rousseau es, sustancialmente, infundado» (Merquior 1980, 45).

Otros aspectos de la crítica liberal-conservadora apenas merecerían consideración alguna si no estuviesen tan extendidos. En este capítulo se incluyen las alusiones históricas, ya mencionadas, al Terror jacobino o a ciertas realizaciones totalitarias pretendidamente inspiradas en las tesis rusonianas. Tampoco resulta serio jugar a la psiquiatría fácil de la «personalidad autoritaria» (Crocker, 1968) o del diagnóstico paranoico (Talmon, 1965). Ciertamente, la personalidad y la biografía de Rousseau ofrecen numerosos puntos débiles, que invitan a consideraciones ácidas; pero resulta desleal mezclarlas con los análisis teóricos de su teoría política que, en el peor de los casos, está en la línea de su divisa personal: *vitam impendere vero*.

Resulta obvio, por lo demás que a Rousseau no puede juzgársele por la rejilla de la teoría política liberal: ni el liberalismo tiene la patente democrática, ni Rousseau se presenta como un liberal, al menos en el sentido ortodoxo y radical del término; en la terminología actual su concepción del estado se inscribe en la orientación liberal-social que intenta una reconciliación de las tesis liberales con las de inspiración socialista moderada.

La acusación de organicismo social, suscitada por Vaughan y aireada por Cobban y, posteriormente, por Popper, ha terminado por invertirse de tal modo que Roger Masters (1968, 285-93) caracteriza su teoría como «una concepción mecánica de la vida política». Parece claro que el organicismo de Rousseau se limita a ciertas metáforas «orgánicas», como ha demostrado R. Derathé (1950). Es manifiesto que el ginebrino participa mucho más de la cosmovisión mecanicista, que constituía el trasfondo intelectual de su tiempo. Pero no se trataba tanto de una asunción personal como de concesiones verbales y el uso de algunas fórmulas estereotipadas, pues es

---

<sup>8</sup> Un estudio sobre la interpretación política de la «alienación» a la voluntad general es el de R. A. Leigh, «Liberté et autorité dans le *Contrat social*», en R. A. LEIGH y otros, *Jean-Jacques Rousseau et son oeuvre* (cit. por J. G. Merquior, 1980, 228).



patente el profundo teleologismo de Rousseau, aunque se trate de un teleologismo mucho más racional-normativo que naturalista.

Según Popper, el teleologismo normativo de Rousseau reverbera en Hegel para mostrar su talante prometeico y su espíritu fáustico, oculto bajo su apariencia arcadiana. Esta interpretación es, sin embargo, unánimemente desmentida por los estudiosos de la Ilustración: justamente, Rousseau reacciona más bien frente al prometeísmo de los enciclopedistas y el utilitarismo de los filósofos ilustrados a partir de su «pesimismo histórico y su optimismo antropológico» (Starobinski, 1958) o de su «estoicismo romántico» (Roche, 1974).

Por cierto que últimamente se ha puesto en candelero la interpretación estoica de Rousseau, que ya había avanzado el mismo Diderot al subrayar las dependencias del ginebrino respectivo de Séneca<sup>9</sup>, y que tienen en K. Roche (1974) a su mejor exponente. Este desvelamiento de influencias estoicas arroja una nueva luz sobre el teleologismo natural-racional del ciudadano de Ginebra, pero también sobre la persistente vigencia de la moral de la conciencia respecto de la ética civil, no sólo en la *La nouvelle Héloïse* o *Emile*, sino también en escritos posteriores como *Rousseau juge de Jean-Jacques*, y hasta en su énfasis legitimista en el enfoque y tratamiento de las cuestiones políticas. Incluso el concepto de voluntad general podría estar emparentado, como quiere J. Shklar (1969, 184) con el «koinos logos» estoico o razón moral a la vez inmanente y trascendente.

También Merquior (1980, 46-50) acoge con gran simpatía «la clave estoica», que aplica a tres cuestiones rusionianas; el pesimismo histórico, el concepto de libertad como *asunción autónoma del propio deber*, y la apelación a la propia conciencia como criterio moral definitivo. A mi juicio, el influjo estoico contribuye a esclarecer el sentido del constructivismo rusioniano y a su paso de la ley natural en sentido iusnaturalista a la razón normativa, ya que la naturaleza estoica estaba cargada de teleonomía racional, de modo que la ley natural remitía siempre a una ley «razonada», esto es, a una prescripción racional socialmente construida, como no deja de reconocer Merquior (1980, 49), aunque juzgue erróneamente (desde su adición a la interpretación iusnaturalista de Rousseau) que ello le resultaba inaceptable al ginebrino. Un texto de *Emile* resulta diáfano al respecto: «Sólo la razón nos enseña a conocer el bien y el mal. La conciencia que nos hace amar al uno y odiar al otro, aunque independientemente de la razón, no puede desarrollarse sin ella» (OC IV, 288).

Por eso apenas tiene sentido decir que Rousseau «trató de *politizar la moralidad estoica*» (Merquior, 1980, 50). Porque el *logos* estoico, lejos del ideal teórico de Aristóteles, era ante todo una razón activa, práctica, configura-

9 En su *Essai sur les règnes de Claude et Néron*. Un estudio detallado es el de G. Pire, «De l'influence de Sénèque sur les théories pédagogiques de J. J. Rousseau». ANNALES 33, 1953-55.

dora del cosmos y de la sociedad. Por eso los estoicos del Imperio Romano (Séneca, Marco Aurelio) tratan de conformar activamente un estado justo. Rousseau se muestra simplemente coherente con la tradición estoica cuando trata de influir directamente en la política, aunque sea desde el nivel ideal-normativo del estado, a partir de un constructo elaborado desde principios tan estoicos como los de libertad (como autodeterminación) e igualdad (en cuanto solidaridad), y se centra sobre la legitimidad ética del poder (autoridad), no sobre la dominación legal. Por el contrario, será Kant quien devolverá al plano estrictamente ético los principios cívico-políticos de Rousseau, a la vez que introduce en la política correctivos liberal-conservadores.

Pero tampoco cabe exagerar el estoicismo de Rousseau. Derathé ha demostrado fehacientemente cómo su autodidactismo le condujo a beber en todas las fuentes disponibles. Además, en ciertos aspectos, Rousseau se muestra en perfecta sintonía con sus contemporáneos; un caso claro es su antic cosmopolitismo, en flagrante contraste con la inspiración estoica. Por otra parte, el ginebrino no renuncia a cohesionar la felicidad con la virtud, como señala al comienzo del *Contrat* (OC III, 351).

A la luz de esta inspiración estoica se desacredita todavía más la crítica conservadora de Rousseau promovida en Norteamérica por el iusnaturalismo de Leo Strauss (1950), para quien la ruptura del ginebrino con el derecho natural clásico le condujo a ser el «heredero de Maquiavelo», a diseñar en su teoría de la voluntad general «el prototipo del moderno tirano» (Passerin d'Entrèves) y a ensalzar la libertad a expensas de la razón, como sus secuaces románticos dejaron al descubierto.

Mucho más estimulante parece la reconstrucción defendida por J. Shklar a partir de ciertas ideas de B. Groethuysen y, sobre todo, de B. de Jouvenel. Para Jouvenel, el objetivo de Rousseau al exasperar la tensión dialéctica entre soberanía y gobierno, legitimidad y poder, no era «una esperanzada prescripción para una República futura, sino un análisis clínico del deterioro político»; su «pesimismo político» era demasiado fuerte como para permitirle plantear un modelo estatal alternativo. Tanto más cuanto que sus modelos estaban en el pasado, no en el futuro. Todo el *Contrat* es un lamento lúcido de aquella soberanía y legitimidad perdidas para siempre (Jouvenel, 1947). La verdadera propuesta de Rousseau está en *Emile*: sólo cabe la salvación individual<sup>10</sup>.

La tesis de Jouvenel parece claramente exagerada. Aunque no he dejado de advertir que el constructo rusioniano tiene más corte ideal que propiamente normativo (el mismo subtítulo de «Principios de derecho político» sugiere un sentido prescriptivo débil), me parece incontestable que Rousseau

10 I. Fetscher (1965) ha defendido una tesis similar, aunque apoyándose sobre la desesperanza que revelan, según él, los proyectos políticos del ginebrino sobre Córcega y Polonia.



estaba lejos de ser un mero nostálgico literario. No ha de olvidarse que fundamenta su proyecto de las «*Institutions Politiques*» en la intuición de que «todo depende de la política». Es cierto que en sus escritos autobiográficos y apologéticos tiende a restar intencionalidad política directa a sus escritos, tal vez abrumado por el peso de las consecuencias<sup>11</sup>. No obstante, su misma dedicación a los proyectos concretos de Córcega y Polonia demuestra la seriedad de su intento (aunque ambos proyectos quedasen finalmente frustrados). También aquí el paralelismo con Platón resulta significativo.

Judith Shklar (1969) se apoya para su interpretación en la tesis juveneana y en la reconstrucción psicológico-existencial de Starobinski: lo que a Rousseau le importaba realmente era influir en la opinión pública. Buen discípulo de Maquiavelo en este punto, siempre ambicionó tener la audiencia del clero y de los filósofos enciclopedistas, sus contrincantes ideológicos. Por eso su intención será siempre mucho más doctrinaria que propiamente política. De ahí también su sutil vinculación de los conceptos de autoridad y libertad.

Desde esta perspectiva toma nueva verosimilitud la tesis de Jovenec sobre el *Contrat* como memorandum o prontuario de «política preventiva». La voluntad general induce solamente «un poder regulativo» y su orientación es la de «una fuerza defensiva»; por eso el pueblo soberano, tan enfatizado por Rousseau, «no tiene mucho que hacer con su soberanía». En definitiva, también Shklar piensa que la política del filósofo ginebrino es primordialmente una política negativa, al igual que su programa educativo. Del mismo modo la participación política es más «simbólica» y «ritual» que efectiva.

Pero esta reconstrucción de Rousseau, que lo convierte en una especie de oráculo sapiencial, resulta excesivamente sesgada y tiende a hacer absoluta una tendencia que ciertamente existe en Rousseau, como antes ha quedado escrito. Lo mismo cabe decir de su disyunción dialéctica entre «hombres» y «ciudadanos», que escinde el pensamiento político rusioniano en dos utopías polares, la del hombre privado y felizmente realizado (Julia, Emilio) frente al ciudadano virtuoso, pero reprimido, en el estado justo (Merquior, 1980, 55; 230). Es cierto que, pese a la unidad global de su obra, el pensamiento político de Rousseau encuentra difícilmente el equilibrio entre aquellas dos inflexiones, trabajosamente reconciliadas; pero de ahí a su disyunción dialéctica media un largo trecho que no puede ser justificado. A la postre, la versión de Shklar nos ofrece la imagen ortodoxamente liberal del ginebrino, atento únicamente a defenderse de la presión estatal y de la tiranía de la opinión pública manipulada por clérigos y enciclopedistas. Lo que, ciertamente, resulta chocante y demasiado unilateral.

---

11 En esta línea ha de entenderse la puntualización que hace en *Rousseau juge de Jean-Jacques* de que su modelo normativo «no tiene por objeto más que las pequeñas repúblicas» y excluye los grandes estados, al mismo tiempo que expresa su «respeto profundo por las leyes» y su «aversión a las revoluciones» (OC I, 935). Lo que no excluye su sinceridad al respecto.

## 2. *El legado democrático de Rousseau en la situación actual*

Hace poco que J. G. Merquior (1980, 17) recordaba que a Rousseau se deben contribuciones revolucionarias en cuatro áreas, al menos: pensamiento político, sentimiento religioso, educación y literatura. Su visión literaria fue asumida prontamente por el romanticismo; su teoría educativa fue reinventada un siglo después por la «educación nueva»; su teoría sobre la religión natural fue traducida y asimilada sin mayores problemas; pero su teoría política ha encontrado un muro de incomprensión por parte de la tradición liberal y ha sido instrumentalizada por enfoques diversos y contrapuestos, pese a pertenecer a uno de «los tres máximos filósofos cuyas teorías acompañan a la formación del Estado moderno: Hobbes, Rousseau y Hegel» (N. Bobbio, 1985, 204).

Es cierto que la teoría de Rousseau sobre la legitimidad del poder —tanto en su origen como en su ejercicio— ha sido considerada mayoritariamente (con la excepción de algunas tendencias anarquistas o socialistas) desde un horizonte utópico. Peter Gay (1967, 27-9) refleja bien esta tendencia cuando establece sobre la teoría política de Rousseau la siguiente distinción: en cuanto «instrumento crítico» ha rendido servicios incalculables a los movimientos democráticos; pero como proyecto político constructivo «ha tenido efectos perniciosos sobre las ideas e instituciones libertarias». Su potencial crítico radica en su «gran principio»: el hombre es bueno y es la sociedad quien lo pervierte; pero sólo la sociedad puede perfeccionarlo al constituirse en un estado legítimo; esto es, al organizarse institucionalmente sobre los valores que expresan la dignidad humana: la igualdad, la libertad y la autonomía personal. Sobre estos valores levantó un edificio democrático estricto que puede utilizarse como una excelente «arma crítica» sobre las sociedades políticas existentes, en particular al servicio «de un partido o de un filósofo en la oposición». Pero su vertiente constructiva pone pronto de manifiesto «las implicaciones absolutistas de su filosofía». Y es que la supremacía de la «voluntad general» ha de entenderse como una exigencia moral más que como una realidad que sólo puede alcanzarse mediante «una sociedad igualitaria y una educación natural».

En un primer momento, esta distinción puede parecer clarificadora, pero, en realidad, no puede ocultar una circularidad viciosa. En efecto, si la vertiente crítica del modelo rousoniano de sociedad política tiene efectos saludables, igualmente ha de tenerlos su vertiente constructiva, a no ser que se admita una disyunción completa entre la teoría y la práctica; otra cuestión es que hayan de adoptarse determinadas cautelas en la aplicación del constructo normativo. Pero lo cierto es que si el modelo democrático de Rousseau pone al descubierto la desigualdad y corrupción política de los estados históricos, es inevitable que, al mismo tiempo, señale la ruta positiva para los cambios pertinentes. Entre la teoría y la práctica no cabe más



hiato que el del análisis concreto de las condiciones históricas de su realización. Pero este análisis es tan pertinente para el enfoque crítico como para el enfoque constructivo; de otro modo, tampoco la crítica resulta válida ni eficaz.

Y, sin embargo, el mismo Rousseau parece haber propiciado esta distinción cuando insiste en sus últimos escritos en que toda su intencionalidad política se había reducido siempre al plano de la teoría, sin la menor pretensión de promover reformas concretas, ni menos aún, atizar revueltas populares. La segunda parte del aserto es indudable; el proyecto de sus «Institutions politiques» nunca incluyó el examen de las condiciones concretas de su realización. Se sitúa más bien en la óptica de lo que ha de hacerse al día siguiente de la revolución, que también puede ser pacífica. Pero Rousseau se engañaba —sin duda a causa de la persecución política de la que era objeto— sobre el alcance meramente teórico de su modelo político. Así lo demuestran inequívocamente sus proyectos políticos para Córcega y Polonia: el ginebrino no sólo trabajó arduamente en ellos, sino que en ambos casos, lejos de limitarse a efectuar una trasposición directa del modelo, realizó sendas adaptaciones del mismo en pos de su viabilidad, hasta bordear —sobre todo en el caso polaco— los límites de la autenticidad; tanto esfuerzo no es coherente con una mera actitud teórica.

Por lo demás, es hartamente improbable que el modelo rousoniano sea un arma crítica especialmente útil para la oposición política; el mismo ginebrino expresó su aborrecimiento por las reformas parciales, tanto educativas como políticas. Lo que propiciaba no era una reforma constitucional sino una nueva constitución, con el menor compromiso posible con las situaciones dadas; por ende, la oposición que se inspirase en su modelo político habría de ser tan radical como ineficaz. Por otra parte, Rousseau cifraba su objetivo no tanto en promover la revolución como en el nuevo orden que habría que instituir.

Una cosa me parece indudable: Rousseau creía en la viabilidad de su modelo en ciertas condiciones histórico-sociales como las que ofrecían las pequeñas repúblicas (como las helvéticas), o las de nueva creación (caso de Córcega en su proyecto) o bien en los grandes estados modernos cuyos ciudadanos hubiesen conservado suficientemente el amor a la libertad (caso de Polonia, a su juicio). Y la razón era ésta: dado que su constructo estaba inspirado en lo esencial en las repúblicas de la antigüedad (Esparta, Roma), ello implicaba la viabilidad del mismo, puesto que ya había sido realizado previamente. Ahora bien, esta misma inspiración clásica lastraba pesadamente su concepción de las condiciones histórico-sociales de su viabilidad moderna, que resultaba sencillamente anacrónica.

En efecto, Rousseau no puede eludir completamente la acusación de edificar el futuro mirando al pasado. Ahora bien, lo importante no es tanto su realismo político cuanto si sus «principios de derecho político» (subtítulo del *Contrat*, no se olvide) admiten una traducción relativamente sencilla

a las instituciones y procedimientos democráticos en el actual estado de desarrollo de las sociedades occidentales. Porque nos consta que Rousseau no fue rechazado u obstruido en la Asamblea Constituyente francesa por su arcaísmo, sino por su legitimismo.

Aquí se presenta pues, una de las paradojas más agudas del pensamiento político del ciudadano de Ginebra: Rousseau compartía con sus coetáneos «el mito de la Antigüedad» (D. Leduc-Fayette, 1974) y su admiración por los modelos políticos de Esparta y la República Romana es tan profunda que no puede cuestionarse su influencia efectiva (E. Weil, 1952). Lo mismo cabe decir de Montesquieu respecto de Roma, pero éste poseía un agudo sentido histórico, cuya carencia en Rousseau es manifiesta. Esta carencia notable de sentido histórico es la responsable de su arcaísmo político, arcaísmo que reside no tanto en la inspiración de sus modelos clásicos, reconstruidos idealmente «según el corazón» (OC I, 427), como en su pretensión de reconducir la historia a su pasado; esto es, en negar y hasta invertir el signo de los avances económicos y organizativos de los grandes estados modernos. Pero este arcaísmo no alcanza a invalidar su pensamiento político. Su mismo proyecto para Polonia, pese a sus insuficiencias, muestra que es capaz de superar la radicalidad de las fórmulas («principios» de derecho político) y salvaguardar el espíritu de su modelo democrático puro. Si esto es así, es tarea del pensamiento político contemporáneo el subsanar sus carencias históricas, económicas y sociales, haciendo posible la paradoja de que el Rousseau político tenga un pasado brumoso, pero un brillante futuro.

Esta es, pues, la cuestión: ¿tiene vigencia actual el modelo democrático avanzado que defiende el ginebrino, al menos en sus líneas maestras, una vez efectuadas las necesarias trasposiciones conceptuales e institucionales que lo adapten a nuestras sociedades modernas? La respuesta es positiva, a mi entender. Es más, aquí culmina la paradoja de Rousseau antes aludida: su modelo democrático «duro» era claramente inviable en su tiempo; la Revolución Francesa así lo demostró poco después. Era imposible, en efecto, pasar del absolutismo a la democracia directa sin recaer en nuevas formas de totalitarismo. El modelo representativo (democracia «blanda») defendido por Montesquieu, Condorcet, Siéyes, etc., se adaptaba mucho mejor a una época de transición. Pero el momento actual es muy diferente: los sistemas democráticos están firmemente enraizados en Occidente y el desarrollo económico, político, cultural y tecnológico, en la era de la electrónica, sitúa a los ciudadanos de las democracias occidentales ante un dramático dilema: *participación o control estatal*; esto es, o participan activamente en el proceso de decisión política o caen cada vez más bajo el control de la máquina estatal, dotada de medios tan poderosos como sofisticados. Tanto más cuanto que, a la vez, esa misma tecnología puede potenciar la participación política directa (medios de comunicación de masas, técnicas informáticas



que facilitan los referendos, metodología científica para las encuestas de opinión, etc.).

La coyuntura histórica es igualmente favorable. El modelo intervencionista del «Welfare State» se ha agotado rápidamente tras la crisis económica de los años setenta, que ha dejado al descubierto, entre otras cosas, una gestión pública tan ineficaz como dilapidadora, privando al estado de la legitimación de sus propósitos sociales. Ello ha facilitado el resurgir de los neoliberalismos. Pero no basta el relanzamiento de la iniciativa privada; se hace precisa la asunción por parte de los ciudadanos de sus responsabilidades políticas personales mediante el cauce de un modelo democrático «fuerte».

La demanda de este nuevo modelo democrático se hace ya perceptible en la crisis actual del modelo representativo. Los pensadores más lúcidos y conscientes claman por su reforma en profundidad, ya que no es posible seguir confiando la decisión pública a las oligarquías de unos partidos políticos que burlan descaradamente la democracia interna de los mismos, ni a una clase política que hace de la conquista y el mantenimiento del poder un fin en sí mismo, ya que viven de y para la política; una élite de poder cuyo cinismo la hace cada vez más uniforme en sus usos y abusos, siendo la ideología de partido cada vez más irrelevante.

Con ello, la teoría de la representación política y los sistemas de control parlamentario se han convertido en un fraude del modelo democrático en que se inspiran, siendo en la realidad los secuestradores de la democracia. Como ha escrito recientemente B. Barber (1984), cuando la clase política advierte contra los peligros de una excesiva participación ciudadana para las instituciones liberales parece olvidar que son los excesos de la democracia representativa los que destruyen la fe en la democracia. La crisis no es efecto de un exceso de democracia, sino de sus lamentables limitaciones. Ni la alternativa al acecho es el totalitarismo, sino un auténtico sistema democrático, con las menores mediaciones posibles.

Puede añadirse que es el fracaso del sistema parlamentario el que ha propiciado el auge actual de los presidencialismos que nos sitúan «en las fronteras de las dictaduras democráticas» (N. López Calera), tanto más peligrosas cuanto que el aparato gubernamental cuenta cada vez con mayores y más sofisticados medios de control.

Por eso el gran dilema actual para los ciudadanos libres y conscientes es, como dice R. A. Dahl, aunque con diferente sentido, el de «autonomía o control» (Dahl, 1982). Es decir, sólo un modelo de democracia avanzada puede devolverle al ciudadano su autonomía; pero si no conquista su autonomía, caerá cada vez más bajo el peso de la máquina gubernamental. Para ello se hace preciso todo un cambio de mentalidad sobre la base de la responsabilidad personal y la solidaridad social. Pero lo cierto es que únicamente los ciudadanos de las modernas democracias occidentales se aproximan a los supuestos mínimos de libertad, igualdad y autonomía que harán

posible el despegue de una democracia «dura», en la línea del modelo ruso-niano, tras la ardua lucha por un reconocimiento efectivo de los derechos humanos. A la vez, sólo un sistema democrático avanzado será capaz de desenmascarar la falacia sobre la que los poderosos ejecutivos actuales levantan su hegemonía: la complejidad de los problemas políticos actuales exige soluciones técnicas, que escapan a la competencia de la opinión pública. Porque lo cierto es que los objetivos políticos exigen opciones o decisiones públicas, reservándose a los técnicos o especialistas únicamente la decisión sobre los medios.

La situación de la política contemporánea demuestra que el ingenioso sistema de pesos y contrapesos entre los tres poderes diseñado por Montesquieu ha perdido definitivamente su equilibrio en beneficio del ejecutivo. Esta hegemonía creciente del aparato gubernamental conlleva el ocaso del parlamentarismo y la crisis profunda del mismo sistema de representación política sobre el que se sustentaba el mutuo control de los poderes. La evolución del sistema estadounidense, apoyado sobre la más antigua de las Constituciones vigentes (1787), orientada hacia la hegemonía del legislativo, resulta bien expresiva: las diferentes enmiendas han reflejado el predominio sucesivo del poder judicial y del poder ejecutivo, hasta convertirse en el paradigma del sistema presidencialista.

Dos factores, no siempre puestos de relieve, han propiciado esta hegemonía creciente de los ejecutivos: los largos periodos de las guerras mundiales y sus consiguientes poderes excepcionales, y la adopción casi generalizada en Occidente del «Welfare State». A ellos hay que añadir la ineficacia y el partidismo característicos de los Parlamentos, que viciaban de raíz su control leal del gobierno y aconsejaron la introducción de mecanismos correctores que facilitasen una estabilidad razonable del ejecutivo. Otro factor también importante ha sido la cuasigeneralización del sistema de elección de los presidentes de la república por sufragio popular, lo que implica el debilitamiento (o supresión) de las votaciones de investidura, y el consiguiente desplazamiento de la legitimación del poder a la esfera popular. Por lo demás, los gobiernos han jugado hábilmente estas bazas en beneficio propio, incrementando paulatinamente sus poderes específicos (legislación delegada, etc.), a la vez que «reforzaban sus zonas de independencia con respecto al legislativo y al judicial» (M. Ramírez, 1978, 8) y acentuaban su peligrosa tendencia a invocar la razón de estado (o el secreto de estado) y a no responder más que ante la historia de sus decisiones.

El efecto directo de esta situación es el desencanto casi generalizado respecto de un modelo democrático «light», solamente formal, aun reconociendo que sea el menos malo de los sistemas políticos vigentes. El ciudadano occidental, sobre cuyas firmes convicciones democráticas no cabe dudar, se siente perplejo ante un trilema de difícil solución: 1.º aceptar los perfiles autocráticos de las actuales democracias presidencialistas, confiando en que la hegemonía del ejecutivo le garantice, al menos, el orden y la eficacia socio-



económica; 2.º propiciar el reforzamiento del parlamentarismo, que le garantice un control más eficaz del ejecutivo y una autonomía real en el desarrollo legislativo; 3.º propiciar más bien un reforzamiento de la participación ciudadana en las decisiones políticas, con el consiguiente control popular de los poderes públicos mediante un modelo democrático avanzado que les garantice el protagonismo o, al menos, la autonomía en las grandes decisiones políticas y legislativas.

La primera alternativa es la alentada por todas las tendencias del realismo político, pero resulta inaceptable para los ciudadanos con convicciones auténticamente democráticas (libertad, igualdad, autonomía). La segunda refleja la típica opción burgués-liberal, pero que también ha sido adoptada en la práctica por las corrientes socialdemócratas y socialistas: una clase política especializada «libera» a los ciudadanos del mayor peso de sus responsabilidades políticas, permitiéndoles dedicar todo su tiempo al trabajo profesional, a los negocios, y a todas las iniciativas privadas; es decir, la opción por una democracia «light», mínima, formal, representativa. La tercera, en cambio, significa una opción por el ejercicio pleno por parte de los ciudadanos de sus responsabilidades públicas en cuanto lo permiten las condiciones histórico-sociales. Por primera vez en la historia moderna de Occidente los ciudadanos han alcanzado mediante su promoción económica y cultural, potenciada por el pluralismo de los medios de comunicación de masas (prensa, radio, televisión, etc.), las condiciones mínimas que posibilitan una asunción responsable de sus derechos políticos. Su adopción o no parece, ante todo, una cuestión de conciencia cívico-política.

Ello implicará, desde luego, que los vehículos de la representación pasen a un segundo término, ocupándose más bien de las cuestiones técnicas o especializadas. Por igual motivo, el sistema de partidos políticos ha de ser profundamente revisado. En definitiva, el protagonismo de las grandes decisiones públicas le será devuelto a su legítimo dueño: el pueblo soberano. La opinión pública (detectable con suficiente fiabilidad por la metodología sociológica) y, sobre todo, el sufragio directo sobre listas abiertas, y su opción ante las grandes cuestiones públicas sometidas periódicamente a referéndum (facilitados hoy extraordinariamente por la informática), son los instrumentos idóneos de una mayoría de edad política plenamente asumida, que será ilustrada convenientemente mediante debates plurales sostenidos en los medios de comunicación (debates en modo alguno monopolizados por los partidos políticos, como ocurre actualmente).

Las flagrantes contradicciones entre la teoría y la práctica política de que adolece la democracia representativa, exasperadas más que corregidas por la mediación de los partidos y la tendencia creciente a convertir la democracia en «marketing» electoral por un lado, y mera negociación de los intereses corporativos por el otro, han provocado en las dos últimas décadas las duras críticas de algunos teóricos independientes y, sobre todo, frecuentes episodios de contestación popular, especialmente juvenil, que ha propiciado, a su vez, la formación de numerosas, aunque todavía reduci-

das, agrupaciones cívicas y políticas radicalizadas, que han conseguido sensibilizar la opinión pública contra los abusos de un realismo político tan crudo como corto de miras, y en pos de exigir una legitimación del poder mediante nuevos y más amplios cauces de participación e iniciativa popular en los asuntos públicos. Esto es, mediante formas de democracia directa o semi-directa que posibiliten una paulatina devolución al pueblo de su soberanía a través de un control no mediatizado de los poderes, reservando a la clase política más bien los aspectos técnicos y funcionales.

Como era previsible, el poder se ha mostrado casi impermeable a tales demandas (con la complicidad de la clase política), con algunas concesiones mínimas (aunque importantes) en forma de referéndum y de ciertas iniciativas populares asumidas. Esta falta de «resonancia institucional» (Offe) era previsible, pues ninguna oligarquía cede el poder gratuitamente. Sin embargo, cada día gana más adeptos la exigencia de una renovación profunda o, mejor, de una «reinención» de la democracia (Birnbbaum y otros, 1977), que la proteja de la partitocracia a la vez temida y denunciada por Kelsen (1977). Y en esta línea es donde las directrices del modelo normativo diseñado por Rousseau pueden rendir importantes contribuciones, a poco que el espíritu de democracia avanzada que anima a su constructo se libere de los condicionamientos históricos y de la estrechez de las fórmulas; es decir, a condición de que el modelo rusioniano sea traducido en sus formulaciones a la situación contemporánea de las actuales democracias occidentales, pluralistas y tecnificadas.

Hoy, probablemente, puede afirmarse que el modelo representativo se ha tornado anacrónico pues, como he apuntado antes, se dan ya, inicialmente al menos, las condiciones socioculturales, económicas y técnicas que hacen posible la aplicación de procedimientos democráticos directos, combinados con una delegación de los aspectos especializados y funcionales a una clase política más profesionalizada, y despojada por el mismo control democrático de sus veleidades ilustradas u oligárquicas. Nunca como ahora las modernas democracias occidentales están preparadas para asumir el ideal rusioniano de la autonomía personal, que sitúa en el ejercicio (y no sólo la salvaguarda) de la libertad y de la igualdad de todos los ciudadanos el objetivo primordial de la sociedad política, subordinando a esta promoción de la dignidad humana los planteamientos de la eficacia o del bienestar. Iniciativa popular y participación política son sus notas características, por encima de los aspectos formal-representativos.

La comunidad política de inspiración rusioniana exige la asunción por todos los ciudadanos de sus responsabilidades para participar directamente, con el menor grado posible de mediaciones, en las grandes decisiones políticas que a todos atañen. Pese al lastre indudable que suponen dos siglos de educación en la democracia representativa, las encuestas sociológicas registran un notable incremento en las expectativas de participación política (Horton-Smith y otros, 1980; Barnes y otros, 1979; Linz y otros, 1981; López



Pintor, 1981; Stoetzel, 1983), si exceptuamos la clase política, que sigue afeerrada a su actitud despótico-ilustrada y se muestra opaca a toda solicitud de cambio en el sistema. El elevado nivel de conciencia política, incentivado para unos y reprimido para otros por la crisis económica, propiciado en buena medida por la acción combinada de los medios de comunicación social (radio y prensa, en especial), junto a las inmensas posibilidades que abren las nuevas tecnologías, hacen posible por primera vez en la historia, la asunción cada vez más plena y directa por parte de los ciudadanos de los grandes estados de sus responsabilidades políticas. Una vez, pues, consolidadas las condiciones históricas, económicas, culturales y técnicas que la hacen posible, sólo resta la voluntad política necesaria para hacer realidad la utopía de la democracia avanzada.

Obviamente, se hace preciso un examen cuidadoso de los requisitos y de las condiciones previas que exige un modelo democrático «puro». MacPherson ha insistido en estos aspectos en su conocido estudio sobre las etapas y modos de la democracia liberal (MacPherson, 1977). Según él actualmente estamos abocados a la democracia participativa. La primera cuestión a resolver es, en efecto, si es posible ya una mayor participación política. Los medios de comunicación y la electrónica ofrecen posibilidades inmensas e inéditas hasta ahora, pero «alguien debe formular las preguntas». Por eso el gran problema de la democracia sigue siendo el de «cómo hacer que los políticos elegidos sean responsables». Porque aun cuando cada ciudadano dispusiera de un mando en su televisor para expresar su opción ante cualquier problema sometido a votación, queda sin resolver la cuestión previa y esencial de quién y cómo selecciona y decide que tales problemas se sometan a elección.

Por ende, la cuestión de la democracia participativa consiste, pues, según MacPherson, no tanto en cómo puede funcionar, sino más bien en «cómo llegar a ella». Es decir, un sistema democrático participativo exige ya la transformación social que el mismo sistema pretende propiciar. Dos requisitos le parecen especialmente necesarios: 1.º el aumento de la conciencia política, que impulse a los individuos a superar su condición de consumidores para asumir el ejercicio de sus derechos políticos; y 2.º una gran reducción de la desigualdad socioeconómica actual, que imposibilita la igualdad real de oportunidades que supone la democracia. Y, sin embargo, la participación democrática es la única vía capaz de obtener a medio y a largo plazo ambos requisitos, por lo que estaríamos en un «círculo vicioso».

En realidad, se trata de un círculo vicioso sólo en apariencia, ya que no se precisa la realización plena de ambos requisitos, sino solamente ciertas condiciones mínimas de conciencia política y de igualdad de oportunidades que hagan posible una participación política real, la cual, a su vez, favorecerá el aumento de responsabilidad y de igualdad, y así sucesivamente. Se trata, pues, de desencadenar un proceso; o, más bien, de reforzar un proceso que ya se inició en los años sesenta y que desde entonces no ha dejado de potenciarse, aunque bajo formas y objetivos diferentes. Algunos

indicadores así lo demuestran: creciente valoración de la calidad de vida frente a las meras consideraciones de consumo cuantitativo; creciente y eficaz movilización ciudadana frente a los abusos industriales y urbanísticos; demanda sostenida de una mayor participación en la toma de decisiones y el control de los presupuestos (en especial a nivel de fábrica y de barrio); y, por último, una desconfianza cada vez mayor (sobre todo, a causa de la actual crisis económica) en las estrategias económicas de mercado. En definitiva, tales indicadores muestran que los ciudadanos han tomado conciencia de «los costos del crecimiento económico», de «los costos de la apatía política» y de las limitaciones de un modelo capitalista que ni controla el paro ni la inflación, lo que conlleva para los ciudadanos una inseguridad doble: sus ingresos no están garantizados ni en su efectividad (paro) ni en su alcance (inflación).

Por su parte MacPherson señala de modo sumario dos modelos de participación política hacia el futuro: el primero consiste en un «sistema piramidal», con la «democracia directa en la base y la democracia delegada en todos los niveles por encima de ella» (democracia directa en cuestiones laborales y locales, y elección de delegados con instrucciones y responsabilidad ante los electores); el segundo concede un mayor protagonismo a los partidos políticos y consiste en una combinación de sistema piramidal y sistema de partidos. Parece que este segundo modelo es más realista, dada la actual implantación del sistema de partidos y de su probada eficacia para difuminar los enfrentamientos de clase. Pero habría que encontrar algún procedimiento para evitar el trasvase de los líderes de los partidos al ejecutivo, pues se ha constatado una y otra vez la incapacidad que las bases tienen para controlar a sus líderes cuando éstos se sitúan en el gobierno (MacPherson, 1977, cap. V).

Otros autores han presentado programas de democracia participativa, de signo liberal-social, en ocasiones inspirados de modo expreso en el legado democrático rusioniano (B. Barber, 1984, 200; Ph. Green, 266). En esta misma orientación cabe destacar la profundización teórica de C. Pateman (1970; 1979). En el caso de Barber nos hallamos ante un programa extenso y pormenorizado. Comienza por aclarar «las condiciones de la política» en cuanto actividad pública para encontrar la solución «razonable» de los conflictos planteados. Para ello propone un modelo de democracia avanzada (*strong democracy*) que define así: «La política de modalidad participativa en la que el conflicto se resuelve en ausencia de una fundamentación independiente a través de un proceso participativo procedimental, de una autolegislación aproximativa, y de la creación de una comunidad política capaz de transformar a los individuos dependientes y privados en ciudadanos libres, y los intereses parciales y privados en bienes públicos» (ib. 132)

Barber plantea el proceso político como un proceso empírico-discursivo en tres fases: a) diálogo político, con vistas a crear las condiciones para la argumentación intersubjetiva; b) procedimientos de decisión sobre las pro-



puestas públicas; y c) realización de las mismas a través de la acción institucional y ciudadana. En cada una de las fases señala Barber las instituciones políticas existentes, así como otras nuevas que propone en plan experimental, para cada una de las fases. Baste una simple enumeración de las principales: a) asamblea de vecinos, asambleas de televisión ciudadana, programas de educación cívica postal y por videotexto, etc.; b) procesos de iniciativa nacional y de referéndum, votación electrónica, sector público voluntario (a nivel local), sistema de concesionarios, etc.; y c) servicio universal ciudadano (y no sólo servicio militar), promoción pública de programas locales, democracia en el puesto de trabajo y nueva arquitectura del espacio cívico y público (ib. 267-307).

Se trata de un trabajo de prospección institucional de valor desigual y que refleja más bien el contexto anglosajón. Pero su mérito radica en que toma en serio la nueva sensibilidad política y las nuevas posibilidades tecnológicas con vistas a la participación política. Muestra igualmente cómo la democracia avanzada no es sólo una utopía, puesto que muchos de sus procedimientos existen ya, sobre todo a nivel local; sólo es preciso su extensión paulatina al ámbito estatal.

Aquí topamos con el verdadero problema actual: la falta de voluntad política de los líderes y de los partidos para poner en marcha los procedimientos democráticos participativos. Su actitud ante el referéndum resulta sintomática. Ciertamente, la frecuente apelación al referéndum (que no al plebiscito) para decidir las grandes cuestiones políticas resta protagonismo a la clase política y a la dinámica entre partidos y coaliciones; pero, con ello, opera simplemente una reducción de los mismos a sus justos límites, con lo que favorece, además, su democratización interna. Por lo demás, resulta obvio que la democracia participativa no se agota con la actividad referendaria; es más, el referéndum no tiene pleno sentido más que cuando se inscribe en la dinámica de una opinión pública pluralista y activa, con medios de comunicación autónomos y poderosos. El ejemplo suizo, con ciertas correcciones y algunos complementos, demuestra su viabilidad.

El desencanto general y la creciente abstención electoral son responsabilidad del actual sistema partitocrático de mercado. De ahí la reactivación durante los últimos años de los movimientos sociales bajo la forma de huelgas generales, manifestaciones vecinales, juveniles y feministas, la consolidación de los grupos ecologistas y pacifistas. Se trata, ante todo y sobre todo, de intentos por rebasar las barreras que obstaculizan la participación política, dado que los partidos se muestran sordos, en su inmensa mayoría, a las reivindicaciones ciudadanas, lo que claramente los deslegitima sin más.

Con independencia de ciertas reivindicaciones desorbitadas o radicales, lo decisivo es la eclosión de una nueva sensibilidad política en un grupo creciente de personas que no están dispuestas a conformarse con menos que su autonomía; esto es, con la recuperación del ejercicio más directo posible de sus derechos políticos, al menos en las grandes decisiones públicas. Es

la respuesta espontánea ante la brutal hegemonía actual de los ejecutivos, el desmesurado avance de la burocracia estatal y de los cuerpos administrativos en la sociedad civil, el auge de las tendencias autocráticas en las cúpulas de los partidos políticos, etc. Es, en definitiva, la viva conciencia de la divisa «autonomía o control» en el sentido antes indicado: o se asume el ejercicio directo de los derechos políticos (autonomía) o se cae más y más en la autocracia «democrática», tanto más peligrosa cuanto más alienante resulta, dados sus poderosos medios de autolegitimación.

La oligarquía dominante, mediante la actual clase política, puede retrasar, no obstante, notablemente la llegada de la democracia avanzada o participativa, ya que ésta pone en peligro su propia existencia. La espectacular caída de las «democracias populares» que hemos presenciado recientemente, y que parecía inimaginable hasta su misma realización, puede interpretarse como un signo alentador con vistas a la reconversión de la democracia formal y de mercado en auténtica democracia en los países occidentales. Pero, probablemente, sólo el peligro real de una recaída en el totalitarismo, propiciada por el creciente abstencionismo electoral, por un lado; y, por otro, la progresiva extensión y radicalización de la protesta popular, harán resurgir las potencialidades democráticas latentes en el sistema liberal. En este sentido, es posible que la extensión del voto electoral en blanco sea la expresión más correcta de la protesta ciudadana ante un sistema político que fuerza a los electores a elegir, entre unas listas cerradas y bloqueadas que le resultan totalmente extrañas, siguiendo únicamente la lógica del mal menor. Y, probablemente, será también la más eficaz: el día en que el voto en blanco alcanzara el 15 % de los electores (15 % de electores que protestan ¡no puedo ejercer mi derecho al voto en estas condiciones!), ese mismo día se hará evidente a la misma clase política que su sistema resulta ya insostenible; solamente entonces, quizá, estará dispuesta a dar una oportunidad a la democracia participativa.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- BARBER, B., *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*. Univ. of California P., 1984.
- BARKER, E., *Principles of Social and Political Theory*, Oxford, 1951.
- BARNES, H. y otros, *Political Action*. Beverly-Hills & London, 1979.
- BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, Oxford Univ. P., 1969.
- BIRNBAUM, P. y otros, *Réinventer le Parlement*. París, 1977.
- BLUHM, W. T., «Freedom in the Social Contract: Rousseau's 'Legitimate Chains'». *Polity*, 1984.
- *¿Fuerza o libertad? La paradoja del pensamiento político moderno*. Barcelona, Península, 1985.
- BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*. Barcelona, Plaza & Janés, 1985.



- CASSIRER, E., «Das Problem Jean-Jacques Rousseau». *Archiv für Geschichte der Philosophie*, XLI, 1932, 177-213 y 479-515; v. ingl. *The Question of J.-J. Rousseau*, New York, Columbia Univ. P., 1954 (2.<sup>a</sup>, 1967).
- *Rousseau, Kant, Goethe. Two Essays*. Princeton Univ. P., 1945.
- COBBAN, A., *Rousseau and the Modern State*. Londres, Allen & Unwin, 1964 (original: 1934).
- CROCKER, L. G., *Rousseau's Social Contract: An interpretative Essay*. Cleveland, Case Western Reserve Univ. P., 1968.
- DAHL, R. A., *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy versus Control*. New Haven, Conn., Yale Univ. P., 1982.
- DERATHÉ, R., *Le rationalisme de J. J. Rousseau*, París, P.U.F., 1948 (reimpr. 1979).
- *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*. París, Vrin, 1950 (reimpr. 1970).
- FETSCHER, I., «Rousseau, auteur d'intention conservatrice et d'action révolutionnaire», in *Rousseau et la philosophie politique*. París, P.U.F., 1964.
- GAY, P., «Introduction», in CASSIRER, E., *The Question of J.-J. Rousseau*, ed. cit, 3-32 (1954).
- *The Enlightenment: An Introduction*. Londres, Weidenfeld/Nicholson, 1970, 2 vols.
- GILDIN, H., *Rousseau's Social Contract. The Design of the Argument*. The Univ. of Chicago P., 1983.
- GREEN, PH., *Retrieving Democracy. In Search of Civil Equality*. Londres, Methuen, 1985.
- GROETHUYSEN, B., *Jean-Jacques Rousseau*, París, 1949.
- GUEHENNO, J., *Jean-Jacques*. París, P.U.F., 3 vols., 1948-1952.
- HALL, J. C., *Rousseau: An Introduction to his Political Philosophy*. Londres, McMillan, 1973.
- HENDEL, C. W., *Jean-Jacques Rousseau Moraliste*. Londres, Cambridge U.P., 1934, 2 vols.
- HORTON-SMITH, D. y otros, *Participation in Social and Political Activities*. San Francisco-Londres, 1980.
- JOUVENEL, B. de, «Essai sur la politique de Rousseau», in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*. Ginebra, Cheval Ailé, 1947.
- KELLY, G. A., *Idealism, Politics, and history. Sources of Hegelian Thought*. Londres, Cambridge Univ. P., 1969.
- KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*. México, Nacional, 1974.
- KRYGER, E., *La notion de liberté chez Rousseau et ses repercussions sur Kant*. París, Lib. A. G. Nizet, 1979.
- LANSON, G., «L'unité de la pensée de J.-J. Rousseau». *Annales de la Société J.-J. Rousseau*, t. 8., 1912.
- LEDUC-LAFAYETTE, D., *J.-J. Rousseau et le mythe de l'Antiquité*. París, Vrin, 1974.
- LEVINE, A., *The Politics of Autonomy: a Kantian Reading of Rousseau's Social Contract*. Amherst, Univ. of Massachusetts P., 1976.
- *The Ent of the State*. Londres, Verso, 1987.
- LÓPEZ PINTOR, R., *Las bases sociales de la democracia en España*. Madrid, 1981.
- MACPHERSON, C. B., *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford Univ. P., 1977; v. esp. *La democracia liberal y su época*. Madrid, Alianza, 1981.
- MAREJKO, J., *Jean-Jacques Rousseau et la dérive totalitaire*. Lausana, L'âge de l'homme, 1984.
- MACIVER R. M., *The Modern State*. Oxford, 1926.
- MASTERS, R. D., *The Political Philosophy of Rousseau*. Princeton Univ. P., 1968.
- MERQUIOR, J. G., *Rousseau and Weber. Two studies in the theory of legitimacy*. Londres, Routledge & K.P., 1980.

- MUGUERZA, J., «Rousseau, Kant, Marx: teoría del contrato social y mito de la comunidad (fragmento)», in *Homenaje a J. A. Maravall*. Madrid, C.I.S., 1986.
- PATEMAN, C., *Participation and democratic theory*. Cambridge Univ. p., 1970.
- *The Problem of political obligation: a critique of liberal theory* (1979). 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Polity P., 1985.
- PLAMENATZ, J., «On le forcera d'être libre», in M. CRANSTON & R. S. PETERS, eds., *Hobbes & Rousseau*. New York, Doubleday, 1972.
- *Man and Society. Politican and Social Theory*. New York, McGraw-Hill, 1963, 2 vols.
- POPPER, K., *The Open Society and Its Enemies*. Londres, Routledge & K. P., 1966 (original de 1945); v. esp. Buenos Aires, Paidós, 1967; Madrid, Alianza, 1982.
- RAMIREZ, M., ed., *El desarrollo de la Constitución española de 1978*. Zaragoza, 1982.
- RILEY, P., *Will and Political Legitimacy. A critical exposition of Social Contract Theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant and Hegel*. Harvard Univ. P., 1982.
- ROCHE, K. F., *Rousseau: Stoic and Romantic*. Londres, Methuen, 1974.
- ROUSSEAU, J.-J., *Oeuvres Complètes*. B. Gagnebin & M. Raymond, dirs, Bibliothèque de la Pléiade. París. Gallimard, 4 vols. 1959-1969.
- RUBIO CARRACEDO, J.; «Democracia y legitimación del poder en Rousseau». *Rev. de Estudios Políticos*, n.º 58, oct-dic 1987, 215-242.
- «El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant», in E. Guisán, comp., *Esplendor y miseria de la ética kantiana*. Barcelona, Antrophos, 1988, 29-74.
- «Rousseau en Kant» in J. Muguerza & R. R. Aramayo, eds., *Kant después de Kant*. Madrid, Tecnos, 1988, 349-368.
- SHKLAR, J., *Men and Citizen. A Study of Rousseau's Social Theory*. Cambridge Univ. P., 1969.
- STAROBINSKI, J., *Jean-Jacques Rousseau. La transparencia y el obstáculo*. Madrid, Taurus, 1983.
- STOETZEL, J., *¿Qué pensamos los europeos?* Madrid, 1983.
- STRAUSS, L., *Natural Right and History*. Univ. of Chicago P., 1974 (1950).
- TALMON, J. B., *The Rise of totalitarian Democracy*. New York. 1965 (original: *The Origins of totalitarian Democracy*. Londres, Secker & Warburg, 1952); v. esp. *Los orígenes de la demacracia totalitaria*. México, 1956.
- VAUGHAN, C. E., *The political writings of J. J. Rousseau*. Cambridge Univ. P., 1915, 2 vols.
- WEIL, E., «J. J. Rousseau et sa politique». *Critique*, n.º 56, 1952.
- WRIGHT, E. H., *The Meaning of Rousseau*, Londres, Oxford Univ. P., 1929.



## Implicaciones ético-políticas de los planteamientos contractualistas modernos

Por URBANO FERRER SANTOS

Murcia

Uno de los lugares comunes en la filosofía política moderna y contemporánea a partir de Hobbes es la noción de contrato social, a través de la cual se opera el paso de un estado conforme a la naturaleza, hipotéticamente fingido, a aquel estado civil asentado sobre una autoridad legislativa aceptada por todos. No es menos cierto, sin embargo, que son notables las diferencias de unos a otros autores en el modo de entender semejante tránsito, así como por lo que hace a los caracteres distintivos de uno y otro estado. Trataremos en lo que sigue de bosquejar los rasgos comunes y diferenciales entre los autores más representativos preconizadores de la teoría del contrato, encarando asimismo las dificultades que en cada caso presenta y la medida en que sus últimas versiones se han hecho cargo de ellas. El ángulo bajo el cual lo abordaremos va a ser filosófico-moral, a saber, el relativo a la derivación del *deber ser* implícito en la ley a partir de lo que *naturalmente se es*, cuestión paralela a la que planteara Hume a propósito del hiato lógico-lingüístico entre el «is» y el «ought» en los enunciados.

### 1. PRIMERAS FORMULACIONES CONTRACTUALISTAS

Para Locke libertad e igualdad o reciprocidad (por este orden) son características adjudicadas al hombre por naturaleza. No sólo goza de la potestad de proveer en orden al mantenimiento de su vida, salud y posesión estable de la tierra, sino que ha de reconocer en los demás igual prerrogativa, siendo natural, por tanto, el derecho a exigir reparación cuando se sufre agravio por parte de los otros hombres en aquellos bienes. Precisamente por ser los mismos en todos los hombres los derechos naturales, nadie está facultado para colocar a otro bajo su voluntad arbitrariamente; la falta de respeto a la igualdad natural en las libertades es lo distintivo del estado de guerra.

De aquí desprende Locke que sólo el consentimiento mayoritario entre los iguales legitima y hace efectiva la deposición de la libertad inicial en

una autoridad política. «De modo, pues, que todas las sociedades políticas arrancaron de una unión voluntaria y del mutuo acuerdo entre hombres, que actuaban libremente en la elección de sus gobernantes y de sus formas de gobierno»<sup>1</sup>. Es un modo de formular el principio de que el acto de gobierno es bilateral, no podría mantenerse establemente sin encontrar su réplica en la adhesión de los gobernados<sup>2</sup>. Ahora bien, lo que los individuos ceden a la comunidad civil es el poder de ejecutar la ley natural, de la que individualmente está ya dotados. El estado civil no crea ab ovo la ley, sino que la salvaguarda y protege de sus agresiones posibles por cada uno de los miembros de la comunidad, ya que el particular agraviado no puede ser buen juez en su propia causa.

La propiedad adquirida con el propio trabajo es para Locke la expresión materializada de los derechos del individuo. A partir de ella los poderes del Estado reciben su carta de fundación. «No pudiendo existir ni subsistir una sociedad política sin poseer en sí misma el poder necesario para la defensa de la propiedad... resulta que sólo existe sociedad política allí, allí exclusivamente, donde *cada uno de los miembros ha hecho renuncia de ese poder natural, entregándolo en manos de la comunidad* para todos aquellos casos que no le impiden acudir a esa sociedad en demanda de protección para la defensa de la ley que ella estableció... Aquéllos que no cuentan con nadie a quien apelar... siguen viviendo en estado de naturaleza»<sup>3</sup>.

El derecho natural arquetípico, anterior a todo pacto, resulta ser, por tanto, el de propiedad, como quiera que en él se prolonga la libertad individual y se atiende a las necesidades propias y familiares. La razón de ser de la autoridad civil significa a la vez, por tanto, su límite. Locke escribe su *Ensayo sobre el gobierno civil*, publicado en 1690, con el propósito de justificar la revolución whig de 1688, que había llevado al trono a Guillermo de Orange frente al absolutismo del rey Jacobo.

Si bien le precedió varias décadas, la concepción política de Hobbes presenta una radicalidad mayor que la de Locke en lo que se refiere a la prevalencia del método resolutivo-compositivo, adoptado para todo saber científico. Por un lado, no queda lugar en el filósofo de Malmesbury para una ley natural, origen de derechos precontractuales; y, por otro lado, la psicologización lockiana de la moral a partir del placer y dolor, como elementos últimos para la edificación de ésta, se va a convertir en la búsqueda exclusiva del interés privado; dicho de otro modo: mientras el placer pre-

1. LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Aguilar, 1983, p. 77.

2. Es éste un tema recurrente en la obra sociopolítica de Ortega. Véase, por ejemplo, el siguiente texto: «No se manda en seco. El mando consiste en una presión que se ejerce sobre los demás. Pero no consiste sólo en esto. Si fuera esto sólo, sería violencia. No se olvide que mandar tiene doble efecto: se manda a alguien, pero se le manda algo. Y lo que se le manda es, a la postre, que participe en una empresa, en un gran destino histórico» (*La rebelión de las masas*, en *Obras completas*, IV, Madrid, Alianza Ed., 1983, pp. 243-4).

3. LOCKE, o.c., pp. 64-5. El subrayado es mío.



sente admite ser relativizado en Locke en base al examen ponderado de sus consecuencias, quebrándose así el determinismo, en Hobbes, por el contrario, va a primar la instantaneidad del deseo de poder y de seguridad, sin que su determinación por objetos individuales —únicos a los que reconoce efectividad desde su nominalismo— le permita efectuar crítica alguna de tales deseos, que los transformara racionalmente<sup>4</sup>.

De acuerdo con estos supuestos el alcance del contrato va a ser la construcción genética del Estado a partir del interés privado, el cual, por ser opuesto a aquél, ha de autolimitarse. El poder estatal es el mismo poder de los individuos en tanto que transferido con vistas a la coexistencia pacífica entre ellos, ya que los acuerdos privados por sí solos carecen de eficacia. Igual que en Maquiavelo, las reglas morales son reducidas a reglas técnicas para la obtención y conservación del poder<sup>5</sup>. Los derechos cedidos al Estado, al estar faltos de contenido intrínseco, no podrían ser recuperados<sup>6</sup>. Pues, a fin de cuentas, la libertad de los individuos carece de cualificación positiva, equivaliendo a la ausencia de impedimentos que se opongan al ejercicio de un poder por principio ilimitado<sup>7</sup>. Manfred Riedel ha mostrado cómo el concepto de «negación» es sustantivado en la ontología y filosofía política hobbesianas<sup>8</sup>; frente a la «privación» aristotélica —*στέρησις*— de una forma en la materia subyacente al compuesto —*σύνολον*—, el individuo —según Hobbes— es *negación* de la ciudad para desde el artificio reconstruir ésta, o bien la libertad es ausencia de trabas para desde ahí derivar el derecho, identificado con su ejercicio físico. Sin duda, el modelo que adopta Hobbes lo debe a las definiciones genéticas que integran la geometría, según las cuales sólo adquirimos tal saber cuando lo engendramos a partir de sus elementos. Análogamente, nos dirá que el hombre en estado natural se hace a sí mismo ciudadano<sup>9</sup>. Es esta cuestionabilidad del origen *ex nihilo* lo que contrapone la versión política contractualista a la condición política *por naturaleza* según la cual se entiende a sí mismo el hombre griego y medieval.

4. MACINTYRE, A., *Historia de la Ética*, Buenos Aires, Paidós, 1982, p. 172.

5. Para ver la confrontación, no obstante, entre ambos autores es clásica la obra de SABINE, G., *Historia de la teoría política*, México, FCE, 1975, p. 677 y ss.

6. «En efecto, quien hace una cosa por autorización de otro no comete injuria alguna contra aquél por cuya autorización actúa. Pero en virtud de la institución de un Estado, cada particular es autor de todo cuanto hace el soberano, y, por consiguiente, quien se queja de injuria por parte del soberano, protesta contra algo de que él mismo es autor, y de lo que en definitiva no debe acusar a nadie sino a sí mismo; ni a sí mismo tampoco, porque hacerse injuria a uno mismo es imposible» (HOBBS, T., *Leviatán*, México, FCE, 1987, p. 145).

7. «Por último, del uso del término *libre albedrío* no puede inferirse libertad de la voluntad, deseo o inclinación, sino libertad del hombre, la cual consiste en que no encuentra obstáculo para hacer lo que tiene voluntad, deseo o inclinación de llevar a cabo» (HOBBS, o.c., p. 172). Como comenta O. Höffe, «como uno teme perder el poder presente si no lo incrementa, los hombres tienen un ilimitado impulso de expansión, un inquieto afán de poder» («Acerca de la fundamentación contractualista de la justicia política: una comparación entre Hobbes, Kant y Rawls», en *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, Barcelona, Ed. Alfa, 1988, p. 13).

8. RIEDEL, M., *Metaphysik und Metapolitik. Studien zu Aristoteles und zur politischen Sprache der neuzeitlichen Philosophie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1975, p. 178 y ss.

9. O. c., p. 176.

La analogía anterior se puede advertir también entre el individuo, aislado en sí mismo, y la organización estatal. Mientras en la concepción aristotélica la polis no es una obra (ἔργον) que persista más allá de la praxis por la que se mantiene<sup>10</sup>, sino que son la deliberación y el diálogo entre los ciudadanos lo que lleva a averiguar el bien político contingente por realizar, para Hobbes, en cambio, el hacer político es un resorte, como tal subsistente y autónomo o desmembrado de su razón de ser fáctica, a saber, la seguridad de los individuos. Pues, al igual que éstos, el cuerpo político del Leviatán no tiene un fin que resida más allá de sí.

Con Hobbes el problema clásico de la legitimación de los fines se traslada al dominio sobre los medios<sup>11</sup>. El actuar político es asimilado a una producción tal que crea ella misma sus componentes (contratos, leyes, instituciones...). La noción griega de *ἐλευθερία* expresaba el status de pertenencia efectiva y jurídica a la familia y a la ciudad-Estado, equivaliendo el ser libre al gozar de la plenitud de derechos del hijo, en tanto que heredero. Libertad civil no designaba emancipación, sino más propiamente *participación en unos bienes*. El nuevo planteamiento, por el contrario, implica hacer surgir el Estado y los derechos ciudadanos desde el supuesto de la disolución de la ciudad en un estado precivil. La renuncia mutua a la libertad —en su ya mencionada acepción negativa— se efectúa con objeto de ganar todos en libertad. La instauración de lo positivo desde la sustantivación de lo negativo va conexas con un voluntarismo y nominalismo ajenos a cualquier teleología natural.

## 2. EL PACTO COMO ACCESO A LA AUTONOMÍA MORAL EN ROUSSEAU Y KANT

El pacto hobbesiano dicta condiciones externas de actuación, sin modificar los móviles pasionales por los que se conduce el individuo ni poner en juego otro género de racionalidad que el cálculo instrumental. La conducta se desenvuelve según razón desde la compulsión externa, no en orden a un género de vida cualitativamente superior al meramente individual, sino tan sólo para evitar la autodestrucción como mal<sup>12</sup>. Frente a la noción aristotélica de dominio político —no despótico—, que cuenta con la cooperación diversificada entre voluntad, imaginación y potencias motoras por

10. Ver en este sentido los comentarios de LANDGREBE, L., «Ueber einige Grundfragen der Philosophie der Politik» en RIEDEL, M., ed. *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Friburgo, Rombach, 1974, p. 180.

11. El supuesto antropológico de esta concepción está en la posición de la voluntad como espontaneidad, ya que en tal caso el dominio sobre las propias acciones se convierte en meramente *inicial*: el hombre no habría de justificar los efectos de sus acciones porque éstos son consecuencias o restos que escapan a su control y sólo pueden ser calculados por él como si se tratara de secuencias puramente naturales, enseñadas por la historia. Tal planteamiento ya está en Maquiavelo. Con todo, el título legitimatorio del fin se mantiene todavía en Hobbes en su expresión más debilitada o negativa de obstruir el estado de guerra latente.

12. HOFFE, O., o. c., p. 14.



referencia a lo que la razón presenta como bien, en Hobbes la unión civil equivale a la sumisión de los individuos al soberano, que en todo caso permanece ajeno al pacto interindividual: no es una delegación de poderes, sino un abandono a él lo que se crea con el pacto<sup>13</sup>, pues los poderes individuales se limitan entre sí sólo a partir de un poder superior<sup>14</sup>. Una consecuencia de lo anterior es que el único recurso deslegitimador de la soberanía sea su incapacidad para contener la insurrección<sup>15</sup>. Otro corolario es que el ciudadano no quede obligado en su interior, ya que no hay variación sustancial en los móviles en el paso del estado natural al civil<sup>16</sup>.

En el pacto rousseauiano, en cambio, no va a tener lugar cesión de derechos ni de poderes a un soberano, sino superación interna o cualitativa del individuo que vive en sociedad mediante la integración de las condiciones de libertad e igualdad del estado natural en el estado civil, negando, así, por vía dialéctica la oposición entre ambos. Al obedecer a la voluntad general el individuo se obedece a sí mismo, ya que la enajenación no se da en favor de un tercero, sino de la comunidad de asociados, recobrando de este modo la igualdad originaria entre los hombres, que había sido derribada con la introducción de las diferencias artificiosas traídas por la civilización<sup>17</sup>. La concepción contractualista de Rousseau inaugura una nueva época, al invocar los derechos inalienables no tanto como un límite para el Estado —al modo de Locke y de la Filosofía de la Ilustración— cuanto como lo que el propio Estado encarna a través del mandato de la voluntad general<sup>18</sup>. Las cláusulas del contrato se compendian en «la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad. Pues, en primer lugar, dándose cada uno todo entero, la condición es igual para todos, y siendo igual para todos, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás»<sup>19</sup>.

13. Sobre la relación entre los individuos y el poder soberano como mera relación negativa de no resistencia, CRUZ PRADOS, A., *La sociedad como artificio. El pensamiento político de Hobbes*, EUNSA, 1986, pp. 299-300.

14. «Lo que limita al soberano no es la ley natural, sino el poder de sus súbditos» (SABINE, o. c., p. 349).

15. SPAEMANN, R., «Moral und Gewalt», en RIEDEL, M., *Rehabilitierung...*, I, p. 223 ss. (traducción castellana «Moral y violencia», en *Crítica de las utopías políticas*, EUNSA, 1980, p. 156 y ss.).

16. Lo cual implica la ausencia de distinción en Hobbes entre valores sólo externos, como la seguridad y el orden externo, y aquéllos que reclaman la adhesión o asentimiento internos, como la lealtad o la amistad.

17. «El primero a quien, después de cercar un terreno, se le ocurrió decir 'Esto es mío', y halló personas bastante sencillas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, guerras, muertes, miserias y horrores habría ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o arrasando el foso, hubiera gritado a sus semejantes: ¡Guardaos de escuchar a ese impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son para todos y que la tierra no es de nadie! (ROUSSEAU, J.-J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Barcelona, Orbis, 1973, p. 101).

18. CASSIRER, E., *Filosofía de la Ilustración*, México, FCE, 1972, p. 293. Ver la exposición de conjunto del capítulo VI: «Derecho, Estado y sociedad».

19. ROUSSEAU, *El contrato social*, Barcelona, Orbis, 1984, I, 6, p. 165.

La transformación implicada en el contrato social equivale para Rousseau a la sustitución del deseo natural de sobrevivir individualmente o amor de sí por la justicia moral. El paso intermedio, debido al progreso en las técnicas y al desarrollo de la inteligencia, ha estribado en la aparición de lo superfluo, origen de discordias y de uniones sociales convencionales, en que ha palidecido el sentimiento de la piedad natural y se ha impuesto, por el contrario, aquella forma de amor propio que se afirma excluyendo y buscando sobresalir. Es el desvanecimiento del *ser* individual, en armonía con la naturaleza, en el *aparecer* social, en que la posesión y las dependencias han desfigurado la condición humana natural. En el tránsito de uno a otro estado ha operado la libertad, concedida al hombre desde el inicio: mientras el animal está adaptado sin fisuras a su mundo en torno, como formando un bloque con él, para el hombre el conjunto de los objetos naturales no viene circunscrito por un instinto específico, sino que él mismo *puede* transitar de unos a otros objetos, en tanto que se expanden indefinidamente como tal conjunto. La libertad natural contiene, pues, en germen su oposición a la naturaleza y, con ello, la evolución histórica y la decadencia de la propia libertad<sup>20</sup>. La síntesis entre el ser y el aparecer se cumplirá en una voluntad en que cada uno permanezca tan libre como era al principio, pero superando la mera adición de las voluntades particulares (*volonté de tous*) por la entrega a la *volonté générale*, cuya referencia al bien común la antepone éticamente a la que —en el «bon sauvage»— sólo se encaminaba hacia el bien particular.

En la vida civil no es bastante con la bondad natural, sino que ésta queda como una predisposición favorable al ejercicio de la virtud, que se forja en pugna con las inclinaciones de signo contrario desarrolladas en el apartamiento de las condiciones naturales primigenias. La falta de coincidencia del hombre consigo mismo que ha puesto fin al estado natural trae consigo que en el estado civil la bondad se presente como virtud a adquirir: el deber moral de que prime el interés general va, en efecto, en detrimento del amor natural hacia sí. En conexión con ello el pacto no es una convención arbitraria, sino fundada en las exigencias naturales que intenta recuperar. Mientras su aspecto negativo consiste en que nadie esté sometido a nadie, su reverso positivo reside en la *autonomía* moral, en tanto que sometimiento a la ley que cada cual se ha dictado. La libertad natural se convierte en libertad moral, propia del estado civil, «única que hace al hombre verdaderamente dueño de sí, pues el impulso del simple apetito es esclavitud, y la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad»<sup>21</sup>. La comunidad restituye por medio del contrato la igualdad ciudadana y el legítimo

20. KRYGER, E., *La notion de liberté chez Rousseau et ses répercussions sur Kant*, París, Nizet, 1979, pp. 148-9.

21. ROUSSEAU, o. c., I, 8, p. 169.



derecho de propiedad, que deja de ser usurpación. «Lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que tienta y está a su alcance; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee»<sup>22</sup>.

Tales son, a mi modo de ver, los dos puntos de enlace más significativos con la noción kantiana de contrato social. En primer lugar, para Kant es la constricción sobre las tendencias antisociales dentro de la sociedad civil lo que ha permitido al hombre desarrollar sus talentos y disposiciones naturales, haciéndose *digno de la vida* y el bienestar, que no le han sido otorgados sin esfuerzo por su parte. «La necesidad es la que fuerza al hombre, tan aficionado, por lo demás, a la desembarazada libertad, a entrar en este estado de coerción... Sólo dentro del coto cerrado que es la asociación civil, esas mismas inclinaciones producen el mejor resultado; como ocurre con los árboles del bosque que, al tratar de quitarse unos a otros aire y sol, se fuerzan a buscarlos por encima de sí mismos y de este modo crecen erguidos; mientras que aquellos otros que se dan en libertad y aislamiento, extienden sus ramas caprichosamente y sus troncos enanos se encorvan y re-tuercen. Toda la cultura y todo el arte... son frutos de la insociabilidad que se ve ella misma en necesidad de someterse a disciplina y, de esta suerte, de desarrollar por completo, mediante un arte forzado, los gérmenes de la Naturaleza»<sup>23</sup>.

El segundo punto de enlace aludido está en que también para Kant con el contrato se logra la adscripción civil que está en la base de las leyes y convenios particulares. Al rechazar cada cual aquella parte de su libre arbitrio no sujeta a la ley común —correspondiente al estado de naturaleza previo al contrato—, reencuentra la libertad en el orden legal. Sólo la legalidad universal hace posible que los hombres se reconozcan recíprocamente como sujetos de derechos. Sin embargo, a diferencia de Rousseau, el criterio de concordancia bajo un principio universal se restringe a las acciones externas: tan sólo determina una relación recíproca de libertades atendiendo a la forma según la cual esta relación se establece<sup>24</sup>. El principio de la

22. Loc. cit.

23. KANT, «Idea de una historia universal en sentido cosmopolita», en *Filosofía de la historia*, Madrid, FCE, 1985, pp. 49-50.

24. «Der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht (d. i. der moralische Begriff desselben), betrifft *erstlich* nur das äussere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Facta aufeinander (unmittelbar, oder mittelbar) Einfluss haben können... In diesem wechselseitigen Verhältnis der Willkür (wird gefragt)... nur nach der *Form* im Verhältnis der beiderseitigen Willkür, sofern sie bloss als frei betrachtet wird, und ob dadurch die Handlung eines von beiden sich mit der Freiheit des anderen nach einem allgemeinen Gesetze zusammen vereinigen lasse». («El concepto de derecho, en la medida en que se refiere a una obligación que le corresponde (es decir, el concepto moral del mismo), sólo concierne *en primer lugar* a la relación exterior y ciertamente práctica de una persona con otra, en tanto que sus acciones pueden influirse entre sí (inmediata o mediatamente) como hechos... En esta relación recíproca de los arbitrios... sólo (se pregunta) por la *forma* en la relación de ambos arbitrios, en la medida en que es considerada únicamente como libre, así como (se pregunta) si de este modo la acción de uno de ellos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal», KANT, *Metaphysik der Sitten*, Introd., Parágrafo B, B 33-34).

teoría kantiana del derecho es analítico, por cuanto sólo implica el acuerdo de la libertad consigo misma<sup>25</sup>. Y, asimismo, en tanto que meramente formal, el contrato es para Kant un criterio negativo, posterior a la decisión de actuar, con capacidad para revalidarla o para impedirla. De aquí que los elementos descriptivo-empíricos —lo que Kant entiende por derecho privado— constituyan el ámbito exigido de aplicación del concepto apriórico de derecho, análogamente a como el imperativo categórico no sería posible sin las máximas subjetivas sobre las que actúa. Sin el contrato como idea apriórica normativa no cabría la efectividad en los derechos legítimos.

La *libertad como autonomía* —frente al sometimiento a otras voluntades— es tanto en Rousseau como en Kant correlativa de la voluntad general surgida del pacto entre individuos que ya disponen de la libertad precisa para suscribirlo, por más que en el filósofo ginebrino del pacto dependa la coincidencia de la voluntad consigo misma, mientras que para el regiomontano se trate más bien de una condición sine qua non regulativa del ejercicio de una libertad que es ya autonomía y que postula en el infinito la concordancia entre el deber y la felicidad. En otros términos: para Kant la autonomía no es engendrada por el contrato social, sino que más bien cuenta con él como con su garantía imprescindible. «Si antes de entrar en el estado civil no se quisiera reconocer como legal ninguna adquisición, ni siquiera provisionalmente, este estado civil sería él mismo imposible... Por tanto, si en el estado de naturaleza no se dieran *provisionalmente* un mío y un tuyo exteriores, no habría tampoco deberes jurídicos al respecto, ni por consiguiente mandato alguno tampoco de salir de aquel estado»<sup>26</sup>.

La *síntesis* dialéctica rousseauiana supera el amor natural de sí en el interés común de que es depositaria la voluntad general, una vez que con la supresión de las diferencias convencionales iguala a todos los ciudadanos. De alguna manera Rousseau asume, por tanto, el individualismo del hombre natural, al superarlo no de otro modo que mediante su extensión a la generalidad de los hombres<sup>27</sup>. En Kant, en cambio, se mantiene la *antítesis* del obrar por deber frente al obrar por inclinación, de la espontaneidad

25. DELBOS, *La philosophie pratique de Kant*, París, Presses Universitaires, 1969, p. 579. Es por lo que para Kant el derecho es coercitivo por su misma noción, en la medida en que la libertad universal de actuación sólo es posible dentro de los límites que el propio derecho señala. Lo cual no obsta para que subyacente a la noción de libertad de actuación externa esté el problema de cómo es posible el juicio sintético a priori de que yo pueda poseer como mío algo que me es exterior. Justamente la libertad según derecho —noción analítica— representa la condición apriórica de posibilidad exigida.

26. «Wollte man vor Eintretung in den bürgerlichen Zustand gar keine Erwerbung, auch nicht einmal provisorisch, für rechtlich erkennen, so würde jener selbst unmöglich sein... Es würde also, wenn es im Naturzustande auch nicht *provisorisch* ein äusseres Mein und Dein gäbe, auch keine Rechtspflichten in Ansehung desselben, mithin auch kein Gebot geben, aus jenem Zustande herauszugehen», KANT, o. c., Parágrafo 44, Nota, B 195).

27. «De modo que para tener el verdadero enunciado de la voluntad general, importa que no haya sociedad particular dentro del Estado, y que cada ciudadano opine por sí mismo» (ROUSSEAU, *El contrato social*, II, 3, p. 176).



de la razón pura práctica frente a la afección sensible... La autonomía designa para él un principio de autolegislación, cuyo objeto no viene dado, sino que es fomentado a través de la correspondiente actuación y que cuenta con el Bien Supremo como condición postulada de realización. Dicho de otro modo: la síntesis entre el imperativo moral y las tendencias naturales refractarias no se cumple en Kant dialécticamente en un estadio posterior, sino por la subsunción a priori —reclamada por el objeto de la moralidad— de lo condicionado de las inclinaciones naturales en lo incondicionado del deber. La voluntad general en tanto que principio de soberanía no se le muestra como un posible hecho empírico, sino como la condición apriórica de posesión de lo que por ser exterior es común, por tanto como un principio jurídico formal para toda constitución y cuya formulación se expresa mediante un imperativo categórico<sup>28</sup>.

### 3. NUEVAS EXPRESIONES DEL CONTRATO SOCIAL

No obstante las diferencias examinadas entre los anteriores autores, todos concuerdan en la necesidad de una tercera instancia, sobrepuesta a los individuos, para que puedan darse derechos y exigencias en sus relaciones civiles. El estado de naturaleza designa una inestable situación de «derecho a todo». Como apunta Kliemt: «Si falta una estructura social de tipo estatal o no estatal, cosa que sucede en el caso de un estado de naturaleza constituido por una pluralidad de individuos atomizados, entonces tampoco existe deber alguno»<sup>29</sup>. Añadamos, sin embargo, ciñéndonos a la formulación kantiana del contrato —por ser la más explícita a este respecto—, que ya en ella encontramos ciertos criterios residuales no contractuales de legitimidad, además de los ya recogidos en la exposición de Locke:

a) un ámbito restringido de autonomía en la actuación pública de los ciudadanos, que se patentiza en el principio de publicidad como signo empírico de progreso en la historia<sup>30</sup>;

b) el principio de equidad, según el cual la unión jurídica de todos los hombres bajo una constitución universalmente aceptada representa una idea a priori para la filosofía de la historia, tal como lo desarrolla en *La paz perpetua*;

c) el nacimiento de los Estados ha tenido su antecedente en la ocupación de territorios, previa a toda constitución civil; en este mismo sentido, el Estado ha de poder hacer frente a los intentos desestabilizadores, ya que

28. «(Por salud del Estado hay que entender) den Zustand der grössten Uebereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien verstehen, als nach welchem zu streben uns die Vernunft durch einen kategorischen Imperativ verbindlich macht» («Por salud del Estado hay que entender el estado de máxima concordancia de la constitución con los principios jurídicos, al cual la razón nos obliga a aspirar por medio de un imperativo categórico», KANT, o. c., Parág. 49, B 203).

29. KLIEMT, H., *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, Barcelona, Alfa, 1983, pp. 71-72.

30. Es éste el punto de enlace más notorio entre Kant y la filosofía de la Ilustración (KANT, «¿Qué es la Ilustración?», en *Filosofía de la Historia*, pp. 25-37).

quien pierde una guerra ha perdido también al menos una parte de la fuerza del derecho.

En la concepción de Rawls el contrato no va a tener un alcance primordialmente político, sino que, en un grado de mayor abstracción, atiende a las exigencias que el sentido natural de la justicia plantea para con los congéneres de la presente y de las próximas generaciones y que no estaban previstas en las formulaciones anteriores. Mantiene, con todo, la noción abstracta e igualatoria de individuo, que deja de lado lo diferencial en los méritos y en las particulares concepciones del bien. La justicia como imparcialidad supera los puntos de vista particulares, ya sean naturales o convencionales. Y el contrato se refiere a la forma de distribuir las ventajas provenientes de la cooperación social, desde una posición originaria, lograda una vez que se tiende sobre aquellas diferencias el velo de la ignorancia. «Los principios a los que tienen que ajustarse los arreglos sociales, y en particular los principios de la justicia, son aquellos que acordarían hombres racionales y libres en una posición original de igual libertad»<sup>31</sup>.

Igualdad en las libertades básicas y en las oportunidades y diferenciación en las cargas y privilegios cuando ello redundaría en la mejora de expectativas para los menos dotados son los principios-marco configuradores de la teoría rawlsiana de la justicia. Los sujetos que así se comportan han convenido *autónomamente* y de un modo general en tales principios, sin por ello renunciar a la búsqueda del interés individual (*rational self-interest*), ya que precisamente la función de la justicia consiste en mediar entre aquellas partes cuyos intereses están en conflicto<sup>32</sup>. El formalismo de los principios autónomos se muestra en que su elección no depende de las aspiraciones ni de los planes de vida<sup>33</sup>, sino que se resuelve en un procedimiento al que todos igualmente se adhieren para la promoción de sus propios intereses. Y así como la universalización del imperativo categórico kantiano se aplica a unas máximas que resisten la prueba correspondiente, también los principios impersonales de la justicia adhieren a los bienes primarios, supuestos en todos los hombres.

Así, pues, lo peculiar de la autonomía tal como Rawls la entiende es el ser ampliada de los sujetos libres e independientes a los principios de justicia, los cuales, lejos de basarse en el cálculo de unos beneficios generales, surgen de la ausencia de conocimiento recíproco entre los particulares y del consiguiente desinterés mutuo. Tampoco importan para la justicia los móviles que de hecho guían a sus agentes —aun contando con que efectivamente se presentan—, sino la expresión pública de los principios<sup>34</sup>. En

31. RAWLS, J., «La justificación de la desobediencia civil», en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 91.

32. «Así, puede decirse brevemente que las circunstancias de la justicia se dan siempre que, en condiciones de escasez moderada, las personas presentan demandas conflictivas ante la división de las ventajas sociales» (RAWLS, *Teoría de la justicia*, Madrid, FCE, 1979, pp. 153-4).

33. O. c., p. 289.

34. O. c., p. 211.



este sentido «la libertad consiste en una determinada estructura de instituciones, un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes»<sup>35</sup>, con un alcance regulativo o negativo para con los demás, al no interferir en la búsqueda por cada cual del modo como satisfacer sus deseos racionales (noción formalista de bien)<sup>36</sup>.

A su vez, la autonomía de los principios, en la medida en que privilegia el punto de vista de los menos favorecidos, restringe la autonomía total en la elección, concediendo cierto lugar al paternalismo<sup>37</sup>, ya que no todos están en condiciones de poder formular sus pretensiones legítimas. La posición original que resulta del contrato, al extenderse a todos los hombres, también de las generaciones venideras<sup>38</sup>, impide la subordinación a una voluntad estatal excluyente, acercándose a los principios de justicia natural.

Encontramos, pues, que tanto el sentimiento de justicia como la concepción particular del bien representan para Rawls facultades morales naturales, que subyacen al deseo de los bienes primarios indispensables<sup>39</sup>. Sin embargo, no existe un criterio de justicia independiente, que sea previo al procedimiento de aplicación de los principios formales; por el contrario, el contenido justo proviene de una construcción cuyo resultado se ignora antes de proceder a ella. Otro de los supuestos naturales o precontractuales, en conexión con el carácter primario, no derivable, del sentimiento de justicia, es la cooperación entre los hombres en orden al beneficio recíproco; la incorporación de la misma al estado natural trae consigo que los individuos, a diferencia de lo que ocurría en teorías del contrato antes examinadas, no tengan que limitarse a sí mismos —desde una supuesta expansión incontrolada— según ciertas reglas para acceder al estado social cooperativo. La sociedad se desenvuelve, según Rawls, a partir de los intercambios a que dan lugar las prestaciones y contraprestaciones de sus componentes —de acuerdo con las aptitudes desarrolladas por cada cual en un marco de igualdad de oportunidades—, mostrándose, así, como naturales las diferencias funcionales que los principios de justicia asumen: estos principios agilizan la funcionalidad, al ser incompatibles con situaciones ya dadas como inamovibles.

35. O. c., p. 235.

36. «La definición de bien es puramente formal. Establece, simplemente, que el bien de una persona está determinado por el proyecto racional de vida que elegiría con la racionalidad deliberativa, entre la clase de proyectos del máximo valor» (o. c., p. 469).

37. O. c., p. 286.

38. O. c., p. 239.

39. «En la base del deseo de los bienes primarios están los intereses de orden supremo de la personalidad moral y la necesidad de asegurar la concepción del bien que uno tiene (cualquiera que ella sea). Así pues, las partes simplemente están intentando garantizar y promover las condiciones necesarias para el ejercicio de las facultades que las caracterizan como personas morales» («El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como equidad...*, pp. 147-8. Téngase en cuenta que este ensayo data de 1980, posterior por tanto a *Teoría de la justicia*, en que el autor parece no admitir de modo tan expreso el lugar subordinado de la premisa débil de la búsqueda de los bienes primarios).

La teoría de la justicia puramente procedimental toma debidamente en cuenta unos derechos, anteriores a su ejercicio e iguales en todos los hombres. Pero ello es sólo un lado de la cuestión, ya que la situación original de incertidumbre omite los derechos adquiridos, en alguna medida determinantes del status desempeñado; precisamente los derechos que específicamente definen a la justicia distributiva son los diferenciales, conexos con los diferentes grados de responsabilidad<sup>40</sup>.

A este respecto la versión contractualista que ofrece Nozick se opone a la cesión de los derechos individuales a través de la cooperación con miras al beneficio mutuo, que, al rebasar los beneficios individuales y su suma, hubiera de ser posteriormente redistribuido según unas diferencias de tipo funcional. Desde el estado de naturaleza en los términos en que lo había descrito Locke surgen ya obligaciones de justicia para con cada individuo, que no podrían quedar borradas en nombre de la distribución de un producto conjunto. Nozick encuentra insuficiente que las exigencias de justicia se originen sin más a partir de la cooperación. «¿Por qué la cooperación social *crea* el problema de justicia distributiva? ¿No habría ningún problema de justicia ni necesidad de una teoría de la justicia, si no hubiera en absoluto ninguna cooperación social, si cada persona obtuviera su parte únicamente por sus esfuerzos propios? Si suponemos, como Rawls parece hacerlo, que esta situación *no* origina cuestiones de justicia distributiva, entonces, ¿en virtud de qué hechos de cooperación social surgen estas cuestiones de justicia? No puede decirse que habrá reclamos de justicia en conflicto únicamente donde hay cooperación social, que los individuos que producen independientemente y que (inicialmente) se valen por sí mismos no harán a los otros reclamaciones de justicia»<sup>41</sup>.

Un Estado ultramínimo es el que protege los derechos de sus clientes frente a los extraños. El monopolio de la protección que asume el Estado reduce los costos de la competencia que sobrevendrían con la pluralidad de organizaciones, estructuradas según el principio de división del trabajo. La transición del Estado ultramínimo al Estado mínimo viene requerida por la extensión de la protección a todos los incluidos en el mismo territorio —aunque no formen parte de la agencia dominante—, ya que se trata de

40. «Da es aber nach Rawls nicht zur Gerechtigkeit gehört, das Einkommen der Aermsten als solcher zu heben, sondern darauf, Unterschiede in den natürlichen und sozialen Startchancen auszugleichen, ist auch in dieser Hinsicht seine nähere Erläuterung des zweiten Prinzips nicht zufriedenstellend. Aus diesen Aspekten der Kritik folgt methodisch gesehen, dass sich die Idee der Gerechtigkeit —auch in der näheren Bedeutung von Fairness— nicht so einfach operationalisieren lässt, wie es Rawls annimmt» («Pero ya que, según Rawls, no pertenece a la justicia elevar los ingresos de los más pobres en su condición de tales, sino nivelar las diferencias en las situaciones de partida naturales y sociales, tampoco su explicación más detallada del segundo principio es a este respecto satisfactoria. Metódicamente contemplado, se sigue de estos aspectos de la crítica que la idea de justicia —incluso en su significado más puntualizado de imparcialidad— no se deja operacionalizar tan sencillamente como Rawls supone», HOEFFE, *Ethik und Politik*, Frankfurt, Suhrkamp, 1979, p. 169).

41. NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, México, FCE, 1988, pp. 184-5.



un derecho del que ningún individuo puede quedar excluido. El modelo adoptado por Nozick para explicar el surgimiento y crecimiento del Estado es el de la mano invisible, procedente del liberalismo económico, cuya traducción ético-política se cifra en la sustitución de los estados finales (end-states), globalmente pretendidos y gravosos para los contribuyentes, por las restricciones morales en el curso de la expansión de sus derechos por parte de los individuos. «En contraste con la incorporación de derechos en el estado final por alcanzar, uno podría colocarlos como restricciones indirectas a la acción por realizar: no se violen las restricciones R. Los derechos de los demás determinan las restricciones de nuestras acciones»<sup>42</sup>. A diferencia de los planteamientos anteriores, el Estado no responde a una renuncia en los contrayentes, sino que, en cierto paralelo con el primer Fichte<sup>43</sup>, resulta ser una condición necesaria en el despliegue del individuo dotado de derechos.

Son los sujetos individuales los que adquieren los derechos sobre los bienes, o los transfieren a otros individuos<sup>44</sup>. La apropiación de un objeto, a su vez, incluye su transformación e incremento debidos al esfuerzo del sujeto. Los bienes apropiados son, así, los que reciben el cuño o configuración que su dueño les imprime. En oposición a Rawls, que tenía por irrelevantes moralmente las diferencias naturales y sociales, para Nozick el derecho sobre las cosas y su producción es anterior y condicionante de la igualdad de oportunidades, ya que ésta no se presenta nunca en abstracto.

El fallo de Rawls estribaba para su colega de Harvard en que no es completa una teoría de la justicia que no cuente con que la producción y la donación anteceden a la distribución, así como que ni siquiera ésta puede fijarse por referencia a unas pautas generales. «Los principios pautados de justicia distributiva necesitan actividades *redistributivas*. Es pequeña la probabilidad de que un conjunto de pertenencias al que en realidad se llegó libremente se acomode a una pauta dada, y es nula la probabilidad de que continuará acomodándose a la pauta, a medida que la gente intercambia y da»<sup>45</sup>. A las reglas pautadas opone el principio retributivo, que incluye una amplia gama de transacciones (herencia, donación, compraventa, trueque...). «El sistema retributivo es defendible cuanto está constituido por los objetivos individuales de las transacciones individuales. No se requiere ningún fin más general; no se requiere pauta distributiva»<sup>46</sup>.

Según ello, el punto de vista contractualista reaparece con mayor énfasis en Nozick que en Rawls, por cuanto en el primero no queda cabida para demandas que reposen en el sentimiento *natural* de justicia —fuera de

42. O. c., p. 41.

43. VALLESPIN OÑA, F., *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza Univ., 1985, p. 153 y ss.

44. NOZICK, o. c., p. 154 y ss.

45. O. c., p. 170.

46. O. c., p. 162.

las restricciones morales indirectas—, sino que ésta es hecha depender de la libre estipulación y de los derechos contraídos. J. R. Lucas ha subrayado la ausencia de distinción que de ahí se sigue entre el mérito, que siempre deja cierto margen de variación a la acción emprendida, y aquellas exigencias de justicia que en su alcance mínimo *ya* están determinadas (como son la participación en los bienes comunes, el uso de los servicios públicos, el respeto a los bienes de la naturaleza...) <sup>47</sup>. Sin embargo, los dos filósofos norteamericanos se aproximan al atribuir a la justicia en una u otra de sus formas las notas que tradicionalmente caracterizaban a la justicia conmutativa, toda vez que basan aquélla en el acuerdo ratificado por partes ajenas entre sí, sin vínculos previos naturales o sociales: mientras en Rawls ello es con el propósito de establecer una mediación tal entre ellas que las iguale abstractamente, en Nozick el objetivo, más limitado, se cifra en ponerlas a resguardo de cualquier ingerencia externa, siendo las propias partes quienes con sus variables iniciativas e intercambios recomponen un orden mínimamente estatal.

---

47. LUCAS J. R., *On justice*, Oxford, Clarendon Press, 1989, Cap. 12, p. 208 y ss. Para Mac Intyre la ausencia de referencia al mérito en Rawls y Nozick va ligada al predominio del contrato sobre el bien identificable en el seno de la vida social y apropiable por la virtud: «La noción de mérito sólo tiene sentido en el contexto de una comunidad cuyo vínculo primordial sea un entendimiento común, tanto del bien del hombre como del bien de esa comunidad, y donde los individuos identifiquen primordialmente sus intereses por referencia a esos bienes» (*Tras la virtud*, Barcelona, Ed. Crítica, 1987, p. 307).



## Higher Law, pactum unionis y pactum socialis

Por JOSE MARIA ROJO SANZ

Valencia

Las reflexiones que siguen pretenden llamar la atención sobre la persistencia de un derecho superior (Higher Law) en el constitucionalismo americano de nuestros días, puesto de relieve, en nuestra opinión, por la fructífera simbiosis entre el pensamiento jurídico angloamericano y el continental en los últimos decenios<sup>1</sup>, sobre los que habitualmente se solían resaltar más las diferencias que las semejanzas, relegando a un segundo plano la tradición jurídica común a ambos sistemas.

Por otra parte, la pregunta acerca de un derecho superior incide directamente sobre el sentido inmanente-trascendente del Derecho y de los derechos, así como sobre el mismo concepto de derechos humanos.

Se suele afirmar que la supremacía y la legalidad de la Constitución de los Estados Unidos reside en que está «ordained» por «the people of the United States». Pero como ya señaló Corwin, al que seguiremos en la primera parte de este trabajo<sup>2</sup>, estas dos ideas, es decir: concebir el Derecho como un mandato del legislador humano y aludir al pueblo como origen más elevado de tales mandatos, aparecerían ya en las «Instituciones» de Justiniano: «Quid principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia quae de eius imperio lata est, populus ei et in eum, omne imperium suum et potestatem concessit»<sup>3</sup>. La fundamentación del Derecho ha sufrido una enorme variación desde los orígenes del pensamiento jurídico hasta nuestros días, hasta llegar a la misma duda acerca, no ya del tipo de fundamentación, sino de la existencia de una fundamentación en sentido estricto. Pero a lo largo de la historia, nos encontramos constantemente con la referencia a

---

1. Un buen ejemplo es el libro escrito entre N. MacCormick y Ota Winberger, titulado *An Institutional Theory of Law*, D. Reil Publishing Company, 1986.

2. Cfr. Edward S. Corwin, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca-New York, 1957, pp. 3-4.

3. Inst., 2, 6; v. t. Dig., I, 4, 1.

«un derecho superior» que las leyes, costumbres o sentencias humanas descubrieran o declaraban.

La misma Constitución de los Estados Unidos, en su enmienda IX hace referencia a la idea de un derecho superior que se ha de descubrir al menos, cuando afirma que «the enumeration of certain rights in this Constitution shall not prejudice other rights not so enumerated», si bien, los principios de una justicia trascendental han sido aquí transformados en derechos personales y privados<sup>4</sup>.

Lo que no hay que olvidar es que el sistema americano es deudor del sistema inglés y que, por tanto, recibe una tradición europea con todas las peculiaridades propias que se observan pero con unas comunes raíces.

No puedo exponer a continuación una historia del pensamiento jurídico, conocida ampliamente por otra parte, por todos, pero sí creo de interés detenerse en aquellas ideas e instituciones —al menos algunas de ellas— que son características del constitucionalismo americano y que, a través de las cuales, se entrevé la idea de un derecho superior que, como veremos al final, se mantiene latente en la más actual discusión iusfilosófica en el pensamiento angloamericano, que ha planteado con fuerza, de nuevo, la necesidad de una revisión del concepto de Derecho e, incluso, del concepto de derechos humanos y del de derechos subjetivos.

Es muy antigua la idea del Derecho como algo descubierto que trasciende, de alguna manera, al hombre, mientras que, al mismo tiempo, parece pertenecerle constitutivamente; es clásica la cita de Aristóteles de las palabras de Antígona en su «Retórica», en donde la apelación a un Derecho no escrito de la naturaleza se une a la idea de que un Derecho injusto no es Derecho<sup>5</sup>. Posteriormente la identificación del derecho superior con la costumbre y la observación de que ésta no es invariable ni inmutable provocará la polémica sofista, mientras que Aristóteles separaría el «justo legal» del «justo natural», concluyendo que el derecho es «razón sin pasión»<sup>6</sup>. La idea de fondo, es decir, la idea de un gobierno «of laws and not of men» aparecerá en la Constitución de Massachusetts de 1780<sup>7</sup>. La oposición entre el deseo del gobernante humano y la razón de la ley se encuentra en los fundamentos de la interpretación americana de la doctrina de la separación de poderes y del constitucionalismo americano.

La identificación estoica entre naturaleza, naturaleza humana y razón, permitirá acuñar definitivamente a Cicerón el concepto de «recta razón». En los elementos permanentes de la naturaleza humana habría una injusticia duradera trascendente que ha de incorporar el derecho positivo, sin que se dé por supuesto que todo lo que establecen las leyes civiles y las institu-

4. Corwin, o. c., p. 5.

5. Ret., 1, 15, 1375, a, 27 y ss.

6. Cfr. CORWIN, o. c., p. 8.

7. *Ibíd.*



ciones de los pueblos sea justo o que la justicia se identifique con las leyes escritas<sup>8</sup>. La afirmación de Cicerón de que el Derecho natural no requiere otro intérprete que el mismo individuo<sup>9</sup>, así como la frase «magistratum legem esse loquentem»<sup>10</sup>, encontrarán su eco en 1609 cuando Coke afirma que «Judex est lex loquens»<sup>11</sup>.

La concepción de que estamos viviendo con un derecho superior pervive en la Edad Media y se perfila en la teoría del Derecho natural. La importancia del contrato y de la propiedad puestos de relieve por los glosadores o las pugnas entre el Papado y el Imperio sobre cuestiones de jurisdicción se harán sentir en el desarrollo del pensamiento constitucionalista americano. Incluso se ha llegado a comparar las disputas mencionadas con la existencia de unas relaciones semejantes entre la nación americana y los distintos Estados<sup>12</sup>.

Pero referirse al sistema constitucional americano obliga a mirar al sistema inglés anterior, y hablar de un derecho superior en aquél exige referirse a un derecho superior en éste, el cual, podría afirmarse, antes que como tal derecho superior sería considerado como un derecho positivo en sentido estricto, es decir, normalmente administrado y aplicado por los tribunales de justicia, de forma que muchos de los derechos que la Constitución americana protege contra el poder legislativo y sus normas de transformación habrían sido anteriormente protegidos en el Common Law inglés. Es decir, en un momento determinado el Common Law inglés llega a ser un derecho superior<sup>13</sup>. La razón principal sería la antigüedad de aquél, pues recogería costumbres para cuya selección los jueces emplearán el test de lo razonable (reasonable ness) derivado, en primer término de ideas romanas y continentales. Efectivamente, el hecho de pensar que el Common Law incorporaba la «recta ratio», contribuiría eficazmente a reforzar la idea de que se trataba de un derecho superior. Esta «recta ratio» sería la invocada por Cicerón, pero además, desde sus orígenes, se trataría de una razón «judicial», pudiéndose afirmar que «considered as an act of knowledge or discovery, the common law was the act of experts, and increasingly so, with the ever firmer establishment of the doctrine of stare decisis»<sup>14</sup>.

Qué duda cabe que la Magna Carta es un paso importante en el camino hacia un cuerpo definido de protección del derecho superior, aunque éste sufra posteriormente un proceso de absorción en el marco general del Common Law. Cuando Eduardo III, en el siglo XIV, consigue que los actos y órdenes reales sirvan de pauta al derecho ordinario y que se apliquen por

8. Cfr. Cicerón, *De Legibus*, I, 15, 42.

9. *De República*, III, 22.

10. *De Legibus*, III, 1, 2-3.

11. Cfr. CORWIN, o. c., p. 14, nota 43.

12. *Ibíd.*, p. 23.

13. *Ibíd.*, p. 24.

14. *Ibíd.*, p. 26.

los tribunales ordinarios y los Tudor conviertan al Parlamento en un instrumento activo, colaborador del poder real<sup>15</sup>, todo ello no se trasladará al sistema americano, sin embargo. En efecto la influencia de las teorías de Coke (common right and reason) y de Locke y, en definitiva, las teorías contractualistas, junto a las peculiares circunstancias de las colonias caracterizarán de modo distinto el constitucionalismo americano por un claro predominio del juez sobre el legislador y la delegación de la autoridad, la cual reside, en definitiva, en el pueblo, como al principio de este trabajo habíamos ya señalado. La contribución de Coke, tal como señala Corwin se podría resumir en las ideas siguientes: 1.º la concepción de nulidad de los actos del Parlamento cuando van en contra del «common right and reason» cuyo contenido habría de ser interpretado por los jueces. 2.º La doctrina de un derecho fundamental incorporado en un documento y con un contenido preciso. 3.º La noción de la supremacía parlamentaria «under the law», y por tanto una supremacía legislativa «within» un Derecho sujeto a construcción por el proceso de adjudicación<sup>16</sup>.

Por otra parte, la introducción de la idea de un Derecho natural en la teoría constitucionalista americana vendría de la mano de Locke<sup>17</sup>. Un Derecho natural diluído en los derechos del individuo y en la idea de un contrato social entre gobernantes y gobernados, entre legisladores y pueblo. La idea de «pueblo» como parte del contrato social se había ido perfilando a través de los «levellers», el «Agreement of the people» de 1647 y el «Leviathan» de Hobbes, por ejemplo. Así, mientras Coke y Locke configuran las limitaciones constitucionales, la doctrina de Hobbes servirá para poner el énfasis en la «salus populi»<sup>18</sup>. Mientras para Hobbes la disolución del gobierno es la misma disolución de la sociedad, para Locke la sociedad existe antes que el gobierno. En aquél coexisten el Derecho natural y el civil, en éste después de establecer al gobierno, la interpretación popular del Derecho natural sería el último test de validez del derecho positivo o civil<sup>19</sup>.

La supremacía legislativa va a depender de la salvaguarda de los derechos del individuo, por lo que no podrá ser ya un poder arbitrario de forma que el vago concepto del «common right and reason» será reemplazado por un «fundamental law» de contenido preciso<sup>20</sup>.

De este modo, la constante referencia a «the people of the United Colonies», «your whole people», «the people of America», «the liberties of Americans», «the rights of Americans», «American rights», «Americans», etc..., explicaría la consciente identidad de todos los americanos de las colonias

15. *Ibíd.*, pp. 40-41.

16. Sobre la contribución de Edward Coke, v. Corwin, o. c., pp. 42 y ss.

17. Cfr. LOCKE, JH., *Second treatise of Civil Government*, Cambridge University Press, 1970.

18. Cfr. CORWIN, o. c., pp. 60 y ss., sobre las aportaciones de Locke.

19. Cfr. HOBBS, TH., *Leviathan*, Dent-Everyman's Library, London, 1976, c. 26 y Jh. Locke, o. c., 2, 118.

20. Cfr. LOCKE, JH., o. c., c. 19, 224.



y, posteriormente, de los Estados en la afirmación de la posesión de los derechos humanos, de forma que los derechos naturales se transformaban con el paso del tiempo en derechos racionales de los individuos<sup>21</sup> considerados como miembros de un «people». Recordemos aquí las conocidas palabras de la Virginia Declaration of Rights de 1776: «Declaration of rights made by the representatives of the good people of Virginia...».

La soberanía legislativa no se establece firmemente en el sistema constitucional americano, en primer lugar, porque en la Constitución americana escrita, el derecho superior obtiene al fin una forma que hace posible la atribución a él de una nueva especie de validez, la validez de un estatuto emanado del pueblo soberano. Una vez que la pureza del derecho superior se transfiere a estas nuevas bases, la noción de soberanía del órgano legislativo, ha señalado Corwin<sup>22</sup>, desaparece automáticamente, puesto que existe un cuerpo legislativo superior a éste.

Sin embargo, la disputa iusfilosófica actual en el pensamiento angloamericano, a la que me refería al principio, parece añadir algo más al simple identificar —al menos, aparentemente— el futuro del derecho superior con las decisiones del pueblo soberano siempre y en todo caso, aunque se mantuviese que, de alguna forma, a él, como todo Derecho, se somete.

En efecto, la «right theory» de Dworkin, la afirmación de existencia de principios y la negación de la discrecionalidad judicial en los «hard cases», parece exigir admitir que Dworkin entrevé unos principios que han sido puestos como para siempre y que están allí desde siempre o, cuando menos, desde que se «puso» el sistema jurídico concreto. Es decir, existen a partir de una posición original que podría remitirse al origen mismo del propio sujeto del Derecho, la persona humana, y, en un segundo paso, del mismo sistema jurídico. En otro lugar he explicado esta matización<sup>23</sup>. Desde aquella posición «original», los principios están como ramificándose y ejerciendo su influencia por todo el entramado jurídico y ahí los encuentra el juez cuando necesita resolver un caso difícil. No es que estén inventados o que existan desde siempre, sino que se configuran al darse un caso concreto, enlazando el caso en sí con la posición originaria en la que todo principio y derecho tiene cierto origen y derivación y, reconstruyéndose para cada caso el itinerario de las exigencias morales de justicia en forma de principios que imperan su aplicación a dicho caso a veces con tanta fuerza y necesidad que llegan a ser incluidos en reglas y preceptos legales o jurisdiccionales. Es siempre la posición originaria ramificada en una extensa red de principios, en último término, la que proporciona la clave o criterio para la solución del caso concreto, por difícil que sea, con más evidencia que el principio

---

21. Cfr. CORWIN, o. c., p. 80.

22. *Ibíd.*, p. 88.

23. V. *En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)*, Anuario de Filosofía del Derecho, III, 1986, pp. 517-525.

mismo que se elige. Al considerar esta posición no podemos —o, al menos, no tenemos necesidad— de pensar en una especie de nueva mitología jurídica, sino que se trataría más bien de advertir que Dworkin intuye —consciente o inconscientemente nos ha llamado la atención sobre el problema— la existencia de un derecho superior bajo la construcción racionalista que parece mantener este autor. En efecto, la conexión «posición original-caso concreto» —se ha de dar de forma biográfica y biológica y es en la biografía y en la biología del sujeto que reclama su derecho en donde se encuentran la posición original, la red de principios y los sistemas de conexión.

Es evidente que Dworkin hace referencia a un Derecho establecido por el pueblo soberano, pero también constata la existencia de unos contenidos de Derecho que, o han sido como necesariamente establecidos por el pueblo soberano —lo que relativizaría el sentido de esta última palabra— o que éste los encuentra necesariamente en la medida en que pretenda establecer una convivencia pacífica basada en el Derecho.

No sé si la acusación de constructivista que se hace a Dworkin habría que relativizarla o no, pero lo cierto es que para aquél el juez no crea el Derecho aunque sí el principio, frente a MacCormick, por ejemplo, que afirma que el principio no se crea sino que se descubre<sup>24</sup>. También es cierto que Dworkin afirma que si la gente usa el modelo constructivista cuando mantienen una función política y tienen a su cargo desarrollar una teoría de la justicia para una comunidad y no sólo para ellos mismos, podrían seguir, sin embargo, en sus vidas personales un modelo «natural» en el que los principios no son creados sino descubiertos<sup>25</sup>. Así, la idea de un constructivismo en el sentido de que la mente humana sea algo separado de la naturaleza y que imponga sus propias estructuras y sus propios fines a la vida social, no es fácilmente aceptable en un sentido absoluto, porque sería imposible que cada uno pudiera «redibujar» por completo los sistemas de pensamiento y de acción política como si fuéramos enteramente los dueños de la Historia de los pueblos y de las biografías de las personas y, aquí, coincidiría con MacCormick en la crítica a Dworkin si éste mantuviera su constructivismo en sentido absoluto<sup>26</sup>.

En su «Law's Empire», Dworkin explica cómo el Derecho no se termina en un catálogo de reglas o principios, ni en una lista de funcionarios y de sus poderes, sino que el imperio del Derecho se definiría por su actitud y no por el territorio, ni el poder, ni el proceso. Una actitud que tendería a impregnar nuestras vidas ordinarias y que nos ha de servir incluso ante los tribunales. Por eso la actitud del Derecho sería constructiva, porque apunta

24. Cfr. el trabajo de N. MacCormick, *Dworkin as pre-benthamite*, en «Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence», Duckworth, London, 1984.

25. *Ibid.*, «replay» de Dworkin, p. 279.

26. V. t. N. MacCormick, *Alcuni problemi circa l'ordine spontaneo* en «Libertà, giustizia e persona nella società tecnologica», CIDAS Giuffrè, Milano, 1985, pp. 51-68.



a mostrar el mejor camino para un futuro mejor, consistiendo en una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos a la comunidad, aunque estemos divididos en proyectos, intereses y convicciones<sup>27</sup>. No se puede afirmar creo que esta explicación sería como un desarrollo de la diferencia entre «lo justo natural» y «lo justo legal» aristotélico, pero sí creo que se halla implícita la referencia a un derecho superior que «muestra» el mejor, junto a otros derechos que intentan unirnos en aquello en que nos encontramos divididos.

No creo que sea inapropiado al tema de este trabajo referirnos ahora a las relaciones entre constitucionalismo y democracia como las ha apuntado recientemente MacCormick<sup>28</sup>. Para éste ante la pregunta acerca de qué derechos deben asegurarse porque deben poder ser disfrutados por alguien, diferencia varias posturas: aquella para la cual los derechos son producto del orden jurídico y constitucional; aquella para la que esos derechos serían anteriores o más fundamentales que el mismo orden constitucional; y una tercera para la que las Constituciones pueden o deben basarse en la costumbre y la tradición, que pueden ser fuente de derechos consuetudinarios —y del mismo orden constitucional— que se identificarían con el derecho común y subsistirán con independencia de que el poder legislativo se ejerza bajo la Constitución; si bien es un problema de interpretación, para MacCormick, determinar si tales derechos deben o no suponerse anteriores y más fundamentales que la Constitución que garantiza su disfrute (aunque, una vez de verdad garantizados creo que el problema desaparecería como tal problema).

Por otra parte, para MacCormick la naturaleza igualitaria de la democracia tiene dificultades para asentarse en la tradición inglesa e, incluso, en el mismo Locke. La democracia funciona en donde existe alguna forma de orden constitucional establecido, inspirado en una tradición constitucional de prestigio. El constitucionalismo anterior a la democracia debe imponer, de este modo, limitaciones a la tiranía de la mayoría y al igualitarismo absoluto y reconocer bienes fundamentales que no se derivan del concepto mismo de la democracia y a los cuales deben someterse los valores de las tomas de decisión democrática, siendo ésta la única forma de democracia viable. Pues bien, yo entiendo que todo lo dicho hasta aquí se puede mantener sólo si aceptamos la existencia de un derecho superior condicionado por bienes y valores no jurídicos, quizá, pero fundamentales en todo caso y que todo ello se recoge y expresa en una tradición que llega a ser —en algunos casos— constitucional o base para un constitucionalismo determinado.

---

27. Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Fontana Masterguides, Glasgow, 1986.

28. MACCORMICK, *Constitucionalismo y democracia*. Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia en febrero de 1988; v. Anuario de Derechos Humanos, 1988-89, pp. 367-380 (trad. de Mercedes Carreras).

Al final ya de estas consideraciones se podría afirmar que, al hilo del constitucionalismo americano, la idea de la existencia de un derecho superior se sobrepone a la idea misma de «pueblo soberano», pero al mismo tiempo no creo que pudiera hablarse de democracia ni de constitucionalismo sin una referencia, al menos, implícita a un derecho superior recogido y expresado necesariamente por el pueblo y protegido en las Constituciones y en el ordenamiento jurídico, lo cual, en caso de aceptarlo, nos permitiría afirmar que el «pactum socialis» depende de «pactum unionis», que sería exigencia y expresión, al mismo tiempo del «Higher Law»<sup>29</sup>.

---

29. V. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad, ¿decadencia o resistencia?*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 146-158, sobre el constitucionalismo americano en relación con los derechos inalienables, que serían «la nota específica del modo de pensar postmoderno».

Es evidente, que a lo largo de su historia, los Estados Unidos no siempre han hecho coincidir los principios constitucionales con su conducta política, por ejemplo. En este sentido, y como ejemplo de intento de explicar esta actuación, puede verse el trabajo de P. J. Dobriansky, *Los derechos humanos y la política exterior de los EUA*, en *The Washington Quarterly*, 12, 2.



## La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración

Por JOSE A. ESTEVEZ ARAUJO

Barcelona

### 1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: REALIDAD Y CAMBIO

#### a) *Transformaciones del papel del Estado y corporativismo*

Mandel clasifica las funciones que el Estado lleva a cabo en el capitalismo en tres grandes apartados. Por un lado, el Estado realiza una función represora para asegurar el orden social y económico frente a posibles amenazas. En relación con esta función tiene especial relevancia el papel de instituciones como la política, el ejército o el sistema judicial. En segundo lugar, el Estado contribuye a asegurar la hegemonía de la ideología dominante. Y en tercer lugar, tiene la función de proveer las condiciones generales de la producción que no pueden ser aseguradas por los productores privados (transportes, comunicaciones, etc.) (MANDEL, 1979, pp. 461-462).

En relación con esta enumeración, resulta necesario destacar que el Estado capitalista realiza funciones económicas ya desde sus orígenes. No es ajustada a la realidad histórica la visión que describe una primera fase abstencionista del Estado y una segunda fase interventora. Lo que si es cierto es que desde el último tercio del siglo XIX y, especialmente, en el siglo XX tiene lugar un gran incremento del papel del Estado capitalista en la economía.

Este incremento obedece, por una parte, a razones internas al propio desarrollo del capitalismo. En los años de la primera Guerra Mundial se puso ya de manifiesto que la prosecución por parte del capitalista individual de su interés particular podía ser contraproducente para los intereses del sistema capitalista en su conjunto. Era necesaria la constitución de instancias que adoptasen la perspectiva del «capitalista global». En muchos países fue el propio Estado el encargado de materializar esa perspectiva y

de cualquier modo, el Estado tuvo un importante papel en todas partes en la constitución de esas instancias globalizadoras.

La necesidad de una perspectiva global, unida a la progresiva complicación de los procesos productivos y al proceso de concentración de las empresas dio lugar a que el Estado asumiera una función planificadora de la economía. Además el Estado incrementa su papel como productor de bienes y servicios, como inversor o incentivador de la inversión o como distribuidor de mercancías.

El incremento general del papel económico del Estado obedece también a la necesidad de dar respuesta y canalizar una serie de reivindicaciones de los factores más desfavorecidos de la población. Se verifican, así, toda esa serie de intervenciones estatales tendentes a proporcionar una serie de servicios o bienes considerados básicos (educación, sanidad, etc.), que configuran lo que se conoce como «Estado asistencial». También la utilización de los mecanismos presupuestarios como incentivadores de la economía en el marco de las políticas keynesianas.

El incremento del papel económico y social del Estado, su responsabilidad como planificador o capitalista «global» y la vertiente asistencial de su actividad complican enormemente los procesos de toma de decisiones estatales. El Estado precisa una información mayor, necesita establecer vínculos orgánicos con las asociaciones empresariales y precisa asegurarse un consenso previo de distintos sectores sociales para poder poner en práctica con éxito las medidas que adopta.

La vinculación del Estado con las asociaciones empresariales puede establecerse formalmente de diferentes modos. Un mecanismo consiste en atribuir competencias públicas a organizaciones que conservan formalmente su *status* privado. Esta forma ha sido utilizada sobre todo en los Estados Unidos. En Europa se ha solido integrar a los representantes de las asociaciones de intereses en instancias consultivas o decisorias públicas: consejos, comisiones ministeriales o interministeriales, comisiones parlamentarias, etc.

Hay que tener en cuenta, además, que aparte de estos mecanismos formales existen otros canales *informales* por medio de los cuales las asociaciones empresariales pueden participar e influir en los procesos de toma de decisiones estatales: a través de la influencia en los partidos políticos, o a través de los mecanismos de trasvase de personas con responsabilidades decisorias entre la Administración pública y las empresas privadas<sup>1</sup>.

---

1. Recientemente se ha publicado un artículo que hace un análisis comparativo de la organización interna e influencia política de las asociaciones empresariales en seis países occidentales: Austria, Canadá, Italia, el Reino Unido, Suecia y Suiza (COLEMAN, William y GRANT, Wyn: «The organizational cohesion and political access of business: a study comprehensive associations», en *European Journal of Political Research*, 16, 1988, pp. 467-487).

En este artículo, los autores señalan que la actividad de las organizaciones empresariales se desarrolla en tres ámbitos (cfr. 472-473). En primer lugar, en el plano político-social, en el cual las empresas miembros aparecen representadas primordialmente en cuanto comprado-



Para poder ejercer realmente esas funciones planificadoras el Estado necesita asegurarse preventivamente una situación de *paz social*. Por ello, se desarrollan mecanismos que corresponsabilizan a los sindicatos con el diseño general de la política económica. Estos fenómenos de *concertación* social como se les llama actualmente en nuestro país —importando un término alemán—, se desarrollan en Europa especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, aun cuando ya hubiesen existido manifestaciones en el período de entreguerras.

Wolfe utiliza la expresión *Estado de franquicia* para referirse a este Estado capitalista que abre los procesos de toma de decisiones a la participación de los grupos de intereses en cuanto tales. Ese Estado de franquicia es una especie de club exclusivo al cual se permite excepcionalmente el acceso a los sindicatos. Como señala Wolfe, el requisito imprescindible para ser admitido en este club es la *responsabilidad*. Responsabilidad es la contraseña y «responsabilidad» en el caso de los sindicatos significa asegurar la anuencia de las bases con la política económica diseñada y reprimir la actividad reivindicativa (WOLFE, 1977, pp. 160-161).

En este sentido, bastantes de los autores que se han ocupado del tema del *neocorporativismo* subrayan la asimetría existente entre la capacidad de influencia de los sindicatos y de las organizaciones empresariales en el proceso de toma de decisiones (HEINZE, 1981, esp. pp. 139-143). A los sindica-

---

res de fuerza de trabajo, es decir, patronos. En este ámbito se desarrollan las negociaciones con los sindicatos y con el gobierno en materia de política salarial, seguridad social, etc.

En segundo lugar, las organizaciones representan a las empresas en cuanto agentes económicos con unos intereses específicos. Se trata del ámbito de actuación económico-político, en el que adquieren carácter privilegiado las relaciones con el gobierno, con los altos funcionarios y con los partidos políticos. Por último, las organizaciones empresariales deben intentar solventar internamente en la medida de lo posible las discrepancias de intereses entre sus miembros. Estas discrepancias pueden provenir de las características diferenciadas de las distintas regiones económicas, o de la contraposición entre los intereses de las grandes firmas y de las empresas medianas y pequeñas, o de las empresas financieras y las industriales, etc.

Por lo que respecta específicamente al ámbito de actuación político-económico (que es aquí el que más nos interesa), los autores ponen de manifiesto el cambio de perspectiva que ha tenido lugar desde los años sesenta y especialmente durante los setenta. Este cambio de perspectiva consiste en centrar la atención no tanto en la capacidad de presión que desde fuera tengan los diferentes grupos sociales organizados, sino en su participación desde dentro en el diseño y la puesta en práctica de las políticas gubernamentales (479). Esto, por otra parte, no es sino la consecuencia de la intensificación de ese fenómeno conocido como *neocorporativismo* que, si bien no es nuevo, sí experimentó un notable incremento a partir de los sesenta.

En relación con esta cuestión, Coleman y Grant elaboran la siguiente escala de posibilidades de participación «desde dentro» de las organizaciones empresariales en el diseño de la política económica:

«1. Acceso privilegiado: los grupos pueden acceder regularmente a los altos funcionarios y a los ministros y ser consultados frecuentemente en la realización de la política en cuestión cuando surjan cuestiones relacionadas con sus intereses.

«2. Formulación: los grupos alcanzan un 'status público' (Offe) en virtud del cual son formalmente invitados a asumir un papel en el diseño de las políticas públicas, junto con los representantes oficiales.

«3. Puesta en práctica: los grupos asumen junto con los representantes oficiales un papel formal en la puesta en práctica de una determinada política.

«4. Gobierno privatizado: el gobierno confiere autoridad a una asociación en virtud de la cual ésta asume una responsabilidad total, respaldada por el poder coercitivo estatal, en el desarrollo o puesta en práctica de una política en un área determinada. (479).



tos sólo se les permite participar en algunas de las actividades del club, especialmente en las sesiones más solemnes. Pero tienen vedado el acceso a muchos de los comités en los que se adoptan las decisiones concretas y, desde luego, carecen de todo ese conjunto de mecanismos informales de influencia de que gozan las asociaciones empresariales.

b) *Criterios concurrentes de racionalidad en el seno de la Administración*

Después de la segunda posguerra, se ha venido verificando el fenómeno de la presencia de un componente tecnocrático cada vez mayor en las Administraciones Públicas. Este fenómeno es concomitante con el incremento de la intervención del Estado en la esfera social y económica. El intervencionismo estatal lleva consigo que las reglas de actuación de la Administración Pública no sean ya sólo normas generales y abstractas, sino también directrices que marcan objetivos concretos. Estas directrices pueden tener la forma de normas jurídicas. Sin embargo, ello no quita que el tipo de sujeción de la Administración a la norma en uno y otro caso sea radicalmente diverso: las normas generales y abstractas delimitan la competencia de cada órgano y el procedimiento a seguir para la adopción y ejecución de decisiones; la directriz de alcanzar un objetivo determinado supone, por el contrario, una autorización implícita de utilizar los medios que se consideren más eficaces para su consecución.

En relación con esta cuestión, Goran Therborn habla de la difícil «coexistencia» de burócratas y tecnócratas en el Estado capitalista<sup>2</sup>. Este fenómeno da como resultado la presencia simultánea de dos criterios diferentes para evaluar la actuación administrativa: el tecnocrático de la eficacia y el burocrático en el sentido de Weber<sup>3</sup>. La aplicación de estos dos principios puede conducir a resultados contrapuestos. La consecución eficaz de determinados objetivos exige en determinados momentos obviar las cuestiones

---

2. Goran Therborn establece una distinción entre burócratas y tecnócratas, basándose en el tipo de conocimientos especializados de unos y otros, el tipo de directrices que guían su actuación y los baremos en virtud de los cuales se calibra el éxito o fracaso de sus actuaciones. Así, los burócratas tienen una formación eminentemente jurídica, mientras que los tecnócratas se caracterizan por sus conocimientos técnico-científicos. Los burócratas tienen que ajustar su actuación a normas jurídicas generales preestablecidas y el baremo por el que se juzga esa actuación es la previsibilidad, consecuencia precisamente de esa fidelidad a las normas. Los tecnócratas dirigen su actuación en función de la consecución de unos objetivos y el baremo de su éxito es la eficacia (THERBORN, G.: *What does the ruling class do when it rules?*, London, New Left, 1978 (trad. cast. de Jesús FOMPEROSA: *¿Cómo domina la clase dominante?*, México, s. XXI, 1987, 3ª ed., por donde se cita, pp. 55 y 57).

3. Me refiero a la «previsibilidad», en cuanto objetivo que pretende asegurar la configuración de la burocracia moderna como una instancia profesionalizada, jerarquizada y sometida en su actuación a reglas preestablecidas. No obstante, diversos autores —Merton entre ellos— han puesto de manifiesto que algunas de las características que Weber asigna a la burocracia para garantizar la previsibilidad de su actuación resultan disfuncionales y producen efectos no deseados, como el excesivo formalismo o el espíritu corporativo.



formales de procedimiento. A la inversa, la fidelidad a las formas puede dar como resultado una acción ineficaz. En este sentido, señala Claus Offe:

«(...) la Administración, pese a verse sometida a una presión creciente por programas de objetivos, no queda liberada de su atadura 'condicional' a premisas legales. Resulta, pues, una trabazón, o mejor dicho, una interacción y un entrecruzamiento recíproco de dos criterios de rectitud en las actividades administrativas». (OFFE, 1974, P. 14).

El componente corporativista del Estado capitalista contemporáneo añade, además, una dificultad. Aparte de ajustar su actuación a unas normas generales preestablecidas y de ser eficaz en la consecución de sus objetivos, la Administración tiene que ser capaz también, en muchas ocasiones, de conseguir la aceptación de sus decisiones entre los grupos afectados por ellas (OFFE, 1974, p. 15). En este sentido, junto a burócratas y tecnócratas, la Administración debe contar con personas que tengan las capacidades de lo que Therborn denomina, siguiendo la tradición comunista, un «cuadro». El cuadro se diferencia del burócrata en que carece de unas normas que delimiten precisamente lo que debe hacer y cómo. Pero se diferencia también del tecnócrata en que sus decisiones no se imponen meramente por la jerarquía, sino en virtud de las capacidades que el propio cuadro tenga de generar consenso en torno a ellas<sup>4</sup>.

Todo ello supone también un incremento de la capacidad de influencia de los grupos sociales dominantes en las decisiones públicas. Y, en cualquier caso, la necesidad de estas negociaciones convierte la capacidad de generar consenso anticipado en un criterio de evaluación de la actuación administrativa concurrente con los dos anteriores:

«El problema de la política administrativa consiste precisamente en que se ve simultáneamente expuesta a tales pruebas contradictorias: tiene que estar al mismo tiempo en consonancia con sus fundamentos jurídicos, con sus funciones y con los intereses declarados de sus clientes y grupos de referencia». (OFFE, 1974, p. 24).

### c) *Modificaciones en la estructura y función del Derecho*

Señala Ingeborg Maus un doble fenómeno contemporáneo especialmente pertinente para calibrar las transformaciones en el derecho que han hecho

4. La distinción de Therborn podría esquematizarse en el siguiente cuadro:

Burócrata	Tecnócrata	Cuadro
Conocimientos legales	Con. técnicos	Entrega y Experiencia
Ajuste a normas previas	Objetivos	Línea de partido
Previsibilidad	Eficacia	Consenso

THERBORN, G.: *¿Cómo domina la clase dominante?*, pp. 55, 57, 59-62.

posible compatibilizar esos diferentes criterios de racionalidad: por un lado, el incremento de las materias reguladas jurídicamente; por otro lado, el hecho de que ese incremento viene acompañado de una pérdida de precisión de las normas jurídicas, por una «informalización» del Derecho, por utilizar el término de la propia Maus, (1986, p. 278).

En el ámbito concreto de la Administración, esta «informalización» se concretaría en la aparición, junto a las clásicas normas que delimitan competencias y establecen procedimientos a seguir, de otras normas que se limitan a fijar los objetivos que deben alcanzar determinadas instancias administrativas<sup>5</sup>. Se mantiene, pues, la cobertura jurídica de la actuación estatal en general y administrativa en particular. Pero las normas que configuran esa cobertura pierden capacidad de predeterminar las decisiones concretas.

Esta apreciación parecería estar, sin embargo, en contradicción con lo que suele considerarse generalmente como el cambio estructural más importante del derecho concomitante al incremento de la actividad intervencionista del Estado. Se trata del paso de un derecho predominantemente *formal* a un derecho predominantemente *material*. Es decir el paso de un derecho que se limitaba a configurar marcos formales de actuación, a un derecho que decide *sustantivamente* muchas cuestiones, cuya resolución se dejaba anteriormente a los mecanismos sociales<sup>6</sup>.

Parece, en efecto, contradictorio a primera vista afirmar que el Estado decide acerca de más cosas y que el derecho pierde determinación. Sin embargo, esta contradicción es sólo aparente. Son en realidad las normas *generales* —especialmente las leyes— las que se «informalizan». Pero en el ámbito de las resoluciones *concretas* puede apreciarse perfectamente el incremento de la actividad de decisión sustantiva por parte del Estado.

Lo que se pone de manifiesto realmente con esta transformación es, pues, un incremento de las facultades de decisión de los órganos encargados de aplicar o ejecutar las leyes, especialmente de ciertos órganos de la Administración. La pérdida de determinación de las normas generales implica un aumento del margen de maniobra de esas instancias. Incluso es frecuente encontrarse con que la actividad de un órgano se encuentra sometida a normas que le imponen fines incompatibles entre sí, por lo que debe realizar en cada caso una tarea de *ponderación* que incrementa su poder de decisión. Esta incompatibilidad así como la pérdida de precisión no son sino consecuencias de la imposibilidad de armonizar todos los intereses en presencia en el ámbito parlamentario<sup>7</sup>.

5. MAUS, Ingerborg: «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», p. 278.

6. En este sentido, señala Teubner que «En lugar de caracterizar esferas de libertad para la actividad privada autónoma, el derecho material tiende a dirigir la conducta social de modo directo y orientado a los resultados. Ahora el orden jurídico mismo define obligaciones concretas y normas de conducta con contenido» (Gunther TEUBNER: «Reflexives Recht», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1982, pp. 13-59, p. 25).

7. Sobre esta cuestión se volverá con más detalle más adelante.



Por otro lado, nos encontramos también con un desplazamiento de parte de ese poder de decisión fuera del Estado por medio de una serie de mecanismos informales: contactos personales entre las cúpulas de las empresas y la Administración, inserción de representantes de grupos de interés en las comisiones ministeriales, presiones sobre los partidos políticos, etc., etc. Se abre, pues, un nuevo espacio a la decisión que puede perfectamente quedar oculto desde la perspectiva jurídico-formal.

d) *Las élites administrativas*

El incremento del poder de decisión no se reparte igualitariamente entre todos los órganos de la Administración. Se concentra en las instancias superiores de la misma. Con ello se agudiza la distinción ya existente desde el siglo pasado entre los órganos que realizan funciones ordenantes y los que realizan funciones subordinadas. Esta distinción queda puesta de manifiesto tanto en el tipo de competencias<sup>8</sup> como en los mecanismos de selección de sus miembros.

Los mecanismos de formación y selección de las élites administrativas pueden estar más o menos institucionalizadas según los países. Un caso extremo sería el francés. Ya en el siglo XIX (desde 1876) existió en Francia una institución especialmente destinada a formar y seleccionar las élites administrativas: la *Escuela libre de Ciencias Políticas*, que tenía carácter privado y que era el instrumento por medio del cual la alta burocracia parisina realizaba la cooptación de sus miembros. Inmediatamente después de la segunda posguerra se decidió suprimir esta institución por su carácter elitista y sustituirla por una institución pública, la *Escuela Nacional de Administración* (E.N.A.) que, paradójicamente, se convirtió en el nuevo mecanismo de selección elitista de los altos funcionarios (GATI y GLEIZAL, 1980-1981, pp. 165 y 174-177).

En Alemania, hasta finales del siglo XIX, los altos funcionarios provenían casi exclusivamente de la aristocracia. En otros países, como Estados Unidos, los altos funcionarios han solido ser designados entre los ejecutivos de las grandes empresas. En el caso de Inglaterra, el proceso de selección de los altos funcionarios del servicio civil incluye una entrevista personal. Se ha comprobado que estadísticamente los estudiantes de Oxford y Cambridge son los que más probabilidades tienen de superar esta prueba. En esa entrevista puede preguntarse al candidato, por ejemplo, si ha viajado mucho y conoce mundo. Y obviamente, en un país en que la *forma* de ha-

---

8. De acuerdo con los datos de Mandel, de los 630.000 funcionarios del servicio civil en Inglaterra sólo 2.500 tiene facultades decisorias (MANDEL, Ernest: *El capitalismo tardío*, p. 478). Esta distinción entre una élite dirigente de la administración y un sector subordinado se complica contemporáneamente con la aparición de un creciente componente de personal asalariado (Cfr. THERBORN, G.: *¿Cómo domina la clase dominante?* p. 104). Este fenómeno es consecuencia del incremento de la intervención estatal en el plano social, económico y asistencial (sanidad, educación, transportes, etc.) e introduce dentro del Estado relaciones similares a las existentes en las empresas privadas, con la aparición de sindicatos, de conflictos, huelgas, etc.

blar está tan condicionada socialmente, el acento del candidato es un elemento determinante de evaluación<sup>9</sup>. En cualquier caso, en todas partes existen filtros económicos o sociales en la selección de los altos funcionarios, de modo que la carrera dentro de la propia Administración pública empezando desde abajo no constituye la vía ordinaria de acceso a los puestos de la Administración con auténtico poder de decisión.

Juan Ramón Capella ha acuñado la expresión «poder político privado» para referirse a ciertos componentes de ese nuevo poder de decisión que se concentra en las cúpulas burocráticas:

«Este poder, antes depositado primariamente en sujetos privados —aunque contribuyera a hacer poros para ellos el aparato del Estado, como se ha señalado ya—, con las funciones asumidas por el Estado contemporáneo aparece también primariamente, directamente, en agentes estatales. Se puede hablar así con propiedad de poder político privado de los agentes públicos (como asunto conceptualmente distinto del poder político público), cuya creciente sustantividad merece la mayor atención». (CAPELLA, 1985, p. 137).

## 2. LA FALTA DE PERCEPCIÓN DE LOS CAMBIOS POR LA DOCTRINA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

### a) *Administración y principio de legalidad*

El incremento del papel intervencionista del Estado da lugar, pues, a transformaciones en el funcionamiento de la Administración pública. Junto al de legalidad concurren otros criterios para evaluar la actuación administrativa. Para que la legalidad pueda resultar compatible con los otros criterios concurrentes, tiene lugar una pérdida de precisión de las normas que regulan la actividad administrativa. Ello se traduce en un incremento de los poderes de decisión de la Administración, que se concentra en los estadios superiores de la misma.

La visión de una Administración sometida al principio de legalidad, propia de los manuales de Derecho Administrativo al uso mantiene ocultos, sin embargo, los problemas que se han venido analizando hasta aquí. Las complicaciones derivadas de la concurrencia de los criterios de eficacia y de generación de consenso anticipado junto con el de legalidad quedan fuera de su mirada. También queda oculta la separación real entre la élite administrativa dotada de facultades decisorias y el resto de los funcionarios. Desde la perspectiva de los manuales de Derecho Administrativo, la Administración pública aparece como una instancia uniformemente jerarquiza-

9. «No es cuestionable que en un país donde la clase social ha estado tradicionalmente ligada íntimamente con el acento, entonación, enunciación y elección de palabras (en definitiva, con el estilo verbal), es más probable que los estudiantes de *Oxbridge* causen mejor impresión cuando son entrevistados por personas de su misma clase social que sus oponentes *no-oxbridge*. (HETZNER, Candace: «Social democracy and Bureaucracy. The Labour Party and Higher Civil Service Recruitment», en *Administration & Society*, 17, I, mayo 1985, pp. 97-128, p. 102).



da, compuesta por órganos cuyas competencias están atribuidas por normas jurídicas y que deben observar un procedimiento también jurídicamente establecido.

La perspectiva que adopta el Derecho Administrativo para estudiar la Administración pública, es, obviamente, una perspectiva jurídica. Los análisis que se realizan desde el Derecho Administrativo son el resultado de una determinada visión de la relación entre Administración y Derecho. Esta visión deriva del diseño clásico del Estado de Derecho. Dos principios básicos de éste sirven para encuadrar la visión que se ofrece de la Administración desde los manuales de Derecho Administrativo: el principio de la división de poderes y el principio de legalidad. En efecto, la Administración es presentada como parte integrante del poder ejecutivo. La Administración aparece, además, sometida a la ley en el ejercicio de su actividad<sup>10</sup>, aun cuando ésta no consista en una mera *aplicación* de la ley (tarea propia del poder judicial), sino en la labor más imprecisa de *ejecución* de esa ley.

El sometimiento de la Administración a la ley es una condición necesaria de la legitimidad de su actuación en el diseño del estado de Derecho. Por «ley» se entiende aquí una norma general emanada del órgano que ostenta la representación popular: el parlamento. El carácter representativo del parlamento es el que confiere legitimidad a sus decisiones. La ejecución o aplicación de la ley no la llevan a cabo, en este modelo, órganos directamente representativos. Por ello, para que sus decisiones puedan ser consideradas como legítimas, es necesario que se ajusten a los criterios generales establecidos en las normas aprobadas por el órgano representativo. La legalidad actúa, pues, desde este punto de vista, como una correa de transmisión de la legitimidad.

La caracterización del principio de legalidad resulta ser una tarea más compleja —desde el punto de vista del análisis de la legitimidad de la actuación administrativa—, a partir del momento en que se admite la posibilidad de que determinados órganos de la Administración dicten normas de carácter general: los reglamentos. Al abordar esta cuestión, se habla en algún manual de legalidad «en sentido amplio» o de sometimiento de la Administración al «bloque de la legalidad» (G.<sup>a</sup> DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ, 1988, p. 413). Con ello se quiere significar que entre las normas a las que la Administración debe someterse en su actuación concreta se encuentran, junto a las leyes, también los reglamentos.

El último elemento del sistema lo constituye la existencia de unos tribunales capacitados para controlar que la Administración se ajuste a las normas jurídicas en su actuación (GARRIDO FALLA, 1987, pp. 80-81). De este modo los particulares tienen la posibilidad de reclamar judicialmente

---

10. GARCÍA DE LA ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 4.<sup>a</sup> ed., 1988, p. 411. V. T. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 10.<sup>a</sup> ed., 1987, pp. 63-92; ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 9.<sup>a</sup> ed. 1986, pp. 23-81; MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 1986, pp. 31-45.

frente a decisiones administrativas que no se ajusten a derecho. La Administración suele contar, sin embargo, con ciertas prerrogativas. En el caso español, esas prerrogativas se traducen en una presunción de que las decisiones administrativas se ajustan efectivamente a derecho y en una atribución a la Administración de la potestad de realizar sus pretensiones por sus propios medios. Esas prerrogativas hacen que la Administración y los ciudadanos no se encuentren en una situación de igualdad a la hora de pleitear. Pero, hecha esta salvedad, el control jurisdiccional de la actividad administrativa es presentado en los manuales de derecho administrativo como la clave de bóveda que cierra el sistema del principio de legalidad y le dota de auténtico contenido.

Esta es la visión tipo del principio de legalidad, en cuanto fundamento de la legitimidad de las decisiones administrativas. En ocasiones, viene acompañada de una exposición histórica en virtud de la cual el desarrollo de los dos últimos siglos aparece como un proceso de juridificación creciente de la actuación administrativa. Es el caso, por ejemplo del manual del profesor García de Enterría. El primer hito de este proceso sería la sustitución del principio de que a la Administración le está permitido hacer todo aquello que no le está expresamente prohibido, por el principio contrario, el de que le está prohibido hacer todo lo que no le está expresamente permitido. El segundo hito sería la implantación del control judicial de la actividad de la Administración (G.<sup>a</sup> DE ENTERRIA y FERNANDEZ, 1988, pp. 413-418). El tercero sería la extensión del control jurisdiccional también a las llamadas facultades *discrecionales* de la Administración.

En relación con esta última cuestión, lo que tiene interés resaltar es que las «potestades discrecionales» aparecen como el «último reducto» que se resiste al asalto de la legalidad. Se trata de un reducto no susceptible de ser eliminado por completo. Pero que ha sido objeto de un acoso creciente.

Ese cerco se ha concretado, por un lado, en la delimitación más precisa del concepto de *discrecionalidad* para diferenciarlo de otros supuestos que se le venían asimilando, como el de los conceptos jurídicos indeterminados. Además, los jueces empiezan a controlar los aspectos reglados de las competencias discrecionales, admitiéndose la posibilidad de anular las decisiones adoptadas en uso de facultades discrecionales por vicios de competencia o de forma. Además, en virtud de la doctrina de la desviación de poder, se permite a los jueces también entrar en el fondo de las decisiones y juzgar si se ajustan o no al fin que perseguía en ese caso la asignación de facultades discrecionales (G.<sup>a</sup> DE ENTERRIA y FERNANDEZ, 1988, PP. 433-452).

Al concebir las facultades discrecionales como «último reducto», se refuerza la imagen de la historia de la moderna Administración pública como un proceso de sometimiento cada vez más preciso al derecho. Esta visión contradice el aumento real de poder de decisión que, como se ha visto,



han experimentado determinados órganos de la Administración en los últimos tiempos<sup>11</sup>.

b) *Los conceptos jurídicos indeterminados*

En la doctrina administrativa española se desarrolló una polémica acerca de los conceptos jurídicos indeterminados a partir de los años sesenta. En esta discusión se analizan problemas derivados de la inclusión en las normas de derecho administrativo de conceptos genéricos, vagos, cláusulas generales, etc. Se trata, pues, de un tema directamente relacionado con el grado de determinación de las normas jurídicas. Pero, como se verá, la indeterminación no se pone en relación con las transformaciones experimentadas por el derecho en el Estado intervencionista.

La introducción de esta polémica en España se debió a un artículo de Eduardo García de Enterría publicado en 1962 y titulado «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos»<sup>12</sup>. Hitos de esta polémica son los artículos de Clavero Arévalo<sup>13</sup>, Alejandro Nieto<sup>14</sup>, Martín González<sup>15</sup>, el libro de Fernando Sainz Moreno<sup>16</sup> y más recientemente, el libro de Antonio Mozo Seoane<sup>17</sup>.

La categoría «conceptos jurídicos indeterminados» se refiere a expresiones vagas e inconcretas tales como «ofensas a la moral», «comportamiento poco honroso», «buenas costumbres», «buen padre de familia», etc. que en ocasiones aparecen en los enunciados de las normas jurídicas. Estas expresiones no son producto necesariamente de una incapacidad del lenguaje legal de ser más preciso. Esa vaguedad puede ser querida por el legislador. De acuerdo con Sainz Moreno, puede servir para introducir «elementos de acoplamiento a una realidad variable o poco conocida» (p. ej. «usos del tráfico»). Puede permitir «graduar las consecuencias de la calificación jurídica» («indemnización adecuada) o responder a la necesidad de «hacer refe-

---

11. En el manual del profesor GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo*) se apunta el tema de las transformaciones que implica el intervencionismo estatal. Pero estas transformaciones se atribuyen genéricamente a «la mayor interdependencia social que caracteriza la vida de las modernas comunidades políticas» (p. 73). Inmediatamente después se considera como motor fundamental de este cambio el hecho de que «los ciudadanos comienzan a exigir al Estado determinados servicios públicos, es decir, determinadas prestaciones positivas que ayudan al desarrollo de la actividad individual» (p. 74). A partir de ahí, se saca la escueta conclusión de que «sólo la vinculación administrativa a los principios jurídicos materiales (...) puede legitimar que se pueda seguir admitiendo la vigencia del Estado de Derecho» (p. 75). No se extraen, sin embargo consecuencias de ello, ni se ponen de manifiesto las profundas modificaciones que implica.

12. Publicado en la *Revista de Administración Pública*, 38, 1962 y reeditado en Civitas, Madrid, 1974.

13. «Jurados fiscales y jurisdicción contencioso-administrativa», *RAP*, 39, 1962.

14. «Reducción jurisdiccional en materia disciplinaria», *RAP*, 44, 1964.

15. «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *RAP*, 54, 1967.

16. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

17. *La discrecionalidad de la administración pública en España*, Madrid, Montecorvo, 1985.

rencia a tipos medios o tipos de frecuencia» («funcionario típico», «ordenado comerciante») (SAINZ MORENO, 1976, p. 194).

La doctrina de los «conceptos jurídicos indeterminados» desarrollada por los administrativistas pretende deslindar estos casos de indeterminación conceptual de los supuestos de atribución de facultades discrecionales. El componente discrecional de las competencias administrativas no es susceptible de fiscalización judicial. El uso por el legislador de expresiones vagas o imprecisas no significa, sin embargo, una atribución implícita de facultades discrecionales a los órganos administrativos. La aplicación de los conceptos indeterminados a los casos concretos es, por el contrario, un problema de interpretación. Cae plenamente dentro de la esfera de actividad del juez. Por consiguiente, esa interpretación y aplicación pueden ser revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa:

En este sentido, señala Sainz Moreno:

«Bajo la denominación *teoría de los conceptos jurídicos indeterminados* se entiende, en el ámbito del derecho administrativo, la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones 'posibles' aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone de otra cosa, más que una solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa». (SAINZ MORENO, 1976, p. 192).

La diferencia entre los dos preceptos siguientes puede servir para entender el sentido de esta doctrina.

Art. 28 de la ley de Contratos del Estado: «Los órganos de contratación *podrán* optar entre la subasta y el concurso-subasta, como formas de adjudicación, cuando se trate de proyectos de obras muy definidos y de ejecución sencilla, cuya cuantía sea inferior a veinticinco millones de pesetas».

Art. 1 punto 9 de la derogada O. de febrero de 1975: «Se admitirá el desnudo siempre que esté exigido por la unidad total del film, rechazándose cuando se presente con la intención de despertar pasiones en el *espectador normal* o incida en la pornografía».

El art. 28 de la L.C.E. es un claro ejemplo de norma que atribuye una facultad discrecional. Se autoriza al órgano administrativo a optar entre la subasta y el concurso-subasta cuando se dan ciertas circunstancias<sup>18</sup>. Da-

18. Estas circunstancias están descritas con un cierto grado de vaguedad, pero esa es una cuestión que puede ser dejada de lado ahora.



das estas circunstancias, la Administración no tiene que argumentar por qué se ha decidido por la subasta en lugar del concurso-subasta o viceversa. Si se admite que se dan los presupuestos (definición, ejecución sencilla, cuantía), el juez no podrá entrar a valorar la decisión a favor de una u otra forma de adjudicación del contrato. El ámbito de discrecionalidad queda sustraído al control judicial<sup>19</sup>.

En el segundo caso, la norma contiene expresiones notablemente imprecisas. En particular, la expresión «espectador normal» cae perfectamente dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados. A la indeterminación de este concepto se suma la vaguedad de expresiones como «despertar pasiones» o «exigido por la unidad total del film». En una primera aproximación podría, pues, asimilarse a una norma que atribuyese al órgano censor en cuestión la facultad de decidir discrecionalmente la admisión o rechazo del desnudo en las películas.

Sin embargo, lo que afirma la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados es que la posición del órgano que decide es diferente en uno y otro caso. En el primer ejemplo, la Administración puede decidir libremente entre la subasta y el concurso subasta. No tiene por qué dar explicaciones. En el segundo caso, sí tiene que explicar por qué admite o rechaza un desnudo. La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados sostiene que la Administración no puede limitarse a afirmar, por ejemplo: «se rechaza el desnudo en este film porque se introduce con la intención de despertar pasiones en el espectador normal». El censor tiene que argumentar por qué considera que en ese caso concreto el desnudo despierta pasiones en el espectador normal. Decidir si se admite o rechaza el desnudo no es, pues, una facultad discrecional. Al exigir una argumentación, ésta puede ser examinada y eventualmente rechazada por el juez.

Las discrepancias entre los defensores de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se dan sobre todo en relación con los llamados «casos límite». Se trata de supuestos extremos en los cuales parece necesario reconocer a la Administración un cierto margen de apreciación. Suelen citarse al respecto los ejemplos de calificación de exámenes o de la determinación de la idoneidad para el desempeño de un cargo o función. La polémica

---

19. Mozo Seoane intenta caracterizar la atribución de facultades discrecionales en términos de teoría general de las normas. Parte de un esquema de norma jurídica desarrollado por Larenz. Se trata de una variante del esquema clásico supuesto de hecho + consecuencia jurídica. Se considera aquí que los componentes de la proposición normativa son tres: supuesto de hecho, cópula normativa (debe, no debe, puede, etc.) y consecuencia jurídica. En base a este esquema, Mozo Seoane caracteriza las normas que atribuyen facultades discrecionales en virtud del tipo de cópula. Si la norma vincula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica con una cópula del tipo «puede», entonces hay atribución de discrecionalidad. (V. MOZO SEOANE, Antonio: *La discrecionalidad de la administración pública en España*, pp. 335-370).

mica se refiere a la existencia, amplitud y posibilidades de fiscalización judicial de ese margen de apreciación<sup>20</sup>.

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados se basa, sin embargo, en un presupuesto difícilmente demostrable. Se trata del principio que Sainz Moreno denomina de la «única solución justa». Es un principio asumido dogmáticamente: se presupone que al aplicar una norma que contenga un concepto jurídico indeterminado a un caso concreto, existe una única solución justa y es posible encontrarla. De acuerdo con este dogma es posible determinar siempre si nos encontramos ante un supuesto que cae dentro del ámbito de referencia del concepto jurídico indeterminado (ante un buen padre de familia, ante un espectáculo que atenta contra las buenas costumbres, ante un juez poco honroso, etc.). Aun cuando no sea posible determinar más el concepto en abstracto, siempre resultaría, pues, inequívoca su aplicación a los casos concretos<sup>21</sup>.

Sobre el dogma de la única solución justa se edifica la ficción que permite la fiscalización judicial de las decisiones administrativas. La ficción consiste en obligar al órgano administrativo a argumentar «como si» efectivamente existiera una única solución justa. De este modo, esa decisión puede ser examinada por el juez «como si» esa única solución justa efectivamente existiera. La ficción, obviamente, no se presenta como tal. Sólo mediante

---

20. A modo de ejemplo, la solución que propone Mozo Seoane apunta hacia una tripartición (V. *La discrecionalidad de la administración pública en España*, pp. 381-400). Por un lado están los conceptos jurídicos indeterminados. Estos pueden determinarse por referencia a criterios extrajurídicos (morales, técnicos, etc.). En el otro extremo se encuentran las normas que reconocen facultades discrecionales. En el medio están los casos-límite. Los casos-límite implican la realización de un juicio de valor por parte del intérprete. Pero esto por sí solo no sirve para caracterizarlos. Para Mozo Seoane, los casos-límite son supuestos de conceptos cuya aplicación a los casos concretos suponen la realización de un «juicio de valor subjetivo». O, dicho de otro modo, se otorga confianza al criterio subjetivo del aplicador de la norma. Se trata de un supuesto similar al de la atribución de facultades discrecionales (398). Aunque aquí la atribución de la discrecionalidad se desplaza desde la cópula hacia el supuesto de hecho, produciéndose una «quiebra del esquema lógico-formal conforme al que se manifiesta la discrecionalidad de la administración» (399). Este ámbito de libertad de apreciación no puede ser fiscalizado por los tribunales (396).

21. «Todo concepto jurídico tiene un significado concreto» Este es un principio esencial del derecho: todo concepto jurídico significa algo y no cualquier cosa. Por tanto, planteada la cuestión de si un concepto jurídico hace referencia o no a un objeto, no hay más que una respuesta, llámese válida, verdadera o justa» (SAINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 172).

«No se trata, en efecto, de dar un tratamiento jurídico específico a los conceptos indeterminados; se trata, por el contrario, de exponer las razones por las que todo concepto incorporado a una norma jurídica —cualquiera que sea el grado de su determinación— puede ser interpretado y aplicado de acuerdo con la solución 'justa' que ese concepto, en cada caso y en su contexto legal y situacional, lleva implícita». (Id. pp. 212-13).

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, nos encontraríamos ante un supuesto en que es imposible precisar más el dictado de la norma general en la que se configura la competencia. Sin embargo, se presupone que en cada caso concreto sólo es posible que haya una única «solución justa». Por el contrario, en el caso de las facultades discrecionales diversas soluciones pueden ser igualmente justas (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, pp. 433-439).



indicios indirectos puede descubrirse el grado de conciencia que un jurista concreto pueda tener del componente retórico de la doctrina<sup>22</sup>.

Es fácil darse cuenta de que el problema de los conceptos jurídicos indeterminados resulta ser muy próximo al fenómeno de la «informalización» del derecho de que habla I. Maus. A pesar de esta proximidad, el tratamiento doctrinal español no vincula el problema de los conceptos jurídicos indeterminados con el tema más global de la predeterminación jurídica de la actuación administrativa. No se da una reflexión acerca de si el uso de los conceptos jurídicos indeterminados ha aumentado o tiende a disminuir. Tampoco si este tipo de conceptos se da más en un tipo de materias que en otras y si éstas varían históricamente. La polémica se inició en Austria a finales del siglo pasado y hoy se reproduce casi en los mismos términos. No se ha incorporado a la misma la reflexión acerca de las transformaciones que experimenta la relación entre el derecho y la Administración como consecuencia de la actividad interventora del Estado.

### 3. ¿DOS VERDADES ACERCA DE LA ADMINISTRACIÓN?

La visión que se nos ofrece de la Administración desde el Derecho Administrativo y desde las Ciencias Políticas o de la Administración es, como se ha visto, muy diferente. Ambas visiones discrepan especialmente en lo que respecta al grado de sumisión de la actuación administrativa al derecho. Esta discrepancia constituye en sí misma un problema. La solución de este problema tiene que ser una de las tres siguientes: o bien en un caso y en otro se está hablando de cosas distintas; o bien una de las dos visiones del funcionamiento de la Administración debe ser considerada falsa; o bien lo que es verdad para el derecho no tiene necesariamente que serlo fuera de él. La tesis de la «doble verdad», aunque poco defendible epistemológicamente, ha sido un recurso al que en ocasiones ha recurrido la doctrina jurídica.

En los manuales de Derecho Administrativo suele citarse la obra de Adolf Merkl en el contexto del análisis del principio de legalidad. Este autor elabora una «teoría general» en el ámbito de la Administración de características similares a la «teoría general» del Estado elaborada por Kelsen<sup>23</sup>. La doctrina de Merkl proporciona algunas claves para resolver el problema.

Si se examina atentamente la *Teoría General de la Administración* de Merkl, se puede comprobar que no contradice los análisis materiales del funcionamiento de la Administración —a diferencia de lo que ocurre con el trata-

---

22. El elemento de ficción no significa que la doctrina carezca de sentido. Verdaderamente permite un grado mayor de control de las decisiones administrativas. También una mayor protección de los intereses de los particulares. En primer lugar porque obliga a la Administración a argumentar sus decisiones. En segundo lugar, porque permite un mayor grado de control judicial.

23. MERKL, Adolf: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Derecho Privado, 1935 (no consta traductor).

miento jurídico-administrativo del principio de legalidad—. Esta afirmación es también aplicable a la *Teoría General del Estado* del Kelsen.

Hay una primera discrepancia —que es clave— entre los planteamientos de Merkl y el tratamiento habitual del principio de legalidad. Del mismo modo que Kelsen establece una relación esencial entre derecho y Estado, Merkl la establece entre derecho y Administración. La relación entre Administración y derecho no es histórica, sino esencial<sup>24</sup>. Por el contrario en los análisis del principio de legalidad la juridificación de la Administración se presenta como un proceso histórico relativamente reciente. En concreto, aparece como un fenómeno ligado a la aparición y afianzamiento del Estado de Derecho.

Según Merkl no puede existir Administración sin derecho, porque sin derecho no podría atribuirse al Estado la actuación de la Administración.

«Solamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación del Estado nos permite poner en relación, referir al Estado determinados actos de la actividad humana, realizados con la intención de cumplir aquel precepto jurídico». (MERKL, 1935, p. 211).

«Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado». (MERKL, 1935, p. 213).

El «principio de juridicidad» de la Administración consiste, para Merkl, en esa relación necesaria entre Administración y derecho (MERKL, 1935, p. 212). Este principio de juridicidad no prejuzga, sin embargo, la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa (MERKL, 1935, p. 213). Es, simplemente, el contrapunto de aquella relación esencial entre Administración y derecho. Se trata de una idea central de la doctrina de Merkl —que comparte con la teoría de Kelsen<sup>25</sup>—, a la que no se suele conceder la debida atención: según Merkl, sería suficiente la existencia de una sola norma que autorizase administrar en función del interés general para satisfacer el principio de juridicidad (MERKL, 1935, p. 214).

La relación esencial entre Administración y derecho es una tesis que tiene, sin embargo, puntos débiles. Es más débil la versión de Merkl que la de Kelsen. En concreto, según Merkl para que una persona pueda actuar como órgano del Estado tiene que existir una norma que le atribuya tal competencia. Si no existe tal norma o esa persona se extralimita en sus competencias, no estaría actuando en calidad de órgano del Estado (MERKL, 1935, p. 211).

24. De acuerdo con Merkl la existencia de la Administración no es necesaria, pero si existe no podrá hacerlo sin derecho administrativo. (MERKL, Adolf: *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 211).

25. KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, (1925), trad. cast. de Luis LEGAZ LACAMBRA: *Teoría General del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, por donde se cita, Cfr. p. ej. p. 318 donde Kelsen señala que el grado de determinación de las normas «inferiores» por parte de las «superiores» puede ser mayor o menor, pero nunca completo.



De acuerdo con este planteamiento, no sería posible hablar en ningún caso de una actuación ilegal del Estado. Y esa es una consecuencia, cuando menos, chocante. Por otro lado, hay que tener en cuenta que las decisiones de las personas dotadas de autoridad jurídica se presuponen válidas en principio. Sólo después de ser examinadas por un órgano de control pueden ser declaradas ilegales. Por tanto, durante un cierto lapso de tiempo tales decisiones ilegales son imputadas al Estado. Pueden incluso serle imputadas con carácter definitivo —cuando no son recurridas, p. ej.—. Esta imputación al Estado de actos ilegales resulta imposible de explicar desde los planteamientos de Merkl.

Aquí no interesa tanto hacer hincapié en estas críticas, cuanto recordar que el principio de juridicidad no dice nada acerca del grado de vinculación jurídico-administrativa. El principio de juridicidad forma parte de la Teoría General de la Administración en el sentido de Merkl o de la Teoría General del Estado en el sentido de Kelsen. Aquí se sostiene que el principio de legalidad es presentado por la doctrina jurídico-administrativa como un principio general de la Teoría General de la Administración. Cuando menos, como un principio general de la Teoría General de la Administración del Estado de Derecho.

En su monografía sobre la discrecionalidad de la Administración Mozo Seoane descompone el principio de legalidad en dos subprincipios: a) la ley es jerárquicamente superior a los reglamentos y decisiones administrativas (jerarquía normativa); b) determinadas materias deben ser reguladas por ley y no pueden ser reguladas administrativamente en ausencia de ley (reserva de ley) (MOZO SEOANE, 1985, pp. 204-205).

Hoy en día no puede afirmarse sin embargo que el principio de legalidad así entendido sea una característica de todo Estado de Derecho. El caso francés sirve de contraejemplo al subprincipio a). Nadie niega el carácter de Estado de Derecho del régimen francés. Sin embargo, no existe relación de jerarquía normativa entre la ley y el reglamento. La relación entre ley y reglamento viene establecida por el criterio de distribución de competencias. La Constitución señala las materias que deben ser reguladas por ley y establece también mecanismos para impedir que la ley extienda su regulación a otras materias.

«Hay que tener en cuenta que el art. 37 (de la Constitución francesa de 1958) establece que las materias que no son competencia de la ley tienen un carácter reglamentario y asimismo el artículo 41 otorga al Gobierno los medios para evitar las posibles intervenciones del legislador en el marco reglamentario». (GARCIA MACHO, 1988, p. 105, n. 114)<sup>26</sup>.

---

26. V. t. pp. 91-99 y GARRORENA MORALES, Angel: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 182-186.

Hay diversas posibles relaciones entre la ley y el reglamento. Todas ellas se han dado en Estados indiscutiblemente de Derecho. Y resulta imposible reconducirlas a una fórmula única como la que propone Mozo Seoane, p. ej. Puede darse, como en el caso francés, que la ley regule más materias y el reglamento otras, es posible, también que exista una reserva de ley, pero no una «reserva de reglamento». En ese caso, determinadas materias sólo podrán ser reguladas por ley. En cuanto al resto de materias, pueden ser reguladas originariamente por reglamentos. No obstante, eso no limita la capacidad expansiva de la ley. La ley puede legalizar materias no incluidas constitucionalmente en la reserva de la ley, simplemente regulándolas. El reglamento no puede poner coto a la ley. En ese caso sí existe jerarquía normativa. Rige, pues, el principio de que si un reglamento contradice la ley es inválido, aunque se admite la existencia de reglamentos independientes. En otros sistemas, por último, no se admite siquiera la existencia de reglamentos independientes. Un reglamento sólo puede dictarse en desarrollo de una ley previa. En este sentido, podría decirse que todas las materias están sometidas a reserva de ley.

La relación entre ley y reglamento en los Estados de Derecho no es, pues, una cuestión de teoría general, sino de derecho positivo. Cada ordenamiento es el que determina esa relación. No se puede encontrar una fórmula que englobe todas las relaciones que efectivamente se han dado. Por consiguiente, si el principio de legalidad hace referencia a la relación entre ley y reglamento ni siquiera podría decirse hoy en día que tal principio sea una característica del Estado de Derecho. Pues no es posible encontrar una formulación del mismo aplicable a todos los Estados de Derecho existentes actualmente<sup>27</sup>.

El principio de legalidad es, en realidad, —como diría Kelsen— un principio político. Este principio exige que la actuación administrativa quede sometida a la voluntad popular por mediación del derecho para que pueda ser considerada legítima. Sin embargo, los tratamientos habituales del tema son confusos y se acaba presentando el principio de legalidad como si se tratara del de juridicidad. La discrepancia entre la visión jurídico-administrativa y material de la Administración radica precisamente en esta confusión.

Así, p. ej., Mozo Seoane distingue entre el principio de legalidad y el de juridicidad. Remite a Kelsen y Merkl en relación con este último. De acuerdo

---

27. Podría limitarse el principio de legalidad a la idea de reserva de ley. Es cierto que en todos los Estados de derecho determinadas materias sólo pueden ser reguladas por ley. Es cierto también que entre esas materias se encuentran siempre aspectos relativos a los derechos fundamentales. Pero no puede precisarse más con carácter general. A partir de aquí se complica el problema por la confluencia de otras cuestiones: la mayor o menor amplitud de la delegación legislativa; la posibilidad o no de deslegalizar determinadas materias; el ámbito de una misma materia que se reserva a la ley y el ámbito que se deja al desarrollo reglamentario... Todo ello configura una causística enormemente compleja y no susceptible de ser reconducida a formulaciones generales. Como no sea la vaga fórmula que se propuso más arriba: que en todo Estado de Derecho hay materias que sólo pueden ser reguladas por ley y que entre esas materias se encuentran siempre aspectos relativos a los derechos fundamentales.



con Mozo Seoane el principio de juricidad parte de la consideración de que la Administración es aplicación del derecho. La actuación administrativa precisa, pues, de un precepto jurídico previo para poder ser considerada como tal. En eso consiste el principio de juricidad, diferente del de legalidad (MOZO SEOANE, 1985, p. 208).

La formulación es literalmente correcta. Mozo Seoane señala incluso que la relación entre Administración y derecho es esencial. Sin embargo, muestra no haber entendido correctamente el significado de este principio cuando afirma: «El principio de juricidad es, antes y mucho más que el principio de legalidad, el verdadero trasunto del Estado de Derecho». (MOZO SEOANE, 1985, p. 209).

En las circunstancias presentes, tener en cuenta que el principio de juricidad no presupone el grado y clase de la vinculación jurídico-administrativa resulta especialmente relevante. Es cierto que ha tenido lugar un proceso de «juridificación» en el sentido en que Habermas utiliza ese término. Es decir, se ha verificado un incremento de las materias reguladas jurídicamente y un desmenuzamiento de las ya anteriormente reguladas<sup>28</sup>. Pero también es cierto, como señala Ingeborg Maus, que esa juridificación ha ido acompañada de una pérdida de determinación del Derecho<sup>29</sup>. El incremento de la juridificación no significa, pues, una intensificación del sometimiento de la Administración al derecho.

#### 4. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD

El problema que aquí se analiza plantea serios interrogantes en relación con la legitimidad de la actuación administrativa. En la visión que ofrece el Derecho Administrativo, la cuestión de la legitimidad queda resuelta porque la legalidad actúa como correa de transmisión de la legitimidad propia de los órganos representativos. Pero en realidad se dan determinadas deci-

---

28. HABERMAS, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 1981 (trad. Cast. de Manuel JIMÉNEZ REDONDO: *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987), por donde se cita, p. 504.

29. MAUS, Ingeborg: «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», p. 278. En particular esa pérdida de determinación ha tenido lugar por la aparición de normas que se limitan a prescribir a la administración la consecución de determinados fines. La importancia del cambio que supone dicho tipo de normas queda puesta de manifiesto en la siguiente cita de Luhmann:

«Dos de las dificultades y controversias conceptuales más importantes de la 'parte general' del derecho administrativo, a saber: la cuestión de la extensión del principio de legalidad de la administración y la de la delimitación de la 'discrecionalidad' con relación al 'concepto jurídico indeterminado', hacen referencia en el fondo a este problema de la contraposición de programas teleológicos y programas condicionales, siendo por ello de un significado tan crítico para la imagen profesional que el administrativista se forja de sí mismo». (LUHMANN, N.: *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1968, trad. cast. de Nicolás MUÑIZ: *Fin y racionalidad en los sistemas*, Madrid, Editora Nacional, 1983, por donde se cita, pp. 96-97).

siones que tienen carácter político y que quedan ocultas en el seno de la Administración arropadas bajo el manto de la legalidad.

Para analizar correctamente esta cuestión, hay que remontarse de nuevo al problema del incremento de la intervención del Estado en ámbitos anteriormente considerados únicamente sociales. Esa creciente actividad interventora lleva al Estado a la necesidad de adoptar continuamente decisiones que resuelvan conflictos de intereses o de orientaciones en cada uno de esos ámbitos.

El Estado tiene, pues, que llevar a cabo una conciliación de intereses en el seno de una gran cantidad de ámbitos diversos. Tiene, además, que procurar que las decisiones que adopta en cada uno de esos ámbitos sean compatibles con las que adopta en los otros. Ha de diseñar una globalidad coherente.

Este es uno de los topes con que se ha encontrado el Estado intervencionista. Diversos autores han señalado que el llamado «Estado del bienestar» tiene unos límites intrínsecos que viene dados por la propia limitación material de su capacidad de decisión y control. El Estado no puede decidirlo todo y tampoco puede controlarlo todo. Sin embargo, la propia dinámica del Estado del bienestar parece exigirle que cada vez decida más cosas y, por consiguiente, que cada vez instrumente un mayor número de mecanismos de control para garantizar que dichas decisiones se cumplan.

Ante el problema que plantea esta situación de creciente responsabilización estatal, hay quienes abogan por la solución de la *desregulación*. Se trata de la retirada del Estado y la delegación de la responsabilidad de adoptar decisiones y ponerlas en práctica a los sectores interesados dentro de cada uno de los ámbitos. En realidad es una propuesta que no pretende sino *formalizar* y potenciar el componente corporativista que ya tienen los procesos reales de toma de decisiones<sup>30</sup>.

30. Hay otras propuestas desreguladoras más sofisticadas. En concreto Teubner defiende un modelo de «derecho reflexivo» que contiene un componente de *desregulación* por lo que respecta al derecho material y un componente de nueva regulación en sentido procedimental y organizativo (TEUBNER, Gunther: «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1982, pp. 13-59).

De acuerdo con Teubner, el derecho reflexivo renuncia a la regulación exhaustiva de los procesos sociales. Su labor es facilitadora. Regula procedimientos, formas de organización y participación que hagan posible la autorregulación. Se diferencia del derecho material en que no impone la obtención de determinados resultados. No regula todos los ámbitos y procesos sociales. Se diferencia de las teorías neoliberales de reformalización del derecho en que no se desentienden de esos procesos sociales. El derecho asume una responsabilidad correctiva y compensatoria. Aunque lo hace de manera indirecta: regulando los mecanismos de toma de decisiones. Es en este sentido en el que se habla de una «procedimentalización» del derecho (v. p. 23 y 25).

Por otro lado, el derecho reflexivo es un proyecto que pretende resolver los problemas de integración de sociedades altamente diferenciadas. No se trata de una integración «centralizada», sino «descentralizada». Esta idea se traduce en una forma de corporativismo políticamente responsable. Se trata de delegar las facultades de decisión a organizaciones privadas o semipúblicas, pero responsables políticamente. El derecho regularía los mecanismos de toma de decisiones, participación, criterios de organización, etc. Estos mecanismos y procedimientos autorreguladores deberían generar conciencia social (global). Deberían conseguir que esas organizaciones parciales sean sensibles a las consecuencias sociales de sus actuaciones y decisiones. La democratización de los procesos de decisión p. ej. cumple esa función. Aunque Teubner se encarga de subrayar que no propugna esa democratización en base a principios de carácter ético-político. Los resultados podrían ser objeto de un control político ulterior en determinados casos (pp. 27-28, 46-48 y 55).



Las propuestas desreguladoras sitúan la discusión en el terreno de la adecuación o no del tratamiento burocrático administrativo de determinados problemas. En este sentido, Habermas afirma que dicho tratamiento puede resultar inadecuado en determinados ámbitos. Por ejemplo, por lo que respecta a los conflictos familiares<sup>31</sup>. Sin embargo, situar el problema en la capacidad o no de la Administración para gestionar determinados asuntos deja de lado el problema más fundamental de la legitimidad.

Ingeborg Maus hace una propuesta que combina el control de la Administración desde fuera por la vía de la legalidad con el control desde dentro por la vía de la participación. La necesidad de incrementar la precisión de las normas legales que regulan la actividad de la Administración deriva de la consideración de que con todas las reservas —que son muchas—, el proceso de toma de decisiones parlamentario es más transparente que los acuerdos suscritos en despachos ministeriales a los que muy pocos tienen acceso.

Por otro lado, este control más intenso de la legalidad deber ir acompañado, según la autora alemana, de un incremento de las posibilidades de participación y control en la toma de decisiones y actuación de la Administración. En este sentido, puede decirse que I. Maus también aboga en parte por la *desregulación*, pero con una importante salvedad: el déficit de normas jurídicas materiales debe ser compensado por una regulación precisa del procedimiento de participación. Esta regulación debe responder a las cuestiones de quién puede participar, cómo y acerca de qué materias. Este incremento de la precisión del aspecto procesal de la participación debería suponer también un correctivo que compensase las desigualdades de poder realmente existentes en el seno de la sociedad. Además, la autora alemana adopta explícitamente un punto de vista democrático:

«La legitimación democrática de la legislación política *central* es sólo posible para aquellas materias que realmente rijan «para todos» y para la regulación de los procedimientos de normación social que han de formular las condiciones de la igualdad de los discursos. Pero para muchas materias jurídicas es necesaria una forma de regulación descentralizada por parte de los mismos afectados, que haga posible de nuevo un control legitimador de las normas (...). Pero la renuncia a la regulación estatal material no es posible (...) sin la compensación de un derecho procesal formalmente riguroso que regule el procedimiento de normación social».<sup>32</sup>

---

31. HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II*, pp. 520-526. Habermas señala asimismo que el tratamiento jurídico-burocrático de los problemas exige que estos sean objeto de una violenta abstracción. En el caso de las prestaciones asistenciales el sujeto tiene que ser tratado bajo la ficción de que ha sufrido unos perjuicios que deben ser indemnizados. Así, en el subsidio de desempleo esas indemnizaciones adquieren la forma de sumas de dinero que no compensan todo lo que supone la pérdida del trabajo (pp. 512-513).

32. MAUS, Ingeborg: «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», p. 322.

Seguir la línea de trabajo de Ingeborg Maus dejaría de lado, sin embargo, una cuestión que precisa ser contemplada en primer plano. Se trata de la existencia de unos límites estructurales a las posibilidades de democratización de los procesos de decisión en sociedades antagónicas como las capitalistas.

Ha habido autores, como Hermann Heller, que han afirmado que los mecanismos del Estado representativo son capaces de conciliar los intereses antagónicos que se generan en el seno de la sociedad. Más convincente resulta la tesis de Offe acerca de la existencia de determinados filtros estructurales<sup>33</sup>. La acción de estos filtros determina que sólo ciertos intereses y no otros sean tomados en consideración por las instancias políticas.

Offe sitúa estos «filtros» en diferentes ámbitos. En la propia delimitación del ámbito de actuación del Estado; en la ideología; en los procedimientos de toma de decisiones y en la acción de los mecanismos represivos<sup>34</sup>. Uno de los filtros que cabría encuadrar dentro del apartado de los procedimientos de toma de decisiones ya fue puesto de manifiesto por Carl Schmitt. Se trata de que determinadas decisiones conflictivas sean sustraídas a las instancias representativas y, por consiguiente, situadas fuera del campo de visión de la opinión pública.

En ese sentido, no es extraño observar un fenómeno de *transmigración de la política* de unas instancias estatales a otras, cuando los órganos políticos se muestran incapaces de «mediar» los conflictos. Este tipo de actividad ha encontrado, sin embargo, un refugio relativamente estable en el seno de las altas instancias administrativas. Se trata de un fenómeno lo suficientemente generalizado como para poder pensar que obedece a causas permanentes, no coyunturales.

El sedimento en las altas instancias administrativas de la facultad de adoptar decisiones conflictivas puede explicarse por diversas razones. En primer lugar, permite dotar a las decisiones de una cobertura jurídica por un lado y tecnocrática por otro que sirve para ocultar su carácter político y conferirles una cierta legitimación. En segundo lugar, porque es necesaria una competencia técnica para adoptar este tipo de decisiones. En tercer lugar, está el hecho de que la actividad de este tipo de instancias es muy discreta. Y las tareas de «filtro» son más fáciles de llevar a cabo si se realizan discretamente<sup>35</sup>.

33. OFFE, Claus: «Klassenherrschaft und politisches System. Zur Selektivität politischer Institutionen», en ID.: *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972, pp. 65-104. V. esp. pp. 74-75.

34. OFFE, Claus: «Klassenherrschaft und politisches System...», pp. 79-81.

35. Esta es una manifestación concreta de un fenómeno más general en el Estado del capitalismo tardío. Se trata de la contradicción entre —por utilizar los términos de Habermas— la racionalidad y la legitimación del sistema político. Para que el sistema político cumpla las funciones que le impone el sistema económico tiene que autonomizarse. Es decir, restringir la participación, fomentar la despolitización, justificarse por medio de teorías elitistas o tecnocráticas. Pero con ello entra en una crisis de legitimación (HABERMAS, J.: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, (1973), trad. cast. de José Luis ETCHEVERRY: *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1975, pp. 53-54 y 80-81.



## BIBLIOGRAFIA CITADA

- CAPELLA, Juan Ramón: «El lobo que viene (o sobre la fascistización silenciosa)», en ID.: *Entre sueños. Ensayos de Filosofía Política*, Barcelona, Icaria, 1985.
- COLEMAN, William y GRANT, Wyn: «The organizational cohesion and political access of business: a study of comprehensive associations», en *European Journal of Political Research*, 16, 1988, pp. 467-487.
- ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 9.<sup>a</sup> ed. 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 4.<sup>a</sup> ed., 1988.
- GARCÍA MACHO, Ricardo: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona, Ariel, 1988.
- GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 1, Madrid, Tecnos, 10.<sup>a</sup> ed., 1987.
- GARRORENA MORALES, Angel: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.
- GATI, Jacqueline y GLEIZAL, Jean Jacques: «La enseñanza del Derecho y formación de las capas dirigentes en Francia» (versión castellana de Mariano MARESCA), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 20-21, 1980-81, pp. 159-180.
- HABERMAS, J.: *Legitimationsprobleme im Spät-kapitalismus* (1973), trad. cast. de José Luis ETCHEVERRY: *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1975.
- HABERMAS, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 1981 (trad. Cast. de Manuel JIMENEZ REDONDO: *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987).
- HEINZE, Rolf G.: «Neokorporatistische Strategien in Politikarenen un die Herausforderung durch neue Konfliktpotentiale», en VON ALEMANN, Ulrich (Hg.): *Neokorporatismus*, pp. 137-158.
- HETZNER, Candace: «Social democracy and Bureaucracy. The labour Party and Higher Civil Service Recruitment», en *Administration & Society*, 17, 1, mayo 1985, pp. 97-128.
- KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, (1925), trad. cast. de Luis LEGAZ LACAMBRA: *Teoría General del Estado*, México, Editora Nacional, 1979.
- LUHMANN, N.: *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1968, trad. cast. de Nicolás MUÑIZ: *Fin y racionalidad en los sistemas*, Madrid, Editora Nacional, 1983.
- MANDEL, Ernest: *Der Spätkapitalismus*, Frankfurt, Suhrkamp, 1979, (trad. cast. de Manuel AGUILAR MORA y Carlos MAROTO, rev. por José Luis GONZALEZ: *El capitalismo tardío*, Mexico, Era, 1979).
- MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 1986.
- MAUS, Ingeborg: «Verrechtlichung, Entrechtlichung un der Funktionswandel von Insitutionen», en ID.: *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, Wilhelm Fink Verlag, 1986, pp. 277-331.
- MERKL, Adolf: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Derecho Privado, 1935 (no consta traductor).
- MOZO SEOANE, Antonio: *La discrecionalidad de la Administración pública en España*, Madrid, Montecorvo, 1985.
- OFFE, Claus: «Klassenherrschaft und politisches System. Zur Selektivität politischer Insitutionen», en ID.: *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972.
- OFFE, Claus: «Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político-

- administrativo» (1974), ahora en ID.: *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, pp. 7-25.
- OFFE, Claus: *Partido políticos y nuevos movimientos sociales*, trad. cast. de Juan GUTIERREZ, Madrid, Sistema, 1988.
- SAINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- TEUBNER, Gunther: «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1982, pp. 13-59.
- THERBORN, G.: *What does the ruling class do when it rules?*, London, New Left, 1978 (trad. cast. de Jesús FOMPEROSA: *¿Cómo domina la clase dominante?*, México, s. XXI, 1987, 3.<sup>a</sup> ed.).
- VON ALEMANN, Ulrich (Hg.): *Neokorporatismus*, Frankfurt, Campus, 1981.
- WOLFE, A.: *The limits of legitimacy*, Free Press, 1977, (trad. cast. de Teresita Eugenia CARBO PEREZ: *Los límites de la legitimidad*, México, 5, XXI).



## Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad

Por F. JAVIER DE LUCAS MARTIN

Valencia

En el núcleo de las relaciones entre Ética, Derecho y Política se encuentra la clásica pregunta acerca de la autonomía normativa de esta última, la pregunta acerca de si el poder debe ajustarse a los límites que le fijen el Derecho y/o la moral, y de qué forma. Uno de los supuestos más interesantes de esa relación es, concretamente, el de la vinculación de la política al principio de publicidad en tanto que exigencia ética que alcanza manifestaciones jurídicas o, si se prefiere una formulación negativa, el problema de la justificación del recurso al secreto, a la mentira o al engaño en la acción política<sup>1</sup>, esto es, de las negaciones por excelencia del principio de publicidad: en realidad, bajo el común denominador de «secreto» se reúnen con frecuencia manifestaciones que van desde el silencio más hermético -el no mostrar, no comunicar<sup>2</sup>- que es la vía áurea del secreto, su máxima concentración, al silencio negativo o simple rechazo de la pretensión de saber -no contestar, negarse a mostrar- y, finalmente, la simulación, el enmascaramiento.

En lo que sigue, me propongo una reflexión acerca de la relación entre democracia y secreto, pues entiendo que, como se ha puesto de manifiesto

---

1. Desde hace unos años trabajo en un proyecto de investigación sobre ese problema, fruto del cual han aparecido algunos artículos: DE LUCAS, 1987, 1988 y 1989. En lo relativo a la formulación del principio de publicidad como exigencia ética en política, resulta imprescindible el examen de la posición de KANT, tal y como aparece en su «artículo secreto» en *La paz perpetua*. Sobre ese particular, me remito al primero de los trabajos citados.

2. Lo que entraña también la pretensión del olvido colectivo, imprescindible para la tarea de reescribir la historia que acompaña siempre a los gobiernos totalitarios. Como sabemos, desde FREUD, la distinción entre omisión y lo secreto es ilusoria, pues el secreto está en el omitir; la clave es siempre la memoria. Si, parafraseando a CANETTI, podríamos decir que el olvido (como el secreto) está en la médula del poder, tiene razón KUNDERA cuando escribe que la lucha del hombre contra el poder es la lucha de la memoria contra el olvido. A ese respecto, continúan siendo eficaces las imágenes de ORWELL en 1984.

reiteradamente, una de las líneas de preocupación en el horizonte, en el futuro de las democracias<sup>3</sup>, es la inversión de la relación tradicional de los criterios relativos a la transparencia y al secreto en las relaciones públicas y privadas, proceso al que contribuye tan paradójica como decisivamente ese fenómeno que hace ya veinte años llamaba R.G.SCHWARZENBERG «El Estado espectáculo»<sup>4</sup>, un modelo que, como he tratado de hacer ver en otro lugar<sup>5</sup> constituye una clara herencia de la concepción del Barroco (al que, hoy, por otra parte, parecen apuntar los herederos de la postmodernidad): representar/aparentar antes que ser/estar. Efectivamente, se ha señalado que uno de los riesgos que implicarían debilitamiento de las democracias sería una cierta interpretación *a la page*<sup>6</sup> que cargaría el acento en el componente de ilusión/sugestión inevitable para el ejercicio del poder en la medida en que si el poder apareciese tal como es resultaría intolerable (o ridículo, podríamos añadir, tal y como enseña el cuento del rey desnudo o el bien conocido pasaje de nuestro SAAVEDRA<sup>7</sup>): ese sería por lo demás, el mensaje de MAQUIAVELO o NAUDE. Ambas líneas de evolución, que tienen muy diversas manifestaciones, (baste pensar, de un lado, en los problemas relativos a lo que los anglosajones denominan la *privacy*, o, de otro, en la preocupación por la hipertrofia de las posibilidades que ofrece a los poderes públicos el desarrollo de los medios informáticos que hacen más cercana la utopía negativa del «ciudadano transparente»<sup>8</sup> o en los riesgos de una democracia «televisiva»<sup>9</sup>), inciden de modo diferente en una misma

3. Junto a los problemas, como la relación entre nacionalismo y democracia, o el estatuto jurídico de los emigrantes y refugiados derechos civiles y políticos, que, por ejemplo, en el caso de Europa, y ante el horizonte del 93, paracen exigir una revisión de las instituciones y estructuras tradicionales. No es el menos importante el problema de la creciente xenofobia/racismo, sobre todo a la vista de las medidas que adoptan los diferentes Estados miembros y la propia Comunidad (p. ej., la reciente decisión del llamado Grupo de Trevi acerca de la legislación de Asilo y Refugio). En lo que respecta a España, crecen cada vez más las voces de denuncia de las consecuencias de la Ley de Extranjería. Sobre ello, AÑON-DE LUCAS-VIDAL 1986.

4. SCHWARZENBERG 1977.

5. DE LUCAS 1989a.

6. Así lo apunta SCARPELLI, en su interesante análisis de las relaciones entre democracia y secreto. Para SCARPELLI, se trata como digo, de una cierta moda francesa (se refiere, sin nombrarlo, a SCHWARZENBERG, reciente. Sin embargo, como he indicado anteriormente, habría que señalar que tiene clarísimos antecedentes en el Barroco, y singularmente en el Barroco español: no hay más que leer a SAAVEDRA o GRACIAN. La posición de SCARPELLI en SCARPELLI, 1983.

7. Sobre ello, el art. citado en nota 3. El texto de SAAVEDRA FAJARDO, se encuentra en la Empresa LXII que tiene por lema «nulli patet opus».

8. Por más que se presente como una obsesión propia de las utopías negativas que tendrán su mejor expresión en la figura orweliana del *Big Brother*, lo cierto es que resistencia a una regulación clara del secreto por parte de sectores, (especialmente me refiero, claro está, a los vinculados con los poderes públicos) tales como los relacionados con la seguridad, defensa y fiscalidad, cuya impenetrabilidad sólo es parangonable a su facilidad de acceso a las vidas de los ciudadanos, es todavía muy considerable. Desde luego, tomas de posición como las de un Fiscal General del Estado acerca de las escuchas telefónicas y de cómo los ciudadanos que tengan la conciencia tranquila «no tienen nada que temer», no contribuyen a avanzar en la defensa de los derechos y libertades que se ven en este modo amenazados.

9. Por ejemplo, DENNINGER en PÉREZ LUÑO, 1989. Se trata del bien conocido tema de la «democracia», como la definió G. MERMET 1987. Como es sabido, la tesis es que la influencia



cuestión: la posibilidad misma de que, en el futuro siga existiendo algo tan constitutivo de la democracia como la posibilidad de control del poder. En efecto, frente a las concepciones mesiánicas de la democracia, frente a la tradición roussoniana (que, recordémoslo, es calificada como totalitaria en el conocido ensayo de TALMON), que nace de un optimismo antropológico que no es otra cosa que angelismo o nostalgia de un modelo helénico idealizado (olvidando la esclavitud, la desaparición de la mujer, del extranjero), de una arcadia tan pristina como inencontrable (y, sólo en este sentido utópica), la raíz del pensamiento democrático, del modelo de democracia representativa, que tiene sus antecedentes en el propio Aristóteles (en quien se puede hallar la insistencia en las nociones de control, de aleatoriedad en los cargos, de alternancia, como claves del modelo democrático), se asienta firmemente en el principio de sospecha hacia el poder que sintetizara el *dictum* de Lord ACTON y, por tanto, la necesidad de evitar todo modelo absoluto a través de los mecanismos de división del poder que permiten el control, la rendición de cuentas por parte de quien no se propietario, sino administrador. El pensamiento ilustrado es quien consagrará como consecuencia la exigencia, al menos, de crítica, y por ello defenderá la libertad de pluma, sobre la que encontramos insistente reivindicación de LOCKE a KANT pasando por VOLTAIRE. Es también con la Ilustración como se ha establecido HÖLSCHER<sup>10</sup> cuando se consigue realizar la institucionalización «mínima» del principio de publicidad, que hoy (una vez más el motivo habermasiano de la modernidad como proyecto inacabado) se nos presenta de nuevo como aspiración, más que como punto consolidado de partida; de las tres instancias que asientan el principio de publicidad, Parlamento, Proceso judicial y Prensa, aparentemente la primordial es el Parlamento, donde se advierte la conexión entre participación y control como núcleo de la democracia representativa. Sin embargo, la crisis de las instituciones en las que se asienta la democracia representativa<sup>11</sup> hace que hoy se vuelva la mirada hacia esos otros ámbitos del principio de publicidad, singularmente a la opinión pública, a la libertad de expresión y

---

de los medios de comunicación (y muy singularmente la televisión) en las democracias industriales de masas ha hecho desaparecer el fundamento de la figura del «cuarto poder», transformando a la TV en el poder hegemónico (obviamente, al servicio de quien la controla), de modo que se alteran por completo las reglas de juego democrático y el papel de la opinión pública. MERMET señala hasta diez profundas alteraciones, tales como la sustitución de la presentación de los acontecimientos por su «puesta en escena», la tan discutida «dramatización» de la noticia que tiene con frecuencia consecuencias tales como presentar a los presuntos delincuentes como convictos, o la sustitución asimismo de la información completa por la noticia (el *scoop*: recordemos la inteligente sátira de E. VAUGH traducida recientemente al castellano como *Noticia Bomba*), o la rápida movilización y desmovilización de las informaciones.

10. En su trabajo sobre el principio de la publicidad: HÖLSCHER 1978.

11. Para un análisis reciente de alguno de esos problemas, véase la sección monográfica sobre el particular de DOXA, 6, 1989.

prensa (mejor, al derecho a libre y veraz información), como última garantía de control del poder<sup>12</sup>.

Efectivamente, entre las múltiples definiciones de la democracia, BOBBIO ofrece una que pone precisamente de relieve la importancia de esta cuestión, y es de esa noción de la que vamos a partir por cuanto, además, permite advertir con la mayor claridad la ambivalencia del principio de publicidad. Ya en un artículo para la *Enciclopedia Einaudi*, al examinar la dicotomía público/privado, ofrecía un concepto de lo público que enlaza con la noción misma de la democracia tal y como la ha desarrollado en obras posteriores<sup>13</sup>: democracia no sería otra cosa sino el gobierno del «poder visible», el «gobierno del poder público en público», donde se reúnen ambas acepciones de lo público, la que se contrapone a lo privado y aquella otra que es el antónimo de lo secreto. En realidad, la definición de BOBBIO no es, desde luego, un novedad. Habría que referirse como mínimo a las repetidas afirmaciones de MADISON, como la que se contiene en la carta de 23 de noviembre de 1787: el carácter público del poder consiste en que está abierto al público, o aquella advertencia, más conocida, en su carta a V. I. BARRY de 4 de agosto de 1822: «Un gobierno del pueblo, en la ausencia de toda información del pueblo o de los medios que le permiten acceder a ella, no es más que el prólogo de una farsa o de una tragedia, es decir, de una tragedia. El conocimiento le llevará siempre por encima de la ignorancia. Un pueblo que quiere ser su propio soberano debe procurarse el poder que le facilita el conocimiento», donde se advierte el motivo ilustrado de la relación entre poder y conocimiento, en un sentido diverso, desde luego, de la tesis de BACON<sup>14</sup>. Así, como suele indicarse<sup>15</sup>, la democracia, precisamente en cuanto se sitúa en la esfera de la política, esto es, de la cosa pública, tendría como regla general la transparencia, el principio de publicidad, y sólo de modo excepcional puede dar cabida el secreto, mientras que el secreto sería la regla en el orden de lo privado, porque, como lo define WOLFE, la democracia no sería sino «el ideal político que aboga por el máximo de participación de todos los ciudadanos, a fin de crear una comunidad basada en la interacción mutua y respetuosa de todos, que se dirige hacia objetivos decididos de común acuerdo<sup>16</sup>». La conclusión parece evidente: no hay representación real, ni participación posible, ni, en definitiva, legitimidad

12. En este sentido, me parece especialmente significativo que en un orden como el internacional, que de acuerdo con BOBBIO, calificaríamos como sistema jurídico semicomplejo, a falta de las garantías institucionales que ofrecen los ordenamientos jurídicos internos (los sistemas jurídicos complejos) es la opinión pública internacional el arma más eficaz frente, por ejemplo, a violaciones masivas de los derechos humanos por el aparato estatal. Cfr. en ese sentido la tesis que sostiene RAMON CHORNET 1987.

13. Así, BOBBIO 1985, 1986 y 1987.

14. Además de en KANT, la conexión puede advertirse con toda claridad en FICHTE, quien significativamente data su Reivindicación de la libertad de pensamiento en *Heliópolis, en el último año de las viejas tinieblas*, (1973). Las citas de MADISON pueden encontrarse en Padover 1953.

15. Por ejemplo, BARILE, 1987, pp. 11 y ss.

16. WOLFE, 1984, p. 24.



democrática, sin principio de publicidad, porque, por otra parte, no hay control donde no hay transparencia, y sin control eficaz del poder no cabe la democracia. Por eso parece tener razón HABERMAS cuando sostiene que no cabe hablar de ciudadanía hasta tanto la publicidad política activa se convierte en principio organizativo del Estado (lo que sucede con el Estado liberal de Derecho)<sup>17</sup> ¿Hasta qué punto está justificada esa descripción? ¿Acaso no pertenece a un momento trasnochado en la evolución de lo que, por llamarlo así, podemos denominar «sociedades democráticas»?

1. Antes de examinar con mayor detenimiento la relación entre democracia y secreto, debemos hacer alguna precisión sobre el concepto mismo de secreto. Efectivamente, si no queremos correr el riesgo de «satanizar» la cuestión, resulta necesario abandonar una perspectiva excesivamente simplista acerca de la función social del secreto, perspectiva que arranca en mucho casos de una concepción esencialista o realista en torno al lenguaje, sobre la que aún hoy es preciso prevenir<sup>18</sup>. A este respecto, continúan siendo útiles las observaciones de SIMMEL en el capítulo V de su *Sociología*<sup>19</sup>, a las que dedicaré alguna atención.

El punto de partida de SIMMEL es que toda relación social (por ende, la sociedad misma) descansa sobre el conocimiento mutuo, de manera que la propia intensidad de la relación está en función del grado de mutua revelación entre los sujetos de la misma. Precisamente lo que distingue a los grupos humanos es la capacidad que tiene el hombre para «manifestarse o esconderse: pues ningún otro (animal) modifica su actitud pensando en el conocimiento que otro ha de formar en él»<sup>20</sup>. Sin embargo, eso no quiere decir que el secreto esté desprovisto de función social. Hay que desproveerse del «perjuicio ético»<sup>21</sup> y, al examinarlo desde un punto de vista estrictamente sociológico, descubriremos que el secreto (que no es otra cosa que la limitación del saber) es un elemento de la estructura social, en la medida en que la tensión dialéctica que está presente en el hombre y en la sociedad exige a un tiempo concordia y competencia, cooperación y repulsión, armonía y distancia, y por ello «cierta ignorancia, cierto disimulo mutuo» son necesarios, hasta el punto de que, en cierto sentido, el secreto «constituye una de las más grandes conquistas de la humanidad. Comparado con el estadio infantil en que toda representación es comunicada de inmediato, en que toda empresa es visible a todas las miradas, el secreto significa una

17. HABERMAS 1981, p. 139.

18. Sobre el problema de las definiciones esencialistas, BOBBIO 1982, SCARPELLI 1978, o JORI 1989 y en el ámbito concreto del concepto de secreto ARENA;

19. SIMMEL, 1977.

20. Ibid. pg. 360. Como escribe PLATONOV, uno de los mejores literatos soviéticos del siglo, al hombre sólo se le puede llegar a conocer descubriendo sus secretos.

21. Al que no es ajeno el propio SIMMEL, que llegará a afirmar en otro lugar que «si el secreto no está en conexión con el mal, el mal está en conexión con el secreto... El secreto es, entre otras cosas, la expresión sociológica de la maldad moral».

enorme ampliación de la vida, porque en completa publicidad muchas manifestaciones de ésta no podrían producirse»<sup>22</sup>. Efectivamente, la evolución de la Humanidad, tal y como lo entiende SIMMEL, lleva a conquistar esos espacios de secreto, de intimidad, al rescate de ámbitos propios de individuo frente al resto de los miembros de la sociedad y frente al poder. La impronta liberal se advierte en esos argumentos y en cómo SIMMEL ve en la economía una confirmación de todo ello: la economía actual, advierte, hace posible el secreto precisamente en la medida en que el dinero es abstracto, «comprimible», y puede actuar a distancia<sup>23</sup>, lo que permitiría leer la tesis del secreto como conquista de la civilización también en la clave clásica de la colusión entre privacidad, burguesía y capitalismo<sup>24</sup>. Por lo demás, SIMMEL, reconoce las dos líneas de evolución del secreto como regla y como excepción: «a medida en que progresa la adaptación cultural, van haciéndose más públicos los asuntos de la generalidad y más secretos los de los individuos»<sup>25</sup>.

De esta exposición de SIMMEL debemos retener, además, dos notas relativas al núcleo del concepto de secreto: como advierte ARENA<sup>26</sup>, se trata al mismo de un saber y de una relación a los que resulta esencial la idea de separación.

a) El secreto es, ante todo, un saber, un *conocimiento intencionadamente separado*: esto quiere decir, sencillamente, que se trata de un conocimiento que discrimina a favor de uno o de unos pocos, que se reserva a ellos y excluye a los demás<sup>27</sup>; lo decisivo, pues, es la derogación del principio general de conocimiento, una derogación que se advierte a sí misma como excepcional. Excepcionalidad y restricción de los titulares son características propias de la noción de secreto.

b) En segundo lugar, como se deduce de lo anterior, el secreto es la *relación*, lo que exige dos o más sujetos (por eso se dice que tiene siempre carácter bifronte). Como veremos inmediatamente, se cumple aquí el prin-

22. Ibid. pg. 378. SIMMEL entiende la profundidad de la vinculación entre lenguaje y sociedad humana, pero advierte sobre un aspecto en el que no se insiste con frecuencia, y que ha sido mal entendido por una cierta perspectiva liberal: «la sociedad humana esta condicionada por la capacidad de hablar, pero recibe su forma... por la capacidad de callar»: sólo los niños y los pueblos primitivos identificarían de modo absoluto pensamiento y lenguaje. (pg. 397).

23. De otro lado, es el sentido de la advertencia clásica; *pecus non olet*.

24. Al respecto, por todos, HABERMAS 1981. En un sentido coincidente, BEJAR 1988.

25. Por lo demás, el diagnóstico de tal evolución formulado por SIMMEL adolece de un optimismo que traduce, probablemente, el trasfondo ideológico mencionado: «justicia, política y administración han perdido su secreto en la medida en que el individuo puede reservarse más, y en que la vida moderna ha elaborado una técnica que permite guardar el secreto de los asuntos privados» (p. 383).

26. ARENA, 1984, pp. 40 y ss. En el mismo sentido SCARPELLI 1983, pp. 640 y ss.

27. Como estableciera FARINACIUS en la IV Pars, q. CXIII, n. 215 de su *Praxis et theoricae criminalis*, del año 1631, el secreto es bifronte: no solamente excluye a otros sujetos de un saber escondido, sino que, al mismo tiempo, protege este saber: «quod princeps non vult alicui pandi... vel quod princeps mandat secreto teneri». De ahí, como se ha advertido, el sentido de la *divulgación* del secreto y por ello también que la connotación peyorativa aparezca como «connatural».



cipio de toda relación dialéctica, en que el primer término postula necesariamente al segundo que le niega: *no hay secreto, paradójicamente, si el otro no sabe que lo hay*, hasta el punto de que para la importancia del secreto es vital el número de los que saben que existe el secreto sin participar de él. Por lo demás, como indica con genial agudeza SAAVEDRA, el recurso al secreto es una de las coartadas habituales para obtener legitimidad (por vía elemental del miedo que evoca lo secreto, lo arcano), de modo que el secreto de muchos secretos es que en realidad no existen más que para sostener a quienes lo invocan en su propio beneficio. Me parece que tal es la tesis que propone ECO en *El péndulo de Foucault*. Se trata, además, de una relación que, (como ha advertido ORESTANO<sup>28</sup> en un trabajo de consulta imprescindible sobre los secretos en el mundo romano, en el que inspiraré ampliamente), es la consecuencia de una acción de separar, distinguir y dividir lo que significa una elección pues se trata de una realción en la que se escoge (que es el sentido del término griego *αποκρίνω*), y lo que se escoge no es sólo —ni aún primordialmente— el objeto el secreto, sino sobre todo, como veíamos antes, las personas que *merecen saberlo*. Es ese carácter selectivo del secreto lo que lo opone a la divulgación que adquiere aquí el pleno sentido peyorativo del término: el saber divulgado es degradado porque lo que todos conocen —lo que es asequible al *vulgus*— *no puede tener valor*: aquí reaparece, en mi opinión, un dato que a veces no se tiene suficientemente en cuenta y es que la raíz *secerno*<sup>29</sup> comporta algo más: el carácter sagrado de lo que está separado, de lo que sólo es accesible al chamán, al sacerdote, al sabio o comoquiera que se quiera denominar al miembro de la casta que existe (con sus privilegios) precisamente en función de la labor de mediación entre lo secreto/sagrado y el pueblo. De ahí la tentación elitista y paternalista de quien posee el secreto respecto a todos lo que no están en él, de quien conoce la verdad inaccesible respecto a quienes viven en las sombras de la caverna<sup>30</sup>. Por eso surge el vínculo de complicidad entre quienes comparten el secreto (pues sólo se confían a quienes son como nosotros y,

28. ORESTANO 1983, pp. 98 y ss.

29. Es DURKHEIM quien pone de relieve con la mayor claridad, en mi opinión, la vinculación entre la noción de lo sagrado y la acción de separación (*sacrum* arrancarías asimismo de *secernum*), lo que consituye la tesis central de su *Les formes Elementaires de la vie religieuse*. La relación entre secreto y sagrado es, pues, evidente. He intentado mostrar cómo puede trasladarse esa tesis a otros ámbitos, y en concreto al carácter *sagrado* de la noción de defensa desde el punto de vista político en DE LUCAS 1987B.

30. Creo que resulta evidente que en la concepción platónica del paralelismo entre conocimiento y virtud que, junto al idealismo, se halla en la base de la tesis del filósofo-rey, se encuentran todos los elementos a los que me refiero, unidos en la concepción eudemónica del Estado: el pretexto de la felicidad, la salvación o el bien de los súbditos (pues no pueden ser ciudadanos quienes son tratados según el paradigma de menor de edad, el enfermo o incapacitado) que, paradójicamente, reducen la legitimidad al principio maquiavélico de que el fin justifica los medios, que es el *leit-motiv* que reaparece, a pesar de que el envoltorio sea diverso, tras el discurso de la meritocracia (p. ej. tal y como lo denuncia DAHL 1985). He intentado mostrarlo con mayor detenimiento en DE LUCAS 1988.

además, el secreto no se da simplemente: se deposita)<sup>31</sup> y, de otro lado, nace la relación de hostilidad hacia quien trate de acercarse para desvelar el secreto (en potencia, cualquiera que no pertenezca al círculo de iniciados) y es que, desde luego, en cuanto nacido de la separación, la elevación del secreto a categoría de principio social y político, como veremos, potencia la visión maniquea y antagonista —por decirlo pronto: schmittcana— en las relaciones sociales y políticas. De estas precisiones sobre el concepto de secreto derivan, entre otras consecuencias, que, como ha recordado ORESTANO, no cabe confundir (a) secreto como lo *ignotus* y (b) misterio como lo *ignorabilis*: secreto no es lo que no se puede conocer, sino lo que no se conoce porque se pretende que no se debe conocer. En otras palabras, para que haya secreto, como queda dicho, es imprescindible la decisión, la elección, la intención o voluntad de separar ese conocimiento del libre acceso (es en este sentido en el que se suele aducir que una teoría científica no es secreta, sino simplemente no es accesible a todos en razón de la diferente capacidad intelectual, aunque cabría contraargumentar que en muchos casos el problema es precisamente el haber hecho inaccesible una teoría o un conocimiento concreto para justificar la existencia de los mandarines del mismo). Por eso, como advierte MIGLIO<sup>32</sup>, lo opuesto al secreto es el conocimiento (que se caracteriza, como señala SCARPELLI<sup>33</sup>, por ser un saber orgánico —que se inserta en un sistema— y controlable por su destinatario) y no la noticia, que es sólo ilusión de conocimiento y que, en manos de los aparatos de propaganda (ya sean los del monopolio propios del Estado totalitario, o de las democracias televisivas de las sociedades consumistas), son la más perfecta coartada: procuran la ilusión de la máxima transparencia, cuando, en realidad, el torrente de noticias, de escándalos y denuncias, deja a menudo intactos los auténticos secretos.

2. Recordábamos al principio que parecía una regla básica respecto al secreto el distinguir la razón inversa de su legitimidad en el orden público y en el privado. Efectivamente, no es posible olvidar que uno de los motores de la lucha contra el *ancien régime* es precisamente la oposición al gobierno a través del secreto, cuyo símbolo fueran las *lettres de chachet*<sup>34</sup>, pues, como afirmara uno de los más característicos representantes de la Ilustración en el orden jurídico, BECCARIA, «el secreto es el más firme escudo de la tiranía»<sup>35</sup>. Ahora bien, ¿es realmente incompatible el secreto con la democracia? Dicho de otra manera, la instauración del principio de publicidad como requisito conceptual de la democracia misma ¿exige la abolición de todo

31. Sobre la dinámica del secreto y de lo clandestino y los vínculos entre quienes lo comparten en las sociedades secretas, vid. el trabajo de LOBREAU en DUJARDIN 1987.

32. MIGLIO 1983, pp. 169 ss.

33. loc. cit. p. 630.

34. Permitáse nuevamente la remisión a DE LUCAS 1989.

35. La cita puede encontrarse en el párrafo IX dedicado a las «acusaciones secretas» de su *De los delitos y penas*.



tipo de secreto? Desde una perspectiva liberal, reforzada por el *tempo* histórico, podría formularse una primera objeción a esa tesis, por cuanto cabría afirmar que, precisamente, lo que caracteriza un régimen totalitario es la absoluta transparencia —ausencia de secreto— de la vida privada respecto al poder estatal<sup>36</sup>, y aún añadir otra crítica, que la máxima publicidad —la transparencia *deslumbrante* (cegadora, pues)— de la llamada «democracia televisiva» no es precisamente una garantía de control, sino muy frecuentemente lo contrario, una vía para la manipulación,<sup>37</sup> objeción esta que, seguramente, ya no sería tan compartida desde las mismas filas liberales (al menos no desde lo que llamamos liberalismo radical, por contraposición al liberalismo económico). ORESTANO, en su mencionado análisis de la aparición y alcance de los principios de publicidad y secreto en el ámbito jurídico romano, pone de manifiesto su carácter bifronte: publicidad y secreto no pueden elevarse en ningún momento a principios absolutos (ni en el Senado ni en la administración de justicia, las dos instituciones clave), sino que se da una compresencia dialéctica de ambas, una alternancia entre *palam* y *secretum*, si bien, en líneas generales, cabría observar que en la tradición republicana prevalece la primera y en el Imperio se afirma el segundo<sup>38</sup>. En lo que sigue trataré de ofrecer en líneas generales algunos criterios orientadores sobre la relación entre democracia y secreto.

En primer lugar, es preciso llamar la atención sobre la necesidad de distinguir entre la licitud del recurso al secreto de un lado y, de otra parte, la utilización del engaño o la mentira, o como ha escrito BARILE, inspirándose en BOBBIO, la distinción entre la licitud del poder oculto que se oculta y del poder que oculta algo, que se enconde escondiendo algo<sup>39</sup>. Aquí, además de la enseñanza de KANT, a la que me he referido con anterioridad<sup>40</sup>, parece útil la discusión en la que intervienen, entre otros, desde MAQUIAVELO a NAUDE, pasando por CLAPMARIUS y la doctrina de los *arcana imperii* o los teóricos de la razón de Estado, hasta los ilustrados que participan en el poco conocido concurso convocado en 1778 por la Academia Prusiana de las Ciencias y las Letras bajo el patrocinio de Federico II acerca de la cuestión relativa a la conveniencia *para el pueblo* de ser

36. Indudablemente, la ausencia de lo que los anglosajones llaman *privacy* —el ámbito de las *intima* de los romanos—, de los secretos industriales o bancarios y, en un orden aún más básico para la vida pública, p. ej. el secreto del voto, parecen rasgos totalitarios.

37. Así, sobre el problema de la titularidad privada de medios de comunicación (y en concreto de medios radiotelevisivos) y sus consecuencias en un orden democrático, puede verse el espléndido trabajo de M. SAAVEDRA. 1988.

38. Cfr. p. ej. pp. 115 y ss.

39. BARILE 1987, p. 27.

40. Como he tratado de demostrar en LUCAS 1990, la exigencia del principio de publicidad y la exclusión correlativa del engaño y del secreto recorren toda la obra de KANT. Especialmente tajantes son sus afirmaciones sobre la incompatibilidad del secreto con los principios de acción política y sobre la mentira como el mayor crimen por cuanto niega aquello de más básico que hay en el hombre; su capacidad de comunicar con los demás.

engañado<sup>41</sup>. Las limitaciones del presente trabajo me impiden extenderme en ese examen, de modo que me limitaré a recoger lo que me parece una de las conclusiones más interesantes de las aportaciones de BECKER y CONDORCET: el engaño nunca es un recurso lícito, pues desvirtúa el propio punto de partida de la democracia, el principio de autonomía, de mayoría de edad (podríamos decir, de otra manera, la idea misma de participación, la noción de ciudadanía, la titularidad de la soberanía política). Por otra parte, como señala LAPORTA al criticar lo que denomina «el error Maquiavelo», no hay ninguna razón para establecer respecto a las acciones de poder «una especie de excepción de juicio ético... se trata de acciones que inciden directa y gravemente sobre la vida individual y social, y, por tanto, sobre la base misma de la moralidad»<sup>42</sup>: del mismo modo, si no más, que lo es en la vida privada, el engaño, la mentira, son reprobables en la vida pública, porque constituyen, insisto, un obstáculo dirigido contra dos principios sin los que no cabe democracia: el acceso de los ciudadanos a la información, al conocimiento sin el cual no pueden ejercer de forma libre y consciente su voluntad soberana, y, en consecuencia y en segundo lugar, la posibilidad misma de control del poder.

En cambio, por lo que se refiere al secreto, no es fácil una definición tan categórica, una radical exclusión del mismo en la vida pública, mejor, en el ámbito de la acción de los poderes públicos, que es lo que nos ocupa, precisamente también, entre otros motivos, por cuanto tampoco es así en el ámbito privado, tal y como nos recordaba SIMMEL (aún más, la preservación de ciertos espacios de lo secreto, como vimos, parece una de las razones de legitimidad de poder). En realidad, como se deduce del propio concepto, corresponde a la propia definición de secreto las notas de excepcionalidad y restricción y eso es precisamente lo que puede salvar su compatibilidad con las reglas del juego de la democracia: *lo que resulta incompatible con la democracia no es que haya secretos, sino que estos escapen a la ley*, que no estén regulados jurídicamente (lo que resulta conceptualmente imposible respecto al engaño o a la mentira). Precisamente lo característico de la democracia es que se sabe quien, cuándo, cómo y por qué cabe restringir el acceso al conocimiento y que la decisión sobre todo esto, es decir, que la decisión sobre el estatuto jurídico de los secretos, queda en manos del pueblo a través de sus representantes. Son ellos quienes deben decidir, por tanto, hasta qué punto cabe extender el régimen de la utilización del secreto sin que ello vulnere la excepcionalidad del mismo. Es el control por el Par-

---

41. Es SCARPELLI, en el trabajo ya mencionado en notas anteriores, quien llama la atención sobre dicho concurso. En este momento se encuentra en prensa una edición castellana de los trabajos de BECKER y CASTILLON que obtuvieron el premio (en la modalidad negativa y positiva de respuesta), junto a la respuesta de CONDORCET, edición que he preparado para el Centro de Estudios Constitucionales. Se trata de la primera edición conjunta de esos escritos, pues las ediciones alemana y francesa (y la italiana, que es traducción de la francesa) contenían sólo parte de los mismos (los de CASTILLÓN y CONDORCET, o el de BECKER).

42. LAPORTA 1990, pg. 16.



lamento, que tiene dos armas básicas, aunque a pesar de todo limitadas: el control sobre la financiación de las actividades sobre las que recae el secreto: defensa y servicios secretos, a lo que hay que añadir los fondos reservados a disposición del Ministerio del Interior<sup>43</sup>. Junto a ello, lo característico de la democracia, como modelo «abierto», visiblemente, de Gobierno, es que, además, gracias a la libertad de expresión y prensa, los supuestos de abuso de poder, corrupción, etc., pueden ser denunciados y castigados, es decir, que *en todo aquello que no cae bajo la protección de la exclusión excepcional y reglada de conomiento que es el régimen jurídico del secreto*, el poder está desnudo y es responsable<sup>44</sup>. Por tanto, una primera conclusión es que no hay una incompatibilidad conceptual entre democracia y secreto, más aún, que el secreto puede ser un recurso democráticamente legítimo precisamente cuando —y sólo si— traduce un interés constitucional, como advierte FERRARI<sup>45</sup>: efectivamente, en la medida en que el secreto en el ámbito público se caracteriza por su excepcionalidad, y, a su vez, en ese ámbito lo decisivo es la presencia de un interés público, la primera exigencia del régimen jurídico del secreto es «la necesidad de correspondencia de todo secreto con un interés público... lo que ha de tener un claro fundamento en la Constitución... el secreto está legitimamente establecido cuando el interés público invocado consiste en uno de sus valores que parecen indefectibles, en cuanto su existencia está ligada íntima e indisolublemente a la existencia, supervivencia o connotación misma del sistema creado por la Constitución». De ahí derivan otros principios como la necesidad de que haya una expresa previsión legislativa al respecto, que esté claramente tasada de modo que no se produzca una extensión a otros supuestos, la limitación o reducción de las materias objeto de secreto a lo estrictamente necesario, la limitación temporal de los secretos, y la parcelación y limitación de sus depositarios.

Dicho lo anterior, el problema de la relación entre democracia y secreto no parece consistir tanto en la existencia de secretos cuanto en la extensión en la vida pública del discurso burocrático que tiene en el monopolio y preferencia por el secreto uno de sus rasgos característicos<sup>46</sup>. Como nos ha mostrado

43. En relación con estos últimos, muy concretamente con las tan traídas «cloacas o desagües inevitables del Estado», resulta imprescindible la investigación sobre el GAL llevada a cabo por los periodistas R. MIRALLES y M. ARQUES, 1990.

44. Frente a las concepciones mágicas o sacralizantes de la democracia, que entran en crisis no bien se denuncia (*a fortiori* desde luego, si se comprueba, pero esto último no es estrictamente necesario: hay pocos muros de Jericó como las convicciones de los que proclaman su fe democrática como convicción religiosa) la existencia de supuestos como los mencionados, hay que insistir en que lo característico de la democracia no es que no exista el abuso o la corrupción, sino precisamente la posibilidad de denunciarlo y exigir responsabilidades, lo que no es posible, desde luego, sin prensa (o medios de comunicación) libre y sin tribunales independientes del Ejecutivo.

45. FERRARI 1983, pp. 82 y ss.

46. Aunque inmediatamente trataré de precisar a qué me refiero cuando hablo de discurso burocrático, puedo adelantar ya que me parece especialmente significativo del mismo el uso que se hace de sus razones en los ámbitos de la política de seguridad (interior: policía, y exterior: defensa), que es tradicionalmente considerada como la «espina dorsal del Estado», con argumentos que se remontan a MARSILIUS, HOBBS o HEGEL. He tratado de analizar la cuestión —que es



WEBER, «el gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad... la burocracia oculta en la medida de lo posible su saber y su actividad frente a la crítica... Toda burocracia procura incrementar la superioridad del saber profesional por medio del secreto de sus conocimientos e intenciones». Por eso, la mayor fuerza de la burocracia estriba precisamente en «la conversión, a través del concepto de secreto profesional, del saber relativo al servicio en un saber secreto, o sea, en un medio en última instancia para asegurar a la Administración contra los controles»<sup>47</sup>. Por supuesto, como veíamos más arriba, la burocracia actúa aquí según la ley de bronce de las organizaciones que, como mostrara MICHELS, prima la supervivencia del propio aparato sobre los objetivos fundacionales, reforzada por cuando el principio básico es el mismo de toda casta sacerdotal hacia lo sagrado: la tarea de custodia acaba imponiéndose sobre la mediación, y por ello, no es difícil que se ceda al espejismo de que aquello que en principio se administraba es en realidad una propiedad que se debe defender *erga omnes*, y, en primer lugar, paradójicamente, frente a los administrados y a los políticos (que no forman parte de esta clase universal y permanente, como vio HEGEL)<sup>48</sup>. La relación entre burocracia y secreto ha sido expresada apropiadamente por ROBERTSON, que indica que el nivel de secreto depende de dos factores: el grado en que la burocracia es responsable ante representantes elegidos, y la extensión de un modelo de responsabilidad jerárquico y no individual. Para ROBERTSON, parece demostrado que el principio de secreto marca una línea divisoria entre la actuación basada en criterios ideológicos y la actuación basada en razones: efectivamente, frente a lo que pretende el tradicional discurso burocrático/tecnocrático, se acude al secreto precisamente cuando el criterio de actuación no puede superar la discusión crítica y no cuando la complejidad de la cuestión la hace inaccesible al sentido común<sup>49</sup>. WEBER apunta a dos fenómenos que constituyen rasgos del modelo actual de democracia: el proceso de concentración del poder y la dificultad en el control ejecutivo, que vienen a unirse al otro fenómeno ya aludido anteriormente (la «democratura»): la verdad es que no parecen el resultado solo de la creciente complejidad de las tareas de gobierno, sino también de las contradicciones que dan lugar a lo que algunos dieron en llamar, a finales de los 70, el «Estado dual»<sup>50</sup> que lleva-

---

en buena medida el problema de la extensión de un discurso militarizado a la vida pública— en un trabajo aparecido en estas mismas páginas: DE LUCAS 1985.

47. WEBER, 1969, pp. 744 y 1.100.

48. Insisto en que se trata de dos órdenes de razones que se refuerzan mutuamente, aunque en el orden de lo cotidiano opera, desde luego, sobre todo la primera, de la que encontramos ejemplos regocijantes en los guiones de la conocida serie de TV «Yes, Minister».

49. ROBERTSON 1982, pp. 19, 180 y ss.

50. Me refiero entre otros, a WOLFE 1984, pp. 208 y 348 y a OFFE 1981, que señalan las contradicciones entre lógica de la acumulación y exigencias de legitimidad, entre el lado interno, en el que las decisiones son adoptadas por las élites del «aparato militar-industrial», en base al criterio de eficacia y al cálculo racional, con importantes restricciones de la publicidad, y la dimensión «pública» (¿o habría que llamarla televisiva?), donde se actúa y decide el recurso continuo



ría consigo la sustitución de la opinión pública como factor político, la negación de la publicidad, la pérdida de la ciudadanía activa y la desintegración del sentimiento de comunidad políticas<sup>51</sup>. Precisamente en la política de defensa y seguridad es donde se ha puesto de manifiesto en su máxima perfección la instauración del secreto como principio de acción, porque, como indica CANETTI<sup>52</sup>, nuestros medios técnicos han permitido el grado más inimaginable de concentración de un secreto que es el que potencialmente afecta a más seres humanos en la Historia. Esta ideología militarizada de la seguridad y defensa, a la que subyace una concepción de las libertades como lujo (que no siempre se podrá pagar) y que recurre con no poca frecuencia a lo que el psicoanálisis nos muestra como el «agresor externo» (el comunismo, el imperialismo, las fuerzas de ocupación centralistas, la conspiración judeo-masonica), conducen a la inversión de las reglas de juego de la democracia, criminalizando la mera disidencia, haciendo de la excepción norma, anteponiendo, por ejemplo, la eficacia policial a las garantías constitucionales, o invocando la complejidad de la cuestión (la implicación de sectores tecnológicos «de punta», que es otra modalidad del ya casi trasnochado tren de las tecnologías) desde el paradigma del discurso paternalista: el padre que todo lo ve y el hijo a quien no queda sino obedecer ciegamente. Es aquí donde puede producirse más claramente el «secuestro de la opinión pública» al que ha aludido THOMPSON en un ya clásico trabajo<sup>53</sup>, acudiendo al ya mencionado mecanismo de la apariencia del debate, de máxima consulta, cuando en realidad en ese debate hay con no poca frecuencia espectáculo y noticia, (propaganda, inducción de opinión) pero no información. De quienes, desde el juego político (Gobierno u oposición) o desde las instancias de poder (quienes crean opinión: de los grandes conductores de la televisión o la prensa o radio, a los intelectuales, que son tanto o más responsables que los políticos «profesionales») propiciaran esa falacia bien podría predicarse el duro juicio de KANT relativo a los gobernantes que no hacen otra cosa que mercadería, que negociar con su propio pueblo, aquellos también que, en todo momento, invocan una moral que justifique —inútilmente— su actuación.

---

—hasta que ya no puede quedar más claro su efecto trivializador— a la encuesta, a la muestra de opinión que refuerza las decisiones públicas. Desde el otro lado, coincide en buena parte en el análisis de los síntomas, aunque no en el diagnóstico de la terapia, BELL 1976. No puede dejar de señalarse que tras las denuncias de WOLFE no se encuentra, como tan a menudo se le achaca, el fantasma de la visión «conspiratoria» de la Historia. WOLFE está muy lejos del recurso fácil —demagógico— a nada tan abstracto como las alusiones a un enésimo «Gran Viejo», responsable de todos los males: desde el terrorismo internacional al narcotráfico. Sus tesis sobre la política internacional y la militarización de la vida pública (coincidentes en buena medida con las sostenidas por CHOMSKY), por el contrario, se apoyan en un estudio exhaustivo de documentación y trabajos de comisiones del Congreso.

51. Aunque buena parte de cuanto de positivo tiene el derrumbe de la separación entre el primer y segundo mundo (a la que venimos asistiendo en este último año) sea la recuperación de la primacía de la autonomía individual, no puede dejar de señalarse que el riesgo de individualismo, de abandono de los vínculos de soliradidad, del objetivo de igualdad, viene primado desde la escala de valores que interesadamente se repropone por parte de quienes, en realidad, no parecen seguir anclados en las más rancias pautas del liberalismo economicista para el que no puede sino servir de espléndida plataforma esa exaltación del monadismo.

52. CANETTI 1982, P. 292.

53. THOMPSON 1981, p. 192.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- AÑÓN DE LUCAS VIDAL., 1986. «Notas sobre una legislación amenazante», *Cuadernos de Política Criminal*.
- ARENA., 1984. *Il Segreto Administrativo* Cedam, Padova.
- BARILE. 1987. *Democrazia e Segreto in Italia*, Il Mulino, Bologna.
- BEJAR. 1988. *El ámbito íntimo (Privacidad, Individualismo y Modernidad)*. Madrid. Alianza.
- BELL. 1976. *Las contradicciones culturales del capitalismo*. Alianza Madrid.
- BOBBIO. 1985. *Stato, Governo, Società*. Einaudi, Milano.
- 1986. *El futuro de la democracia*. P. y Janés, Barcelona.
- 1987. «Democracia y ciencias sociales», en *Papers* 28.
- CANETTI. 1981. *Masa y Poder*, Muchnick ed. Barcelona.
- DAHL. 1987. *El control de las armas nucleares. Democracia versus merocracia*, GEL, B. Aires.
- FRIEDRICH. 1970 «*Secrecy versus Publicity*», *Nomos* 12.
- GANOR. 1977 (ed) *Government Secrecy in Democracies*, Harper & Row, N. York.
- HABERMAS. 1981. *Historia y crítica de la opinión pública*. G. Gilli, Barcelona.
- HÖLSCHER. 1984. «Öffentlichkeit», en *Historisches Wörterbuch der Rechtsphilosophie*. B. 6., Schawabe R., Basel/Stuttgart.
- LAPORTA 1990. «Ética y Política. Algunas claves básicas», *Claves de Razón Práctica*, 2.
- LOBREAU 1987. «La société secrète, for me marginale de la socialbilité, l'exemple des bons cousins charvonniers», en DUJARDIN, *Le Secret*, Ed. du CNRS, Lyon.
- DE LUCAS. 1985. «La noción de defensa y la crisis de legitimidad», *AFD*.
- 1987. «Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad», *Dianoia*.
- 1988. «Sobre el origen del paternalismo de Estado en la Antigüedad clásica». *Doxa*.
- 1990. «Über das Verhältnis von Politik und Moral: Das Publizitätsprinzip im Werk Immanuel Kants», *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Dunckler & Humblot, Berlin.
- MERMET. 1987. *Democrature. Comment les medias transforment la démocratie*. Aubier, París.
- MIGLIO. 1983. «Il segreto político», Cedam, Padova.
- MIRALLES-ARQUER. 1990. *Amedo: el Estado contra ETA*, P. y Janés, Barcelona.
- ORESTANO. 1983. «Sulla problematica del segreto nel mondo romano», Cedam, Padova.
- PADOVER. 1935 (ed). *The complete Madison*. Harper, N. York.
- PÉREZ LUÑO. 1989. «Problemas actuales de la documentación e informática jurídica». Tecnos. Madrid.
- RAMON CHORNET. 1987. «Aproximación a un nuevo supuesto del Derecho Internacional de los derechos humanos». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 2.
- ROBERTSON. 1982. *Public Secrets. A Study in the Development of Government Secrecy*. Mac Millan. London.
- ROURKE. 1966. *Secrecy and Publicity*, J. Hopkins Press, Baltimore.
- SAAVEDRA. 1988.
- SCARPELLI. 1983. «Democrazia e Segreto», en *Il Segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padova.
- 1985. «Definizioni Legislative», en *Teoría Generale del Diritto*. Einaudi, Milano.
- SIMMEL. 1977. *Sociología*, R. de Occidente, Madrid.
- SCHWARZENBERG. 1977. *L'Etat-Spectacle*, Flammarion, París.



- SHILS 1956. *The Torment of Secrecy*, Heinemann, London.  
THOMPSON. 198 . *Protesta y sobrevive*, Blume, Barcelona.  
WEBER. 1969. *Economía y Sociedad*. FCE, México.  
WOLFE. 1984. *Límites de la legitimidad*, Siglo XXI, Madrid.





## Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática

Por FERNANDO GALINDO

Zaragoza

### I. INTRODUCCION

No cabe duda, de que el tema del que nos ocupamos tiene sus riesgos, a la vez que es de obligada consideración cuando hay que reflexionar sobre «Perspectivas actuales de la Democracia». La actuación judicial es el ejemplo más adecuado para discurrir sobre el tema «Democracia y técnica jurídica». El riesgo proviene de la circunstancia de que las conclusiones establecidas con respecto al mismo pueden resultar escasamente comprendidas, al proponerse en nuestro ambiente en el que, pese a las exigencias sociales y constitucionales, todavía pueden ser consideradas fuera de lugar las tesis aquí establecidas. Hay que tener en cuenta que en este trabajo se vincula a la actuación de la Administración de Justicia —la de los Jueces— y la Democracia, asumiendo, intentando superarla, la crisis por la que pasa la Democracia —el principio de legalidad— en estos momentos. Ello es así porque la exigencia acuciante en esta materia en España todavía es la referida a «actuación judicial» respetuosa con la legalidad vigente, como reiteradamente expresan jueces, juristas y ciudadanos en general según luego veremos, y, especialmente, practicada con la mayor celeridad posible para con todos los ciudadanos, dado que ni existe el número de jueces necesarios para satisfacer las demandas de justicia hechas en una sociedad<sup>1</sup> en la que el número de derechos ha crecido sobremanera en un escaso número de años, ni están promulgadas las leyes procesales que permitan una actuación judicial respetuosa con unas garantías jurídicas ajustadas a las pautas constitucionales. Es conocido que, aparte de algunas otras, las leyes que faltan para

---

1. De esto son conscientes no sólo los juristas sino los ciudadanos en general como demuestran distintas encuestas realizadas sobre la cuestión. Véase, por ejemplo: TOHARIA, J. J., «Cuarto Barómetro de opinión del Consejo General del Poder Judicial», *Poder Judicial*, 12, 1988, p. 72.

completar el marco constitucional están constituidas precisamente por las leyes procesales<sup>2</sup>, junto a una ley penal acomodada a los principios constitucionales y a las necesidades de la sociedad española de los noventa.

Pese a todo no es prematuro referirse al tema «Democracia y Jueces». Ello mucho más en el ambiente que proporciona el «Anuario»: dadas las circunstancias a ello ha de referirse la Filosofía del Derecho. Acabamos de expresar que faltan leyes que orienten acerca de la actuación de los principios constitucionales por un juez a los que, por otro lado, se requiere sean «agentes democráticos» tanto por la sociedad, a través de programas de partidos políticos o manifestaciones ciudadanas, como por el mismo Tribunal Constitucional a través de sus sentencias. Igualmente los jueces, ellos lo reclaman persistentemente, no quieren quedar situados en el terreno que los sitúan, por ejemplo, los medios de comunicación, al poner en duda intermitentemente su actuación de los principios del Estado de Derecho vigentes<sup>3</sup>.

De ello se trata aquí exponiendo los resultados que ofrece la aplicación a este campo de los métodos de trabajo habituales de la Filosofía del Derecho<sup>4</sup>. Se va a explorar en primer lugar qué es lo que se entiende por Democracia en la actualidad, acomodando la definición a su atribución a las actividades judiciales (II). A continuación se exponen algunas notas fundamentales acerca de lo que hoy cabe entender por actuación —técnica— judicial (III). Finalmente se proponen, teniendo en cuenta lo anterior, algunos criterios o pautas que pueden servir de orientación a una actividad judicial democrática (IV). Es importante insistir en que el punto de mira no es el de la actividad judicial en general, o la sucedida en cualquier lugar del mundo, sino la que sucede y debe suceder hoy en España<sup>5</sup>.

2. Es preciso advertir que no es una cuestión fácil la de establecer en estos momentos unas leyes procesales ajustadas a las exigencias jurídicas, morales, sociales, políticas, económicas y técnicas de la actualidad. En discurrir dichas leyes se está en prácticamente todo el mundo desarrollado. Un paso significativo a estos efectos es el que se está dando en la Comunidad Económica Europea. Véase a estos efectos la interesante propuesta recogida en: COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposal for a council directive coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Communities rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors*, Bruselas, 28.2.1990

3. Se informa acerca de la «autoimagen» de los Jueces y de la que de ellos tienen otros grupos sociales en RICO J. J., VERA PADIAL. M., «Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, V, 1988, pp. 125-153.

4. Como referencia para el uso de estos métodos me remito a mi trabajo GALINDO, F., «Autopoiética, ¿hermeneútica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, V, 1988, pp. 312-316

5. El interés del conocimiento está marcado en este trabajo por la satisfacción, en la medida de lo posible, de las exigencias de comunicación ideal que quedan recogidas en las propuestas de la teoría de la acción comunicativa. Más en concreto en las propuestas sobre utopías políticas, propugnando la del Estado social, recogidas por Habermas. Véase HABERMAS, J., *Die Neve Unübersichtlichkeit*, Frankfurt, Suhrkamp, 1985, pp. 139-163.



## II. ¿QUE ES DEMOCRACIA?

No es nada fácil realizar hoy una aproximación al término. Mucho más cuando su contexto ha de estar marcado por la adjetivación de las actividades judiciales como democráticas. Mucho más, como se decía, cuando el caso es el español, en el que en la práctica se confunde satisfacción de las necesidades actuales de la judicatura, como las relativas a poder funcionar materialmente, o a terminar con el retraso judicial, o a eliminar todas las trabas procesales que permiten en la práctica forense una leyes promulgadas a lo largo del siglo XIX, con el acercamiento de la Administración de Justicia a los ciudadanos. En este sentido se reduce la idea de «justicia democrática» a la de hacer a los ciudadanos partícipes del Estado de Derecho por la circunstancia de la resolución de sus conflictos más graves en forma expedita por autoridades judiciales<sup>6</sup>. En esto coinciden las autoridades judiciales, reiterando en sus declaraciones oficiales que en estos momentos —tras la promulgación de la Constitución y las leyes que la desarrollan—, cuando se ha producido un notable crecimiento de los derechos de los ciudadanos, el logro del objetivo de que la Administración de Justicia funcione es el primordial —el de mínimos— si se quiere que se haga real la garantía de tales derechos y con ello la satisfacción de su participación en la vida diaria del Estado de Derecho<sup>7</sup>.

Y no les falta razón al legislativo, al ejecutivo y a las autoridades judiciales, Consejo General del Poder Judicial o Fiscalía General, cuando centran todavía sus apetencias en satisfacer estas necesidades aprobando, como se ha hecho recientemente, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la de Planta que la desarrolla, ocupándose de establecer una demarcación judicial que permita una mejor distribución de las ocupaciones de los jueces, a efectos de que con ello puedan realizar un trabajo más próximo y meditado de los casos que están obligados a resolver.

Pero todo esto no puede hacer olvidar que en ello hay un atención a la coyuntura, que esto no basta para afirmar que con su satisfacción se está acercando la Democracia a los Juzgados. Hay que admitir sin la menor duda que los Juzgados, solucionado el problema material, producido un efectivo reparto de los asuntos y proporcionada una adecuada atención a los mismos, no serán por ello mismo considerados por la sociedad Juzgados o

---

6. Así, por ejemplo, se opinaba en la Memoria del Fiscal General del Estado de 1987. Véase: *MEMORIA elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 1987, pp. 11-22 *passim*.

7. El estado de la opinión al respecto así como las acciones realizadas, desde la perspectiva del Poder Judicial, puede verse en la reseña de actividades hecha en *MEMORIA que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1989, pp. 9-13.

Jueces de una Democracia<sup>8</sup>. Para ello es preciso que cumplan otros requisitos, y en su explicación se justifica la exploración que a continuación se realiza en torno a lo que se entiende en la actualidad por Democracia.

Volviendo al testimonio de autoridades legislativas y judiciales, una reciente reforma, la referida a la modificación del proceso penal, nos permite adentrarnos en el terreno de la precisión de la idea de Democracia y Administración de Justicia. La mencionada reforma, forzada por una Sentencia del Tribunal Constitucional, respondía a la necesidad de atender al principio de legalidad, y en concreto a las reglas constitucionales que, aplicando viejos principios liberales del Estado de Derecho recogidos incluso en las leyes procesales españolas todavía vigentes, prescriben que un juez no puede entender de un mismo asunto en las fases de instrucción y juicio. Pero no es esto último lo que más nos importa en este lugar, lo que queríamos destacar es que el señalado respeto al principio de legalidad, origen de la ley mencionada<sup>9</sup>, es común a todos los juristas, lo consideran el fundamental para sus actividades. Viene a ser prácticamente, en todos sus desarrollos, lo mismo que el principio de seguridad.

Incluso en la práctica diaria el principio de legalidad es el considerado fundamental para la Administración de Justicia. Es más, puede decirse que es el principio en torno al cual no existen diferencias sustanciales entre los jueces y juristas en general. Por supuesto que está recogido como tal primer principio a regir en la actividad profesional en las Memorias del Consejo General del Poder Judicial, o en las de la Fiscalía, o en los tratados doctrinales, o en las sentencias, o en las leyes, o en la misma Constitución. La coincidencia también llega, y ello es lo que aquí nos importa, hasta lo siguiente: a la identificación entre legalidad y Democracia. Reiteradamente se expresa que la actuación democrática de los jueces y de los juristas está sometida a la estricta aplicación del principio de legalidad<sup>10</sup>. Con ello se entiende, como se menciona en tratados filosóficos y jurídicos liberales, que la actividad judicial ha de ser de carácter técnico: la realización de la interpretación y aplicación de las leyes ha de ser en forma jurídica, o científico jurídica o, sobre todo, ha de estar alejada de la parcialidad, y muy especial-

8. Según se reconoce en una sentencia del Tribunal Constitucional relativa a un recurso presentado por los Decanos de Colegios de abogados vascos, la escasez de dotación de medios materiales de la Administración de Justicia no se puede considerar una infracción de los principios fundamentales del proceso. Es la sentencia 45/1990 de 15 de marzo, BOE 9 de abril de 1990.

9. Dice el Fiscal General: «El "procedimiento abreviado" que crea la referida ley (Ley Orgánica 7, de 28 de diciembre de 1988) además de salvar el principio constitucional de "quien instruye no debe fallar", posibilita la también exigencia constitucional de un proceso sin dilaciones indebidas». Mas adelante: «la realidad criminal que vivimos, sin la reforma citada, llevaba camino de hacer imposible la tutela efectiva de los Tribunales que demanda la Constitución». Véase *MEMORIA elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 1989, p. 13.

10. Un ejemplo de esta actitud entre los jueces puede verse en: MARIN CASTAN, F., «Control democrático y legitimación del Poder Judicial», *Poder Judicial*, Especial XI, 1986, pp. 110s.



mente de la política<sup>11</sup>. Este es el papel por excelencia del juez y del jurista en general. No puede evadirse del mismo una vez que las leyes —las Constituciones y las Declaraciones de derechos— prescriben que sólo el Parlamento es el terreno de la política y por lo mismo la zona en la que se puede constituir la voluntad general. La política, en cambio, está alejada de los Juzgados, éste es el reino de la técnica.

Hasta aquí llegan en forma coincidente las propuestas de los juristas. Es un lugar común. Defienden el principio de legalidad y por ello todavía hay fuertes reservas, en las que coinciden técnicos «conservadores» y «progresistas», con respecto a medidas como, por ejemplo la relativa a la introducción del denominado «principio de oportunidad» en el proceso penal. Este principio que consiste en la posibilidad de llegar a acuerdos en materia penal, en asuntos relativos a delitos de menor entidad cometidos por delincuentes no habituales, que conduzcan a una disminución de las penas, se critica porque su admisión da margen a la introducción de la idea de acuerdo o de la actuación de la discrecionalidad, o de la política, en determinados asuntos penales de escasa importancia<sup>12</sup>. Los fiscales «progresistas», más dados a la introducción de novedades, admiten la recepción del principio, pero siempre, según dicen, que su actuación quede tasada o regulada por la ley, quede sometida al criterio de la legalidad<sup>13</sup>.

Nos encontramos con ello ante una aceptación de la idea de Democracia por parte de los jueces o juristas en general, que comporta, paradójicamente, la limitación de la actuación profesional de los juristas como veremos en los apartados siguientes. La explicación reside en la historia de los orígenes de los sistemas jurídicos continentales: una vez que los jueces formaban parte de las clases sociales privilegiadas del Antiguo Régimen, y actuaban el derecho según el albedrío que les permitía el derecho absoluto y el derecho natural teológico en última instancia, la mejor forma de someter sus actividades en la época de la razón ilustrada residió en la prescripción del sometimiento de sus decisiones, a través de la obligación de motivar-

---

11. Hay alguna excepción entre los mismos jueces. Así se da cierto juego a la «política» en la construcción de la resolución judicial en VARELA CASTRO, L., «Sobre la legitimidad del Poder Judicial», *Poder Judicial*, Especial XI, 1986, pp. 96s. Pero por lo general hay una aceptación explícita o implícita de las propuestas de Montesquieu.

12. De principio de «selección reglada» en lugar de «principio de oportunidad», siempre en el marco del principio de legalidad se habla en el siguiente trabajo, obra de un Magistrado del Tribunal Supremo: DELGADO BARRIO, J., «El principio de oportunidad en el proceso penal. (Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)», *Actualidad Penal*, 1990, 15, pp. 147-153.

13. Véase: «Conclusiones. Primera Comisión. El principio de oportunidad y el futuro modelo del ministerio Fiscal», *II Congreso de la Unión Progresista de Fiscales*, 1987, manuscrito. El lema general del Congreso era: «Un modelo de Ministerio Fiscal para el progreso de la sociedad». En las manifestaciones de las Asociaciones profesionales, progresistas o conservadoras, de jueces, también el respeto al principio de legalidad es una de las exigencias permanentes.

las<sup>14</sup>, a las leyes, expresión de la voluntad de los ciudadanos y del nuevo régimen —liberal— político. La aceptación de la idea en España en 1990 tal vez tenga cierta relación con lo que sucedió a comienzos del régimen liberal: por una parte a la circunstancia de que las leyes son aprobadas por el Parlamento, autoridad soberana, por lo cual contienen la razón que les confiere la voluntad general, y por otro lado a que tras las prácticas sucedidas en una larga dictadura, la costumbre o el hábito de seguir tomando como orientación profesional el respeto al principio de la legalidad, garantía válida para mantener el imperio de la ley a la vez que coartada para mantener la independencia frente a la dictadura, ha podido considerarse la mejor forma de garantizar la independencia a lo largo del proceso de transición democrática todavía no concluido en España. El problema reside en que, como decíamos, la admisión del principio de legalidad como norte de las actividades jurídicas significa también que estas actividades no pueden ser consideradas abiertamente políticas, ni mucho menos democráticas, sino a lo sumo —lo que de todas formas no es poco— tecnocráticas o profesionales. Sobre porqué esto es así nos extendemos en el siguiente apartado.

Observando la discusión española y lo que sobre sí mismos, sobre sus hábitos, expresan los profesionales del derecho, constatamos que no hay mayores coincidencias a la hora de especificar las notas relativas a una actuación democrática de los mismos. Esta actuación queda centrada, como hemos expresado, en la solución de las deficiencias materiales de la Administración de Justicia y en la realización del principio de legalidad. Pero con ello no llega a tener extensión entre los juristas el uso que se hace del término Democracia en otros ambientes. No se apela, por ejemplo, al sentido que se otorga a la palabra Democracia en muchas de las disposiciones del legislativo: Democracia llega a ser lo mismo que distribución igualitaria de la riqueza, observada la sociedad en datos macroeconómicos más que en su detalle concreto. Tampoco hay eco entre los profesionales del derecho de algo que se pone de relieve por tratadistas jurídicos y políticos: la idea de que la Democracia en la actualidad, puesta en práctica por el legislativo y —sobre todo— el ejecutivo de los países avanzados, es una Democracia vigilada o limitada por el control que las autoridades realizan tanto a los mecanismos de participación de los ciudadanos como a los medios de comunicación o de información, instrumentos para el gobierno de las cosas o el control de la actividad de los políticos, lo que exige reivindicar la aplicación de la idea entendiéndola como actuación del principio de autonomía de la voluntad. Tampoco se pone de relieve, en las mencionadas acotaciones del término democracia

---

14. Sobre la motivación, recogiendo doctrina española y la posición del Tribunal Constitucional, mostrando la necesidad de recoger prácticamente el principio en la práctica jurídica una vez que no está extendida entre los jueces, pese a que lo prescriben con claridad la Constitución, las leyes y el Tribunal Constitucional, la «costumbre» de motivar, véase FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, Especial VI, 1989, pp. 57-87.



por los juristas, que la actividad de los jueces, «la Justicia», «emana del pueblo» (Constitución, art. 117.1), por lo cual dicha actividad ha de ser «participada» por el pueblo. Unas palabras sobre cada uno de los contenidos que se da al término Democracia en los sentidos que acaba de anunciarse.

A lo largo de los años setenta y ochenta del presente siglo, en prácticamente todos los países industrializados, también en España, se han extendido las políticas tecnocráticas, en parte utilitaristas, en parte neoliberales, según distintas terminologías. Los Gobiernos y Parlamentos de estos países han venido a modificar el objetivo social de su política legislativa y con ello el contenido de las leyes, orientándolas a la satisfacción de intereses económicos. Así disposiciones de fomento del mercado, en mayor medida que normas sociales, han caracterizado a las leyes económicas, a las regulaciones de tipo administrativo e incluso a las mismas medidas sociales reclamadas por el ordenamiento jurídico, a lo largo de los últimos años. Dichas normas han tomado como filosofía orientadora la de alcanzar la mayor felicidad para el mayor número de ciudadanos. Este lema ha pasado a convertirse en el contenido de la Democracia<sup>15</sup>, sustituyendo al relativo a la obtención de la mayor participación política para el mayor número de ciudadanos, que puede decirse ha sido el objetivo de las propuestas democráticas desde que a finales del XIX lograra obtener reconocimiento jurídico el principio del sufragio universal. Es de hacer notar que dicha tendencia está siendo incrementada con el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación producido a lo largo de los ochenta, una vez que la implantación social de estas tecnologías exige la modelización de la sociedad, modelización que es menos compleja, y por tanto más económica, en cuanto que se realiza atendiendo a los criterios que señalan las leyes del mercado o los principios utilitaristas. Hay que pensar que dicha modelización reclama la eliminación en mayor medida posible de las particularidades sociales, una vez que esta complejidad exige la construcción de caros y poco funcionales modelos e instrumentos adecuados al Gobierno de los países.

En el sentido que acaba de señalarse una actuación judicial democrática bien puede entenderse como una actuación orientada por el logro de la mayor felicidad para el mayor número, o lo que es lo mismo: una actuación judicial regida por el principio de la eficacia, entendiendo que ésta se incrementa, por ejemplo, en cuanto se acrecienta el número de casos resueltos por los jueces. Desde una perspectiva material, entrando en la consideración de la ideología o política en virtud de la cual se resuelven por los jueces los casos, admitiendo con ello que los jueces hacen política<sup>16</sup>, ello significa ajustar la decisión a la adopción de parte de los criterios recogidos en las leyes: los relativos al establecimiento de la sociedad de libre mercado a partir de la imagen del contrato. La posición de Rawls referida

---

15. Véase la exposición y crítica de la identificación que se hace en RILEY, J., «Utilitarian Ethics and Democratic Government», *Ethics*, vol. 100, 2, 1990, pp. 335-348.

16. Véase el apartado siguiente para la admisión «moderada» de esta tesis.

a la recomendación de ignorar las cosas materiales y mostrar frialdad para con las circunstancias, racionalidad científica en definitiva, en el momento de establecer criterios de justicia, facilita instrumentos para esta política judicial «democrática», ello lo logra su «teoría de la justicia como imparcialidad»<sup>17</sup>.

Hay que hacer notar aquí que este tipo de argumentos no es recogido por los juristas españoles y mucho menos por los jueces. Tampoco, en principio, es la mencionada filosofía que parece estar detrás de las expresiones de las autoridades judiciales y administrativas cuando se preocupan por aprobar disposiciones dirigidas a incrementar el número de jueces y resoluciones. Esto último tiene más bien que ver con la necesidad de ajustar, de una vez por todas, nuestro Estado de Derecho a las exigencias de una sociedad desarrollada en la que se ha incrementado el número de derechos de los ciudadanos, a similitud de lo sucedido en otros países en un proceso que se ha extendido por el mundo próximamente desde el final de la Segunda Guerra Mundial, congruente todo ello con el ejercicio del principio de legalidad.

Pero, como decíamos, también se le viene dando a la idea de Democracia un contenido distinto al que acabamos de expresar. Dicho contenido es reacción al que le suministra el utilitarismo, que ha traído como consecuencia, por ejemplo, la criminalización de conductas heterodoxas que tradicionalmente estaban garantizadas por el principio liberal de la libertad de expresión. Estas consecuencias han originado, a la contra, una insistencia en el establecimiento de criterios de conducta basados en el principio de la dignidad humana o, con otras palabras, en el de la autonomía de la voluntad, o en la exigencia de proclamar la actuación de los derechos humanos como objetivo y contenido de las leyes y de las actuaciones judiciales. La apelación al contenido de Democracia en este sentido no queda cerrada en la negación de lo existente, una vez que también se establecen propuestas positivas; en concreto, se propugna la práctica de una reflexión crítica, autoemancipadora, manifestándose que el desarrollo de la reflexión es desarrollo de la Democracia y que el desarrollo de la Democracia es desarrollo del Estado de Derecho<sup>18</sup>.

En estos casos cabe propugnar que una actuación judicial democrática es la actividad desarrollada en el marco los principios jurídicos, con espíritu crítico o alternativo. Una actividad jurídica democrática sería aquella que potencia el ejercicio de la autonomía de la voluntad o la realización del imperativo categórico kantiano, propiciando a partir de la resolución de conflictos por medio de resoluciones la perpetuación de ámbitos autónomos.

---

17. A esto nos lleva, pese a su crítica al utilitarismo, paradójicamente, Rawls por medio de su postura moral. Ver para esta fundamentación: RAWLS, J., *A Theory of Justice*, London, Oxford University Presse, 1978, pp. 51ss.

18. PREUSS, U. K., «Rechtstaat und Demokratie», *Kritische Justiz*, 22, 1, 1989, p. 12.



La apelación constitucional a que la Justicia «emana del pueblo», ha de verse completada por la disposición que establece que los ciudadanos auxiliarán el proceso penal a través del jurado. Ello es lo mismo que decir que en estos principios se reconoce el papel secundario de los ciudadanos en el ejercicio de la Justicia. En tales disposiciones constitucionales, y en otras que las han desarrollado, sobre todo se hace constar que la actuación de la Justicia tiene que producirse por el ejercicio de la misma por jueces inamovibles y profesionales. La verdad es que en virtud de tales afirmaciones no parece viable admitir una rectificación de la tecnificación judicial, ni dan ellos pie a establecer una mayor posibilidad para la democratización por principio de las actividades judiciales. Ahora bien, la puesta en práctica de tales exigencias jurídicas puede potenciar un cambio de actitud entre los jueces: una receptividad para con las exigencias intersubjetivas de la sociedad, al menos para con determinadas materias —las penales— en las que la franja de separación entre técnica y política de hecho está permanentemente puesta en cuestión. Esto puede tener su interés, porque son medidas procesales de este tipo, que potencian la participación de la pluralidad de culturas sociales en la actividad técnica, las que aproximan a la actuación de una justicia en puridad democrática. Con medidas como la relativa a la introducción del jurado es posible proponer a la judicatura que en su *modus operandi* introduzca criterios morales reconocidos como tales por la mayoría de los ciudadanos. Ello significa aceptar —en la Constitución— la parte de política que tienen las actividades judiciales. Con lo cual se acepta la idea clásica de participación a la que equivale la democracia desde finales del siglo XVIII, y que ha sido realizada especialmente desde los comienzos del siglo XX<sup>19</sup>.

Dicho esto, que anticipa la respuesta ofrecida en apartados siguientes y que podemos resumir en la adopción aquí, como punto de partida, de que la idea de Democracia de la que parece más conveniente partir es la relativa a propiciar la realización de una actividad judicial participada a través de los procedimientos pertinentes por la pluralidad de culturas presentes en nuestra sociedad, tiene interés pasar a establecer algunas de las notas fundamentales de lo que hoy cabe entender como actuación judicial técnica, y por tanto —lo vamos a ver— la necesidad de asumir que esta actuación es y debe ser ideológica o política. Pensemos en que esto último es previo: si no se admite, lo cierto es que no tiene sentido realizar propuestas de actuación democrática para la judicatura.

---

19. Es la idea de Democracia recogida todavía paradigmáticamente en Rousseau: «“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes”. Tal es el problema fundamental al cual da solución el contrato social», ROUSSEAU, J. J., *Contrato social*, trad. Fernando de los Ríos. Madrid, Espasa-Calpe, 1980, p. 42.

### III. ¿QUÉ TÉCNICA JUDICIAL?

«Los jueces hacen política», dice un libro alemán que estudió el comportamiento de los jueces, teniendo en cuenta las resoluciones de los miembros del Tribunal Constitucional con motivo del cambio de gobierno sucedido en el transcurso que va entre finales de los años sesenta y mediados de los setenta en este siglo<sup>20</sup>. Aparentemente esto va en contra de los principios del Estado liberal, justamente establecido para impedir el libre arbitrio, la injusticia o la actuación ideológica o emocional de los jueces. Este principio también está en contra de lo que dicen se exigen a sí mismos los jueces españoles, celosos defensores de su independencia y de su actuación de exquisita corrección técnica aplicando el principio de legalidad.

Insistiendo en la misma idea, Dworkin se ha fijado en expresar cómo incluso la actividad considerada más técnica entre los jueces es una actividad política. En efecto, Dworkin ha expuesto cómo al buscar los precedentes y distinguir entre ellos los pertinentes para un caso, dichas actuaciones no han sido realizadas por la aplicación de reglas técnicas uniformes, sino por el uso de criterios políticos, adecuados a las circunstancias del caso y a las convicciones del decisor, atendiendo a las peculiaridades de la «historia» del proceso, por parte del juez<sup>21</sup>.

Habermas expresa: «Hoy es fácil observar cómo es un hecho el de que los jueces hacen política. En estos momentos los jueces están situados en tal posición que permanentemente han de tomar iniciativas o adoptar preferencias, valoraciones o políticas. Ello es debido tanto a las características de la misma lógica de la aplicación de las leyes, como a la puesta en práctica por Parlamentos y Gobiernos de las políticas intervencionistas. En efecto: tanto la complejidad de las materias reguladas, como la creciente interdependencia de las normas, obligan al juez a aplicar el derecho a partir de su autoridad pese a la vigencia del principio de legalidad. Por ello, hablando en términos clásicos, cabe referirse a una crisis del derecho en cuanto que: hay una creciente indeterminación interna de la jurisprudencia, que se presenta como reflejo jurídico de desarrollos políticos y sociales irreversibles y que exige del juez una interpretación constructiva y creadora del derecho, sin que para esta “ponderación” existan medidas definidas, legitimadas democráticamente y verificables intersubjetivamente, o procedimientos capaces de establecerlas»<sup>22</sup>.

20. Me refiero a: LAMPRECHT, R., MALANOWSKI, W., *Richter machen Politik*. Frankfurt, Fischer, 1979, 288 p.

21. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 87s, 15-30 passim. Hay traducción: DWORKIN, R., *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988, 328 p.

22. HABERMAS, J., «Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter», *Kritische Justiz*, 1989, 2.



Por todo ello, son criticables en cuanto insuficientes las consideraciones puramente tecnocráticas de las actividades judiciales. De ahí que la frase relativa a que «los jueces hacen política» sea una frase acertada<sup>23</sup>.

Pero esto no es nuevo: desde Ihering, desde el positivismo filosófico en buena medida, se sabe esto y se intenta limitar dicha actividad política de distintas maneras. Propuestas famosas —relativamente recientes— son las que recomiendan adoptar como guía de actuación para los juristas los principios de la teoría de la norma o de la norma lógico trascendental (Kelsen); o las construcciones que propugnan considerar que en realidad los jueces acostumbran a actuar «científicamente»: lo que se manifiesta propugnando que actúan a través de actos constatables —de alguna forma— empíricamente, como sucede en el caso del reconocimiento de las normas jurídicas (Hart). Por ello se expresa que sus conductas si no son técnicas al menos pueden ser sometidas al control de racionalidad<sup>24</sup>. Con estas indicaciones se señalan vías de solución para paliar en la medida de lo posible la circunstancia de que las resoluciones judiciales son en buena parte juicios de valor o, como dice el neopositivismo, proposiciones valorativas<sup>25</sup>.

En la actualidad, dada la señalada insuficiencia de dichas afirmaciones como partícipes de las debilidades del positivismo filosófico, se hace algo más: se está cambiando de paradigma o de modelo de trabajo o reflexión para con el derecho. Asumiendo el hecho de que los «jueces hacen política», se entra a estudiar su ámbito de actuación, y se menciona que si bien la actividad judicial en el fondo es libre, su ámbito, en cambio, está constituido a partir de estructuras y principios jurídicos, los promulgados por el Estado democrático, configurados a partir de tan elevadas dosis de racionalidad, experimentadas a lo largo de la historia de los dos últimos siglos, que hacen que la actividad judicial sea regulable, porque cabe establecer controles de racionalidad de su ámbito. A este ámbito se le denomina argumentación. Ello, incluso, es perfectamente compatible con la aceptación de que la actividad judicial tiene caracteres de política. Congruentemente con estas ideas se ha contruido por varios autores la denominada «teoría de la argumentación jurídica», considerada como un caso especial —jurídico— de la teoría de la razón práctica<sup>26</sup>.

En este contexto se insiste en que es preciso cambiar la consideración acerca de la operación fundamental que realizan los jueces: ya no cabe ha-

23. Ello, además, lo reconocen tanto los juristas en general como los mismos jueces. Así menciona, a partir de varias encuestas, como está reconocida, dentro de ciertos límites, la función que cumple la ideología en las decisiones judiciales, RUIZ RICO, *o.c.*, pp. 151ss.

24. Se apela a Kelsen y Hart en este sentido en PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 141s, 129-140 *passim*.

25. Hay una detallada crítica acerca de la insuficiencia de las propuestas de Hart justamente por no aceptar aquello que ayuda a probar la teoría del reconocimiento: la penetración de la moral en el mundo del derecho en: RAMOS PASCUA, J. A., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos 1989, 251 p. En especial: pp. 194-200.

26. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978, p. 264.

blar de subsunción sino de ponderación, admitiéndose así la componente política de dicha operación. Hay que pensar que ponderación es lo mismo que evaluación.

De esta forma, ¿qué es hoy actuar jurídico-técnicamente? La actuación técnica en terreno jurídico, con lo hasta aquí dicho, viene a considerarse de la siguiente forma. La actuación técnica no tiene tanto que ver con la actividad de aplicar o interpretar el derecho, que son operaciones decididamente políticas, aunque sean realizadas forzosamente en un contexto tasado por las reglas de interpretación del Código Civil, o por las reglas que para la aplicación prescriben las normas procesales, o por las disposiciones de contenido del ordenamiento, cuanto que tiene que ver con otra operación irremediable —dado el marco establecido por la teoría de la argumentación jurídica— en todas las actividades jurídicas: la operación de justificar coherentemente todo tipo de resoluciones. Por justificar se entiende aquí, sobre todo, la operación de documentar jurídicamente todo tipo de actuaciones profesionales. Este es el caso de las actividades judiciales.

En este momento se hace preciso profundizar en el cambio de paradigma. En concreto hay que explicar esta tesis, propia de la teoría de la argumentación jurídica, respondiendo a las siguientes preguntas ¿cómo actúan los juristas? ¿cuáles son las principales características de sus actividades? ¿cómo deben actuar los juristas? ¿coherencia, con respecto a qué?

La explicación del cambio de paradigma, y por tanto las respuestas a estas preguntas, se hace posible porque desde prácticamente después de la segunda guerra mundial se han sentado las bases para conocer y comprender las características de la práctica jurídica (interpretación, aplicación, dogmática)<sup>27</sup>. 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. Trabajos como los de Viehweg con relación a la tópica, o los de Perelman con relación a la moderna retórica fueron, entre otros, los fundamentos de esta reflexión. Ellos manifestaron que esta práctica tiene que ver con «justificación» de sus actividades a través de argumentos expuestos de forma «estratégica» a lo largo del proceso. Estos autores consideran al proceso como una acción realizada por personas en un determinado período de tiempo.

La hermenéutica alemana ha colaborado a esta reflexión aportando relevantes pautas a la misma: el propio Gadamer, desde la filosofía general, se ha fijado en la actividad de los juristas como argumentadores «ejemplares». También la dogmática ha establecido consideraciones conexas a las mencionadas, e incluso previas: así la fijación de la «precomprensión» por Esser. También Engisch. Desde hace tiempo las manifestaciones de Habermas sobre la acción comunicativa, la razón práctica y el concepto de racionalidad discursi-

---

27. Lo que sigue es una revisión y ampliación de las propuestas y referencias hechas en GALINDO, *o.c.*, pp. 312-316.



va, en definitiva sus explicaciones ideales sobre el actuar, recogidas por juristas, han ampliado la base de las posiciones anteriores, al estimar ya no sólo que los profesionales del derecho en todas sus actividades están caracterizados por seguir las reglas de la razón práctica al mismo tiempo que las normas, los principios jurídicos, e incluso morales, recogidos en la Constitución, sino que están obligados a ello justamente por el valor emancipatorio o democratizador de dichas reglas, en cuanto que las mismas posibilitan la participación o cuanto menos la consideración de todas las culturas en la práctica jurídica. Esto exige a los juristas actuar atendiendo a las condiciones procesales del discurso racional práctico, que, según la teoría de la argumentación jurídica, apela a actuar con la mayor claridad conceptual, utilizar la información empírica en la mayor medida, actuar con generalidad y, en lo posible, con libertad de prejuicios.

Desde la denominada «teoría del derecho», se encuentran recogidas parcialmente estas ideas en los trabajos, entre otros, de Aarnio, Alexy<sup>28</sup> y Peczenik. Estas posiciones, constitutivas de la «teoría de la argumentación jurídica», pese a su orientación marcadamente normativista y positivista, profundizan en el estudio sobre las características reales de las actividades jurídicas: acercan al marco de conocimiento fijado por la hermenéutica y, sobre todo, por la filosofía de la razón práctica; hay que pensar que dichos autores desde posiciones filosóficas y científicas recientes introducen claridad al estudio del derecho o, mejor dicho, la necesidad de que en dicho estudio y en la aplicación se utilicen argumentos «estandarizables» o científicos, lo que no es poco una vez que con ello amplían el conjunto de objetos de discusión sobre el derecho hasta ámbitos extranormativos: al terreno de las actividades judiciales por ejemplo, fuera de lo que se ha tenido en los últimos años como terreno de lo inescrutable, marcado por una separación tajante entre el terreno del derecho y el de la moral. La teoría de los sistemas sociales de Luhmann complementa a las anteriores, aportando métodos de trabajo propios de la sociología, a efectos de conocer las características de la actividad judicial<sup>29</sup>, manteniendo la mencionada separación —derecho valores— desde la perspectiva de que tan sólo propone el conocimiento de lo encajable en categorías científicas o racionales o, hasta cierto punto, formales.

La novedad reside en estos momentos en que la Filosofía del Derecho, a efectos de dar soluciones al problema de la irremediable actuación política de los agentes jurídicos, va más allá que las propuestas de las teorías jurídicas de la argumentación, ocupándose no sólo de expresar tecnocráticamente dicha práctica sino de averiguar y expresar en forma «standard» —apelando

---

28. Hay una traducción: ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza, Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 346 p.

29. Un interesante producto jurídico de las propuestas de Luhnman y las tesis de Wiethölter es: FREY, R., *Vom Subjekt zur Selbstreferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989, 123 p.

al postpositivismo «modernista»— cuáles y cómo lo hacen son las valoraciones o convicciones que se incorporan a cada una de las actividades en las que se desenvuelve la vida jurídica en las sociedades democráticas<sup>30</sup>. Esto puede resumirse diciendo que las propuestas filosófico-jurídicas atienden a expresar tanto el marco jurídico como el moral de la argumentación jurídica, o, mejor, las condiciones de la práctica de todas las actividades jurídicas, pasados ya los tiempos en los que realizar un estudio extranormativo del derecho era una actitud considerada escasamente científica o «psicologista», como expresaba peyorativamente la analítica. En esto inciden la sociología y la filosofía en general<sup>31</sup>.

Resumiendo la explicación última para con las actividades fundamentales —«clásicas»— de los juristas se puede decir que, según la Filosofía del Derecho, es la siguiente. Antes de entrar en materia es preciso advertir que la siguiente explicación es «filosófica» e «ilustradora», lo que quiere decir que ella es tan sólo un esquema que, como los modelos, recoge tan sólo los datos más significativos para el presente trabajo. En otro contexto la explicación de las actividades de los juristas debe contar con mayores datos, en esa situación los que a continuación se mencionan pueden ser considerados su matriz.

Las actividades de los juristas, que se producen en la realidad en forma simultánea en la mayor parte de las ocasiones son tres: interpretación y aplicación del derecho y, para los juristas académicos, construcción de dogmas (para otros construcción de proposiciones normativas). Según ha puesto de relieve la discusión filosófico-jurídica reciente, cada una de ellas consta del suficiente número de facetas como para que si bien tiene sentido su reducción a sistema no lo tiene su reducción a fórmula o norma o a proposición normativa o ser expresada en los términos que propone la teoría de la argumentación jurídica. Ello es imposible también por lo que indican los estudios más recientes sobre las características complejas del conocimiento humano.

Por lo que hace a la interpretación de los textos legales<sup>32</sup>, hay que decir que no está regida por método alguno sino, en última instancia, 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

30. ZIPPÉLIUS, R., *Rechtsphilosophie*, München, Beck, 1989, pp. 244-270.

31. Fundamentan lo dicho las propuestas de MATURANA, H., «Biology of cognition», en MATURANA, H. R., VARELA, F., eds., *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht, Kluwer, 1980, pp. 2-62. Desde una distinta perspectiva pero relacionada con estas propuestas es de gran interés la discusión filosófica sobre Argumentación y Racionalidad «dialógica» recogida en WOODS, J., «Ideals of Rationality in Dialogic», *Argumentation*, 4/1988, pp. 395-408. Interesa la crítica recogida en dicho volumen a partir del artículo anterior de MACKENZIE, J., «Woods on Ideals of Rationality in Dialogue», *ibidem*: pp. 409-417, y la respuesta de Woods a Mackenzie: WOODS, J., «Rationality Ideals and Mentality», *ibidem*: pp. 419-424.

32. En lo relativo a la interpretación es sugerente la propuesta de Dworkin reducida a definir el derecho como concepto interpretativo («Laws is an interpretative concept», ver DWORKIN, *Law's empire cit.*, p. 410). Sobre la obra de Dworkin trata la monografía: BITTNER, C., *Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeinen Theorie des Rechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, 259 p.



estos prejuicios tienen carácter técnico-jurídico, e incluso hay reglas o pautas legales para que la interpretación se produzca respetando a la legalidad, con lo cual atienden a cierta regularidad<sup>33</sup>; pero pese a todo es irremediable admitir, como hace la hermenéutica, que el horizonte del contexto — valores y prejuicios: sentimiento— y no tan sólo características del caso es el que marca las pautas de la interpretación jurídica.

Por lo que hace a la aplicación del derecho lejos quedan los tiempos en los que se consideraba que ésta era una operación mecánica o una mera subsunción. La escuela de derecho libre, el realismo americano y la jurisprudencia de intereses, entre otros, se han preocupado por criticar esa propuesta. Por ello hoy se habla de ponderación más que de subsunción. Esto es así porque aún 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, se admite también que esta resolución es producto también del contrabalanceo o ponderación de los argumentos aparecidos en el proceso, de las mismas características del caso y de los prejuicios o convicciones o hábitos del decisor<sup>34</sup>. Por ello no es posible reducir esta operación a la de una subsunción en la que las premisas tienen sus notas o características definidas con claridad y la conclusión es la inequívoca deducción de las mismas<sup>35</sup>.

Es difícil precisar las pautas características de la actividad de construir teorías o dogmas. Un autor que se ha ocupado con cierto detenimiento del tema es Aarnio, y él ha manifestado que dicha operación está sometida a las reglas sentadas por la denominada jurisprudencia de conceptos, pareciéndole también atinado hablar de que en ella se siguen las reglas del conocimiento científico en general, con una peculiar —mayor— afectación en el mismo de los valores o de los ideologías en las que cree la «sociedad» de dogmáticos o científicos del derecho<sup>36</sup>. Acaso esta valoración pueda obviarse en la construcción de determinadas leyes técnicas (fiscales) pero siempre limitadamente. Por otra parte hay que decir que los resultados de esta construcción, las categorías doctrinales construidas por los juristas académicos, son uno más de los puntos de referencia para el conocimiento del derecho por los profesionales del derecho.

Por lo hasta aquí expresado ya debe de quedar claro que las actividades clásicas de los juristas en escasa medida son explicables por la teoría de

---

33. 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, Athenäum Fischer, 1972, pp. 116-141, en especial pp. 140s.

34. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, p. 442.

35. Se recoge una sucinta descripción de la complejidad de esta actividad en: PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, pp. 29s.

36. Véase, por ejemplo, AARNIO, A., «Rechtsdogmatik-Wissenschaft oder Technik?», en AARNIO, A., *Wegen Recht und Billigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 102.

la argumentación jurídica o por reglas técnicas, en buena medida están guiadas —además— por valores o son políticas. La coherencia, que cabe exigir de las mismas, atendiendo a las reglas de la comunicación ideal, por ello, no puede estar concentrada en el requisito de que las actividades se ajusten a las normas jurídicas, sino que éstas han de estar atemperadas a los valores «intersubjetivos» en los que creen las distintas culturas que integran a la sociedad.

Una ocupación imprescindible para la coherencia, es la de acceder a la documentación jurídica con la que fundamentar las actividades jurídicas. Esta actividad tiene tal relevancia que incluso se le considera un problema jurídico distinto a los anteriores propio de nuestro momento. Es el problema del acceso a los textos jurídicos. Este problema no es una construcción filosófica o teórica, es un problema real: ha surgido con el fortalecimiento del Estado de derecho o del Estado interventor, más tarde con el denominado fenómeno de la juridización o legalización<sup>37</sup>. Depende del que ha sido denominado fenómeno de la juridización o legitimación<sup>38</sup>. A consecuencia de este fenómeno el flujo de información, jurídica y no jurídica, que ha de manejar el profesional del derecho ha crecido en tal forma que en la actualidad se hace muy difícil el ejercicio profesional, regido por las categorías tradicionales. Hasta hace pocos años el derecho estaba constituido por Códigos más o menos extensos. Ello no es posible hoy para ninguna materia. Este problema, además, no se resuelve con el entrenamiento de los juristas en el «arte» de razonar: es preciso el uso de la información sobre el contenido de las leyes, una vez que los procedimientos siguen exigiendo la motivación de las propuestas recogidas en los documentos por medio de argumentos o tópicos o criterios recogidos en los textos jurídicos. El problema del acceso a los textos jurídicos ha conducido a una especialización profesional que acarrea dificultades de todo tipo una vez que, sobre todo, no se corresponde con las necesidades sociales, que demandan el mismo tiempo un conocimiento profundo del modo de resolver problemas complejos en los que están conectadas varias zonas de ordenamiento<sup>39</sup>.

Sobre este problema, independientemente de los datos reales, hay referencias en la discusión filosófico-jurídica concretada a través de la tópica y la nueva retórica, o por medio de las variadas versiones de la denominada teoría de la argumentación jurídica, o por intervenciones prove-

37. De la «doctrina de las fuentes del derecho» habla Peczenik: PECZENIK, *On Law and Reason cit.*, p. 318. Sobre la complejidad de esta doctrina se extiende en: *ibidem*: pp. 313-371.

38. Al respecto, HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, tomo II, pp. 522-547; sobre la definición del mismo pp. 523s. Hay trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, tomo I, 517 p., tomo II, 618 p.

39. A efectos de solventar estas dificultades se realizan, utilizando la pluralidad de métodos de conocimiento existentes en nuestra cultura, propuestas doctrinales que ayudan a conocer el fenómeno. Es interesante a estos efectos la monografía: DROSDECK, T., *Die herrschende Meinung. Autorität als Rechtsquelle. Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 153 p. Véase, en especial, la sección relativa a la aproximación hecha a las fuentes del derecho por medio de la figura dogmática del «pensamiento dominante» (*ibidem*: pp. 74-140).



nientes de la misma crítica interna producida a la teoría analítica del derecho<sup>40</sup>. De esta discusión ha surgido cuáles son los elementos materiales del acceso a documentación jurídica, o dicho de otra forma, los requisitos para la formación de coherencia: el hallazgo de textos y argumentos o criterios, jurídicos y morales, admitidos mayoritariamente porque, también han quedado manifiestos sus elementos formales: el marco, función o fin de la actividad. Este marco está constituido por las pautas fundamentales de las operaciones jurídicas «clásicas» antes explicadas: las de interpretación y aplicación del derecho o la de construcción de proposiciones normativas o dogmas, operaciones imprecisas pero muy estudiadas como ha sido puesto de manifiesto, y que son tanto el objetivo como los límites a tener en cuenta en la actividad de acceder al derecho y establecer la coherencia, sucedidas siempre en el contexto u horizonte constituido por los textos jurídicos vigentes<sup>41</sup> y las convicciones morales intersubjetivas.

Sin duda alguna hay que agradecer a la teoría de la argumentación jurídica, el que estudiando las características de la interpretación y la aplicación jurídicas, haya señalado cómo la información jurídica se encuentra recogida en las disposiciones o normas y en las obras doctrinales o dogmáticas; también cómo se accede a la misma. En dicha teoría se expresa que es preciso procurar el acceso de estos textos a los juristas: prácticos, jueces, abogados, etc., y académicos: profesores o estudiantes. Este acceso ha de respetar los procesos que siguen estos sujetos en sus actividades profesionales para acceder a la información<sup>42</sup>. También ha de ser respetada la materia, como ha señalado Aarnio al indicar que las categorías de la dogmática son los estantes o anaqueles en los que se almacena clasificada la documentación jurídica. Con lo cual Aarnio sigue aquí las propuestas de Savigny sólo que sin apelar al espíritu del pueblo o a la tradición: Aarnio apela a la «comunidad de vida» analítica<sup>43</sup>.

Por ello se admite que la actividad de acceder a los textos jurídicos es una actividad reglamentada, y, por lo mismo, sistematizable —entendiendo el término sistema con la amplitud con la que lo entiende la teoría de los sistemas sociales—, al menos en mayor medida que lo son las anteriores.

40. Fundamental: DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1979, pp. 22-26 passim. Un paso más adelante en la construcción de la crítica en forma de teoría interpretativa del derecho es el realizado en DWORKIN, *Law's Empire* cit.

41. Elementos: textos, principios, reglas, valores: paradigmático: ALEXY, «Rechtssystem und praktische Vernunft», *Rechtstheorie*, 1987 pp. 407-417.

42. Se adopta como punto de referencia: AARNIO, A., *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien, Springer, pp. 50-68. También el conjunto de los argumentos referidos a la justificación interna y externa del discurso jurídico indicados por ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* cit. pp. 273-348, especialmente en lo que se hace a la argumentación dogmática: pp. 307-334, por lo que hace a su función técnica: pp. 330s.

43. Esta apelación es distinta a la de la intersubjetividad a la que apela Habermas. Aarnio, por el contrario, encuentra una cierta equiparación entre sus posiciones y las de Habermas en AARNIO, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Kluwer, 1987, pp. 231-235.

De hecho en todos los países existen publicaciones o colecciones o repertorios documentales en los que se almacenan con un cierto orden los textos jurídicos, siendo accedidos por los juristas cotidianamente. Estos profesionales los consultan con el objetivo de fundamentar, justificar o legitimar con ello su postura con respecto al proceso en el que intervienen.

Dichas explicaciones, pese a todo, olvidan aquello que expresábamos con palabras de Habermas y también de Dworkin: hasta esta actividad, aparentemente técnica, es una actividad política, guiada por las consideraciones, preferencias y valoraciones del que la realiza. En esta actividad jurídica, como sucedía en las anteriores, la satisfacción de la coherencia exige para actuar democráticamente atender tanto a los principios morales como a los jurídicos admitidos intersubjetivamente y ello por las razones que se mencionaban al comienzo de presente apartado: es un hecho que los jueces hacen política <sup>44</sup>.

Por tanto y para concluir: ¿qué recomendaciones en forma de criterios cabe hacer para realizar una actuación judicial democrática?

#### IV. CRITERIOS PARA UNA ACTIVIDAD JUDICIAL DEMOCRÁTICA

Dado el contexto tecnocrático expresado en el apartado anterior, dejando en un lugar secundario la importancia de los problemas materiales para llevar a efecto una actividad judicial propia del Estado de Derecho, dejando igualmente en segundo término la necesidad de que la legalidad sea respetada, una vez que ambos principios son mínimos para el ejercicio del derecho en una sociedad democrática, admitiendo que los jueces inevitablemente hacen política, cabe entrar en el problema fundamental para la actuación del derecho: ¿cómo cabe actuar —interpretar, aplicar y acceder al derecho— judicialmente en democracia? ¿a qué actividades judiciales cabe adjetivar como democráticas?

La tesis que se explica a continuación como respuesta a estas preguntas puede resumirse en lo siguiente. Es una actividad jurídica democrática aquella que se realiza ejecutando el principio de participación, o, con otras palabras, aquella actividad (interpretación, aplicación, construcción de dogmas, acceso al derecho) que atiende coherentemente a los criterios morales y jurídicos admitidos en forma consensuada por las distintas culturas aparecidas a lo largo del proceso seguido con el fin de producir la actividad judicial concreta.

Pasando al desarrollo de esta tesis en forma de criterio, una primera recomendación es la relativa a que un juez en todo caso debe actuar en

44. Es interesante al respecto la proximidad de su postura y de parte de los integrantes del movimiento Critical Legal Studies señalada por Dworkin en R. DWORKIN, *Law's Empire cit.* pp. 271-275. La posición de Dworkin está reflejada en: *Ibidem:* pp. 254-258.



actuar en el amplio, ambiguo, discutible... pero recogido en textos escritos, marco de la ley<sup>45</sup>. Lo cual, si bien significa reconocer la necesidad de perpetuar la puesta en práctica del Estado de Derecho: la del principio de legalidad (la actuación de la motivación sobre todo<sup>46</sup>) considerado como el principio fundamental para la seguridad jurídica, no es decir mucho porque hoy es necesario admitir que: el texto de la ley está constituido también por el de los principios, reconocidos, fundamentalmente, en las Declaraciones de Derechos; también, y en el grado reconocido por los textos jurídicos, por la jurisprudencia. Sólo que los textos legales tienen tal complejidad, incluyen tal cantidad de textos, además de que contienen principios contradictorios en ocasiones, que considerarlos como único marco de referencia es una actitud equivocada. Hay que recordar que la actuación judicial trasciende este marco; transcurre en el ámbito señalado por los textos jurídicos, las características de la interpretación, las de la aplicación y las de la actividad de acceder a la información contenida en los textos, operaciones políticas en última instancia en las que el juez queda en sus propias manos. Por ello más que recomendar al juez que motive hay que exigirle coherencia con los textos legales, y con algo más...

Desde una perspectiva técnica, para desenvolverse correctamente —democráticamente— dentro de este ámbito cabe usar, en cuanto están suficientemente contrastadas y admitidas, las categorías establecidas por la teoría del derecho, especialmente la teoría de la argumentación jurídica. Tal vez no tengan relevancia práctica todas las categorías desarrolladas por la teoría, dado que ésta se ha desenvuelto fundamentalmente en el terreno de la Filosofía del Derecho, al margen de la práctica judicial, con otros fines, pero si buena parte de las relativas a la teoría de la norma, la teoría del ordenamiento y la teoría de la institución, que quedan recogidas incluso en manuales. El problema de la utilidad de las propuestas de la teoría del derecho —incluso de la teoría de la argumentación jurídica— reside en que, congruentemente con sus premisas, dichas propuestas han sido construidas a partir de la admisión de la transformación, amparada en el principio de verdad o de objetividad, de los textos jurídicos en proposiciones. Esta actitud tomada con relación a los textos dirigidos a ciudadanos como sucede con los textos morales en general, es discutible una vez que tales textos intencionadamente están abiertos a las distintas culturas que se integran en una sociedad, por lo cual son textos abiertos y en numerosas ocasiones ambiguos. Como hoy se expresa, dichos textos facultan más bien que al establecimiento de la presunta verdad contenida en los mismos a través de la operación de subsumir, a la ponderación en forma coherente de los fines,

45. Se dice en PECZENIK, *o.c.* p. 41: «Thus, democracy demands a legal decision making which harmonize respect for both the wording of the law and its preparatory materials and, on the other hand, moral rights and values, including freedom and equality. It also demands that the decisions are justified as clearly as possible. It does not demand a servile following of the text of the statutes or preparatory materials».

46. La necesidad de motivar es el requisito perfilado con claridad en el proyecto de Directiva de la Comunidad Europea relativa a la reforma de procedimientos procesales: vease arts. 1 y 2 por ejemplo (ver *supra* cita 2).

valores e intereses, a los que apelan las leyes aprobadas por el Parlamento o las sentencias aprobadas por órganos judiciales. Dichos textos llaman a la intersubjetividad<sup>47</sup>.

Por todo ello es especialmente recomendable para una actividad judicial democrática una continuada atención al estudio del derecho realizado por los autores que integran la dogmática. La pluralidad de opiniones defendida por dichos autores, atendiendo a las distintas metodologías y escuelas, permite ofrecer para un mismo problema jurídico una distinta fundamentación a actitudes judiciales igualmente plurales. La dogmática permite atender tanto a las opiniones individuales —culturas— que tienen derecho a participar en la vida social según prescriben las normas, como a las exigencias técnicas que reclaman los distintos problemas jurídicos o el mismo principio de seguridad<sup>48</sup>. Desde otra perspectiva, por medio de la dogmática se actúa judicialmente en forma democrática al posibilitar, moderando los personalismos, participar de la pluralidad de opiniones presentes en la sociedad y exteriorizadas en el proceso a partir del conflicto a resolver<sup>49</sup>.

Dada la característica constructora de la actividad judicial en la actualidad, recomendar el seguimiento de la dogmática tiene mayor interés por lo siguiente. La dogmática facilita a través de sus construcciones, en forma paradigmática o «típica» en la mayor parte de las ocasiones, una interpretación del derecho abierta a las condiciones cambiantes del contexto social. Dichas construcciones —sistemas sociales— ponen al día los textos jurídicos, concretando la borrosidad inevitable de los textos aprobados por instituciones democráticas. En cierta medida dichas construcciones, hechas a partir de valoraciones, son amoldables a los cambios sociales a través de técnicas «standard», por lo que facilitan la coherencia<sup>50</sup>.

Cabe decir, también, que un juez actúa democráticamente cuando legitima su actividad —la hace coherente— en forma tal que la misma es receptiva o sensible para con los criterios —jurídicos y morales— admitidos por lo general por la mayor parte de los ciudadanos en cuyo entorno actúa. Esto exige no sólo conocimiento de estudios sociológicos, por ejemplo, acerca de tales criterios, sino sensibilidad para con las culturas aparecidas a lo largo de todo el proceso<sup>51</sup>. Lo cual reclama ser respetuoso, hasta donde se pueda, incluso para con aquellas pautas culturales que no son propias de la sociedad industrial; dentro de esta sociedad existe un significativo número de culturas y «subculturas» peculiares, respetables y atendibles en la práctica

47. Ilustra al respecto: COPP, D., «Explanation and Justification in Ethics», *Ethics*, 100, 2, 1990, pp. 237-258.

48. SCHLAPP, T., *Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik. Ansätze zu einer struktivistischen Sicht juristischen Theoriebildung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 215.

49. Sobre la parte de política presente en las construcciones dogmáticas véase: GALINDO, F., «Notas sobre la dogmática del Derecho de Familia. Un estudio de manuales», *Revista de Derecho Privado* 1983, pp. 643-670.

50. Véase GÜNTHER, K., «Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation», *Rechtstheorie*, 20, 1989, p. 189.

51. «Sentimiento de justicia». Véase ZIPPELIUS, *o.c.*, pp. 123-160.



totalidad de su contenido: siempre que no atenten contra los considerados principios jurídicos fundamentales en nuestra cultura: igualdad y libertad. La atención a las propuestas de éticos, a estos efectos, es vivamente recomendable.

Todo lo dicho puede hacer pensar que el juez ha de actuar con determinado talante. Para algunos puede mantenerse en vigor la exigencia que satisfaga el principio de universalidad o el imperativo categórico kantiano: el juez ha de comportarse en la forma en que desearía que se comportaran los demás, o en la forma que crea es generalizable<sup>52</sup>. El problema reside en que con ello no se decide mucho, hay que tener en cuenta que en las actuaciones determinadas, fáciles o difíciles, hay que resolver problemas concretos, con contenido, que apelan, como manifiesta el proceso, a intereses, fines o valores plurales. No hay duda de que se apela al sentimiento o a los valores personales del que actúa o toma la decisión, pero para ello es preciso aceptar, en lugar del imperativo categórico, como primera recomendación la de utilizar procedimientos o instrumentos que faciliten la intersubjetividad o el balanceo o contrapeso de los intereses, fines y valores en juego. Así técnicas como la teoría de sistemas, o fórmulas como las propuestas por la teoría de la decisión; también normas procesales que permitan el consenso. Medidas todas ellas que, a no dudarlo, facilitan la actuación guiada por el principio de la ponderación. En última instancia, pese a todo, la actuación es personal: es la conciencia individual del juez la que interviene, y en este punto sólo cabe decir que la aplicación coherente del imperativo categórico exige comportarse para con los problemas concretos con adecuación a los criterios jurídicos y morales admitidos intersubjetivamente, más que atendiendo a convicciones universales o a las que proporciona la conciencia.

Todo lo dicho exige del juez, resumidamente, conocimiento del derecho y sensibilidad para con los hechos sociales, valores incluidos, o el entorno en el que ejercita su actividad. Esta actitud es la que posibilita al juez tomar perspectivas generales que le facultan a actuar en forma intersubjetiva o verdaderamente democrática. De no respetarse estos principios la actuación judicial seguirá siendo política al mismo tiempo que egoísta o incontrolable. Sólo una actuación procesal democrática en el sentido expresado es garantía para los jueces y para el ciudadano, quien sólo de esta forma puede confiar en la Administración de Justicia.

---

52. PREUSUS, *o.c.* p. 10.





## Forma-Estado, formas del Derecho y cuestiones de la Democracia: un caso para el análisis (\*)

Por ROBERTO BERGALLI

Barcelona

*Introducción.* 1) El «modelo» argentino. 1.1) Los vicios jurídicos que acarrearán ilegitimidad. 1.2) La ley de «punto final». 1.2.1). 1.2.2). 1.3) La ley de obediencia debida. 1.3.1). 1.3.2). 1.3.3). 1.4) Los ejemplos truculentos. 1.5) Victoria electoral; las razones de un rechazo popular. 2) Nuevos comportamientos deslegitimadores. 2.1) La política de indultos. 2.2) ¿Se legitima el Estado de derecho con los indultos? 3) Consecuencias para el sistema democrático. Notas. Bibliografía.

### *Introducción:*

La participación que los elementos jurídicos tienen en la configuración de una determinada forma-Estado constituye un terreno sobre el cual convergen las filosofías política y social con el estudio de las teorías del Estado. Sin embargo, una convergencia semejante no permite todavía poner de manifiesto hasta qué punto el encuentro de tales perspectivas disciplinarias permite descubrir las consecuencias que aquella participación produce sobre la vida real de los ciudadanos, sus prácticas políticas y sus relaciones con los gobernantes. Para tal fin, será necesario contar con casos empíricos concretos con el objeto de verificar si el Estado del que se habla, histórica y jurídicamente determinado en su forma, reconoce y satisface las demandas sociales que se le plantean permitiendo, a su vez, que toda exigencia tenga su vía de formulación asegurada junto a una acorde respuesta. En síntesis, la existencia de una sociedad democrática depende de la seguridad jurídica para alcanzar ciertos niveles de justicia y de bienestar que garantiza la forma-Estado.

De este modo es como se hacen útiles y aplicables las enjundiosas categorías de Estado de derecho, Estado democrático, Estado social; todas ellas

---

(\*) Texto de la ponencia sostenida en el *Workshop*: «Sociología jurídica en América latina: ¿existe una especificidad americana en esta disciplina?» (direc. O. Correas), celebrado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati (Gipúzkoa), 6-8 julio 1990.

cargadas de profundos contenidos que se han venido construyendo a lo largo de acendradas tradiciones, primero por una cultura política liberal-burguesa y luego por otra de signo social-demócrata pero a las cuales indudablemente el marxismo ha dado una contribución relevante.

Empero, de la relación interna que aquellas tres categorías han generado entre sí, surge la necesidad contemporánea por saber cuál es el sistema político que está en condiciones de asegurar un explícita forma-Estado capaz de integrarlas en manera estable, dando así lugar a su reconocimiento y aceptación. La búsqueda de un objetivo semejante se ha hecho particularmente evidente en la cultura política de Occidente (cfr. ASHFORD 1968) en los dos últimos siglos, pero tiene en Europa otros ejemplos exitosos y a veces patéticos que en definitiva trasuntan una constante lucha entre democracia y autoritarismo (cfr. estudiosos clásicos como NEUMANN 1957; COSTA 1986). La naturaleza normativa y la justificación moral de este tipo de objetivos a los que se llega por medio de un determinado sistema político constituye, asimismo, la substancia de los enfoques analíticos que en España están determinando una preferente atención; de tal manera es que las diferencias y contactos que los conceptos de legitimación y legitimidad mantienen con el de estabilidad son los ejes de un tipo de examen que, aunque yo no abordaré aquí, se puede ilustrar caústicamente (cfr. GARZÓN VALDÉS 1987).

Todas las cuestiones a las cuales se ha aludido son objeto de polémica con motivo de las caídas de legitimidad del llamado Estado de bienestar, atravesado por constantes crisis pero particularmente afectado por el choque frontal que se produce en el ámbito del proceso europeo de acumulación, posterior a la segunda Guerra mundial, entre la creciente demanda de bienes y servicios con la perspectiva de reducción del gasto público, lo cual se hace evidente en la década de los años setenta. Una de esas crisis es la del Estado de derecho que en casos muy concretos ha repercutido de forma negativa sobre los principios fundamentales de que se nutre esta categoría de la filosofía jurídica; de modo tal que el modelo institucional asignado a funciones estrictamente políticas al que había dado lugar el liberalismo burgués se hace inútil para contener el nivel de conflictividad al que se llega hasta poner incluso en peligro la propia gobernabilidad del sistema (cfr. FERRAJOLI 1983); PAGGI 1987.

Un debate como el que se acaba de bosquejar no ha tenido sin embargo lugar en el ámbito de las disciplinas jurídicas y políticas en América latina, lo cual ya había enfatizado hace algunos años (cfr. BERGALLI 1984a). De estos problemas es que quiero parcialmente ocuparme en este ensayo.

Mas, no es extraño que la teoría latinoamericana sobre el Estado ni mucho menos una reflexión sobre el derecho se puedan haber ocupado con la profundidad necesaria acerca de la participación de los elementos jurídicos en la construcción del Estado social. Efectivamente, si se atiende al momento de evolución que una forma-Estado ha asumido en Latinoamérica y sobre todo las deformaciones o falta de realización del Estado de derecho, dicha extrañeza no es injustificada. A tal fin basta pensar que la década



de los años setenta ofrecía un panorama desolador en cuanto a la presencia de regímenes políticos de corte autoritario o de meras «democracias de fachada» (cfr. POLLACK; SOLÓRZANO MARTÍNEZ 1984), asentadas en buena parte del continente; son de destacar sobre todo los primeros, los cuales se habían expandido a partir del golpe militar producido en Brasil en 1964 y como consecuencia o aplicación de un proyecto específico de dominación que tuvo su propia ideología explicitada en la llamada doctrina de la seguridad nacional (DSN). La aparente adopción de ciertos postulados jurídicos por esta doctrina la presentaban como el marco dentro del cual el Estado autoritario que la sustentara se legitimaba con la organización militar de la defensa social (cfr. DOMÍNGUEZ 1980), aunque de inmediato semejantes tentativas fueron rápidamente desmontadas (por todos, cfr. GARCÍA MÉNDEZ 1985).

Una definitiva superación de tan negro período para la historia latinoamericana, respecto a consecuencias sobre vidas humanas y violación de derechos fundamentales, no parece cercana. No obstante, el comienzo de los años ochenta reveló un retorno a las formas constitucionales de gobierno mediante la elección de representantes y este es el momento en el cual, a excepción de Cuba y Haití, el resto de los países agrupados en la Organización de Estados Americanos exhibe regímenes de gobierno alcanzados mediante el voto de sus ciudadanos. Ciertamente es que la legitimación de algunos de ellos —como el caso de Panamá o de El Salvador que no parecen admitir ninguna justificación moral cuando el primero se sostiene por la intervención militar de los Estados Unidos y el segundo se apoya en la masacre de los propios nacionales por su Ejército— pone en duda que el simple uso de un procedimiento democrático justifique resultados éticamente reprobables (cfr. GARZÓN VALDÉS 1985 cit., 8). Otra cosa es, asimismo, que los contenidos de estas democracias latinoamericanas satisfagan las demandas sociales y económicas del conjunto o de las mayorías de los ciudadanos pues, como se sabe, se pueden observar las prácticas del procedimiento democrático sin reconocer participación política a todos los sectores de la población ya que los partidos, considerados como los grupos portadores de la articulación de los intereses de toda la sociedad, muchas veces carecen en Latinoamérica de esa característica esencial (cfr. MOLS 1987, 164-172); el estilo y la tradición de una cultura política peculiar no permite reconocer en general que los partidos políticos latinoamericanos sean los auténticos canales de expresión democrática. No obstante, vale la pena recordar que desde el 1 de mayo de 1989 hasta el 10 de junio ppdo., ciudadanos de doce países latinoamericanos pasaron por las urnas para elegir a sus autoridades representativas e iniciar así un período inédito en todo el continente; procesos de transición a la democracia, después de períodos dictatoriales, o consolidación de Estados de derecho son los deseos manifiestos de quienes han sido elegidos en todos esos países. Sin embargo, muy velozmente, bien por incumplimiento de los mandatos recibidos a través del voto popular, bien porque el simple restablecimiento de las instituciones democráticas

no han servido para garantizar el orden económico y social que pretende imponer el capital transnacional como única energía capaz de revitalizar los mercados, lo cierto es que la estabilidad de algunos regímenes democráticos se ha visto seriamente amenazada. Un caso aparte lo constituye el de aquellos sistemas democráticos aceptados y queridos por los ciudadanos los cuales comienzan a sentir que, pese a que se cumplan las reglas del procedimiento, las metas de justicia que se han pretendido alcanzar con el Estado de derecho resultan inalcanzables mientras aquellas reglas sencillamente mediatizan la estabilidad del sistema.

1) *El «modelo» argentino*: este es el punto en el cual debe recurrirse al «modelo» argentino, surgido con el hundimiento del autoritario régimen militar precedente por medio de las elecciones del 30 de octubre de 1983, para verificar con un caso empírico el papel jugado por ciertos elementos jurídicos en la configuración de una determinada forma-Estado en Latinoamérica.

Creo que para comenzar con el análisis de este «modelo» es suficiente recordar el marco de absoluta legitimidad dentro del cual renació el sistema político de la democracia en Argentina. Básicamente consistió en lo que se entiende como «mensaje ético» lanzado desde su campaña política previa a las elecciones por el Dr. Raúl Alfonsín, antes del triunfo que le llevara junto con su partido —la Unión Cívica Radical (UCR)— al poder. Fue sobre la base de la promesa de profundizar la investigación y producir el enjuiciamiento de quienes resultaran criminalmente responsables por la masacre cumplida mediante el terrorismo de Estado, acaecida durante los años de régimen dictatorial, que los argentinos votaron mayoritariamente por la propuesta del Dr. Alfonsín y la UCR.

En cambio, como ya he reiteradamente manifestado (cfr. BERGALLI 1987a; 1987b), pese a las investigaciones llevadas a cabo tanto por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) como por la Fiscalía ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital, y a la realización de juicios contra nueve Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) que habían integrado las tres primeras Juntas militares que gobernaron el país entre 1976 y 1983 como a los jefes que tuvieron competencias en las operaciones realizadas durante la llamada «guerra sucia», las condenas recaídas en tales juicios cuanto el comportamiento observado posteriormente en torno a la cuestión militar, todo ello ha demostrado una actitud renuente o que claudica con el cumplimiento integral de la promesa política<sup>1</sup>.

1. Debe reconocerse, sin embargo, que tal como lo destacan quienes han sido artífices del «discurso jurídico del olvido», la promesa política comprometida durante la campaña previa a las elecciones de 30. Octubre de 1983, consistía en establecer tres niveles de responsabilidades para llegar al enjuiciamiento de quienes a la postre se probara su culpabilidad. Tales niveles estaban constituidos: a) por el de quienes habían impartido las órdenes; b) por el de quienes las habían ejecutado; y c) por el de quienes, cumpliendo tales órdenes, se habían excedido de ellas (cfr. Malamud 1990, 3). Estos argumentos también son alegados por el propio Dr. Raúl Alfonsín cuando se le requiere sobre el punto, recordando él que de tales niveles ya había hablado en su libro *Ahora*, publicado en Buenos Aires en 1982.



1.1) *Los vicios jurídicos que acarrearán ilegitimidad*: como resultado de semejante situación muchos Autores han atribuido una pérdida de legitimidad al gobierno encabezado por el Dr. Alfonsín.

No obstante las vertiginosas circunstancias económico-financieras que envolvieron los meses de febrero a mayo de 1989 —que colocaron al país en una espiral hiperinflacionista y al borde del caos de su sistema financiero e hicieron pensar en un plan malévolamente concertado para provocar la caída del gobierno (v. SCHVARTZ en EL PAÍS, 14.V.89)—, la derrota de la UCR en las elecciones del día 14 de este último mes puede interpretarse como un voto de castigo al no haber satisfecho las expectativas de justicia generadas y, en consecuencia, al no darse acabado cumplimiento a la promesa de investigación y enjuiciamiento de los responsables por las gravísimas violaciones de derechos humanos cometidas en la década bárbara. Este aspecto permite sustentar la hipótesis que desde entonces comenzó la pérdida de legitimidad del Estado de derecho, reconstruido en Argentina, y la inestabilidad del sistema democrático, constamente azuzada por los planteamientos militares, hoy agravada por el actual gobierno constitucional. Esta hipótesis es la que trataré de desarrollar a continuación.

Uno de los puntos centrales de tal pérdida de legitimidad —como se señaló antes— proviene precisamente del papel que jugó y del empleo que se hizo, tanto de los instrumentos jurídicos que se crearon y aplicaron cuanto del propio sistema de administración de justicia, para incumplir con las promesas formuladas.

Si bien yo mismo me he ocupado de señalar y analizar, en múltiples ensayos e intervenciones anteriores, el uso retorcido que del derecho se hizo (cfr. op. cit. 1987a y 1987b) y el papel que cumplieron los juristas —filósofos del derecho y jueces (cfr. 1985; 1986)— en la construcción del «discurso jurídico del olvido», no obstante el empeño de algunos de ellos por demostrar lo contrario (cfr. MALAMUD GOTI/ENTELMAN 1987; NINO 1985; MALAMUD GOTI 1990), deseo destacar aquí otros profundos cuestionamientos que con mucho mayor rigor han puesto al descubierto las falacias y las incoherencias de la legislación que se fue sancionando durante el período democrático iniciado el 10 de diciembre de 1983, ocasión en que asumiera la Presidencia de la Nación el Dr. Raúl Alfonsín. No reiteraré por lo tanto otros análisis hechos en ocasiones precedentes con relación a las actitudes políticas asumidas por el Poder Ejecutivo desde el comienzo de este período en el campo de la política criminal (cfr. BERGALLI 1984c), en relación a lo que se ha denominado estrategia respecto a la cuestión militar, ni en lo atinente a ciertas políticas judiciales nefastas emprendidas por el gobierno nacional (cfr. BERGALLI 1984c). Me concentraré únicamente en los vicios jurídicos más puntuales que reflejaron las dos leyes sancionadas por el Congreso Nacional y que constituyeron desde sus promulgaciones el verdadero sustento político-legislativo de cancelación de la memoria sobre una época gravísima de la historia argentina; no por abundar en tales vicios se colmará el reclamo de justicia del que todavía está pendiente de respon-

der el Estado de derecho en Argentina y, por lo demás, esos vicios revelan la profunda inconstitucionalidad de aquellas leyes. Luego expondré el comportamiento que ha venido demostrando el actual gobierno constitucional desde que asumió sus funciones, de forma adelantada a los plazos fijados, el 8 de julio de 1989, en lo que atañe a la cuestión militar y al uso que a tal efecto ha hecho de ciertos recursos jurídicos e institucionales. Finalmente, destacaré la incidencia que toda esta situación está teniendo para el actual sistema democrático.

1.2) *La ley de «punto final»*: aludo en primer lugar a la ley que vulgarmente se ha conocido como de «punto final» —n.º 23.492 de 23.XII.1986, promulgada el 24.XII.1986 y publicada en el B.O. de 29.XII.1986— pero que se planteó como la fijación de una especial prescripción privilegiada para los autores particulares de delitos, descriptos por el art. 10 de la ley 23.049 —que comportó reformas en el Código de Justicia Militar (CJM)— quienes, en definitiva eran aquellos miembros de las FF.AA., de seguridad, policiales y penitenciarias imputados por su presunta participación, en cualquier grado de autoría, en delitos que podrían haberse cometido con motivo u ocasión de hechos acaecidos en el marco de la represión (*terrorismo de Estado*) hasta el 10 de diciembre de 1983<sup>2</sup>. Conviene aquí destacar que el Senado, al otorgarle media sanción al entonces Proyecto de esta ley, había incluido también como autores a quienes alcanzaría asimismo este tipo de prescripción a «toda persona que hubiese cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983», con lo cual, como se verá más adelante, la situación generada con la adopción de esta medida excepcional en el ordenamiento jurídico-penal perdía algo de la desigualdad que ella misma supone. Empero, este agregado fue suprimido en el trámite parlamentario con lo que el texto definitivo fue el que terminó beneficiando a los autores del terrorismo de Estado.

1.2.1) Así fue como MARCELO A. SANCINETTI (1987) dictaminó, sobre el Proyecto antes que fuera sancionada la ley:

I) que el mismo no era uno de caducidad o extinción de acciones penales sino que, jurídicamente, reúne todas las cualidades que lo definen como una propuesta de ley de «olvido», de «perdón» o de renuncia a unas acciones penales en sí vigentes al momento de su sanción. Y,

II) que en cuanto la futura ley (luego n.º 23.492) dejara fuera de la gracia a los que hayan sido condenados, procesados o citados hasta 60 días corridos desde su promulgación, ella se convertiría en inconstitucional porque vulneraría el principio de igualdad (arts., 16 y 67, inc. 17 Constitución Nacional, CN) pues le parecía indudablemente que la amnistía que en realidad iba a otorgar la ley, no podía quedar condicionada a que el autor de los hechos alcanzados por ésta hubiera sido citado o no en el juicio en que tales delitos se le imputaran.

2. La ley 23.049, art. 10º, dice: «El Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas conocerá mediante el procedimiento sumario en tiempo de paz establecido por los arts. 502 a 504 y concordantes del Código de Justicia Militar, de los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de esta ley siempre que: 1º) resulten imputables al personal militar de las Fuerzas Armadas, y al personal de las Fuerzas de Seguridad, policial y penitenciario bajo control operacional de las Fuerzas Armadas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo, y ...»



1.2.2) También JULIO B. J. MAIER se expresó de manera terminante (cfr. 1987) respecto al entonces Proyecto de ley de «punto final» —en el tiempo en que estaba en trámite de sanción— definiéndola como un *amnistía*, para nada encubierta, cualesquiera fueran sus defectos y objeciones jurídicas que se le pudieran oponer y aunque él no participaba— en aquella época de su discusión— de la idea política de amnistía, le hubiera parecido sin embargo menos cuestionable, ética y jurídicamente, una manera de proceder que no incluyera la hipocresía; esto es, que hubiera preferido la sanción legislativa de una amnistía «con todas las de la ley» (textual y acudiendo al dicho popular, v. op. cit., 149).

Al señalar MAIER lo que él entendió como defecto real de la ley, el cual le hacía caer en la inconstitucionalidad, destacaba su especial característica de contradecir el principio constitucional argentino en el sentido de que es *únicamente* el Congreso de la Nación el que puede conceder amnistías generales (art. 67, inc. 17 CN). En todo caso, no es una amnistía general aquella que —como la que expresa la ley— para concederles la gracia o excluirlos de ella, diferencia a partícipes que son procesados o lo serán en un tiempo determinado, de aquellos que no lo serán. Entonces, esta ley efectivamente peca contra el carácter general que las amnistías pueden tener en la República Argentina, pues no sólo excluye a algunos de los beneficiarios eventuales cuando los designa por su condición o pertenencia (miembros de la Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, únicos abarcados por la gracia) sino que también hace depender la operatividad de la ley de condiciones extrañas a la misma naturaleza de los hechos, entre ellas las procesales (art. 1, ley 23.492: «Se extinguirá la acción penal contra todo... que no fuere citado a prestar declaración indagatoria por tribunal competente dentro de los sesenta días corridos contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, o que, habiéndolo sido con anterioridad, no se encuentre procesado ni lo fuere dentro de dicho plazo.»).

Mientras, también MAIER encontraba otros defectos secundarios al entonces proyecto —luego ley 23.492— que también lo viciaban de inconstitucionalidad. De ese modo subrayaba una neta distinción entre la supuesta caducidad de acciones que enunciaba y la manifiesta amnistía que encerraba, cual es: que la ley de «prescripción» contiene la particularidad de que sólo rige retroactivamente (y *ex post-facto*) y no pretende atrapar hechos futuros, lo cual identifica esa manifiesta naturaleza de perdón o gracia hacia el pasado.

1.3) *La ley de obediencia debida*: pasando ahora a la consideración de la segunda de las leyes en cuestión, o sea a la de obediencia debida —23.521, sancionada y promulgada el 8.VI.1987— vale la pena destacar un análisis que se hizo de esta eximente o justificante de conductas delictivas, con relación al art. 514 del Código de Justicia Militar (CJM), anticipándose así al desarrollo de este principio por la ley en cuestión (cfr. BAIGÚN 1987).

1.3.1) En ocasión de la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de 9 de diciembre de 1985, recaída en la causa seguida a los nueve Comandantes en Jefe, integrantes de las tres primeras Juntas militares que se subsiguieron en el ejercicio del Poder Ejecutivo de la Nación (PE) en el período entre 1976 y 1983 y con especial referencia al recordado punto 30 de esa sentencia, se confirmaba ya definitivamente que la estrategia respecto de la cuestión militar, en materia de responsabilidades criminales por las gravísimas violaciones de derechos humanos de que se hicieron acreedoras las cúpulas de las FF.AA. y buena parte de oficiales y suboficiales, apoyaría en la aplicación del principio de la obediencia debida —el cual apoya en la obediencia jerárquica (cfr. RIVACOBÁ 1969)—. Pero el desarrollo de semejante principio, a lo largo de la estrategia puesta de manifiesto por el gobierno democrático, lo iba a demostrar notablemente alterado tanto en su naturaleza jurídica como en su ámbito de aplicación.

En efecto, la ley 23.049 —primera del período democrático, inaugurado en diciembre de 1983, que modificaba el CJM— establecía en su art. 11 una pauta de interpretación del art. 34, inc. 5 del Código Penal (CP) —que enumera la obediencia debida como causa de inculpabilidad—, diciendo que este principio deberá ser interpretado conforme a la regla del art. 514 CJM<sup>3</sup>, respecto de los hechos cometidos por el personal de las FF.AA., de seguridad, policiales y penitenciarias bajo control operacional de aquellas fuerzas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983; se refiere entonces al personal *sin* capacidad decisoria que hubiere obrado cumpliendo órdenes o directivas correspondientes a planes aprobados y supervisados por los mandos superiores de las FF.AA. y por la Junta militar (a lo que alude el art. 10, inc. 1 de la misma ley).

Agregaba el art. 11 que «a este efecto *podrá* presumirse, *salvo evidencia en contrario*, que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden, excepto cuando consistiera en la comisión de hechos atroces y aberrantes». La interpretación que le atribuye en esta parte BAIGÚN (*op. cit.* 391) a la ley 23.049 es la de establecer pautas para casos corrientes del error de prohibición para los hechos cometidos por el personal a que se refiere en el art. 10, inc. 1 de ella. Con esto y con la presunción *juris tantum* que establece el artículo 11 («podrá presumirse...»), la aplicación de la obediencia debida que el art. 514 CJM establece quedaba dividida en tres grandes segmentos: a) para los casos en que el subordinado puede invocar la obediencia debida justificadamente; b) para casos en que el mandato excede las órdenes antijurídicas vinculantes enmarcadas dentro del ámbito de los *abusos conexos*; y c) para los casos en que los hechos adquieren el carácter de atroces o aberrantes, en los cuales la obediencia debida quedaba descartada

3. La parte pertinente del art. 514, del CJM, dice así: «... cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden».



desde un comienzo; aspecto éste sobre el cual la doctrina penal universal es absolutamente pacífica y en el que la legislación argentina va a demostrar —como luego se verá— el punto más elevado de flexión hacia las exigencias de la clase militar, como también la mayor frustración para las demandas de justicia.

1.3.2) También respecto de esta ley se pronunció muy severamente MARCELO A. SANCINETTI (cfr. 1987b), cuando efectuó un profundísimo análisis de ella y del fallo de la Corte Suprema de Justicia que le reconociera constitucionalidad, pese a la opinión en minoría de dos de sus jueces, sobre la del Dr. Jorge Bacqué. Teniendo como referencia el voto de este juez, SANCINETTI llegó a la síntesis de que la ley 23.521 era contraria a la Constitución por un triple orden de razones, a saber: a) porque esta ley habría constituido una usurpación de funciones judiciales, pues con su sanción el Congreso habría dictado una sentencia antes de haber aprobado una ley.

La ley en cuestión dispuso en su art. 1, lo siguiente: «Se presume sin admitir prueba de lo contrario que... (ciertas personas) no son punibles... por haber obrado en virtud de obediencia debida. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en concepto de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ella en cuanto a su oportunidad y legitimidad».

Sobre esa «presunción absoluta» que la ley estableciera es que SANCINETTI (*op. cit.*, 494) afirma cómo los jueces resultan obligados a la única manera de establecer la situación de hecho de los delitos que caían bajo su conocimiento y, asimismo, una única y predeterminada manera de interpretar la ley aplicable. Mayor violación al principio de la división de poderes y tamaña injerencia en el ejercicio de la administración de justicia serían difíciles de encontrar, por lo cual la disidencia del juez Bacqué adquiriría un vigor incontrastable.

b) Pero también la ley 23.521 es para SANCINETTI inconstitucional pues, como sentencia (v. apartado a, anterior), además es arbitraria. Para sostener esta afirmación el A. emplea el ejemplo de un sonado caso (en la denominada «causa Camps» el del cabo de la policía A. Cozzani, v. SANCINETTI *op. cit.*, 499 con las referencias que allí da) al cual la Corte Suprema aplicó los beneficios de esta ley de obediencia debida, sin advertir que el beneficiado *ya* había sido condenado previamente por los delitos respecto de los cuales se le beneficiaba y cuando la ley se refiere sólo a personas bajo proceso; es decir que aunque la ley infringía la división de poderes, al menos respetaba los efectos de la cosa juzgada. Por lo tanto así se demostraba no únicamente como sentencia previa, antes que como ley; también se revelaba en su aplicación como afirmación de hechos que obviamente no había podido conocer, o sea como una «sentencia judicial arbitraria».

c) Por último, también se manifiesta la inconstitucionalidad de la ley para SANCINETTI cuando llega a una solución de fondo contraria a la Car-

ta Magna de la Nación Argentina. En efecto, aunque la ley no se hubiese autolimitado a juzgar casos del pasado y hubiera establecido una auténtica regla de derecho, lo que nunca pudo haber hecho es establecer que un inferior pueda estar jurídicamente obligado a seguir órdenes de manifiesto contenido aberrante (por ej. de torturar o matar por causas políticas) que es lo que hace cuando admite —tras presuponer la existencia fáctica de una orden de servicio, la incapacidad decisoria, la ausencia de excesos, etc. —que un subordinado, en semejantes condiciones, ha realizado los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la Ley 23.049 («... en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo, y...») excluyendo únicamente los de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles (art. 2, ley 23.251: «La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de...»).

Es palmariamente evidente que el Congreso de la Nación carece de facultades para permitir que ningún órgano estatal, ningún funcionario, ningún subordinado, tenga el deber de obedecer órdenes de semejante contenido. ¡Vale la pena imaginar la petición que «futuros torturadores obedientes» podrían formular de ser acogidos al principio de obediencia debida, alegando un trato similar al que la ley 23.521 proporciona para autores de hechos semejantes sobre la base del principio de igualdad.

1.3.3) El último de los temas que voy a recoger aquí en relación al cúmulo de defectos de todo orden que le han sido atribuidos a la ley de obediencia debida (23.521), es el que con verdadero espíritu de jurista liberal ha destacado MANUEL DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ (conf, 1987). Aludo precisamente al aspecto quizá más repulsivo que provoca el rechazo de esta ley, de cara a la inhumanidad de los gravísimos delitos que cometieron quienes ejercieron el terrorismo de Estado en Argentina, y que consiste en el hecho de que la ausencia de lo que se denomina como la *atrocitatis facinoris* por parte de la orden del superior «no puede lógicamente aspirar al rango de elemento constitutivo de esta institución».

Este es el tema que genera el art. 2 de la ley 23.521 pues al excluir los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles del beneficio de la presunción que el subordinado actuó en estado de coerción a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad, permite en cambio eximir de responsabilidad por delitos mucho más graves todavía. Por lo tanto, la incoherencia de esta ley llega al punto de hacer creer que podrían obedecerse órdenes de cometer delitos aberrantes o atroces cuando es sabido —como quedó adelantado en 1.3.1) c)— que ningún superior podría tener competencia para dar una orden semejante. En cambio —como lo ha demostrado RIVACOBÁ y demás autores—, esto es lo que ha ocurrido explícitamente con la aplicación de la ley de obediencia debida



por la propia Corte Suprema, alentada por la Procuración de la Nación (Ministerio Público) en sus requisitorias (cfr. VERBITSKY 1988).

1.4) *Los ejemplos truculentos:* para probar la truculencia de cuanto ha significado el empleo de este marco jurídico-penal, configurado por las denominadas leyes de «punto final» y de obediencia debida (sin dejar de recordar los otros elementos que componen ese marco y a los que me he referido en intervenciones anteriores), valgan sólo dos ejemplos.

Respecto de la aplicación de las primeras leyes citadas, cito aquí la absolución por la Corte Suprema de Justicia (con el voto en contra del juez Jorge Bacqué) de quien constituye casi un emblema del terrorismo de Estado en Argentina; aludo al capitán de corbeta Alfredo Astiz en la causa en que era acusado por el padre de la ciudadana sueca Dagmar Hagelin. Considerado como uno de los más siniestros símbolos de la represión durante los años de las dictaduras militares, Astiz fue beneficiado en esta causa con la prescripción privilegiada respecto de los delitos de privación ilegal de libertad, cometido con violencia y lesiones graves (v. EL PAÍS 26.II.88). Una decisión semejante también recayó en la otra causa contra el mismo Astiz por el secuestro y la desaparición de dos monjas francesas, Alice Domon y Leonie Duquet, aunque en un hecho casi sin precedentes para la jurisprudencia comparada en materia de derechos humanos —salvo el de algunas Cortes federales de los Estados Unidos, como lo fue el del ciudadano paraguayo Filartiga quien reclamó y obtuvo una condena de sus torturadores por hechos cometidos en su país de origen (v. CRAWFORD 1990 n. 114)— la justicia francesa primero dispuso la captura de Astiz (v. *Página/12*, 22.X.1989), requerida internacionalmente, y después su condena en rebeldía sin atender entonces a la circunstancia que aquel había ya sufrido un proceso por los mismos hechos en Argentina.

El otro ejemplo que deseo aquí destacar, es uno correspondiente a la ley de obediencia debida —entre tantos casos de semejante gravedad— y que significó asimismo un agravio comparativamente mayor (si se atiende al número de víctimas de que fueron objeto por el accionar de los acusados) al reclamo de justicia por el terrorismo de Estado. Aludo a la aplicación de los beneficios de esa ley 23.521 respecto de quienes fueron dos Jefes de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, los generales de ejército Juan Alberto Camps (denominado vulgarmente como el «carnicero de Buenos Aires») y Ovidio Pablo Riccheri, como de unos subordinados de los nombrados: el jefe inspector de esa misma policía, Miguel Osvaldo Etchekolatz; el oficial-médico Jorge Antonio Bergez y el cabo Norberto Cozzani. No obstante que la decisión de la Corte Suprema en este caso no admitió que tanto Camps como Riccheri pudieran ser alcanzados por la presunción irrefutable del art. 1 de la ley (aunque sí lo aceptó en relación con los demás acusados), éstos sin embargo vieron rebajadas sus condenas por ser considerados «cooperadores necesarios» atendiendo a sus elevados rangos en la fuerza policial y a que evidentemente habían ejercido un control sobre los

centros clandestinos de detención donde habían hecho «desaparecer» y torturado a miles de personas; todo ello, sin atender a la evidente autoría inmediata de ambos acusados y a que por lo menos el primero —Camps— ha aceptado públicamente su intervención en asesinatos y torturas (cfr. TIMMERMAN 1981). Este ejemplo ha servido para poner de relieve —si se examinan en detalle los votos de la opinión mayoritaria de la Corte Suprema (un detallado análisis de los mismos puede encontrarse en CRAWFORD *op. cit.*, 31-47)— el nivel de manipulación que ha permitido la construcción de este «discurso jurídico del olvido» del que he hablado en ocasiones que ya he citado (cfr. 1987a; 1987b), junto al sentido instrumental que se ha dado a esta justificante de obediencia debida. De este modo es como se patentiza la tarea mediadora que muchas veces se le adjudica a las categorías jurídicas que permiten actuar a la jurisdicción en la suplencia del poder político.

1.5) *Victoria electoral del Partido Justicialista; las razones de un rechazo popular:* luego de un período de gran turbulencia política, jalonado de intentonas militares contra la estabilidad institucional del gobierno democrático presidido por Raúl Alfonsín, catorce huelgas generales dispuestas por la Confederación General del Trabajo (CGT) y un proceso hiperinflacionario de gran velocidad que agobió a los argentinos entre febrero y mayo de 1989, el día 8 de julio de ese año asumió la Presidencia de la Nación Carlos S. Menem, lo cual supuso un adelanto necesario del plazo legal puesto que Alfonsín, presidente «en funciones», en un hecho no inesperado por el deterioro de la situación socio-económica y político-institucional (cfr. EL PAÍS, 8.VII.1989) se vió forzado a «resignar» (¡peculiar aplicación de este verbo!) su cargo.

El Partido Justicialista que había propuesto a Menem, junto con Eduardo Duhalde para la vice-presidencia, llegó a la victoria electoral de 14. de mayo en unos comicios que no tenían lugar desde hacía treinta y cinco años en Argentina para llevar a cabo una democrática substitución en los poderes constitucionales.

Muchas interpretaciones se han hecho acerca de las razones que jugaron en la derrota de la UCR. Sin embargo, aún cuando la mayoría de aquellas realizadas por analistas de distinta tendencia sobre la realidad argentina de aquel momento se inclinaban por otorgar primacía a las de índole económica y, en particular, al fracaso del llamado Plan Primavera —último del gobierno Alfonsín que degeneró en auténtico caos (cfr. EL PAÍS, 16.V.1989), con asaltos a supermercados incluidos— yo sigo pensando que una importante proporción de los votos que dió el triunfo al justicialismo estaban también cargados de reproche hacia la política de derechos humanos seguida por el democrático gobierno de Raúl Alfonsín, especialmente respecto de las cesiones y concesiones que éste hizo en el terreno de la cuestión militar (lo que me permití prever el día antes de la victoria del justicialismo, v. BERGALLI 13.V.1989).

En síntesis, creo que el sostén jurídico que se fue tejiendo en favor de las posiciones militares mediante las leyes que antes he examinado y el com-



portamiento de la máxima jurisdicción argentina en su aplicación, han sido factores de indudable peso para que, a la postre, se configurara el rechazo popular que se verificó en las urnas el 14 de mayo de 1989. Antes, mientras tanto, la falta de tratamiento veloz y adecuado de la cuestión militar, había originado un estado de casi asamblea en las filas castrenses que demandaban por una rápida clausura de los procedimientos penales contra los responsables de la llamada «guerra sucia». Esta situación llevó a las sublevaciones de Semana Santa de abril de 1987, de Monte Caseros (Pvcia. de Corrientes) en enero de 1988 y de Villa Martelli (Pvcia. de Buenos Aires) en diciembre del mismo año, a través de las cuales se distinguieron distintas facciones dentro del Ejército («carapintadas», «liberales», etc.) que por medio de sus intentonas desestabilizadoras primero forzaron la sanción de la ley de obediencia debida y luego impulsaron su inmediata aplicación por los tribunales. Todo este cuadro indudablemente no sólo deslegitimó al Estado de derecho, poniendo en crisis el ordenamiento jurídico, las instituciones y la propia jurisdicción, sino que dejó en peligro el mismo sistema democrático como forma de gobierno y práctica política.

2) *Nuevos comportamientos deslegitimadores*: aquí debe comenzar el análisis del comportamiento que ha observado el gobierno constitucional presidido por Carlos S. Menem, en lo que atañe a cómo ha sido encarado, desde su adelantada asunción de funciones, el tratamiento de la cuestión militar.

Quizá convenga señalar que en los momentos de más peligro para la estabilidad del gobierno de Alfonsín, tanto las autoridades del Partido Justicialista (PJ), encabezadas por Antonio Cafiero, como los demás partidos del arco parlamentario, se comprometieron con un único aspecto de la labor del primero. Efectivamente, la defensa del sistema democrático fue manifestada por todos aquellos en las ocasiones más severas en las que el mismo fue puesto a prueba entre diciembre de 1983 y junio de 1989. Aludo bien a la subscripción que todas aquellas fuerzas políticas hicieron —con excepción del Movimiento al Socialismo (MAS)— de un documento de defensa de la democracia, con ocasión de la sublevación de Semana Santa de 1987 (v. EL PAÍS y LA VANGUARDIA 20.IV.1987), bien cuando en medio del marasmo económico de los últimos meses del gobierno Alfonsín desde la oposición se hacían ofertas de coalición o programas comunes (v. EL PAÍS 7.IV.1989) aunque como es lógico ellas estuviesen cargadas de intencionalidad política.

En cambio, en el aspecto de las concesiones que el gobierno Alfonsín realizó ante las exigencias y presiones a que fue sometido por toda la corporación castrense como en el peculiar caso del asalto al cuartel de La Tablada (Pvcia. de Buenos Aires) por el grupo armado vinculado al autodenominado «Movimiento por la Patria» (MTP) el 23 de enero de 1989, tanto el PJ como su entonces candidato presidencial Carlos S. Menem sintomáticamente han sostenido un doble lenguaje. Si se hace un somero repaso de las mani-

festaciones y exposiciones efectuadas sobre todo por el último, mientras se postulaba como candidato y luego cuando fuera elegido, revelan que mientras en el Congreso el PJ sostuvo con sus votos la aprobación de las leyes que configuraron el discurso jurídico del olvido, en las declaraciones de la campaña política criticaban las decisiones que el presidente Alfonsín adoptaba dando instrucciones para que se hiciera una rápida aplicación del principio de la obediencia debida. En cuanto a los sucesos de La Tablada —de tan enmarañados y complejos orígenes, como de injustificada reacción militar—, Menem y el PJ fueron acusatorios del gobierno de la UCR al cual atribuyeron vinculaciones con los autores del ataque al cuartel (v. CLARIN 7 y 9.II.1989).

2.1) *La política de indultos*: lo más llamativo de ese doble lenguaje, iniciado por el PJ y su entonces candidato a la Presidencia de la Nación durante la campaña previa a las elecciones de 14 de mayo de 1989, fue su rápida transformación en una única verdad desde que asumieron el poder. En efecto, con algunas breves señales emitidas antes pero que se ampliaron en el acelerado proceso de asunción de funciones, el Presidente Menem adoptó una decisión trascendental y que aparentemente involucraba a miembros de las FF.AA. y de seguridad responsables del terrorismo de Estado, como también a algunos elementos integrantes de grupos armados irregulares (guerrilleros) o acusados de haber participado en hechos violentos durante el período de la dictadura militar. Esa decisión también se extendió a los jefes militares ya condenados por la guerra de las Malvinas y a los sublevados de Semana Santa, Monte Caseros y Villa Martelli, al igual que a civiles procesados por subversión. Por el contrario, no comprendió a los condenados Videla, Massera, Viola, Camps, Lambruschini, Riccheri, Suárez Mason ni al dirigente de «Montoneros» Firmenich (v. LA NACIÓN 9.X.1989).

El día 8 de octubre de 1989, tres meses después de haber asumido el Poder Ejecutivo y haciendo uso del recurso previsto en el art. 86, inc. 6 CN, el Presidente Menem indultó 277 personas, mediante los decretos 1002, 1003, 1004 y 1005. Entre los indultados se encontraban tanto acusados que se hallaban aún bajo proceso, como otros ya condenados y en cumplimiento de penas privativas de libertad.

El 22 de septiembre del mismo año, ante los anuncios de que el Presidente iba a adoptar la decisión referida, sesenta mil jóvenes se habían congregado en torno al obelisco de la Avenida 9 de julio en Buenos Aires, manifestándose en contra de esa posibilidad (v. EL PAÍS 23.IX.1989); al propio tiempo, las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo, como las demás organizaciones defensoras de derechos humanos, habían repudiado cualquier medida de perdón.

Contemporáneamente surgía entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación —la cual hasta entonces mantenía la composición de los cinco miembros observada durante el período del anterior gobierno constitucional— un conflicto de poderes al que paulatinamente se fue agregando el sector parlamentario de la UCR. El origen de este conflic-



to se configuró con el manifiesto deseo del Poder Ejecutivo de aumentar el número de jueces integrantes del más alto Tribunal argentino. Sin ninguna duda, tal deseo procuraba evitar decisiones adversas de la jurisdicción ante las futuras decisiones que la Corte Suprema debía adoptar por eventuales recursos contra la cuestionable constitucionalidad de los indultos adoptados o por otras intervenciones en materia de obediencia debida aplicable a casos que no hubieran sido alcanzados por el perdón presidencial; para ello, el aumento de jueces mediante un ley del Congreso no sólo no atacaba la estabilidad constitucional de los que ya integraban la Corte Suprema (art. 86 CN), sino que además serviría para desequilibrar presuntas mayorías y minorías en la composición del alto Tribunal. Así fue como se gestó y se envió al Congreso el proyecto de ley que convertía en nueve el número de jueces de dicha Corte el cual, finalmente, no obstante la firme oposición de la UCR avalada por criterios de juristas con renombre, se convirtió en ley el 6 de abril de 1990 (v. LA NACIÓN internac. 9.IV.1990).

Una proclamada política de pacificación nacional ha constituido la base del perdón presidencial y el discurso que ha sostenido este comportamiento del actual PE ha procurado demostrar que quienes ahora se oponen a los indultos no sólo favorecen aquella política sino que también —aludiendo a la UCR— no son coherentes con la aplicación del «punto final» y la obediencia debida (v. LA NACIÓN internac. 18.IX.1989). Es evidente que el nivel de confusión al cual se llega mediante semejante discurso político únicamente puede tener como objetivo superar la situación a la que se ha arribado y salvar así la coyuntura de la cuestión militar; otras políticas en el campo de la estructura económica y de la intervención social que necesariamente surgen de una reforma del Estado o de la desregulación de los mercados que vigorosamente ha emprendido el gobierno presidido por Carlos S. Menem, necesitarán ostensiblemente de una cierta cohesión en las FF.AA. para mantener una estrategia de control social destinada a contener la lógica conflictividad que tales políticas provocan.

2.2) *¿Se legitima el Estado de derecho con los indultos?*: es posible que la política de indultos iniciada por el presidente Menem alcance los objetivos a que acabo de aludir en el párrafo anterior; en todo caso, este ensayo no ha estado orientado al análisis de ellos, sino más bien al examen del uso instrumental que se ha hecho de los elementos jurídicos desarrollados por la democracia para el tratamiento de la cuestión militar.

No cabe duda, por lo tanto, que los indultos dispuestos como los que se vayan a adoptar (con ellos se resolverá la situación de los ex-Comandantes condenados y todavía cumpliendo penas de privación de libertad) antes de fin de año, como se anuncia, tienen una trascendencia especial para la política del gobierno constitucional. Sin embargo, también la tienen y de un modo muy particular para la memoria colectiva de los argentinos puesto que el perdón que esas decisiones reflejan no hace más que acrecer la cuota de olvido que oficialmente ha querido imprimirse en el tratamiento de toda

la cuestión militar. En consecuencia, la sensación de frustración y el sentimiento de injusticia que pueden percibir los sectores de la sociedad argentina que son auténticamente sensibles ante las violaciones de derechos humanos cometidas por la represión militar, no sólo les permite continuar en el cuestionamiento de las estrategias diseñadas desde el Estado —ahora como durante el período del gobierno Alfonsín— entendiéndolo como unívocas unas y otras, sino que también profundiza la desconfianza hacia la clase política.

A este estado de cosas contribuye notablemente la dudosa constitucionalidad y la escasa entidad jurídica que revela la aplicación de la categoría del indulto para cubrir genéricamente un número tan dispar de situaciones como las que reflejaban los casos de quienes fueron alcanzados (o lo serán) por esa medida.

En efecto, en la doctrina jurídica nacional existe una acendrada creencia de que el indulto —con la base constitucional que le otorga el artículo 86, inc. 6.º CN— es una facultad que tiene el presidente de la Nación, absolutamente diferente de las que posee el Poder judicial, mediante la cual se extingue la pena impuesta o se disminuye ésta por razones de oportunidad. Por tanto, es un claro acto de poder de gobierno, no reglado y que responde a razones netamente políticas sin constituir una injerencia del Ejecutivo en la jurisdicción. Mediante el indulto —que no podría dictarse colectivamente (cosa que se ha hecho por el PE en los casos destacados)— se perdona la pena, pero no la condenación, subsistiendo en consecuencia el delito; no obstante, existen precedentes argentinos de indultos generales que incluso han sido convalidados por la jurisdicción (cfr. FIERRRO 1976).

Por el contrario, sí se mantiene una discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de si el indulto puede emplearse *antes* de una sentencia firme condenatoria; es decir, si puede indultarse a procesados que aún no hayan sido condenados (este es el caso de muchos beneficiados por el perdón presidencial) pues, de aplicarse en tales supuestos, o sea, sin haberse determinado todavía la culpabilidad del imputado, podría verse afectada la presunción de inocencia de que todo acusado goza hasta la condenación. En este sentido la propia Corte Suprema de Justicia ha variado su criterio en los últimos setenta años; en un caso de 1922 (*in re* Ibáñez, Fallos 136:244) admitió la posibilidad de que se pudiera indultar a procesados para variar esta opinión, sobre la base de la presunción de inocencia aludido, con motivo del indulto con que el presidente Hipólito Yrigoyen fue «perdonado» por el jefe militar que produjera el primer golpe de Estado en la historia institucional del país, desalojándolo ilegítimamente del poder, y aún cuando el indultado no estaba ni siquiera bajo proceso penal alguno (Fallos 165:213).

Como se advierte, la categoría del indulto ha sido revisada en Argentina por la jurisdicción, de modo que el otro aspecto discutible quedaría así soslayado (existe una importante opinión al respecto, en favor del control jurisdiccional sobre todo para el caso de los «indultos generales» cuando el mismo «llegue a límites tan exagerados que ponga en peligro los derechos



de la población», sostenida por un jurista que incluso es cercano a las posiciones políticas del PJ v. ZAFFARONI 1983, 44).

Ahora bien, sabido es que muchos de los militares beneficiados (y otros que pueden serlo en el futuro: Videla, etc.) han manifestado que un indulto los ofendería, pues ellos insisten en haber actuado correctamente y, antes bien, reclaman que se reivindicque su heroísmo (en la «guerra sucia», en las Malvinas, o en las sublevaciones de Villa Martelli, Monte Caseros, etc.). También desde otras posiciones, como en el caso de un fiscal federal —Aníbal Ibarra—, se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad del indulto presidencial (cfr. *Página/12* 5.XII. 1989).

Por lo tanto, de abrirse la vía jurisdiccional para revisar la decisión presidencial de los indultos y de alcanzarse por recurso extraordinario el nivel de la Corte Suprema de Justicia, ésta debería expedirse sobre la constitucionalidad de los perdones dispuestos o por disponer. Este es el momento donde puede captarse con toda claridad el sentido del aumento del número de jueces de la Corte Suprema que propiciará el PE (v. antes 2.1: *la política de indultos*) ya que el ingreso de cuatro nuevos identificados políticamente con el presidente Menem otorgará la seguridad de una convalidación jurisdiccional de los indultos.

Si, en consecuencia, la política de los indultos logra esa convalidación pienso que adquiere plena validez una última reflexión que me formulo; es decir, que si una categoría como la del indulto —bien es verdad de naturaleza mucho más política que jurídica— recibe el empleo que se ha visto, con el fin de borrar de la memoria histórica de todo un pueblo lo que supuso el exterminio y la tortura, se confirmará que en Argentina existen muchos individuos que pueden atentar contra la vida, la integridad y los bienes de las personas sin que les alcancen las leyes de la República pues cuentan para ello con el amparo de los poderes públicos que, por decreto, sancionan su perdón. Si esto es así, es decir, si con estas flagrantes violaciones a ciertas garantías, como la del debido proceso y la de igualdad frente a la ley se lleva adelante otra estrategia para tratar la cuestión militar ¿no queda deslegitimado entonces el mismo Estado de derecho? (cfr. BERGALLI 11.X.89).

3) *Consecuencias para el sistema democrático*: uno de los aspectos que he procurado destacar en este trabajo es el relativo a la inestabilidad que han procurado y que pueden seguir causando al sistema democrático de convivencia elegido por los argentinos desde 1983 tanto la legislación cuanto las disposiciones del PE, en los dos períodos constitucionales de gobierno que configuran el discurso jurídico del olvido. Es decir, que así como la estrategia del «punto final» y la obediencia debida del gobierno de la UCR, presidido por Raúl Alfonsín, acarreó consecuencias negativas para el sistema democrático, también pienso que el gobierno del PJ, presidido por Carlos S. Menem, tampoco ha deparado repercusiones positivas con su política de indultos.

Uno de los motivos principales para que sostenga este pensamiento, más allá de los aspectos jurídicos y constitucionales que he intentado destacar antes, se relaciona con el complejo de virtudes y ventajas que pretendidamente los argentinos han estado esperando del sistema democrático.

Conviene empero reconocer que la realización de la democracia en Argentina está no sólo relacionada con la práctica de la política de partidos, aunque ya ha sido muy positiva la organización democrática en algunos de ellos. Un hecho inédito para el PJ, por ejemplo, lo fue la culminación de un laborioso proceso de movilización de las bases en el cual se fueron disputando los cargos partidarios —hasta llegar en 1987 a la elección de las autoridades y de su cúpula, cuando Antonio Cafiero fue elegido presidente del PJ—.

Lo que ha sido denominado como la «renovación democrática» del PJ, ha constado de diversas etapas: a) en la que se impuso la opción reformista democrática, la cual tendió a dejar de lado la concepción de la revolución nacional; b) en la que se produjo la revisión del modelo económico intervencionista —clásico de la tradición peronista— frente a las propuestas liberales y c) la del predominio de una estructura orgánica partidaria, con sus efectos en relación a la influencia del sector sindical. Pero fueron la primera y la tercera las etapas que más marcaron un comienzo de transformación del PJ, mientras la UCR mantenía, por su parte, una tradición de democracia interna más acendrada y el nuevo partido que representaba a la derecha —vinculada a las corporaciones con poder fáctico en el país—, la Unión de Centro Democrática (UCD), manifestaba también una tendencia en este sentido.

Sin embargo, la sociedad argentina todavía espera una ampliación de espacios para la práctica democrática en su propio seno. Si bien durante el gobierno de la UCR se hicieron verdaderos esfuerzos para profundizar ese tipo de práctica en las organizaciones sindicales, universitarias, escolásticas, organizaciones comunitarias, vecinales, familiares, etc., todavía está por verificarse la transformación de la democracia política en una más extendida de democracia social.

Del mismo modo, y con lo que acontece desde que el gobierno del Presidente Menem ha puesto en práctica un proceso llamado de «reforma del Estado» que en los hechos se trata de una desregulación de los mercados, junto a una política de privatización de empresas estatales —la cual conlleva el riesgo de consignar a capitales extranjeros el control de los servicios públicos imprescindibles—, también el tránsito de la democracia formal a una democracia substancial parece en consecuencia esfumarse. La cuestión de los contenidos de un sistema democrático moderno que se define en términos de igualdad para quienes conviven en él, pero no sólo de igualdad jurídica sino sobre todo de igualdad social y económica, está convirtiéndose en Argentina en un terreno en el cual muchas de las promesas adelantadas por el presidente Menem en su campaña política se están pulverizando.



La transformación de una tradición «nacional y popular» con la que Menem y el PJ llegaron arropados al poder, por una praxis neo-liberal, convirtieron a sus adelantos de «revolución productiva» o de «salariazos» en nuevas frustraciones para el electorado que los llevó a la victoria el 14. de mayo de 1989.

Es verdad —como dice BOBBIO 1985, 149)— que puede darse históricamente una democracia formal que no alcance a mantener las principales promesas contenidas en un programa de democracia substancial y, viceversa, una democracia substancial que se rija y se desenvuelva a través del ejercicio no democrático del poder. Cada uno de los regímenes es democrático según el significado de democracia elegido por su defensor y no es democrático en el significado aceptado por el adversario. Sin embargo, en el caso presente de la República Argentina el incumplimiento de las promesas se acerca más a una deslegitimación del voto popular.

Si a este cuadro de situación se le añaden los ingredientes que he estado tratando poner de resalto en todo este trabajo, cuales son aquellos que vienen provocando duras frustraciones a las expectativas sociales de que se haga justicia en el campo de los derechos humanos, pues entonces deberá convenirse que la recuperación del sistema democrático en Argentina y su continuidad mediante la alternancia producida en el poder de la UCR por el PJ no ha revelado una capacidad de agregación social significativa. Es verdad que no puede hacerse de la democracia política de reglas el marco único donde se diriman todos los conflictos sociales, sobre todo cuando los más lacerantes no sólo suponen la aparición de nuevas subjetividades —como lo han constituido las organizaciones defensoras de los derechos humanos y, en especial, las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo—, sino que asimismo representan el reclamo por una justicia que el sistema reinstaurado en Argentina no parece poder satisfacer. En todo esto, como se ha visto, han tenido una intervención preponderante algunos elementos jurídicos y de la jurisdicción que, instrumentalizados, han cumplido un papel deslegitimador del Estado de derecho, al propio tiempo que han contribuido para que se pusiera en juego la estabilidad del mismo sistema democrático.

Barcelona, 1 de julio de 1990

#### BIBLIOGRAFIA CITADA

- ASHFORD, D.E. (1986), *The Emergence of the Welfare States*, Basil Blackwell, Oxford. Hay versión en castellano: (trad. B. Gimeno). «La aparición de los Estados de bienestar», colec. Historia Social, núm. 14, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1989.
- BAIGÚN, D. (1987), *La obediencia debida en el art. 514 del Código de Justicia Militar*, en: «Doctrina Penal» año 9, julio-septiembre, n.º 35, Buenos Aires, 377-395.

- BERGALLI, R. (1984a), *La estructura judicial en América latina*, en: G. Rusche y O. Kirchheimer, «Pena y estructura social» (trad. E. García Méndez), colec. Pensamiento Jurídico Contemporáneo, editorial Temis, Bogotá, XVII-XLIV.
- BERGALLI, R. (1948b), *Estado democrático y cuestión judicial* (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial), Depalma, Buenos Aires.
- BERGALLI, R. (1948c), *El esquema político-criminal de la democracia argentina*, en «Afers Internacionals-CIDOB», tardor-hivern, núm. 5, Barcelona, 101-121; en alemán: «Die Kriminalpolitik der demokratischen Regierung in Argentinien», en: W. Hassemer (Hrsg.), «Strafrechtspolitik - Bedingungen der Strafrechtsreform», Verlag Peter Lang, Frankfurt a.M.-Bern-New York, 53-81.
- BERGALLI, R. (1987a), *Memoria colectiva y derechos humanos* (Una componente peculiar en el derecho y la justicia de la transición a la democracia argentina), en: «Derechos Humanos en Latinoamérica», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n.º 26/27, Universidad de Granada, 83-111. También, en: «Opúsculos de Derecho Penal y Criminología», n.º 30, Ediciones Lerner, Córdoba (Argentina).
- BERGALLI, R. (1987b), *Argentina: cuestión militar y discurso jurídico del olvido*, en: DOXA-Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 4 (Dedicado a Ernesto Garzón Valdés), Alicante, 381-395.
- BERGALLI, R. (13.V.89), *Argentina: balance y perspectivas*, en: EL PAÍS, Madrid.
- BERGALLI, R. (11.X.89), *La memoria y los indultos*, en: EL PAÍS, Madrid.
- BOBBIO, N. (1985), *Stato, governo, società* (Per una teoria generale della politica), Einaudi Paperbacks 164, Torino.
- CLARIN (7.II.89), *El PJ presentó pruebas de sus cargos al Gobierno por la acción del MTP*, sección «Política», Buenos Aires, p. 12.
- CLARIN (9.II.89), *Insiste Menem en vincular al Gobierno con Jorge Baños*, sección «Política», Buenos Aires, p. 13.
- COSTA, P. (1986), *Lo Stato immaginario* (Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento), Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 21, Università di Firenze, Giuffrè editore, Milano.
- CRAWFORD, K. L. (1990), *Due Obbedience and the Rights of Victims: Argentina's Transition to Democracy*, en: «Humans Rights Quarterly», 12, n.º 1, February, Johns Hopkins University Press, Baltimore-Maryland, 17-51.
- DOMÍNGUEZ, C. H. (1980), *La nueva guerra y el nuevo derecho* (Ensayo para una estrategia jurídica contrasubversiva), Círculo Militar, Buenos Aires.
- EL PAIS (20.IV.87), *Alfonsín logra personalmente la rendición de los sublevados en Campo de Mayo*, por Martín Prieto, Barcelona, 1.
- EL PAIS (26.II.88), *Astiz, absuelto del «caso Hagelin» por prescripción del posible delito*, por José Comas (Internacional), Barcelona, 4.
- EL PAIS (7.IV.89), *Argentina empieza a pensar en un Gobierno de coalición*, por Carlos Ares (Buenos Aires), (Internacional), Barcelona, 8.
- EL PAIS (16.V.89), *Menem, presidente*, (Opinión), Barcelona, 14.
- EL PAIS (8.VII.89), *Relevo en Argentina*, (Opinión), Barcelona, 12.
- EL PAIS (23.IX.89), *Más de 60.000 jóvenes argentinos se manifiestan contra el indulto*, por Carlos Ares (Buenos Aires), (Internacional), Barcelona, 3.
- EL PAIS (28.IX.89), *El indulto militar enfrenta a Gobierno y jueces argentinos* (Los contrarios a la ley del 'perdón' han recogido más de 200.000 firmas en una carta al presidente Menem), por Carlos Ares (Buenos Aires), Barcelona, 4.



- FERRAJOLI, L. (1983), *La crisi dello Stato di diritto nella crisi dello Stato sociale*, en: E. Fano, S. Rodotà, G. Marramao «Trasformazioni e crisi del Welfare State», De Donato-Regione Piemonte, Bari, 419-429.
- FIERRO, G. J. (1976), *El indulto y su interpretación jurisprudencial*, en: «Nuevo Pensamiento Penal», año 5, octubre-diciembre, n.º 12, Buenos Aires, 533-561.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1985), *Recht und Autoritarismus in Lateinamerika* (Argentinien, Uruguay und Chile 1970-1980), K. Ververt Verlag, Frankfurt a.M.; hay versión en castellano: «Autoritarismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)», editorial hammurabi, Buenos Aires 1987.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1987), *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Cuadernos y Debates 1-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- LA NACIÓN (18.IX.89), *Menem criticó a quienes ahora se oponen al indulto*, edición internacional, Buenos Aires.
- LA NACIÓN (9.X.89), *Menem intenta la pacificación con 277 indultos a civiles y militares*, edición internacional, Buenos Aires.
- LA NACIÓN (9.IV.90), *La Corte Suprema tendrá 9 jueces*, edición internacional, Buenos Aires.
- LA VANGUARDIA (20.IV.87), *Los militares argentinos se han rendido y Alfonsín anuncia que serán sometidos a la Justicia*, Barcelona, 1.
- MAIER, J. B. J. (1987), *Desobediencia debida* (A propósito de la llamada ley de «obediencia debida»), en: «Doctrina Penal», año 10, abril-junio, n.º 38, Buenos Aires, 239-243.
- MALAMUD GOTI, J. / ENTELMAN, R. (1987), *La justificación del castigo, los juicios a militares argentinos el llamado «punto final» y sus consecuencias políticas*, en: «Derechos Humanos en Latinoamérica», *op. cit. supra*, 69-81.
- MALAMUD GOTI, J. (1990), *Transitional Governments in the Breach: Why punish State Criminals?*, en: «Humans Rights Quarterly», 12, n.º 1, February, *op. cit. supra*, 1-16.
- MOLS, M. (1987), *La democracia en América latina* (trad. J. M. Seña), colec. Estudios Alemanes - Editorial Alfa, Barcelona/Caracas: original en alemán «Demokratie Lateinamerika», Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlín, Koin, Mainz 1985.
- NEUMANN, F. (1957), *The Democratic and the Authoritarian State*, The Free Press, New York.
- NINO, C. S. (1985), *The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply*, en: «Yale Journal of International Law», 2, 211-229.
- PÁGINA/12 (22.X.89), *Lagarto encerrado* (Una orden de captura internacional le impediría salir del país), por Eduardo Febbro, (desde París), Buenos Aires.
- PÁGINA/12 (5.XII.89), *No se puede confiar en nadie* (Polémica Arias-Oyhanarte por Ibarra), por Horacio Verbitsky, Buenos Aires.
- PAGGI, L. (1983), *Governabilità e nuove forme di soggettività*, en: E. Fano, S. Rodotà, G. Marramo, *op. cit. supra*, 431-445.
- POLLACK, B. (1984), *Enfoques sobre los regímenes autoritarios en América latina*, en: «Sistema-Revista de ciencias sociales», junio, 60-61 «Cuestiones latinoamericanas», Madrid, 37-61.
- RIVACOBA y RIVACOBA, M. (1969), *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, Edeval, Valparaiso.
- RIVACOBA y RIVACOBA, M. (1987), *Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*, en: «Doctrina Penal», año 10, julio-septiembre, n.º 3, Buenos Aires, 525-537.

- SANCINETTI, M. (1978a), *Validez y alcance del proyecto de «Punto Final»*, en: «Doctrina Penal», año 10, enero-marzo, n.º 37, Buenos Aires, 117-140; también en, del mismo: «Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial», Lerner editores asociados, Buenos Aires 1988, 61-90.
- SANCINETTI, M. (1978b), *Obediencia debida y Constitución nacional*, en «Doctrina Penal», año 10, julio-septiembre, n.º 39, Buenos Aires, 463-515; también en, del mismo: «Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial», *op. cit.*, supra, 91-152.
- SCHVARTZ, C. (14.V.89), *El negocio del caos*, en: EL PAÍS (Economía), desde Buenos Aires (enviado especial), Madrid, 54.
- SOLÓRZANO MARTÍNEZ, M. (1984), *Centroamérica: Democracias de fachada*, en: «Sistema-Revista de ciencias sociales», junio, 60-61, *op. cit. supra*, 103-133.
- TIMERMAN, J. (1981), *Preso sin nombre, celda sin número*, Random Editores, Nueva York.
- VERBITSKY, H. (17.VII.88), *Las barbas en remojo*, en: PÁGINA/12, Buenos Aires, 10-11.
- ZAFFARONI, E. R. (1983), *Tratado de derecho penal* (Parte General), vol. V, Ediar, Buenos Aires.



## En torno a la dicotomía democracia-demagogia

Por FRANCISCO PUY

Santiago de Compostela

### 1. LA DICOTOMÍA

Lo que sigue constituye un ensayo sobre la dicotomía retórica *democracia-demagogia*, que trata de interpretar su aparición en el lenguaje jurídico-político contemporáneo jurisprudencial (no el jurisdiccional o jurisnormativo) como un juego entre dos modelos de constitución política, constitutivo de un tópico *pret-a-porter* para cualquier debate (y no sólo para el que se restringe a lo concerniente a la legitimación del poder político)<sup>1</sup>.

Hasta los legos en jurisprudencia conocen la definición propuesta por el presidente Lincoln en 1863: *democracia es el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo*. Menos conocida es la aliteración de la misma hecha por Oscar Wilde un cuarto de siglo después en su ensayo sobre *El alma del hombre bajo el socialismo*. Según Wilde, «en resumidas cuentas, *la democracia significa tan sólo el aplastamiento del pueblo por el pueblo para el pueblo*» (WILDE 1891: 1287). Un lector ingenuo pensará que el chiste del irlandés está en definir como democracia lo que en realidad es demagogia. Y, a lo sumo, si piensa que el vocablo «aplastamiento» suena excesivo, lo sustituirá por otro más suave. Y así p. e., manteniendo siempre el juego de aliteración, podríamos bien entender que *demagogia es la seducción del pueblo, para el pueblo y por el pueblo*. También es posible la otra combinación del mismo juego aliterati-

---

1. Un análisis de este tipo presupone siempre un lenguaje inevitablemente poblado de hermetismos y presupuestos propios del autor, que dificultan su comunicación con el lector. Para evitar este inconveniente declaro de antemano el único supuesto que me parece imprescindible aclarar. Se trata de la noción de *constitución política* aquí supuesta para distinguir entre *constitución democrática* y *constitución demagógica*. Tal y como me refiero a ella aquí, *la constitución es un artilugio mental, que mantiene en pie el artefacto mental que es la organización, la cual sostiene enhiesto el instrumento artificial que es el estado, con el cual se erige, reviste, estabiliza y sostiene la realidad extramental llamada sociedad* (PUY 1984: 99). Y la constitución consiste en un préstamo de poderes reales, capaces de prevenir un daño social pronosticado, hecho por los poderes sociales a los órganos del estado, para que éstos se los devuelvan transcurrido un plazo fijo, o los ene plazos nuevamente constituidos en una especie de contrato constituto (PUY 1984: 102).

vo. Recordaré la enseñanza de Manuel Rabanal. La palabra democracia, enseñaba el filólogo compostelano, «nació dando nombre a la doctrina griega favorable a la intervención del pueblo —pueblo, no chusma— en el gobierno» (RABANAL 1977: 30). De donde podemos inducir: *democracia es la doctrina favorable a la intervención del pueblo en el gobierno; y demagogia es la doctrina favorable a la intervención de la chusma en el gobierno...*

Todo lo anterior indica que la dicotomía democracia-demagogia se basa en una sencilla aplicación de la dicotomía ética elemental bien-mal. Ya se establezca en términos de «gobierno-aplastamiento», ya que se fije en forma de «pueblo-chusma», el significado esencial permanece: *democracia es un buen gobierno popular y demagogia es un mal gobierno popular.*

*Ahora bien, el primer problema que plantea el análisis del uso retórico de tal contraposición es el que ya sugiere la broma de Wilde. A saber, que por razones etimológicas las dos palabras justo tendrían que significar lo contrario. Ambas, en efecto, proceden de la jurisprudencia griega, o de lo que podríamos llamar, para sortear el anacronismo anticipativo, dikesofrosíneia (en dicotomía, a su vez, con lo que podríamos denominar dikelogía). En este contexto, demagogia procede del sustantivo e demagogia-as; y democracia, del sustantivo e demokratia-as.*

El término común a ambos sustantivos es *o demós-ou*, que significa el pueblo. Pero el pueblo entendido como un grupo de población organizada, compuesta por hombres libres, convocados jurídicamente a ocupar un determinado territorio según una ordenación de estructura trifuncional. El *demos* no es nunca una masa mecánica, no es chusma. Es pueblo, sociedad orgánica, organismo vivo. Pero ¿qué significan los otros elementos componentes de las respectivas expresiones?

*Agoogós-on* es el buen pastor que magnetiza a su rebaño; el guía atractivo; el conductor que provoca el seguimiento porque suscita el asentimiento; el convocador que atrae seduciendo. Es que el verbo *ágoō* significa conducir o guiar, sí; pero no de cualquier manera. *Agoō* quiere decir llevar en pos a muchos gracias a la palabra que persuade y por eso seduce. Así pues, se trata de arrastrar a otros en torno a uno con el encanto de la oración, con la gracia del discurso. El Flautista de Hamelín es la versión fabulosa del *agoogós*. Sólo que el demagogo normal, en lugar de la flauta de pan, usa las cuerdas vocales de su garganta como instrumento de la melodía de su oratoria.

Por la otra parte tenemos *to kratós-eos*. Significa la fuerza que otorga la superioridad de masa material, de energía física o de pulsión violenta. El sustantivo deriva del verbo *kratéō*, que es la posesión de fuerza bastante para apoderarse de alguien y retenerlo bajo control.

¿Qué significa entonces *demagogia*? Demagogia significa, etimológicamente, la conducción del pueblo por parte de quien lo arrebató o seduce con la magia de su palabra y las palabras de sus razones.



La demagogia es así la constitución que rige al pueblo empleando la convicción de la palabra, o sea la autoridad. La demagogia no es una constitución perversa. ¿Porqué, entonces, la definimos ahora como «dominación tiránica» o «política que halaga las pasiones del pueblo»? (ZAMORA 1978: 276). Porque se han invertido los valores significados por la dicotomía<sup>2</sup>.

¿Y qué significa entonces *democracia*? Democracia significa, etimológicamente, el apoderamiento del pueblo por la violencia, por la fuerza bruta o por el temor de su desencadenamiento. La democracia es la constitución que dispone que rija al pueblo quien logre apoderarse de él por la fuerza. O sea, no por autoridad, sino por la nuda potestad<sup>3</sup>. Ahora bien, eso se ha invertido, como podemos comprobar con algunas muestras. «Democrático es —enseñaba Elías Tejada en 1977— el sistema en donde la oratoria es la expresión suprema de la totalidad de los saberes» (ELIAS DE TEJADA 1977: 266). Pero ¿esa es la característica del sistema demagógico! “La *demotiké areté*, es aquél la virtud cifrada en arrastras a los ciudadanos al giro de las opiniones de quien persuasiva y brillantemente les habla”, insiste el propio autor (ELIAS DE TEJADA 1977: 266). Y lo corrobora Manuel Fraga: «la democracia es gobierno de opinión o no es nada» (FRAGA-IRIBARNE 1983: 201). Pero ¿no es eso la demagogia?

Evidentemente se han invertido los papeles. Pero ¿por qué y cómo empezó a significar democracia el buen gobierno popular y demagogia el mal gobierno popular? No conozco la respuesta cierta y sólo puedo suponer, como explicación verosímil, que siendo necesarias la fuerza y la razón, o bien la fuerza se camufló tras la razón, o bien la razón fue sojuzgada por la fuerza. Probablemente tuvo mucho que ver con el asunto la ocurrencia de acontecimientos importantes como el hundimiento de la demagogia ateniense ante la democracia macedonia; o la absorción de la demagogia griega por la democracia romana<sup>4</sup>.

2. El demagogo es alguien que se molesta en buscar el convencimiento del pueblo y que consigue configurar u orientar la opinión pública con sus discursos, o sea, con su saber, su ciencia, su filosofía, su teología y su mitología. El demagogo no es un embaucador del pueblo. ¿Por qué se le define entre nosotros, sin embargo, como «persona que aparenta defender la causa del pueblo para ganarse el favor», o bien como «orador que lisonjea a las masas»? (ZAMORA 1978: 276). ¿Por qué tanto enfatizar factores negativos como los que marcan el empleo de los verbos *aparentar*, *ganar* y *lisonjear* o del sustantivo *masas*? Repito, porque se han invertido los valores significados por la dicotomía.

3. El demócrata no es, pues, ni un defensor del pueblo, ni un amigo del pueblo, ni un liberador del pueblo. Es, todo lo contrario, uno que se apodera del pueblo a la brava y que a la brava se niega a soltar su presa.

4. Probablemente tiene que ver también con el asunto el hecho de que siendo inevitable la cooperación del sabio y del gobernante, al fin el primero tiene que plegarse al segundo para poder sobrevivir. La idea figura en textos clásicos. Pe., en la *Crónica Sagrada* de Euhémeros. Escrita al comienzo de la decadencia griega (hacia el 320 a.C.), es una utopía dirigida a explicar, mediante una inscripción en una columna de oro, que la palabra no vale nada al lado de la fuerza. Ninguna palabra. Ni siquiera la palabra sagrada. Pues los dioses —Uranos, Cronos, Zeus— no son dioses mágicos, sino conquistadores afortunados que lograron la veneración divina tras someter a muchos países y gentes. De ahí un modelo de discurso democrático elaborado por un demagogo que tenía que servir los intereses de Alejandro Magno. Algo parecido expresa el *Dialogus* escrito en 1338 por Guillermo de Ockam, en defensa del emperador Luis de Baviera... y a sueldo suyo.



Como quiera que sea, no importa tanto ahora establecer hechos históricos o significados estáticos, cuanto fijar las ideas de democracia y demagogia en la actualidad. Volvamos entonces al día de hoy. Y procedamos aceptando la dicotomía democracia-demagogia tal como suena. Esto es, aceptando que la democracia es la constitución buena del pueblo, suponiendo que «equivale a intervención del pueblo, sin distinción», en un gobierno caracterizado por su «reconocimiento de los derechos y libertades de cada uno de los ciudadanos» (PRECEDO-LAFUENTE 1981: 3). E, igualmente, aceptando que «la demagogia es la democracia tiránica en que el poder supremo queda al exclusivo arbitrio del pueblo» (SÁNCHEZ-AGESTA 1976: pf. 23.1).

Pues bien, la democracia se ha convertido con el paso del tiempo en la fórmula constitucional que se fundamenta en la convicción generalizada de que lo mejor que le puede pasar a una sociedad para mantenerse firme y no decaer, es que sea ella misma quien se gobierne. Ahora bien, el autogobierno personal es algo que tiene sentido como expresión de la libertad de un individuo frente a otro. Igualmente tiene sentido el autogobierno de un grupo social, como expresión de su libertad frente a otro grupo social. Pero ¿qué sentido tiene el autogobierno de un grupo frente a sí mismo? El problema de la comprensión de la democracia arranca, pues, de que, en pureza, es un conjunto de contenido vacío. ¿Por qué? Porque, en sustancia, democracia vendría a significar que el único préstamo de poder que puede hacer un pueblo temeroso de que algún prestatario se quede para siempre con todo el poder que le prestó, consiste en no prestar ninguno. La situación se sintetizaría en un discurso semejante a éste: «Pueblo mío, no le prestes tu poder a uno de tus miembros por si no te lo devuelve. No se lo prestes tampoco a unos pocos que, a lo mejor, ellos no te lo devuelven tampoco. No se lo prestes a nadie. Y si es que lo tienes que prestar, préstatelo a tí mismo nada más...». Y el problema subsiguiente se resumiría en esta pregunta: ¿Qué diferencia hay entre prestarse uno algo a sí mismo y no prestárselo a nadie? Ahora bien, la situación recién esquematizada se ha dado realmente. Basta repasar el *Contrato Social* (1762) de J.J. Rousseau para percibir que ése y no otro es el planteamiento que allí se hace. Lo que sigue es conocido. Rousseau monta la ficción de que la nación le presta el poder a unos pocos, haciendo como que no les presta nada. *Volonté générale* es el nombre técnico de tal ficción, por la que se contrata un préstamo de poder (como siempre), pero simulando que no lo hay (desde ya). Ahora bien, la democracia es una forma de constitución porque en definitiva contiene un constituto, un préstamo de poder de un prestamista a un prestatario, con su plazo de devolución del prestatario al prestamista.

Ahora bien, hay muchas formas de realizar el constituto y eso explica que la democracia presente muchas caras y muchos nombres. Tantos, que en nuestros días —desde la segunda guerra mundial acá— el panorama de la democracia es tan peligroso, intrincado y misterioso para el teorizador más perito, como lo es la selva amazónica para el explorador más veterano. Pero albergo la esperanza de que el instrumento de análisis que brinda



el constituto permita adentrarse en este terreno sin perderse en él. Y es lo que paso ha hacer analizando sumariamente las peculiaridades de los cuatro momentos lógicos del concepto: *préstamo*, *prestatario*, *prestamista* y *plazo*.

## 2. EL PRESTAMO

Hablemos en primer lugar de la cosa prestada. Se presta poder, claro. La cantidad de poder es variable. Por eso hay *democracias absolutas* —como la de la primera hora revolucionaria francesa—; y *democracias templadas* —como la suiza ginebrina—. Depende de que se presten todos los poderes, o sólo unos pocos, más o menos restringidos. En realidad eso no tiene demasiada importancia.

Tienen más interés —porque matiza mucho entre clases y clases de democracia— las diferencias que provoca el instrumento transmisor. Un ejemplo aclarará lo que digo. Parece que si se ha de prestar una cantidad de dinero, da lo mismo que se haya de hacer el préstamo en una u otra divisa, con tal de que se mantenga la igualdad en el cambio monetario. Pero bien sabemos todos que no es así. Que no es igual prestar o devolver en España un millón de marcos que setenta millones de pesetas, aunque sean un valor equivalente al cambio en 1990. Lo mismo pasa con el constituto democrático. En una democracia se pacta un préstamo de poder entre un prestador y un prestatario. Pero ¿en qué moneda?

Pues bien, si mi experiencia no me engaña, yo diría que en nuestro tiempo el poder democrático se presta en tres monedas, llamadas *votos*, *confianzas* y *mayorías*. Basta oír a cualquier líder demócrata justificar su poder, para deducir que siempre alega lo mismo: «Puedo hacer y hago —dicen siempre— porque tengo tantos millones de votos... porque tengo la confianza de la cámara... porque tengo la mayoría de los delegados...»

2.1 Deliciosa golosina los *votos*. No hay manjar más exquisito para el político demócrata. Es democracia, decía Vicente Risco, el «derecho de escoger por medio del voto a los que hayan de gobernar» (RISCO 1930: 168). Las más sencillas definiciones de la democracia tienen en el voto su humilde ombligo. Y también las más alambicadas. «La democracia —dice un conspicuo ideólogo francés— es un *terminus technicus* de la ciencia política... que se define, incompleta pero útilmente, como un sistema político en el cual varios grupos (partidos) se disputan el poder compitiendo por los votos» (BARETS 1961: 83). Democracias idolátricas del voto lo son todas. Lo aprecia uno mejor cuando ha tenido la experiencia de formar parte de una comisión redactora de un proyecto constitucional o estatutario, y ha podido advertir en su seno que la *magna quaestio* no está en otro sitio que en la regulación del sistema electoral del cuerpo social de que se trate. Discutiendo otros tópicos, todas las ideologías ceden sus principios, pactan sus intereses, consensúan sus dogmas... Pero en llegando al capítulo electoral no se cede un paso a ningún precio. Para todo demócrata es bueno lo que permite recaudar votos. Es malo lo que espanta los votos. Y lo que no tiene relación con los votos, o es indiferente, o simplemente no es.

2.2. *La confianza* es otra de las monedas del préstamo democrático. «A democracia —decía Luis Peña Novo— *non consiste en determinada forma de gobierno; nin sai trunfante das urnas electorais. A democracia é un ambiente, un espírito: e consiste na confianza...* (PEÑA-NOVO 1921: 127). Hay que advertir que los votos mismos se aprecian en cuanto que significan la cuantificación de la confianza mútua con que cuentan gobernantes y gobernados. La democracia se entiende así como «un sistema de fuerzas políticas alternantes, que ofrecen opciones básicas de programas y de candidaturas que permitan a la vez gobiernos fuertes y responsables y oposiciones también leales y responsables» (FRAGA-IRIBARNE 1978: 98). La fuerza de la confianza descansa, así, en la conexión con el techo de valores del grupo.

2.3 *La mayoría*, con todo, tengo para mí que constituye la más fuerte divisa en que puede consistir el préstamo de poder democrático. ¿Por qué? Porque ella conlleva la capacidad decisiva más directa. Dice en este sentido el Prof. Fraga-Iribarne que es «democrático respetar al regla de decisión por la mayoría, donde quiera que sea aplicable» y que este principio es «el menos malo de todos los conocidos, en el conjunto de las actuales sociedades urbanas e industriales» (FRAGA-IRIBARNE 1980: 69).

En definitiva, podemos decir que, en cuanto al préstamo mismo, la constitución democrática consiste en un arreglo institucional para llegar a decisiones políticas, en el cual se adquiere el poder de decidir en virtud de una lucha competitiva para obtener la confianza popular a través del voto que alcanza la mayoría.

### 3. EL PRESTATARIO

¿Quién es el prestatario en la constitución democrática?

El primero y principal es el *lider*, o mejor, los *líderes*, en plural. Pero atención a no caer aquí en la habitual respuesta ingenua, que suena así. «El prestatario del poder en la monarquía es un miembro del grupo, en la aristocracia, varios; y en la democracia, todos». Ya se ha dicho antes que eso es una tontería. Un préstamo de uno a uno mismo es una vacuidad. Por lo tanto, en la democracia hay un préstamo de poder hecho a unos pocos, que se seleccionan de varias formas. Las combinaciones más usuales son dos: préstamo de poderes medianos a unos pocos; o préstamo de poderes pequeños a muchos, pero compensando esa atomización con el simultáneo préstamo a uno solo de un gran poder concentrado. Las repúblicas presidencialistas, tipo USA, representan el último modelo. Y las repúblicas parlamentarias pluripartidistas, tipo Italia, el primero. Modelos, se entiende, de seleccionar los *líderes* prestatarios del poder social.

Con todo, y análogamente a lo que vimos más arriba, no estriba ahí el *quid quaestionis*. Este apoya más bien en el lazo que une a los grupos de aspirantes a mandatarios. Según es conocido (FRAGA-IRIBARNE 1980: 84), el proceso democrático moderno se ha apoyado en tres pilares, a saber: los



*clubes* o sociedades de pensamiento; los *lobbies* o camarillas representativas de grupos de presión o intereses especiales, de tipo agrario, industrial, profesional, territorial, etc.; y los *partidos* políticos propiamente dichos, o grupos socio-económicos e ideológico-culturales. Pues bien, esos grupos pequeños son los auténticos prestatarios del poder político democrático. ¿Por qué? Pues, ante todo, porque puede haber partidos sin líderes, pero no líderes sin partido. Pero, más en profundidad, porque para que haya democracia tiene que existir un juego que permita la existencia de líderes, y de partidos, disputándose el poder de la mayoría, la confianza y las votaciones. Una situación en que un partido es único, no es una democracia real. Y una situación en que hay varios partidos, pero en que de hecho uno resulta inamovible, imposibilitando el turno real con otros, tampoco es auténtica. Es que la democracia consiste «en un juego limpio a aceptar por todos» y no en «un juguete que cada uno usa como le convenga» (FRAGA-IRIBARNE 1981: 313).

Así pues, los prestatarios del poder en la constitución democrática son los *partidos* y los *líderes* que los dirigen. Llámeseles como se les llame, con tal de que sean grupos e individuos en competición por la nominación de la titularidad del poder decisorio. Y esta realidad es tan notoria en nuestros días, que el Profesor Fraga afirma —en óptica conservadora— que la democracia actual es menos un método de gobierno, que un sistema para la elección de los líderes (FRAGA-IRIBARNE 1980: 31). Mientras que el Prof. Sotelo —desde una perspectiva diametralmente inversa— asegura también que la democracia es fundamentalmente un método racional para seleccionar minorías diferentes en un mercado libre de ofertas y demandas ideológicas concurrentes (SOTELO 1988: 1).

#### 4. EL PRESTAMISTA

La identificación del prestamista es tema importante, porque aquí se debate, creo, un neto matiz distintivo de la dicotomía. En efecto, el equívoco del asunto consiste en dar a entender que la democracia es un modelo de organización constitutiva que supone el poder *en el pueblo, en el demos*, a diferencia de los modelos que supondrían tal poder situado, no en todo el pueblo, sino en sólo una parte pequeña del mismo (constitución aristocrática) en sólo uno de los individuos del mismo (constitución monárquica). Eso no es verdad. Y los que no aprecian la falsedad encerrada en dicha imagen simplista es porque no se han percatado del esquema *constitutum* a que obedece toda constitución. Como contrato sinalagmático, el constituto requiere dos sujetos contratantes. Si se cree que el rey es el titular del poder que se presta a sí mismo (Napoleón autocoronándose), no hay constituto. Si se piensa que los aristócratas son los titulares del poder que se prestan a sí mismos, no hay constituto tampoco. Igualmente, si se piensa que el pueblo es titular de los poderes que se presta a sí mismo, tampoco hay constituto. De ser las cosas así nunca habría poderes que devolver porque tampoco habría préstamo previo de los mismos.

La verdad es otra. La verdad es que el pueblo es siempre y sólo él el efectivo titular originario del poder. La verdad es que «el poder es ubicuo», que «no está sólo en las instituciones del estado», que «está en las juntas de vecinos, en los partidos políticos, en las academias, en los círculos recreativos», que es «la hidra de cien cabezas» (VILAS-NOGUEIRA 1989: 4). Y es la verdad, por ende, que siempre ha de hacerse un préstamo de tal poder, o de sus fracciones, *de todos a unos pocos*. Incluso en los casos de las llamadas *democracias directas* —las de los concejos abiertos— que sólo son factibles en comunidades microscópicas, hay algún préstamo de poder del conjunto a los órganos ejecutivos permanentes entre asamblea y asamblea.

Por consiguiente, la diferencia entre las tres constituciones básicas estriba en el número y la forma de los que reciben el préstamo, y no en el número y forma de los que lo conceden. Si el prestatario es uno, la constitución es monárquica. Si son varios, aristocrática. Y ya que *tertium non datur*, si la constitución es democrática puede adoptar una de las dos fórmulas. O una combinación de ambas, lo que es más frecuente y ocurre cuando se designa un *partido y su líder, un comité y su presidente, una lista y su número uno*, etc. Entonces ¿dónde está la diferencia? Pues sencillamente en el modo de concebir la sociedad. La sociedad es lo que es. Pero nosotros la podemos pensar de muchas maneras. Sociedad son el pueblo, la nación, la patria, la comunidad y la multitud. Sociedad son la familia, la parroquia, el municipio, la comarca, la provincia, la región, el territorio, la nacionalidad y el reino. Sociedad son la iglesia, la universidad, la academia, el ejército, el sindicato y la patronal. Todos son sociedad. Pero de distinta manera, con matices suficientemente distintos, como para que puedan deparar formas constitucionales distintas<sup>5</sup>.

Tenemos así que el prestador de poder es, como siempre, la sociedad. Pero atención: la sociedad comprendida en forma de *demos*; o sea, de pueblo; o sea, el conjunto de personas libres organizadas para el disfrute y defensa de un territorio. Ese conjunto forma múltiples grupos, dotados de muchos y variados poderes, que presta parcialmente a sus mandatarios, en una rica combinatoria de posibilidades<sup>6</sup>. Es, por tanto, de interés parar mientes, siquiera por encima, en las diversas denominaciones que ha recibido el pres-

5. Lo más llamativo, sin embargo, es que ese hecho afecta a las tres constituciones elementales, como no podría ser menos. De ahí nacen las diferencias que hay dentro del género aristocracia, entre *oligarquía y poliarquía*; o entre *mesocracia, ginococracia y burocracia*; o entre *hierocracia, plutocracia y partitocracia*. Pero el fenómeno se da también en la monarquía. Pues ¿qué es una *monarquía por la gracia de Dios* o una *monarquía católica* o una monarquía carlista? Una monarquía consagrada por una sociedad que le presta a uno (monarca) el bloque principal de poderes a través de la corporación «iglesia». ¿Qué es una *monarquía parlamentaria*? Una monarquía determinada por una sociedad que le trasmite a uno (monarca) el principal grueso de poder a través de las asociaciones de partido. ¿Qué es una *monarquía guerrera*? Una en que el monarca recibe su máxima cuota de poder del grupo social ejército o nobleza. ¿Qué es una *monarquía ilustrada*? Pues una monarquía en que el rey recibe su principal sostén de la universidad, la inteligencia, o como se llame a los grupos productores de poder cultural...

6. Pues bien, de tal combinatoria nacen las diversas clases de constituciones de género democrático. De ahí se siguen las *democracias orgánicas e inorgánicas, censitarias e igualitarias, populares y populistas, débiles y fuertes* etc. etc. Dejo su elenco para los tratadistas de politología.



tamista de poderes democráticos, porque ellas revelan la existencia de distintos modelos ideales de sociedad. Las principales denominaciones que ha recibido la sociedad, en cuanto que prestamista de poderes a los líderes y a los partidos, son seis: tres primomodernos —*la multitud, la comunidad, el pueblo*— y tres tardomodernos —*los ciudadanos, los obligados, los interesados*—. Veamos.

4.1 La sociedad vista *sub specie* de *multitud* es la que define la *democracia de masas* como el gobierno de la multitud que sirve a los intereses de la masa (SÁNCHEZ-AGESTA 1978: pf. 23.1). ¡Ingrato tópico, por cierto!

4.2 La sociedad contemplada como *comunidad*, a su vez, da lugar a la *democracia comunitaria*, que bien puede entenderse como una organización política basada en el principio de que el poder (aunque proceda de Dios) se manifiesta a través de la sociedad toda y, en consecuencia, formaliza los procedimientos necesarios para que todos los miembros de la misma, sin exclusiones discriminatorias, pero en proporción, aporten su manifestación de opinión y de voluntad a la configuración del techo de valores y del conjunto de decisiones generales del grupo (PUY 1970: 505). La comunidad significa en este contexto de sujeto prestador de poder, la sociedad organizada y pluralista. Algo muy próximo al pueblo; pero no lo mismo exactamente. Pues la imagen del *pueblo* subraya las individualidades que diferencian entre sí a los componentes del grupo social; mientras que la imagen de la *comunidad* difumina la individualidades integradas en el grupo bajo el estuco de la universalidad u homogeneidad de todo y sólo lo que les es común.

4.3 La sociedad comprendida como *pueblo* produce la *democracia popular*. O *populista*, como se le ha llamado para distinguir la auténtica de las falsas democracias populares soviéticas, en trance de hundimiento espectacular en estos comienzos de la última década del segundo milenio. Si no yerro, éste es el modelo anhelado mayoritariamente por nuestros coetáneos. Es, pues, un modelo de vanguardia, para el futuro inmediato. ¿Por qué? Quizá, porque hunde profundas raíces en el pasado. En los *concellos* gallegos, asturianos, leoneses y castellanos. En los *covenants* anglosajones. Y en todos los estándares pluralistas de representación basados en realidades sociológicas<sup>7</sup>. La vieja denominación *pueblo* quedó consagrada con tino, como sinónimo de sociedad que posee y entrega su poder político, en las palabras iniciales *We the People of the United States...* de la ya bicentenaria *Constitución de los Estados Unidos de América* (1787). Por lo menos mientras USA sea la potencia hegemónica mundial no perderá este tópico su frescor en todo el planeta. Y cuando esa hegemonía pase... nosotros los celtas seguiremos sintiendo que *pueblo* es la palabra que nos dice del modo más atractivo la especie de sociedad que constituimos y queremos constituir. Y, según creo, tal es el motivo por el que las otras tres denominaciones de la sociedad trasmisora de poder son menos apreciadas por nosotros, a pesar de la ventaja de su juventud.

7. La democracia popular o populista puede, por eso, alcanzar sus metas por caminos variados, como la estructura plural interna de los dos partidos norteamericanos, o el sufragio francés a dos vueltas, o la sutileza arcaizante de las instituciones británicas (FRAGA 1979: 214).



4.4 *Ciudadanos* es la vieja expresión moderna correspondiente al conjunto de la sociedad política. La consagró la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1798). En ella, el ciudadano viene a ser el individuo que presta el poder y por eso puede hacerle reclamaciones sobre su uso al prestatario del mismo. El término aparece manchado con la sangre de la guillotina y de las víctimas europeas del napoleonismo. Además, *ciudadano*, en la actualidad, quiere decir un estatus mejor que el de súbdito, por ser más igual para todos, más bien que un miembro cualquiera de la sociedad o del pueblo (DÍAZ-FUENTES 1985: 11). Por eso, tanto el tópico *ciudadano* como la expresión *democracia burguesa*, que le corresponde, no goza de excesivo prestigio en nuestros días. Y probablemente cada vez tendrá menos en el futuro. El panegírico de la revolución ha agotado su discurso al cumplirse el bicentenario de la francesa (SUAREZ-VERDAGUER 1989: *passim*).

4.5 La consideración del prestamista de poderes democráticos como el conjunto de los *obligados* es consecuencia de una trasplante (rechazado) hecho a nuestro cuerpo doctrinal por los doctores vieneses de la teoría pura. Entre nosotros lo ha documentado con precisión Luis Legaz, el cual enseñaba que «la democracia, jurídicamente interpretada, significa creación del orden jurídico por los mismos obligados» (LAEGAZ-LACAMBRA 1979: 502), ya que «en sentido político la democracia existe cuando las normas generales son creadas con la colaboración de las voluntades obligadas, en las formas de la *democracia directa* o de la *democracia representativa* (LEGAZ-LACAMBRA 1979: 781). Repito que esta denominación ha resbalado por la epidermis del vocabulario jurídico hispano, sin arraigar bajo ella.

4.6 Más enjundia tiene, a mi parecer, la designación del prestamista de poderes democráticos como el conjunto de los *interesados*. Todavía es cosa infrecuente y aún no está muy asimilada. Lo muestra la reacción de desencanto en unos (y de euforia en otros) ante la abstención del 75% en el referéndum gallego del Estatuto de Autonomía de 1981<sup>8</sup>. Pero dejemos esto que no hace al caso, y elevémonos de la anécdota del referéndum gallego de 1981, a la categoría doctrinal que buscamos.

La democracia es «un sistema en que todos los intereses legítimos pueden ser satisfechos mediante la realización del interés fundamental, en la autodeterminación y la participación» (FRAGA-IRIBARNE 1980: 32). La democracia, por lo tanto, es una constitución que considera titulares del poder social, sin discriminación de nadie, *a todos los interesados* en el mismo... *pero sólo a ellos*. Por ende, no es lo más importante que todos, o casi todos, participen. Lo definitivo es que todos puedan participar. Lo medular no

---

8. Los adversarios del estatuto traducen su euforia y los partidarios del estatuto explican su abatimiento con la misma frase, en estos términos: «La abstención demuestra que la mayoría no lo quiere». Ambos se equivocan por falta de comprensión del rol democrático de los *interesados* en la función de prestar poder. Esa abstención lo único que demuestra es estas dos cosas: a) Que a la mayoría de la gente no le interesa la política. b) Y que en esa elección no se han falseado los resultados.



es que todos se autodeterminen: eso no le interesa desgraciadamente a muchos. Lo crucial es que todos puedan autodeterminarse... según sus propios intereses. En el constituto de la constitución democrática se pone en juego, ni más ni menos, que la libertad de todo constituto. Nos basta con saber que podemos prestar nuestro dinero. Pero no deseamos que nadie nos obligue a hacerlo, ni siquiera con coacciones racionales, morales o verbales. Y todo ello es tanto más verosímil si consideramos el último aspecto del problema del préstamo constitucional de poder, o sea, el del plazo.

## 5. EL PLAZO

En todos los constitutos constitucionales hay plazo de devolución de poderes. De suyo, no se excluyen los plazos largos, ni aún los más largos posibles, que son los vitalicios (personales o familiares: en este último caso, con sucesión automática hasta la extinción de la estirpe). Pues bien, la democracia se caracteriza por el hecho de que los mandatarios gustan fijar plazos cortos a sus mandantes para la devolución de los poderes. Lo propio de la democracia es que la devolución de los poderes, que posibilita la reentrega de los mismos a otros titulares distintos, se haga por plazos cortos y rítmicos, al compás de unas consultas electorales frecuentes y auténticas, que posibiliten un turno real de titulares concretos; es decir, de partidos y de líderes (FRAGA-IRIBARNE 1973: 350).

Todo eso es tan claro que no necesita comentario. Salvo hacer notar que quizá estribe ahí la causa profunda de la bondad de ese sistema constitucional. ¿Cuál es, en efecto, la *ultima ratio* por la que constitución, organización y estado son artilugios eficaces para alcanzar el objetivo de mantener firme a la sociedad que se los autoproporciona? Para mí no hay otra respuesta que ésta: porque son los instrumentos más capaces de evitar la guerra civil. Pues bien no hay cosa que disuada más a quien ha perdido el poder, por la causa que sea, de intentar recuperarlo por la fuerza física, en una cruenta contienda armada, que la esperanza de poderlo recuperar más cómodamente en un incruenta campaña electoral, «en virtud de una lucha competitiva por el voto popular» (FRAGA-IRIBARNE 1980: 290).

Pero eso nos llama la atención sobre la importancia decisiva que tiene la cuestión del plazo en toda su amplitud. O sea, en cuanto a su existencia, su periodicidad, su ritmo, su efectivo cumplimiento... Todo eso es, cuando funciona correctamente, lo que alimenta la esperanza que evita el conflicto sangriento. Porque la confianza del político en la democracia no se puede alimentar de meras hipótesis. Necesita hechos, aunque éstos puedan ser de distinta índole. Es necesaria la alternancia real de líderes, aunque no de partidos, como en México, donde permanece el PRI, pero cambia el presidente. Debe haber turno real entre los partidos, aunque permanezcan los líderes, como en Inglaterra, donde los dos partidos tienen sendos jefes permanentes del

gobierno, sea en la luz, sea en la sombra (jefatura de la leal oposición de su majestad). Tiene que existir el turno de ambas cosas, como en USA, donde de hecho se turnan los partidos y además la reelección del líder está limitada a una sola ocasión... Todo vale, si el turno es real. Y nada vale, si es simple simulación. O sea, si es demagogia. Pues las dicotomías retóricas, como en general todos los extremos, se tocan.

## 6. CONCLUSIÓN

De acuerdo con todo lo dicho podemos ya perfilar las siguientes definiciones del tópicó democracia y de su contravalor demagogia.

*Democracia (o constitución democrática) es un constituto de poder, o sea, un préstamo de poder en forma de votos, confianzas y mayorías, con plazos de devolución cortos y rítmicos, hecho por los interesados (obligados o ciudadanos) del pueblo (la comunidad o la multitud) en favor de los partidos y/o sus líderes.*

*Demagogia (o constitución demagógica) es la corrupción de la democracia, o sea, democracia podrida, perversa, aparente, falsa... mala.*

Para que la democracia degenerare en demagogia no es preciso que se estropeen a la vez todos los componentes del constituto democrático. Basta con se estropee una pieza, para que el conjunto se transforme en constituto demagógico. Así pues, basta iluminar la avería, u oscurecerla, durante una discusión, para llevar al adversario del polo bueno de las democracias al polo malo de las demagogias. Esto, ya lo sé, es evidente y no habría que advertirlo siquiera, si no fuera por una cosa. Que me interesa enfatizar, para concluir, que en ese equívoco radica la fuerza de la dicotomía democracia-demagogia. La dicotomía sobrevive lozana al paso de los siglos porque consiste en un excelente instrumento para aprovechar dialécticamente tal equívoco en propia ventaja.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- BARETS, J., «La democracia y los países subdesarrollados» *Revista de Estudios Políticos* 15 (1961) 83 ss.
- DIAZ-FUENTES, A., «Volver a ganar la libertad», *El Correo Gallego*, Santiago, 10.03.1985, p. 11.
- ELIAS DE TEJADA, F., *Tratado de filosofía del derecho*, t. 2, Universidad de Sevilla, 1977.
- FRAGA-IRIBARNE, M., *Legitimidad y representación*, Grijalbo, Barcelona, 1973.
- ID., *La Constitución y otras cuestiones fundamentales*, Planeta, Barcelona, 1978.
- ID., *Después de la Constitución y hacia los años 80*. Planeta, Barcelona, 1979.
- ID., *Ideas para la reconstrucción de una España con futuro*, Planeta, Barcelona, 1980.
- ID., *El debate nacional*, Planeta, Barcelona, 1981.
- ID., *La leal oposición*, Planeta, Barcelona, 1983.



- LEGAZ-LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1979.
- PEÑA-NOVO, L., «Nacionalismo e democracia» (*Nos*, 31.1.1921), en la antología suya incluida en M. ROCA-CENDAN, *Lois Peña Novo, Docastro*, Sada 1982, pp. 127 ss.
- PRECEDO-LAFUENTE, J., «Demócratas», *El Correo Gallego*, Santiago, 28.02.1981, p. 3.
- PUY, F., *Lecciones de derecho natural*, 2.<sup>a</sup> ed., Paredes, Santiago, 1970.
- ID., *Tópica jurídica*, Paredes, Santiago, 1984.
- RABANAL, M., «Parentela lexical de la democracia», *ABC*, Madrid, 6.07.1977, p. 30.
- RISCO, V. M., «El problema político de Galicia», (1930), en su *Obra Completa*, t. 1. Akal, Madrid, 1981, pp. 111 ss.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *Principios de teoría política*, Editora Nacional, Madrid, 1978.
- SOTELO, I., *Liberalismo, socialismo y democracia*. Notas personales de la conferencia pronunciada por Ignacio Sotelo el 15.12.1988 en la Universidad de Alcalá.
- SUAREZ-VERDAGUER, F., «Ideas claras sobre la revolución» *Colección Arvo*, 99 (1989) 1 ss.
- VILAS-NOGUEIRA, J., «Mi chaqueta en un mundo de poder ubicuo», *El Correo Gallego*, Santiago, 8.10.1989, p. 4.
- WILDE, O., «El alma del hombre bajo el socialismo» (1891), en sus *Obras Completas*, 10.<sup>a</sup> ed. de Aguilar, Madrid 1965. pp. 1287 ss.
- ZAMORA, A., *La fuerza de las palabras*, Selecciones, Madrid, 1978.





## Democracia y Derechos Humanos en la Sociedad Post-Industrial\*

Por LUIS GARCIA SAN MIGUEL

Universidad de Alcalá de Henares

Los cambios experimentados por la sociedad industrial han llevado a algunos sociólogos a pensar que estamos ya en un nuevo modelo de sociedad que algunos llaman sociedad de servicios, sociedad tecnológica, tercera ola, sociedad postindustrial, etc. Pero el problema de si la sociedad avanzada es una sociedad nueva o simplemente la vieja sociedad industrial modificada no va a preocuparnos ahora. Lo que nos interesa es analizar de qué modo los cambios de la sociedad industrial ha experimentado influyen sobre el sistema político democrático que sobre ella se asienta, pues, como generalmente se admite, entre uno y otro sistema se da una dependencia estrecha.

No se me oculta que este ejercicio es arriesgado pues, si siempre resulta difícil conocer la sociedad en que uno vive, mucho más lo es descubrir la fisonomía de la sociedad futura. El fracaso de las filosofías de la Historia que creyeron percibir tendencias inexorables de la evolución social, sistemáticamente desmentidas luego por los hechos, debe obligarnos a ser cautelosos. A menudo hay tendencias importantes que escapan a nuestra vista en el presente y otras que se desvían y no llegan a su término porque nuevos hechos, con los que no contábamos, las contrarrestan.

Sin embargo, con toda clase de cautelas, podemos tratar de descubrir las tendencias de la evolución social y formular algunas hipótesis sobre la misma.

---

\* Este texto constituye una versión revisada de la conferencia dada el 20 de marzo de 1990, en Santa Cruz de Tenerife, en el Seminario de derechos humanos organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y dirigido por el profesor Ignacio Ara, a quienes expreso, una vez más, mi agradecimiento.

*Democracia y sociedad post-industrial: algunas opiniones*

En la primera parte de esta exposición trataremos de analizar algunas obras que abordan el problema que ahora nos ocupa aquí, fijándonos especialmente en tres puntos: en primer lugar en las transformaciones que, a juicio de los autores va a experimentar el sistema político democrático; en segundo en las transformaciones previsibles del orden económico y, finalmente, en las fórmulas que se proponen para adjudicar los puestos que pudiéramos llamar de responsabilidad social.

Las obras en que vamos a fijarnos son mi ensayo *La sociedad autogestionada. Una utopía democrática*, *La sociedad post-industrial* de Daniel Bell y *La tercera ola* de Alvin Toffler.

El que me incluya entre autores tan famosos requiere alguna explicación. Lo hago no porque me considere a su altura, sino porque pretendo revisar algunas de las ideas que había expuesto en aquella obra juvenil. Dentro de la escasísima importancia que tienen estas cuestiones, esa revisión no carece de interés para mí pues algunos lectores de aquella obra juvenil y de otras que escribí posteriormente suelen decirme que no parecen salidas de la misma pluma, lo que me lleva a intentar precisar en qué puntos sigo pensando lo mismo y en qué otros he cambiado de opinión. *La sociedad autogestionada* fue escrita en 1968 bajo la influencia de los acontecimientos que entonces estaban teniendo lugar. Concretamente el capítulo central fue escrito en México en el verano del 68, poco antes del desencadenamiento de la revolución estudiantil y de la matanza de la Plaza de las Tres Culturas. Es un intento de teorizar lo que pudiéramos llamar una democracia radical.

En el orden político el libro asumía las dos principales críticas que la izquierda tradicionalmente ha dirigido a la llamada democracia burguesa: el clasismo y el elitismo. La democracia en la sociedad capitalista, decía entonces, es una democracia elitista en la que el poder es transferido por el pueblo a la llamada clase dirigente que lo utiliza inevitablemente en beneficio propio. Los representantes, aunque en teoría y en sus formulaciones verbales digan defender los intereses del pueblo, se convierten en un grupo hostil al mismo que puede llegar a establecer una especie de dictadura de facto encubierta por fórmulas democráticas. En segundo lugar señalaba que el hecho de que el poder, el prestigio y la riqueza estuvieran desigualmente repartidos en la sociedad capitalista colocaba a los electores de las clases inferiores en posición de desventaja, de tal modo que, aunque todos tuvieran un voto igual, quienes poseían aquellos bienes podían ejercer mayor influencia y terminar imponiendo sus propios intereses.

Lo que se proponía como remedio a estos dos males desnaturalizadores de la democracia era para decirlo simplemente: la democracia directa y la sociedad sin clases. La democracia directa ponía el poder permanentemente en manos del pueblo eliminando sus supuestos representantes. De este modo la voluntad popular fluía en su auténtica naturaleza sin el intermedio



de políticos que, de un modo u otro, siempre terminan desnaturalizándola. Por otra parte, la supresión de las clases (lo que comportaba el establecimiento de una sociedad socialista), convertiría a todos los votos en auténticamente iguales de tal manera que nadie pudiera utilizar la palanca del poder económico para imponerse a los demás. Es obvio que en una sociedad sin clases subsisten algunas diferencias, especialmente las que pudiéramos llamar "naturales", diferencias tales como las relativas a la inteligencia, a la voluntad, a la salud, al sexo, etc... Subsistiría, por tanto, un cierto grado de desigualdad en la medida en que, por ejemplo, los más inteligentes fueran capaces de convencer a los menos, pero ese último residuo de desigualdad me parecía inevitable.

Ahora bien, este ideal de democracia directa sólo podrá realizarse, si es que alguna vez se realiza, cuando se cumplan por lo menos las dos siguientes condiciones: un incremento del tiempo libre que permita una politización muy intensa de los ciudadanos (es decir, una dedicación de mucho tiempo a la política, lo cual a su vez, supondría la automatización de la producción) y, por otra parte, la fragmentación del poder en pequeñas unidades en las que todo el mundo podría participar directamente, de modo semejante a lo que ocurría en la antigua polis griega. Decía también entonces, y creo que con cierto sentido de la anticipación, que el desarrollo de la electrónica podía contribuir a este reforzamiento de la democracia directa. Así, por ejemplo, la televisión permite ya que todos los ciudadanos puedan asistir a los debates, a través de la pequeña pantalla, y, por otra parte, el desarrollo de la electrónica permitirá también la celebración muy frecuente de referendums.

Con objeto de evitar al máximo la intervención manipuladora de los políticos proponía convertir los partidos en lo que entonces algunos llamaban partido-guía, es decir, en algo parecido a los clubs (que por cierto proliferaban en aquel entonces) capaces de elaborar proyectos de gobierno pero no de participar directamente en el poder. Finalmente, consciente de que algunos órganos centrales deberían substituir para mantener cohesión nacional, proponía el establecimiento de un sistema federal generalizado, por medio del cual las diversas unidades en que se había fragmentado el poder convendrían en el establecimiento de aquellos órganos comunes.

En el orden económico-social proponía igualmente la generalización de la democracia o, si queremos decirlo así, la democratización de las instituciones. Pensaba que no tenía sentido que el Parlamento fuera más o menos democrático y no lo fueran la Universidad, la empresa, la iglesia, la familia, etc..., y siendo la empresa el centro de la producción y, por tanto, la llave de la configuración de la estructura social, me centraba especialmente en ella. Proponía un modelo de organización con arreglo al cual el poder estuviera también detentando directamente por todos los participantes, tanto obreros como administradores y directores. Las decisiones serían adoptadas por la mayoría, y sólo los técnicos se reservarían, siempre bajo el con-

trol de la mayoría, aquellas que, por su especial complejidad, estuvieran sustraídas al conocimiento de los otros sectores.

La sociedad capitalista, decía entonces, tenía una estructura formalmente democrática, puesto que en ella el poder de los directivos o consejeros dimanaba de los accionistas que eran, por así decirlo, los ciudadanos de misma. Pero esto sólo formalmente, porque en la práctica, la mayoría de los accionistas hacían dejación de su derecho al voto entregando la gestión de sus acciones a ciertas entidades, especialmente a los Bancos, que terminaban manipulándolo. Por otra parte, y más importante aún, la mayoría de los participantes en la empresa, es decir, obreros, administradores y técnicos, no participaban en el poder de la misma. El modelo de empresa autogestionada que ya había empezado a implantarse en algunos países, especialmente en Yugoslavia, me parecía el más auténticamente democrático y, en último término, la clave de toda la democratización social.

Lo que proponía en suma, siguiendo el patrón de la crítica izquierdista a la democracia, era transformar la democracia formal propia de la sociedad capitalista en real o auténtica, convirtiendo la apariencia en realidad. Ahora bien, aunque me fijara especialmente en la empresa por la especial trascendencia de la misma como llave de la organización económica, no me detenía aquí, y trataba igualmente de formular otros proyectos de democratización institucional. Un capítulo del libro está dedicado especialmente a la Universidad, y aquí proponía también la representación de todos llamados estamentos universitarios en los órganos de gobierno, es decir, de profesores, administradores y estudiantes. Permítaseme decir, de pasada, que esto es lo que efectivamente ha ocurrido, por supuesto no porque yo lo hubiera propuesto en aquel libro. En aquella época el ver sentados a estudiantes y administradores en las Juntas de Gobierno Universitarias era una quimera imposible. Permítaseme añadir también que hoy, cuando la utopía se ha transformado en realidad, comenzamos a ver muchos de los problemas de que entonces, llevados por nuestro entusiasmo, no éramos conscientes.

Igualmente, proponía en *La sociedad autogestionada* una cierta democratización de la Iglesia y de la familia, aunque era consciente de las dificultades con que los cambios iban a tropezar en estas dos instituciones.

En lo que se refiere al tercer problema de los enunciados al principio (recuérdese: el procedimiento para la provisión de los puestos) dirá únicamente que el libro no lo abordaba directamente, aunque algunas de las cosas que en él se dicen (especialmente la propuesta de la sociedad sin clases) apuntan claramente a lo que pudiéramos llamar una igualación de situaciones con independencia del mérito. Es decir que lo que se propone, implícitamente insisto, es que todos puedan ocupar cualquier puesto de responsabilidad, sean cuales fueran sus condiciones intelectuales, preparación técnica, etc. Quizás confiaba entonces, hoy me parece que con mucha ingenuidad, en que desaparecidos los obstáculos sociales que en la sociedad capitalista impedían el desarrollo de la personalidad humana, cualquier per-



sona podía adquirir una capacidad suficiente para el desempeño de cualquier función. Quizás pensaba también que, aunque la ocupación de cargos por personas no especialmente calificadas pudiera producir una disminución de la eficacia, o de lo que hoy llamaríamos la calidad de los servicios, esta pérdida vendría compensada por el incremento de realización humana que una participación generalizada acarrearía. Dicho de otra forma, venía a pensar que el incremento de la libertad compensaba sobradamente la posible pérdida de la eficacia en el caso de que ésta se produjera.

El segundo libro al que quisiera referirme, como ya dije, es el que lleva por título *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, de Daniel Bell, que es quizás uno de los más penetrantes análisis sobre la sociedad del futuro escritos desde el campo conservador o liberal-conservador (la pertinencia de estas etiquetas es discutible pero esto no debe preocuparnos ahora). Se trata, sin duda, de un libro plagado de análisis penetrantes y de sugerencias inteligentes, aunque su sentido último a veces se nos escapa, como si el autor quisiera ocultar las claves últimas de su pensamiento. Esto nos exige un cierto esfuerzo de interpretación, como todos arriesgado.

En lo que se refiere al primer punto de los tres que nos proponíamos tratar (recuérdese: la estructura del poder político) me parece que la propuesta Bell pudiera resumirse así. La sociedad post-industrial se enfrenta con problemas de una complejidad creciente cuya solución requiere un grado de conocimiento técnico muy elevado. Por ello, y lo queramos o no, los puestos sociales van siendo ocupados por personas especialmente calificadas, lo que lleva a que todo el mundo trate de dotarse de una formación universitaria superior y a que la Universidad haya desplazado a la industria como institución central en la sociedad post-industrial que, conviene indicarlo, no es una sociedad del futuro, sino la sociedad en que ya vivimos los hombres de nuestro siglo.

Esto ocurre también en la política donde las decisiones (piénsese por ejemplo en los problemas de la guerra nuclear y del desarme) adquieren tal complejidad que los políticos, necesariamente, se ven obligados a recurrir a la ayuda de los científicos. Esto no debe llevarnos a pensar, conviene advertirlo inmediatamente, que estamos en plena tecnocracia, es decir, que los técnicos han conquistado el poder. En último término, son los políticos quienes tienen la palabra. Los técnicos pueden desesperarse al ver como problemas que, desde su particular perspectiva, pudieran tener una solución fácil, se complican por la intervención de las emociones e intereses que constituyen la médula de la política. Sin embargo, es lo cierto que estos condicionamientos políticos son decisivos y dependen, en último término, de los manejos de los representantes populares.

Si lo entiendo bien, lo que Bell parece decirnos (y esto es más una descripción que una propuesta) es que en la sociedad contemporánea los técnicos han alcanzado una gran influencia política, influencia que (conviene tenerlo en cuenta) no depende de la elección popular, sino de su especial

cualificación intelectual, pero que, si me permite decirlo así, junto a los «técnicos de la técnica» están los «técnicos de la política» que son quienes, en definitiva, deciden lo que hay o no hay que hacer. Se trataría, por tanto, de una democracia representativa con una fuerte influencia de lo que pudiéramos llamar tecnocracia, o de un gobierno de los representantes populares fuertemente mediatizados o influidos por los científicos. Lo que ya no resulta tan fácil es averiguar si este estado de cosas que Bell describe le parece o no satisfactorio. Mi impresión es afirmativa, pues en ninguna parte (si he leído bien su libro) aparece la menor crítica a la acción política de los representantes, ni el menor atisbo de propuesta de democracia directa, quizás porque piensa que la política misma tiene también una complejidad técnica creciente que la sustrae a la competencia del ciudadano común. La competencia de éste último no llega más allá de la elección de sus representantes.

Este esbozo de modelo tecnocrático o cuasi tecnocrático en lo que respecta a la estructura del poder político debiera llevarnos a pensar que el autor va a rechazar cualquier propósito de democratización industrial. Sin embargo, las apariencias engañan y, en algunos pasajes, ciertamente pocos pero muy claros de la obra, Bell afirma que la lógica de la democracia debe llevarnos a procurar extenderla a las instituciones y no dejarla confinada en el Parlamento. Escribe, por ejemplo, lo siguiente que no me resigño a citar; «En cuanto institución de negocios, la «Corporación» la constituyen la Administración y la Junta de Directores, que actúan como fideicomisarios de los miembros de la empresa en su conjunto (no sólo los accionistas, sino también los trabajadores y consumidores) y con la debida atención a los intereses de toda la sociedad. Pero si se acepta este punto de vista, de él se deduce un corolario lógico significativo: que los constituyentes que componen la Corporación deben estar representados dentro de la Junta de gobierno de la Corporación. Sin eso no hay ningún poder compensador efectivo frente al de la Dirección Ejecutiva. Y lo que es más importante, sin esa representación habría un serio problema acerca de la «legitimidad» del poder de los Gerentes» (página 342). Apenas hace falta decir que ésta es una extraña propuesta de autogestión, o de algo muy parecido a eso, en la pluma de un autor tenido generalmente como conservador (de ahí que pusiéramos en duda la pertenencia de estas etiquetas).

Ciertamente no es fácil interpretar el alcance de estas frases. Cabría pensar que lo que Bell propone es reforzar el poder de la base frente a las directivas empresariales, pero la radicalidad de esta propuesta no parece compatible con el tono general de la obra ni, sobre todo, con lo que nos ha dicho acerca del sistema político. Hay que pensar, por tanto, que en el sistema de instituciones económicas, tanto como de instituciones políticas, el poder de los «ciudadanos» ha de reducirse, a su juicio, a la elección de sus representantes, que son los parlamentarios, en el orden político, y los miembros de los Consejos de Administración, en el económico. En uno y otro campo nos encontraríamos, por consiguiente, con una especie de influencia cre-



ciente de los técnicos subordinada, en último término, al poder de los políticos que, en el caso de la empresa, serían las Juntas de Administración.

En resumen: en la estructura institucional de la sociedad post-industrial, tanto en el orden político como en el económico, nos encontramos con una especie de doble vía de acceso al poder: la elección popular y la capacidad técnica. Por mucho que se afirme que los científicos están sometidos a los políticos, no hay que perder de vista que no obtienen su poder del pueblo, sino por así decirlo, de su inteligencia. El ideal tecnocrático de Saint-Simón, si no se ha realizado por completo en nuestra sociedad, si ha alcanzado un elevado grado de realización. Y no parece que esto le disguste al autor de *El advenimiento de la sociedad post-industrial*.

Veamos ahora lo relativo al tercer punto de los tres que nos proponíamos tratar: los procedimientos para la selección de los dirigentes. Es aquí donde el pensamiento de Daniel Bell se vuelve más claro, rotundo y casi diríamos apasionado. Bell es un decidido defensor de lo que él mismo llama meritocracia que no hay que confundir con la tecnocracia aunque se parezca a ella. Lo que Bell propone es que los puestos estén ocupados por las personas de mayores méritos y afirma rotundamente que una sociedad donde esto no ocurra no es una sociedad bien ordenada. Veámoslo también con sus propias palabras: «Actualmente Estados Unidos no es una meritocracia; pero esto no desacredita el principio. La idea de la igualdad de oportunidades es una idea justa y el problema es llevarla a la práctica con equidad (página 518)... La meritocracia en el mejor sentido de la palabra se compone de aquéllos que son dignos de alabanza. Son los hombres mejores en sus campos a juicio de sus compañeros (retengamos esta expresión sobre la que luego volveremos)... Existen todas las razones por las que una Universidad debe ser una meritocracia si los recursos de la sociedad (para la investigación, para la enseñanza, para el estudio se gastan para el beneficio mutuo y si prevalece la importancia de la cultura.

Y no hay ningún razón por la que no pueda establecerse de idéntico modo el principio de la meritocracia en los negocios y en la Administración Pública. Se necesitan empresarios innovadores que sepan ampliar la cantidad de riqueza productiva para la sociedad. Se necesitan políticos que sepan gobernar bien. La calidad de la vida en cualquier sociedad está determinada, en una medida considerable, por la calidad de los dirigentes. Una sociedad que no tiene a sus mejores hombres a la cabeza de sus instituciones principales es un absurdo sociológico y moral» (página 522). Volvamos ahora sobre las palabras que antes subrayamos: «Los hombres mejores en sus campos, a juicio de sus compañeros». Estas palabras parecen contener el sentido último de la meritocracia tal como Bell la entiende.

En efecto, lo que Bell parece proponer, si lo he entendido bien, es una doble selección: en primer lugar la selección de los que poseen capacidad técnica; en segundo lugar, la selección de los mejores de entre estos técnicos, operada por sus iguales, en un proceso de lo que hoy llamaríamos coop-

tación. Bell había dicho, en páginas anteriores, que la sociedad post-industrial va organizándose con arreglo a los patrones de la comunidad científica, o de lo que antes se llamaba la república de las letras. Y esto no es otra cosa que la comunidad de los estudiosos presididos por el amor de la verdad y dispuestos a reconocer el mérito de sus iguales al margen de mezquitas intrigas y rivalidades.

Como principio básico de organización social Bell se opone, por tanto, a lo que pudiéramos llamar el principio de la igualdad de resultados, es decir, la igualación de los bienes sociales atribuidos a los individuos sin tomar en consideración sus méritos personales o, dicho más sencillamente, que todos tengan aproximadamente los mismos ingresos, modo de vida, etc. sea cual sea su grado de preparación e, incluso, su espíritu de trabajo.

En consecuencia con lo que acabamos de ver, Bell se opone frontalmente a la postura de Rawls en su célebre *Teoría de la justicia*. Bell no desconoce que en la sociedad contemporánea el acceso a los beneficios sociales se pretende obtener, a menudo, en función no de las características personales, sino de la pertenencia a un grupo. Así, por ejemplo, se intentan atribuir cuotas de representación en los órganos de gobierno a los negros, a las mujeres, a los homosexuales, a los miembros de determinada minoría étnica, etc. Como el mismo Bell dice: «Mujeres, negros y chicanos han de ser empleados, como cosa de derecho, en proporción a un número, y el principio de la cualificación profesional o de los logros individuales queda subordinado al nuevo principio atributivo de la identidad corporativa» (página 478). Pero esto, a juicio de Bell, supone que el talento y la capacidad para realizar un trabajo son homogéneos, esto es, que cualquiera de los ocupantes de un puesto de responsabilidad puede realizarlo o desempeñarlo tan bien como los demás. Pero esto es a todas luces falso pues, al atribuir, pongamos por caso, la dirección de un servicio médico en un Hospital a un negro o a una mujer (por razones de la pertenencia a un grupo y, por tanto, independientes de su capacidad técnica) podemos encontrarnos con una drástica disminución de la calidad del servicio. No siendo el trabajo homogéneo, como no lo es a juicio de Bell, los puestos deben ser ocupados por los más capaces para desempeñarlos, si es que queremos que la sociedad funcione adecuadamente.

Esto no debe llevarnos a pensar que Bell es partidario de una especie de capitalismo salvaje. Al contrario pese a lo radical de muchas de sus afirmaciones, en muchos otros pasajes reconoce la necesidad de compensar las diferencias de ingresos y en general de bienes sociales y de atribuir a todo individuo una cierta porción de los mismos, independientemente de sus méritos. Lo que viene a decir, por consiguiente, es que todo individuo por el hecho de serlo ha de tener acceso a ciertos bienes sociales como la vivienda, la asistencia médica, un puesto de enseñanza, etc., lo que no debe ser incompatible con la atribución de los puestos de responsabilidad a los mejores. Se trata, por tanto, de una especie de atenuación de las consecuencias



desfavorables y añadiríamos que inaceptables en nuestra época, del principio de la meritocracia llevado a sus últimas consecuencias. Algo parecido a lo que algunos liberales llaman la «red protectora» capaz de mitigar las consecuencias desastrosas que para muchos tendría una competitividad social aplicada en estado puro.

Veamos a continuación las opiniones de Alvin Toffler en *La tercera ola*, siempre teniendo en cuenta, conviene recordarlo, los tres puntos que señalábamos al principio: estructura del poder político, estructura del poder en las instituciones sociales y forma de acceso a los cargos.

En su libro Toffler propone un modelo de organización social que recuerda bastante a la autogestión, hasta el punto de que pudiera considerarse como una versión moderada del mismo.

En lo que se refiere a la estructura del poder político se muestra partidario de una curiosa mezcla de democracia directa e indirecta. Le parece que aquella, aunque sea más auténtica, es una fuente permanente de inestabilidad por lo que tiene de cambiante y, en cierto modo, de irreflexiva. Esta última, aunque menos auténticamente democrática es, sin embargo, más estable en la medida en que permite un tratamiento más sosegado de los problemas. Refiriéndose a las objeciones que el «Federalist» hizo a la democracia directa, escribe: «En primer lugar la democracia directa no preveía ningún control ni aplazamiento sobre las reacciones temporales y emocionales del público. Y, en segundo, las comunicaciones de la época no podían utilizar la mecánica». Toffler comenta por su cuenta: «Son problemas legítimos ¿Cómo habría votado, por ejemplo, a mediados de los años sesenta un frustrado e inflamado público americano sobre si lanzar o no la bomba nuclear sobre Hanoi? ¿O un público germano-occidental furioso contra los terroristas de la Baader Meinhoff sobre una propuesta de crear campos de concentración para simpatizantes? ¿Y si los canadienses hubieran celebrado un plebiscito sobre Quebec la semana siguiente a haber subido René Lebasque al poder? Se presupone que los representantes elegidos son menos emocionales y más reflexivos que el público» (página 493). Por eso propone un nuevo sistema de lo que él mismo llama democracia semidirecta: «La cuestión, escribe, no está planteada en términos disyuntivos. No se trata de democracia directa *frente* a democracia indirecta, de intervención personal *frente* a representación por otros.

Pues ambos sistemas tienen ventajas y existen formas altamente creadoras pero infrutilizadas de combinar la participación directa de los ciudadanos con la representación de un nuevo sistema de democracia semidirecta» (página 949). Esto se lograría, por ejemplo, entregando a los congresistas «paquetes» de votos procedentes de la decisión popular.

En lo que se refiere a la organización del poder institucional, especialmente de la empresa, Toffler no es muy explícito, aunque, a tenor, de lo

que acabamos de ver, cabe pensar que desearía trasladar a la empresa este sistema de democracia semi-directa a que acabamos de referirnos.

Tampoco es absolutamente explícito en lo que se refiere al procedimiento para el acceso a los puestos de responsabilidad, aunque de algunas cosas que dice parece desprenderse una cierta simpatía por el sistema de cuotas. Como es sabido, este sistema se impuso, en buena medida, en los Estados Unidos, donde algunos puestos escolares son reservados a los negros y a otras minorías, y ciertos puestos de trabajo adjudicados a mujeres o a otros grupos sociales. En cierto modo, en la sociedad norteamericana, el viejo esquema de la lucha de clases está siendo sustituido por la competitividad entre grupos raciales, sexuales, religioso o de otra índole. Se trata de grupos, para emplear la expresión de Toffler, de «finalidad única», es decir, no de grupos muy amplios que tratan de imponer una especie de cosmovisión, sino de grupos, a menudo de reducidas proporciones, que tratan de conseguir una finalidad concreta en el seno de la sociedad existente sin propósitos revolucionarios. Que este es el sistema con el que simpatiza, o que al menos tiene por inevitable, parece desprenderse de expresiones como ésta: «Pese a las pretensiones meritocráticas de la sociedad de la segunda ola, por tanto, subpoblaciones enteras se vieron relegadas sobre bases racistas, sexistas, u otras similares. Periódicamente, siempre que la sociedad pasaba a un nuevo nivel de complejidad y aumentaba la carga decisional los grupos excluidos, percibiendo las nuevas oportunidades, intercambiaban sus demandas de igualdad de derechos, las élites abrían un poco más las cuotas y la sociedad experimentaba lo que parecía una oleada de mayor democratización» (página 501).

En este punto las diferencias con Daniel Bell son muy grandes pues, aunque éste admitía también la adjudicación de ciertos bienes independientemente del mérito subjetivo, no lo hacía en consideración de la pertenencia a ningún grupo, sino simplemente de la posesión de lo que pudiéramos llamar la condición humana. No se trata, por tanto, de dar ciertas cuotas de poder o ciertos beneficios a los negros, las mujeres u otras minorías, sino de dar algo a todos los individuos por el simple hecho de ser hombres. Dicho más simplemente: el grupo no es aquí un grupo de presión sino la Humanidad o, si se prefiere, el conjunto de los ciudadanos de una determinada nación.

Terminada esta exposición de opiniones relativas al futuro de la democracia en la sociedad post-industrial, vamos a dar un giro a la exposición tratando de exponer opiniones más personales. Vamos a preguntarnos cuáles son los problemas con que la democracia del futuro va a enfrentarse y las posibles soluciones que cabe adoptar respecto de los mismos.

### *Cuestiones de principio*

Para ello comenzaremos exponiendo ciertos principios a los que debe ajustarse cualquier forma de organización social. Comenzaré diciendo lo que



podemos entender por principios. Se trata de formulaciones verbales que indican la conveniencia de realizar determinadas acciones conducentes a la obtención de ciertos fines o valores. El principio adopta una forma verbal semejante a ésta: «Buscarás la paz», «respetarás la dignidad de tus semejantes», etc. Se suele diferenciar los principios de las normas diciendo que aquéllos son más generales o abstractos, y éstas más concretas, esto es, que aquellos no señalan una cierta forma de comportamiento como debida, y éstas últimas sí. Esta distinción quizás sea mantenible en términos generales, pero conviene relativizarla, pues si bien es cierto que el principio «buscarás la paz» no nos dice exactamente lo que hemos de hacer para llegar a esa meta y, por tanto, deja abierta una amplia gama de posibilidades que, en principio, pueden conducir, todas ellas, a aquel fin y en cambio la norma proporciona indicaciones más precisas (por ejemplo, «no matarás», «no robarás», etc.) ni aquella es absolutamente abstracta ni ésta absolutamente concreta. Incluso las normas que parecen más concretas, como aquellas que ordenan aparcar el coche de determinada manera, dejan abierta una amplia gama de posibilidades, todas las cuales pueden considerarse como encuadradas en el cumplimiento de la norma y, por otra parte, los principios no son tan amplios que en ellos quepa todo. Sin embargo, tomando la distinción en este sentido relativo, podemos mantenerla.

Hemos dicho que los principios son expresiones que señalan el camino para obtener determinados fines o valores. Algunos pueden considerar que ésta es una manera demasiado abstracta de enfocar las cosas, pero no parece que haya otra mejor, y así lo entendieron los teóricos de la política desde siempre cuando hablaron de los fines del Estado. En efecto, cuando nos proponemos dibujar teóricamente el modelo de un Estado bien ordenado, no podemos prescindir de señalar las metas a que los ciudadanos han de encaminarse: la consecución de la paz, de la igualdad, de la libertad, de la solidaridad, etc. Una vez fijadas estas metas hay que establecer los medios más adecuados para alcanzarlas y hay que preguntarse, por ejemplo, si el Ejército es una institución adecuada para conservar la paz, la igualdad, la libertad, etc. Si no nos proponemos establecer esta relación entre fines y medios iremos a la deriva o, con la pretensión de proceder pragmáticamente, meteremos por la ventana aquellos principios que habíamos echado por la puerta.

Ahora bien, es evidente que en la formulación de estos principios influyen nuestras preferencias subjetivas y así hay quien pone la libertad antes que la igualdad o viceversa, y la justicia antes que la libertad o a la inversa. Por eso, en definitiva, cada uno tiene su idea del Estado más perfecto, aunque no siempre sea capaz de formularla teóricamente. Esta variedad no es sin embargo tan grande como pudiera parecer en principio pues las preferencias individuales, por así decirlo, no reúnen en ciertos modelos de organización social que son adoptados por los diversos sujetos. De manera que aun cuando haya variantes individuales hay también amplias coincidencias, y en un determinado momento histórico nos encontramos con una serie

relativamente limitada de ideologías políticas en las que, lo queramos o no, todos terminamos por «inscribirnos».

Teniendo esto en cuenta vamos a tratar de establecer los principios que, a mi juicio, deben presidir la organización social y, una vez hecho ésto, trataré de señalar el ámbito ideológico en que pudieran inscribirse.

Los principios que a mi juicio deben presidir la configuración de una sociedad bien ordenada son los siguientes: principio de libertad, principio de igualdad, principio de eficacia, principio de calidad y principio de convivencia. Apenas hace falta decir que entre todos estos principios (que, no lo olvidemos, se orientan a la realización de valores) se dan de hecho incompatibilidades. Para señalar algunas de las más notorias: puede haber incompatibilidad entre la libertad económica y la igualdad y puede haberla entre la libertad y la paz. Lo que proponemos aquí es la realización armónica de todos estos valores o de los principios que tienden a realizarlos. Sugérimos, por tanto, que todos los valores se reduzcan en alguna medida para dejar espacio a otros valores que reclaman también su espacio de realización. Así, por ejemplo, si queremos llevar la igualdad a sus últimas consecuencias probablemente no dejaremos espacio para la libertad y si queremos llevar también al extremo la consecución de la paz imposibilitaremos el ejercicio de la libertad, por cuanto que este ejercicio de alguna manera, engendra conflictos inevitables.

### *Principio de libertad*

El principio de libertad tiene que ver, obviamente, con la democracia, pues, como generalmente se acepta, una sociedad libre es aquélla en la que las decisiones son adoptadas por medio del voto de todos los ciudadanos, libre y secreto y según el principio de la mayoría. Pero dicho esto no está dicho todo ni quizás lo más importante.

En efecto, la democracia puede organizarse y se ha organizado históricamente de dos modos diferentes: como democracia representativa o como democracia directa.

La democracia directa, es decir, aquélla en que los ciudadanos deciden por sí mismos, parece realizar en mayor medida el valor de la libertad. No obstante, en la práctica, tropieza con serias dificultades que la hacen poco menos que inviable, al menos en las presentes condiciones sociales. Contra ella pueden aducirse al menos dos argumentos de mucho peso.

Se puede señalar, en primer lugar, que los procesos productivos de la sociedad industrial han adquirido tal grado de complejidad que sólo personas especialmente cualificadas son capaces de adoptar decisiones racionales en este terreno. Si por ejemplo los ciudadanos tuvieran que decidir por sí mismos acerca del mejor emplazamiento para una industria, o de los procedi-



mientos técnicos de producción lo harían a ciegas y el resultado sería un colapso del proceso productivo o, al menos, un gran descenso de la eficacia.

Se puede decir, por otra parte, que el sistema de democracia directa conduce necesariamente al régimen asambleario en el que las decisiones son sometidas a debate y decididas por el voto mayoritario. Ahora bien, quien conoce el funcionamiento de las asambleas, sabe que éstas son enormemente lentas y contradictorias. Lo que en ellas se decide un día se vuelve a considerar al día siguiente y el proceso se prolonga enormemente. Ahora bien, muchas de las decisiones que el aparato productivo moderno reclama han de ser adoptadas rápidamente y son incompatibles con una deliberación tan prolongada.

Lo que en definitiva se argumenta contra el régimen de democracia directa son razones de falta de competencia técnica y de lentitud. No se me oculta, sin embargo, que cuando se utilizan este tipo de argumentos lo que en último término se está pretendiendo es la subordinación del valor de la libertad al de la eficacia. Esto es: no se está decidiendo que los hombres serían menos libres si se gobernaran de ese modo, sino que consumirían menos. Los libertarios estarían probablemente dispuestos a pagar el precio que comportaría un ejercicio directo de la libertad. Dirían quizás que lo importante es que los ciudadanos decidan por sí mismos el rumbo de sus vidas aun cuando las decisiones que adoptaran no sean racionales ni necesariamente encaminadas a aumentar su nivel de vida. Dirían, en definitiva, que la libertad comporta riesgos y que no debemos retroceder ante los mismos. Es posible, añadirían, que una sociedad dirigida por un equipo de sabios tecnócratas alcanzara mayores cotas de bienestar, pero una sociedad de este tipo no merecería, a su juicio, el calificativo de plenamente humana.

Los argumentos de este tipo no carecen de peso y todos los amantes de la libertad son sensibles a los mismos. No cabe duda, efectivamente, que a menudo, bajo la capa de la eficacia se quiere instaurar el predominio de minorías tecnocráticas que, amparadas en su supuesta superioridad técnica, aspiran a establecer una dictadura más o menos encubierta. Ahora bien, no es seguro que, en determinadas materias, la decisión popular sea menos inteligente y eficaz que la de los técnicos. Tomemos por ejemplo el caso de una decisión relativa al mantenimiento o supresión de las centrales nucleares. Habrá quien diga que una decisión de este tipo, para ser racional, requiere un conocimiento suficiente de las fuentes de energía, así como de las consecuencias del empleo de unas u otras. De aquí se llega fácilmente a la conclusión de que esta cuestión tiene que ser decidida por los técnicos, y sustraída a la decisión popular, pero no está claro que un referéndum sobre este problema condujera a resultados menos satisfactorias para la población que la decisión de los técnicos. En todo caso, es esta una cuestión que parece perfectamente opinable.

Parece, no obstante, que en términos generales el procedimiento asambleario o la práctica generalizada del referéndum conduciría inevitablemente a un deterioro de la producción con el consiguiente descenso del nivel de

vida. Ya hemos dicho lo que ocurre en los Parlamentos: la complejidad de las cuestiones con que estas Cámaras se ven enfrentadas hace imposible que los propios parlamentarios, supuestamente bien informados, puedan decidir por sí mismos, lo que hace inevitable el asesoramiento de los expertos. Basta imaginar lo que ocurriría si las numerosas leyes y decisiones políticas que las Cámaras adoptan tuvieran que ser sometidas al referendun de los ciudadanos o a su decisión directa para comprender la inviabilidad de una democracia no representativa al menos en las actuales condiciones sociales. Esto no excluye que algunas cuestiones como las relativas a la energía atómica, al desarme, a la autonomía o independencia de determinada región, puedan y deban ser sometidas a referendun, pero se trata de unas pocas cuestiones fundamentales. Lo que algunos sociólogos llaman «carga decisional», de las sociedades industriales escapa inevitablemente al régimen de democracia directa. Al menos si queremos conservar o incrementar nuestro nivel de vida.

Este es un punto importante que no conviene nunca perder de vista. En efecto, todo parece indicar que son los propios ciudadanos de las sociedades industrializadas quienes prefieren un régimen de democracia representativa a otro de democracia directa, que les obligaría a dedicar mucho tiempo a la atención de los asuntos públicos, con olvido de sus intereses privados. Como ya indiqué en *La sociedad autogestionada* el trabajo industrial que encadena al hombre a la producción parece ser uno de los principales enemigos de la participación política, solo que ésto que antes, llevado del espíritu libertario, me parecía un hecho negativo, ahora no me parece tan mal.

Lo que hemos dicho se refiere a la situación de la democracia en los países industrializados. Ahora bien, ésto puede cambiar en el futuro, pues como ya indicaba en *La sociedad autogestionada* y reiteren *La crisis de la izquierda*, el desarrollo de la electrónica abre nuevas perspectivas a la participación política. En efecto, actualmente ya parece posible, con un empleo adecuado de la televisión, convertir al país en una gran asamblea y celebrar un referendun electrónico, que podía tener lugar sin que los ciudadanos abandonaran sus casas, simplemente apretando un botón. Quizás esto no sea posible actualmente, pero sin duda lo será muy pronto, de tal forma que una secretaria realizando una pausa en su trabajo pueda contestar a cualquier pregunta relativa a la energía atómica, al desarme, etc... Esto, obviamente, abre unas perspectivas inéditas a la participación política de los ciudadanos y conviene añadir que no se trata de ciencia ficción. Alvin Toffler habla ya, en su libro, de lo que llama el Ayuntamiento electrónico, que funcionó en algunos lugares de los Estados Unidos.

¿Quiere esto decir que vamos a regresar al régimen asambleario de las pequeñas polis griegas donde los ciudadanos deliberaban y decidían directamente de los asuntos públicos? Que ésto sea posible no significa que sea necesario ni que sea lo mejor. En efecto, una participación política masiva pudiera incluso neurotizarse a los ciudadanos, que no es seguro que quieran



implicarse tan a fondo en la participación política. Por otra parte, esa especie de asamblea imaginaria a que venimos refiriéndonos pudiera degenerar en un caos gigantesco si no dispusiera de ciertas reglas del juego, con arreglo a las cuales se decidieran cuestiones tales como el orden de las intervenciones, la agenda de los asuntos a tratar, los problemas sometidos a referendums, etc. Y en este punto probablemente aparecerían de nuevo los expertos. De tal manera que, aunque muchos asuntos puedan ser sometidos a referendums en un futuro dominado por la electrónica, no parece improbable que la complejidad de muchos de ellos obligue al mantenimiento de cierta democracia representativa. Aunque es ciertamente imposible predecir el futuro, no me parece insensata la opinión expresada por Toffler de que terminaremos asistiendo a una especie de simbiosis de las dos formas de democracia a que venimos refiriéndonos. Es lo que él llama democracia semidirecta.

Ahora bien, el principio de la libertad exige también la realización de los derechos humanos. Pues la libertad no se agota en la participación política, directa o indirecta, sino que requiere la construcción de ciertas parcelas libertad personal que todos los individuos puedan disfrutar. Los derechos humanos son justamente esos reductos reservados a la iniciativa individual.

Aunque no disponemos de tiempo para extendernos en este punto quisiéramos ofrecer una breve caracterización de esos derechos. Son derechos que se ejercen frente al Estado, justamente porque de éste pueden venir los mayores peligros, pero conviene advertir que cada vez más tienden a hacerse valer frente a los particulares.

Ahora bien, que los derechos se hagan valer frente al Estado significa especialmente que pueden imponerse frente a las decisiones de la mayoría, lo que significa, en la práctica, que la mayoría no es soberana en este terreno. Así, por ejemplo, ningún Parlamento podría legitimamente suprimir la libertad de conciencia o de religión amparándose en el voto mayoritario. Esto significa igualmente que los derechos humanos se imponen frente a eso que generalmente suele llamarse interés común o general, que se parece bastante a la opinión de la mayoría pero no coincide exactamente con ella. Por ello, en la práctica, ningún gobierno o Parlamento puede, por ejemplo, eliminar o limitar seriamente el derecho de huelga con el pretexto de que ésto favorecería el incremento de la producción. Es posible que una sociedad sin huelgas fuera efectivamente más productiva, que una que reconoce y ampara el derecho de huelga, pero, donde el derecho de huelga esté reconocido como fundamental, las exigencias de la productividad deben decaer frente al mismo. Este es, por así decirlo, un precio que la sociedad está dispuesta a pagar para mantener esos ámbitos de libertad individual en que consisten los derechos humanos o fundamentales.

Estos son, al menos muchos de ellos, derechos de titularidad universal, de tal manera que todos los individuos tienen la posibilidad de expresar libremente sus opiniones, de salir del país, de fijar libremente su residencia en él, etc., sin que esa posibilidad esté reservada a determinados ciudadanos.

Conviene advertir, no obstante, que esto no aparece con tanta claridad en lo relativo a los llamados derechos económicos y sociales, cuyo ejercicio no parece ser accesible a todos. Esto ocurre, por ejemplo, con el derecho al trabajo, o a disfrutar de una vivienda, que se reconocen a todos pero que, en la práctica, no todo el mundo puede disfrutar.

Lo que acabamos de decir entronca obviamente con la tradición del pensamiento liberal y no será del agrado de muchos partidarios de aquella democracia que suele calificarse de roussoniana, lo que por cierto, no debe aplicarse únicamente a los partidarios de la democracia directa. También los de la democracia representativa pueden entender que la voluntad mayoritaria no debe tener límites, y que por consiguiente los derechos humanos deben estar, en todo tiempo, subordinados a la misma. Pero debemos tener en cuenta que esto, aparte de destruir esos ámbitos de libertad privada que son sustanciales para la realización del individuo, desnaturaliza el propio ejercicio de la democracia, en la medida en que permite establecer una especie de dictadura subyacente. Pensemos por ejemplo en lo que ocurriría si el Parlamento eliminara por decisión mayoritaria las libertades de reunión y de expresión. El Gobierno que controlara los medios de comunicación podría influir decisivamente en la formación de la opinión pública y hacer imposible la aparición de una auténtica alternativa. En estas circunstancias poco importaría que los asuntos se decidieran por votación puesto que ésta no se habría realizado en las condiciones de pluralismo indispensables.

Diremos, para completar este cuadro, que los derechos humanos se limitan mutuamente, pues es obvio que, en la práctica, el ejercicio de un derecho puede perjudicar o incluso anular el ejercicio de otros derechos concurrentes. Así por ejemplo la libertad de expresión, como es bien sabido, puede anular los derechos a la intimidad y al honor. Conviene advertir, por otra parte, que esta limitación no se refiere únicamente al supuesto de la concurrencia de diferentes derechos, sino también al ejercicio de un mismo derecho por diferentes ciudadanos. Así por ejemplo la libertad de expresión ejercida inmoderadamente en una asamblea puede impedir que otros asistentes ejerzan ese mismo derecho. Todo ello supone que los derechos humanos deben ser regulados, pues la falta de regulación los haría inviables, los partidos extremados de la libertad no suelen ver con buenos ojos esta regulación. Así, por ejemplo, en las asambleas prefieren dejarlo todo a la espontaneidad de los asistentes, pero, como es bien sabido, al amparo de este espontaneismo suele instalarse la acción de manipuladores que constituyen un mayor peligro para el ejercicio de la libertad.

Para completar esta breve descripción de los derechos humanos quisiera añadir lo siguiente: lo que acabo de decir no es una simple descripción de los hechos, sino que una exigencia del principio de libertad tal como yo lo entiendo. Es posible que en la práctica las Constituciones no reconoz-



can los derechos humanos, incluso las Constituciones democráticas, o bien que reconociéndolos, los sometan al juego de las mayorías, a las exigencias de la moral, del interés público, etc... No hay que olvidar que las Constituciones suelen contener cláusulas de reforma por medio de las cuales, con una mayoría suficiente se puede modificar cualquier cosa contenida en ellas, incluyendo las tablas de derechos fundamentales. No negamos que esto pueda ocurrir. Lo que queremos decir es que un sistema político en el que los derechos humanos no estén reconocidos y suficientemente amparados no responden adecuadamente a las exigencias del principio de libertad.

### *Principio de igualdad*

La igualdad es, a nuestro juicio, otro de los valores que una sociedad bien ordenada debe realizar. Salvo casos extremos como los de Max Stirner y Nietzsche, pocos negarán que los seres humanos han de ser iguales, al menos en ciertos sentidos y en determinadas circunstancias. Pero también serán pocos los que pretendan una igualación total de los seres humanos. No se pierda de vista, por ejemplo, que teorías tan igualitaristas como la de Marx no pretenden esa igualdad absoluta. Así por ejemplo la fórmula marxista «a cada uno según sus necesidades» significa que recibirán más aquéllos que tengan más necesidades y menos quienes las tengan menores. Y la otra fórmula también conocida de «a cada uno según su trabajo» comporta igualmente que reciba más quien más trabaje. Excluidos por tanto el aristocratismo absoluto y el absoluto igualitarismo el problema parece estar en determinar el modo y medida en que los seres humanos han de ser iguales.

El valor de la igualdad se interpreta fundamentalmente de dos formas que responden a la mentalidad socialista y a la liberal. La concepción socialista de la igualdad considera que los individuos han de recibir la misma participación en los beneficios sociales, independientemente de sus méritos. Se trata en definitiva de que no gane más el médico que el enfermero o el catedrático que el portero de la Universidad, y ello porque se considera que todo ser humano ha de tener sus necesidades satisfechas en igual medida. El que alguien tenga una inteligencia superior o realice un trabajo más intenso no debe cualificarle para obtener mayores retribuciones o beneficios. Esta concepción de la igualdad responde a la fórmula a que antes nos referimos: «a cada uno según sus necesidades». Y quiero insistir en que el igualitarismo que se propugna no es total, en la medida en que las necesidades son desiguales. Ahora bien, como las diferencias entre las necesidades individuales no son nunca muy grandes, las desigualdades quedan reducidas a límites muy pequeños.

Este modo de organización social es de muy difícil aplicación y encontramos en la práctica muy pocos ejemplos del mismo. Quizás una excep-

ción estaría constituida por aquellas comunidades religiosas en las que cada miembro trabaja cuanto puede y percibe únicamente aquello que necesita consumir. Así, si alguien ha de realizar un viaje fuera de la comunidad no percibe una cantidad en función de los méritos que haya contraído o del trabajo que haya realizado, sino únicamente de las necesidades que el viaje comporta y, a su vez, la conveniencia de realizar o no el viaje viene definida en función de las necesidades comunitarias.

Quienes defienden esta forma de entender la igualdad se apoyan en razones de diversa índole. Dicen, por ejemplo, que la pretensión meritocrática, es decir, la organización consistente en dar a cada uno con arreglo a sus méritos comporta, en definitiva, una gran injusticia. Así, por ejemplo, entre quienes concurren a una oposición llevarán siempre las de ganar, piensan, aquéllos que se han criado desde su infancia en un ambiente familiar más culto, que luego han podido asistir a un mejor colegio, viajar al extranjero, aprender idiomas, disponer de un mejor preparador, etc. Los méritos no son tales, sino una cobertura del poder y del dinero, que se utiliza para ocupar determinadas posiciones sociales y obtener a través de ellas beneficios.

Pero aún cuando el sistema de selección fuera correcto, porque todos partieran de la igualdad absoluta o casi absoluta de oportunidades, la meritocracia resultaría inaceptable pues ¿por qué habría de obtener mayores beneficios quien hubiera sido dotado por Dios o por la naturaleza de una superior inteligencia? Los méritos dependen de la lotería del nacimiento y no son en definitiva tales méritos, sino dotes naturales. Cabría exceptuar quizá la voluntad, y por eso los socialistas admiten, como hemos visto en Marx, el principio «a cada uno según su trabajo», pero ésto también podría considerarse injusto en la medida en que quien realice un esfuerzo en favor de la comunidad debe contentarse con el servicio que presta sin reclamar por ello ningún trato especial. Esto reposa, en definitiva, en una renuncia muy amplia al egoísmo personal que queda limitado a algo así como la satisfacción del mínimo vital.

Los que entienden la igualdad al modo liberal entienden que cada uno ha de recibir con arreglo a sus méritos, aunque en esto caben también matices. Los más conservadores tienden a pensar que, a la hora de computar los méritos, ha de hacerse abstracción del punto de partida, o de los medios que cada uno haya tenido a su alcance. Así, para volver al caso anterior, quienes tengan mejores condiciones para desempeñar el puesto deben ser designados, sin que importe para nada el hecho de que hayan tenido o no posibilidad de ir a un mejor colegio, salir al extranjero, etc. Lo importante es que ocupen el servicio médico o la cátedra universitaria quienes tengan mejores condiciones para desempeñarlos, pues de ese modo rendirán mayor servicio a la comunidad. El que otras personas no hayan tenido la oportunidad de adquirir esa cualificación es algo irrelevante o que, en todo caso, debe pasar a segundo plano.



Una segunda concepción de la meritocracia es la que la hace consistir en la igualdad de oportunidades. Los que entienden de este modo el principio conceden importancia a las desigualdades existentes en el punto de partida y tratan de compensarlas, concediendo a todos idénticas oportunidades. Esto se aplica especialmente a la enseñanza y consiste en subvencionar, por medio de becas o de cualquier otro sistema, el estudio de aquéllos que, teniendo capacidad intelectual, no dispongan de medios económicos para asistir al centro de enseñanza, bien porque la matrícula del mismo sea elevada, bien porque necesitan trabajar desde muy jóvenes para poder vivir o para ayudar a su familia. Ciertamente que ningún sistema es perfecto y que algunas desigualdades subsistirán pese a todo, especialmente las que provengan de la impregnación cultural que el estudiante recibe en su medio familiar, pero en todo caso es posible reducirlas en muy buena medida, lo que coloca a los ciudadanos en condiciones aproximadamente iguales al comienzo de la competición social. Luego será el trabajo y la inteligencia de cada uno quien decida el lugar que haya de ocupar, según criterios de selección que, apenas hace falta decirlo, habrán de ser imparciales para que la igualdad se logre.

El sistema de concesión de cuotas en favor de minorías raciales, mujeres y otros colectivos puede considerarse, en cierto modo, como una aplicación del principio de igualdad de oportunidades. Se trata, en este caso, de romper barreras que se elevan contra el principio de igualdad y ante las que valdría poco la simple subvención económica. Ciertamente también que el sistema de cuotas puede considerarse como una aplicación de la igualdad socialista, es decir de aquella que no tiene en cuenta el mérito, sino más bien las necesidades. Los beneficiarios del sistema de cuotas ocupan el puesto en función de su pertenencia al colectivo, y no de sus méritos personales, aunque éstos también suelen tenerse en cuenta por lo menos hasta cierto punto. Así, por ejemplo, si se concede a una mujer o a un miembro de una minoría racial la jefatura de un servicio médico, probablemente se tratará de seleccionar a quien reúne las mejores condiciones para desempeñarlo eficazmente.

Los partidarios de la meritocracia apoyan su postura en sólidos argumentos, principalmente en los siguientes: alegan, por una parte, que no es justo que se haga tabla rasa de los méritos individuales. Es cierto que, a menudo, los méritos dependen de la inteligencia y ésta es, a su vez, producto del azar. Pero si efectivamente la inteligencia puede considerarse como mérito dudoso, no ocurre lo mismo con la voluntad, con el esfuerzo, el trabajo y, en general, con lo que los antiguos llamaban la virtud. La honradez, la diligencia en el desempeño de un cargo, las buenas maneras hacia los demás, son cosas que dependen de la voluntad, y no es justo que quien acredite esas buenas disposiciones reciba lo mismo que el perezoso, desconsiderado o deshonesto.

En definitiva, los partidarios de la meritocracia piensan que lo que la igualdad exige es retribuir igualmente el mérito también igual, lo que tiene como consecuencia inevitable que los diferentes individuos, siendo desiguales en méritos, reciban recompensas diferentes.

Alegan, por otra parte, los defensores de la meritocracia que su sistema es el único que permite una adecuada provisión de los puestos de responsabilidad social, lo que en definitiva redundará en el beneficio de todos. Este es, sin duda, un argumento muy fuerte. Pongamos, por ejemplo, que alguien nace con una gran vocación de médico o de educador y que, por la mala situación económica familiar, no ha podido desarrollar sus aptitudes. Supongamos también que un partidario de la interpretación socialista del principio de igualdad quisiera concederle la oportunidad de realizar esas aspiraciones insatisfechas, lo que podría, por ejemplo, llevarse a cabo elaborando una lista de todas las personas que desearan ocupar los cargos y permitiéndoles hacerlo por turno, o quizás con arreglo a un sistema de cuotas. Es evidente que de esta forma se eliminarían muchas frustraciones humanas y el resentimiento que produce el ver cómo los cargos son reservados en exclusiva a unas personas supuestamente mejor dotadas. Pero ¿quién mandaría a sus hijos a una institución educativa en la que los puestos de enseñanza se adjudicaran de ese modo? y, más aún, ¿quién se atrevería a ponerse en manos de un servicio médico cuyo director apenas pudiera alegar otros méritos que el deseo de ocupar el cargo? Ciertamente que, insistimos en ello, los sistemas de selección son imperfectos y los individuos supuestamente mejores no lo son siempre en la práctica. Todos conocemos personas destacadas que no han logrado superar determinadas pruebas de selección y que luego han acreditado, por otros caminos, una capacidad muy superior a sus seleccionadores. Pero esto no ocurre siempre, y en todo caso, el remedio, dicen los defensores de la meritocracia, no consiste en eliminar los procesos de selección sino en mejorarlos. Siempre es posible, por lo demás, que quien ha sido designado para ocupar un cargo pueda ser separado de él si no ha acreditado en la práctica un desempeño eficaz del mismo.

Es preciso reconocer, no obstante, que este segundo tipo de argumentos aducidos en favor de la meritocracia se apoyan tanto en el principio de eficacia como en el de igualdad. En definitiva, lo que se nos dice es que la adjudicación de puestos ha de realizarse de tal modo que los ciudadanos obtengan mejores servicios.

Nos encontramos, en definitiva, con dos interpretaciones contrapuestas del principio de igualdad. Ambas producen la igualación de los hombres en ciertos sentidos y su desigualdad en otros. Así los partidarios de la igualdad según las necesidades tratan de lograr que todo individuo por el hecho de serlo tenga aproximadamente lo mismo que los demás, o viva de manera aproximadamente igual, pero lo hace a costa de equiparar a quien tiene menos méritos con quien tiene más, lo que constituye una evidente



desigualdad o, si se quiere, una igualación artificiosa. Los partidarios de la meritocracia igualan en función del mérito, pero lo hacen a costa de crear una distribución desigual de los bienes sociales básicos.

Me parece que casi todos los ciudadanos de las sociedades industrializadas somos sensibles a los dos tipos de argumentos. Así, por ejemplo, cuando vemos cruzarse en la calle a dos personas que van una pobre y otra lujosamente vestida, solemos pensar que no es justo que unos tengan tanto y otros tan poco y generalmente lo hacemos porque consideramos, quizás inconscientemente, que todos deberían tener lo mismo con independencia de sus méritos. Pero otras veces, cuando vemos como un puesto importante es ocupado por un incapaz tendemos a pensar que se ha cometido una gran injusticia. Es evidente que, en estas ocasiones, estamos utilizando principios contradictorios o, más bien, interpretaciones contradictorias de un mismo principio sin ser plenamente conscientes de nuestra contradicción. Pero quizás esa contradicción sea solo aparente y en definitiva todos aspiramos a una especie de síntesis entre las dos interpretaciones del principio de igualdad.

La solución del dilema quizás consista, a mi juicio, en aplicar la meritocracia a la provisión de los puestos sociales, concediendo incluso una retribución superior a quien mas merezca, pero sin llegar a desposeer totalmente a quienes tengan menores méritos. Habría, según esto, ciertos bienes sociales básicos, como pudieran ser la vivienda, la educación, la asistencia médica y otros semejantes, que deberían ser concedidos a todos independientemente del mérito.

Me parece también que lo que acabo de decir no encierra mayor novedad y es lo que efectivamente ponen en práctica la mayoría de las sociedades occidentales, en las que se intenta conceder a todo el mundo, incluyendo a los marginados sociales, unos mínimos vitales satisfactorios. Es evidente, por lo demás, que este intento de poner juntas las dos versiones del principio de igualdad puede desequilibrarse en favor de la una o de la otra, y así hay quien pretende elevar los mínimos sociales al nivel más alto posible reduciendo las diferencias de retribución y hay quien, por el contrario, pretende reducir aquellos mínimos. Aquí se perciben claramente las diferencias entre la mentalidad conservadora y la socialista o reformista. Pero se trata, sin duda, de diferencias de grado. Se encontrarán actualmente pocos conservadores partidarios de un sistema social en el que muchas personas perezcan por falta de trabajo o de asistencia médica y pocos socialistas que aspiren a que todo el mundo pueda ocupar cualquier puesto, independientemente de las condiciones que tenga para desempeñarlo eficazmente. Me parece, en cualquier caso, que esta especie de eclecticismo que aspira a retribuir tanto el mérito como las necesidades, constituye una de las mayores originalidades de la civilización occidental y quizás el sistema más razonable para organizar la distribución de bienes y recursos. Si pretendiéramos que todo el mundo tuviera el mismo salario, independientemente de su rendimiento, la productividad se degradaría y ello, no lo olvidemos, probable-

mente traería consigo grandes tensiones sociales. Pero si, aplicando desconsideradamente el principio de la meritocracia, pretendiéramos crear una sociedad donde unos pocos privilegiados tuvieran todo y otros no tuvieran nada, crearíamos igualmente una sociedad de seres insolidarios e inhumanos y, obviamente, estaríamos también atizando la conflictividad social.

### *El principio de eficacia*

Hemos dicho reiteradamente, a lo largo de esta exposición, que los hombres, y no sólo los de las sociedades avanzadas sino también los de las más retrasadas, aspiran a lograr niveles crecientes de consumo. Las cosas sucederían de otra forma si no aspiraran a vivir cada vez «mejor» y se contentaran con una forma de vida pre-industrial en la que el consumo se redujera a los mínimos vitales, como, según dijimos, ocurre en ciertas comunidades monásticas. Si los hombres estuvieran dispuestos a renunciar a cosas tales como el coche, la calefacción y también a otras más aparentemente triviales cuya utilidad parece a menudo dudosa, la sociedad podría organizarse sobre otras bases. Pero no es esto lo que ocurre y no es fácil decir si por fortuna o por desgracia. Las críticas al consumismo excesivo parecen fundadas y nos inducen a pensar que quizá fuéramos más felices si, en vez de tratar de satisfacer necesidades a menudo artificiales, nos dedicáramos a disfrutar más de los placeres de la conversación, el paseo y el ocio creador. Es obvio, por otra parte, que, acostumbrados a que las máquinas realicen por nosotros gran parte del trabajo, hemos perdido el gusto de hacer las cosas por nosotros mismos. Todos soñamos alguna vez, quizás románticamente, con el hogar antiguo en el que todo el mundo participaba en la producción de los elementos necesarios para la vida y estaba dispuesto a vivir con una cierta frugalidad. Cuando se vuelve la vista atrás le asaltan a uno dudas acerca de si los habitantes de las modernas sociedades industriales son más felices que los de aquellas otras del pasado.

Pero aparte de que en estas visiones retrospectivas puede haber mucho de romanticismo ficticio que nos lleva a recordar lo bueno y olvidarnos de lo malo, lo cierto es que las sociedades occidentales no parecen dispuestas a renunciar a altos niveles de consumo. Todo el mundo se inclina, hoy en día, a dejarse la piel en el trabajo para poder luego disponer de más metros de vivienda, «mejores» electrodomésticos y un automóvil con «mayores prestaciones». Nos guste o no esto es lo que ocurre y no hay que olvidar por otra parte, visiones de tinte romántico al margen, las enormes ventajas que la civilización industrial ha proporcionado al aumentar la duración de la vida, poner la música y el libro prácticamente al alcance de todo el mundo, permitir a todos o a casi todos la visita de las creaciones culturales más importantes de la Humanidad, etc.



Ahora bien, si, como es nuestro caso, aceptamos quizás como una fatalidad inevitable el principio de eficacia, se plantea el problema de cual es el sistema más productivo o, si queremos, más acorde con aquel principio. En líneas generales las opciones están claras y se reducen a dos: capitalismo y socialismo, es decir, aquel sistema en el que los medios de producción están en manos de particulares y aquél otro en el que están en poder del Estado. No se me oculta sin embargo que esta visión resulta un tanto simplista, especialmente por lo que se refiere al sistema capitalista en el que gran parte de los bienes están actualmente nacionalizados. Sigue siendo cierto, sin embargo, que los resortes fundamentales de la economía están aquí en manos privadas, y también es cierto que en el sistema de economía centralizada subsiste un sector privado mas o menos amplio. Esto significa únicamente que los sistemas no existen en estado puro, lo que para quien esté acostumbrado a analizar los fenómenos sociales no debe constituir mayor novedad.

La elección se encuentra, en definitiva, entre un sistema como el existente en la mayoría de los países desarrollados del mundo occidental y el del bloque soviético, al menos tal como ha existido hasta hace poco (prescindimos por el momento de analizar las posibles transformaciones del mismo).

Cuando se comparan los dos sistemas, a veces se toman en consideración los ejemplos menos brillantes, es decir los fracasos más bien que los éxitos. Así se dice que, frente a países pobres del campo socialista como pudieran ser Bulgaria o Rumanía, nos encontramos con países no menos pobres en el campo occidental, como Perú o Bolivia. Ciertamente es difícil decidir cual de estos países se encuentran en peor situación, sobre todo si tenemos en cuenta que estas comparaciones meten en el mismo cajón aspectos muy diferentes. Pudiera ser que en uno de estos países estuviera mejor la industria pero peor la agricultura, y, en otro, mejor el control del medio ambiente pero peor el tráfico, etc.

Creo, sin embargo, que la comparación debe establecerse en otros términos: teniendo en cuenta los ejemplos mejores y no los peores. Y en este sentido la ventaja del sistema capitalista sobre el socialista es, a mi juicio evidente. En efecto, el sistema capitalista que no ha logrado despegar en muchos países del Tercer Mundo ha sido capaz, sin embargo, de crear niveles de bienestar en los países industrializados, inimaginables hace solo unas décadas. Ha logrado poner al alcance de la gran mayoría de la población bienes y servicios, hasta hace poco reservados a los privilegiados. Ciertamente que lo ha hecho a costa de mantener alejados de esos niveles a sectores marginales, pero, aparte de que el nivel de estos sectores puede haber mejorado en términos absolutos, es lo cierto que el sistema económico parece capaz de lograr para todo el mundo niveles mínimos de subsistencia bastante satisfactorios, como ya señalaba Galbraith en su conocido libro *La sociedad opulenta*. El problema es más bien de distribución que de producción.

En el otro sector del mundo el sistema no ha sido capaz de alcanzar niveles ni siquiera comparables. Por otra parte, aunque la propaganda ofi-

cial lo haya ocultado, y la lucha ideológica oscurecido, también en él existieron sectores marginados y un desempleo latente. Hace algunos años economistas y políticos de orientación izquierdista mantenían la tesis de que el sistema de planificación central era más productivo que el de iniciativa privada, en la medida en que era capaz de eliminar el despilfarro producido por la competencia y canalizar más racionalmente el empleo de los recursos económicos. Todavía no hace mucho tiempo que Maurice Duverger defendía esta opinión que, curiosamente, parecía tener más encendidos defensores en los países occidentales que en los comunistas. Sin embargo, la experiencia reciente ha puesto de manifiesto lo que antes la propaganda ocultaba: la incapacidad del sistema para satisfacer las necesidades de la población. Son las propias poblaciones de los países comunistas e, incluso, los partidos comunistas, los principales interesados en evolucionar hacia un sistema de economía de mercado, de tal forma que ya hoy casi nadie en el Occidente, se atreve a cantar las virtudes del sistema de planificación central. Los críticos del sistema capitalista siguen poniendo de relieve los defectos del mismo, pero cuando pasan a proponer soluciones alternativas, la verdad es que no parecen tener mucho que decir. De manera que actualmente todo el mundo parece aceptar el sistema capitalista aunque unos lo hagan con entusiasmo y otros a regañadientes.

No quiere esto decir que la introducción del capitalismo en los países de economía centralmente planificada vaya a ser fácil ni a resolver de la noche a la mañana los problemas, ni que los países capitalistas del Tercer Mundo vayan a salir fácilmente del subdesarrollo. Subsistirán sin duda muchos problemas y aparecerán otros nuevos, pero lo que parece bastante seguro, al menos por el momento, es que los quince o veinte países industrializados y democráticos constituyen, por así decirlo, el espejo en que los demás países quieren mirarse.

Y si, partiendo de aquí, nos preguntamos por qué esto es así la respuesta parece bastante sencilla: simplemente porque los particulares administran mejor que el Estado, y lo hacen porque actúan movidos por el interés personal o, si se quiere, por el egoísmo individual. Este resorte falla en la economía de planificación central, en la que los estímulos para el rendimiento económico son de índole moral o política. De tal modo que, en una economía nacionalizada, el buen o el mal rendimiento de un gestor no influye en su retribución; más bien puede ocurrir lo contrario: un mal gestor de una empresa pública puede promocionarse en el aparato político o administrativo del Estado. En cambio, en la empresa privada el mal rendimiento influye directamente sobre los ingresos, de tal modo que la empresa que no tiene beneficios se ve obligada a cerrar. Y esto podrá agradarnos o desagradarnos pero es un hecho fuertemente arraigado en eso que se suele llamar «naturaleza humana».

Cierto que el egoísmo, el afán de lucro individual como móvil económico resulta difícilmente asumible, al menos desde la perspectiva de una cier-



ta moral solidaria. Algún empresario individual parece un hombre dispuesto a sacrificarlo todo a su ánimo de lucro, a robar o a matar incluso, si hiciera falta, para sacar adelante su empresa, y ésta no es retórica vacía puesto que, en la práctica ha ocurrido muchas veces. Por otra parte, el empresario individual parece lucrarse con el trabajo ajeno. Cierto que él aporta su capital y su iniciativa y asume riesgos pero, en definitiva, es difícil evitar la impresión de que los empleados apuntan el trabajo y él obtiene el beneficio.

Ahora bien, la crítica izquierdista al capitalismo, que puso de relieve muchos de estos inconvenientes, no debe hacernos perder de vista que esos mismos defectos, o aún mayores, se dan en el sistema de economía nacionalizada, en la que el Estado puede ser un patrón tan explotador como el empresario individual. La crisis de los países comunistas acaba de ponerlo de relieve.

Desde un punto de vista ideal, es decir desde uno que haga abstracción de las situaciones sociales existentes, podría parecer más satisfactorio un sistema de economía artesanal, como el que hace años preconizaban algunos teóricos neoliberales. Una economía de agricultores independientes en la que cada uno trabaje en su parcela, y obtenga el rendimiento adecuado a su esfuerzo, sin estar sometido a la tiranía de ningún horario y que lleve al mercado los productos que él mismo ha producido, parece un sistema más humano que los dos a que venimos refiriéndonos. Sería un sistema sin explotadores ni explotados y que dejaría un amplio margen a la creatividad e iniciativa individuales. Pero, por fortuna o por desgracia, no es ese el sistema preferido por la mayoría. Los pocos artesanos que subsisten van siendo absorbidos por las grandes organizaciones y los labradores independientes abandonan el campo para irse a trabajar a la ciudad. El hecho de que muchas de esas personas que trabajan en lo suyo y viven libres e independientes en contacto con la Naturaleza abandonen la aldea para pasar a vivir en la ciudad en medio del tráfico y la polución, debe darnos que pensar. En cualquier caso, y por muy atractivo que resulte el sistema artesanal, una vuelta al mismo significaría un drástico descenso en la producción (con todo lo que eso comportaría en términos de salud, de educación, diversiones, cultura, etc.). Y esa marcha atrás no parece viable, al menos por el momento.

Ahora bien, si la superioridad del sistema capitalista, en términos de productividad, resulta indiscutible, no debemos perder de vista que ese sistema ha ido evolucionando hacia una intervención, cada vez más amplia, del Estado en la economía. Algunos teóricos parecen querer volver a un sistema de capitalismo puro y, no cabe duda, de que la tendencia actual de los gobiernos occidentales apunta hacia eso que se ha dado en llamar reprivatización. Pero este proceso reprivatizador tiene sus límites. Hay ciertos servicios que, lo queramos o no, han de seguir siendo gestionados por el Estado, aunque ello genere pérdidas. No hay que perder de vista, por otra parte, que lo que se ha llamado incremento de la «carga decisional» (que parece un resultado del aumento de las presiones sobre el Estado) conlleva un crecimiento inevitable del mismo. Las presiones ciudadanas para obte-

ner no sólo mayores ingresos sino también vivienda, educación, salud, etc., tienen, casi siempre, como destinatario al Estado del que se espera una solución de todos los problemas. Ahora bien esto, lo que queramos o no, comporta un incremento del intervencionismo estatal y un crecimiento de la burocracia.

Si el crecimiento del Estado resulta inevitable en las actuales condiciones sociales, los problemas que se plantean son el de los límites y la eficacia del mismo. Se trata, en definitiva, de averiguar cuanto Estado podemos soportar y como podemos mejorar su rendimiento. Por ello la reforma administrativa parece una de las tareas más urgentes de los Estados contemporáneos.

### *El principio de calidad*

Entendida la eficacia en sentido amplio podría envolver la calidad, pues un sistema que no produjera un incremento de la calidad de vida de los ciudadanos no sería auténticamente eficaz. Sin embargo lo hemos formulado como principio aparte para subrayar el hecho de que una interpretación cuantitativa de la eficacia (la producción por la producción), no sólo no resultaría satisfactoria sino que terminara siendo degradante. De lo que se trata es, en suma, de que existan más bienes a nuestro servicio pero también de que la índole de los mismos y el uso de que de ellos hagamos contribuya a la perfección del ser humano y no a su aniquilación.

Algunos ejemplos pudieran poner de manifiesto esto que tratamos de decir. Como es bien sabido, una producción industrial descontrolada puede terminar destruyendo o degradando gravemente el medio ambiente, y éste no es un peligro teórico sino un problema real del que cada vez son más conscientes los ciudadanos y los Estados. Ahora bien, aunque el ciudadano sea consciente de que la producción del objeto que se le ofrece en el mercado ha ocasionado la destrucción de bosques, la polución del agua o del aire, ruido, etc., difícilmente por eso dejará de comprarlo. El producto resulta atractivo y lo adquiere y quizás piense, probablemente con razón, que no por dejar de adquirirlo iban a dejar de producirse los efectos dañinos que hemos señalado. Pensará que el problema requiere otras vías de solución. Otro buen ejemplo es la droga: desde el punto de vista estrictamente económico no hay nada que objetar a su producción, pues los consumidores la demandan y los productores y comerciantes obtienen beneficios suministrándola. Los consumidores saben que, a corto plazo, el consumo producirá consecuencias fatales pero no por ello se abstienen de consumir. De tal modo que si queremos proteger la salud ciudadana y evitar los inconvenientes de todo tipo que el consumo de droga comporta (especialmente el incremento de la delincuencia) no parece que podamos confiar en la marcha espontánea del mercado. Algún tipo de regulación parece necesaria. Pense-



mos también en el caso del comercio de armas que, desde el punto de vista económico, resulta un próspero negocio.

Si queremos promover valores tales como la vida, la salud, la belleza, e incluso la comodidad material, necesitamos poner ciertos límites al principio de eficacia, esto es, poner en cuestión la idea de la producción por la producción y, en algunos casos, disminuirla o, al menos, ralentizarla. Insisto en que no predico ninguna vuelta al neoascetismo medieval ni a la vida rural. Simplemente llamo la atención sobre un hecho de que todo el mundo va siendo cada vez más consciente, incluidos los partidos conservadores: que una producción no sometida a controles y a una cierta planificación puede resultar autodestructiva. Pensemos, para aducir un ejemplo más, en lo que ocurre con el uso del coche. Es evidente que si la producción y adquisición de vehículos continua al ritmo actual, el tráfico de las grandes ciudades puede llegar a colapsarse. Se necesitan medidas encaminadas, bien a la prohibición del uso del coche, al menos durante cierto tiempo, o a la producción de medios de transporte alternativos. Ahora bien, el mercado por sí solo no parece que pueda resolver el problema.

Por ello, sin negar el papel importante que pueden desempeñar las asociaciones de consumidores y otras similares, parece indispensable en este punto la intervención estatal. El Estado puede y debe actuar no sólo como agente regulador en estas materias, sino como promotor de iniciativas. En algunos casos, los menos posibles, deberá asumir directamente la gestión de algunas actividades. El papel del Estado es indispensable si queremos que todos los ciudadanos tengan acceso a ciertos bienes básicos, de cultura, salud, vivienda, alimentación, etc. Lo que parece ocurrir es algo que ya Hobbes señaló muy acertadamente: que los intereses a corto plazo de la Humanidad suelen predominar sobre los intereses a largo plazo. Los hombres saben, pensaba Hobbes, que si atacan a sus semejantes, van a ser atacados por ellos y al final se producirá la guerra en todos contra todos, en la que nadie saldrá ganando. Ahora bien, por mucho que conozcan las consecuencias desfavorables a largo plazo de sus actos, no por ello dejarán de hacerlo si obtienen un beneficio inmediato. Se apoderarán de los bienes ajenos, aunque sepan que ello va a provocar una reacción inmediata de sus propietarios. Y no se alimentarán adecuadamente aunque sepan que ello perjudica a la salud. Por eso muchas de estas actividades habrán de ser reguladas y nadie que no sea el Estado, parece capaz de elaborar e imponer esa regulación:

Ahora bien, esto que Hobbes aplicaba fundamentalmente a la conservación de la paz puede extenderse a otras esferas de la vida: a la salud, a la educación, a la previsión social, etc. No estoy preconizando un intervencionismo estatal excesivo que, llevado a sus últimas consecuencias, conducirá a una reglamentación total de la vida. Algo parecido a esto ha ocurrido en los países comunistas y estamos viendo sus consecuencias. Insisto en que uno de los problemas que tenemos planteados es el de averiguar cuanto Estado resulta necesario y soportable y cuál es el mejor funcionamiento del

mismo. Muchos de estos problemas podrán ser resueltos por organizaciones privadas independientes del Estado, del estilo de las actuales organizaciones de consumidores, pero no parece que el problema pueda resolverse por completo sin una cierta intervención estatal.

En cualquier caso, el principio de calidad de vida debe llevarnos a plantear el problema de la finalidad y límites de la producción y de su compatibilidad con otros valores.

### *El principio de convivencia pacífica*

La paz es obviamente uno de los valores que toda sociedad bien organizada ha de perseguir. Es quizás el valor fundamental pues, sin él, los demás quedan reducidos a la nada. Creo, por tanto, que los teóricos del absolutismo, especialmente Hobbes, tienen razón al resaltar la importancia de este valor. Pero creo también que lo han hecho incurriendo en evidentes exageraciones. Pues, aunque la paz sea un valor fundamental, no es el único valor que debemos buscar. La libertad, especialmente, es otro de esos valores que debemos hacer compatible con la convivencia pacífica. Ciertamente que esa compatibilidad no siempre será fácil y volvemos a lo que hemos dicho: los valores han de autolimitarse y, en ocasiones, para poder ejercer la libertad habremos de soportar ciertas alteraciones de la paz. A la inversa: el mantenimiento de la paz exigirá ciertas restricciones a la libertad. La experiencia de los países occidentales demuestra suficientemente que una sociedad a la vez libre y pacífica es perfectamente posible. Es más: parece que a la larga los sistemas democráticos son más capaces de evitar los conflictos internos que los autoritarios, aunque estos puedan mantener la convivencia pacífica durante un cierto período de tiempo.

Esto debe llevarnos a formular otra crítica al pensamiento de Hobbes. Este autor, que vivió en una época agitada por las guerras de religión, pensaba que sólo un Estado fuerte es capaz de mantener el orden y que los poderes divididos terminan entrando en conflicto. Pero la experiencia de muchos años demuestra que la división de poderes, en el marco de un sistema pluralista y constitucional, puede mantener la paz. Eso no significa que no se produzcan conflictos en muchas ocasiones, pero esos conflictos pueden reducirse y solucionarse por vías institucionales, y esto es lo que ocurre en la práctica. De tal modo que la obtención de la paz exige el establecimiento de un régimen constitucional, al menos en las sociedades económica y culturalmente avanzadas.

Ahora bien, el régimen no lo es todo, y una sociedad bien ordenada no podría funcionar sin la aportación de ciertas actitudes individuales. En el problema de que ahora tratamos esto significa que la paz difícilmente podrá conservarse si los ciudadanos no desarrollan hábitos de tolerancia, de diálogo y se adiestran, en definitiva, en la práctica del consenso. En toda



sociedad se producen inevitablemente puntos de vista divergentes e interesantes contrapuestos y hay individuos que intentan imponer esos puntos de vista e interesantes por la fuerza. Si todo el mundo hiciera esto no habría Estado capaz de garantizar el orden. Por ello resulta imprescindible el desarrollo de las virtudes de diálogo, la tolerancia y, en definitiva, de restricción de nuestros intereses. Ocurrirá en ocasiones que, para conservar la paz, habremos de darle la razón a quien a nuestro juicio no la tiene. Y la experiencia demuestra que el diálogo libre es capaz de favorecer una convivencia pacífica.

### *A manera de epílogo*

El lector recibirá probablemente la impresión de un cierto eclecticismo. Se trata, a mi juicio, de una impresión fundada y, probablemente, común a todas las teorías de la Justicia, al menos de las que se generan dentro de los sistemas democráticos. En efecto, la lucha política democrática empuja a las diferentes ideologías (y las teorías de la justicia tienen que ver con ellas) a apropiarse de los temas de sus rivales, a la vez que tratan de diferenciarse de ellos. Hasta el punto de que los electores se confunden a menudo y no encuentran motivo suficiente para decidirse por uno u otro partido.

Algo parecido ocurre con las teorías de la justicia. Por debajo de las expresiones, a menudo vehementes, emerge una cierta similitud. Son pocos los liberales que carecen de un sentido de la igualdad y pocos los socialistas que carecen de sentido de la libertad y, en definitiva, todos tratan de conciliar ambos valores. Autores, tenidos por conservadores, como Raymond Aron admiten el Estado del bienestar, de tal modo que las diferencias con los socialdemócratas terminan siendo de matiz.

Pero no hay que llevar demasiado lejos estas identidades pues algunas diferencias subsisten. Y, en lo que sigue, vamos a tratar de señalar los perfiles de la teoría de la justicia que aquí hemos esbozado. Lo que hemos propuesto es una especie de forma de organización social que trate de realizar conjuntamente los valores de la igualdad y de la libertad, en el marco de una sociedad democrático-liberal en lo político y capitalista en lo económico. Esto diferencia la postura que hemos mantenido tanto de las teorías fascistas como de las comunistas, en la medida en que propone un sistema de elecciones libres, pluralismo político y derechos humanos. Las ideologías extremas a que nos hemos referido, cualesquiera que sean sus proclamas, desembocan en un sistema de partido único.

Ahora bien, dentro de las diversas ideologías democráticas, la que aquí hemos defendido parece aproximarse, en ciertos sentidos, al liberalismo y, en otros, a la socialdemocracia. Con el liberalismo tiene en común la defensa de la libertad política, especialmente de los derechos humanos, y del sistema de mercado. En cambio, con la socialdemocracia, coincide en la de-

fensa de un cierto igualitarismo, especialmente en lo que se refiere al propósito de asegurar un mínimo vital, así como un mínimo de derechos, a todos los ciudadanos por el simple hecho de serlo. Hay, sin embargo, un punto en que la diferencia con la socialdemocracia es considerable: la crítica del papel del Estado como gestor económico. La socialdemocracia, al menos en el pasado, asumiendo la crítica marxista al capitalismo, propugnaba las nacionalizaciones como modo de evitar el predominio de la clase dominante y el dominio de un partido político encargado de distribuir las posiciones sociales y fijar las correspondientes retribuciones. Ciertamente que actualmente la socialdemocracia parece haber aceptado el sistema capitalista con lo que, es preciso reconocerlo, las diferencias con el liberalismo se han reducido en gran medida. Actualmente las diferencias entre una y otra ideología parecen consistir en un mayor o menor acento en favor de determinadas orientaciones del gasto público.

Si quisiéramos ponerle un rótulo a lo que antecede podríamos quizás utilizar el de «socialdemocracia liberal», para subrayar el carácter ecléctico de la misma. Sin embargo, teniendo en cuenta que el término socialdemocracia todavía evoca (al menos en nuestro país) la idea de una economía centralmente planificada, prefiero utilizar el término «liberalismo reformista» o «humanista». El adjetivo reformista quiere indicar una preferencia por la práctica de la reforma frente a la revolución, es decir, por aquel procedimiento para realizar cambios sociales parciales y que no pongan en cuestión la totalidad del sistema social. Este reformismo, lo hemos dicho en reiteradas ocasiones y no sólo aquí, ofrece la innegable ventaja de no jugarlo todo a una carta y de permitir rectificar los cambios cuando estos se hayan revelado inconvenientes. El término «humanitario» pretende evocar la idea de un conjunto de derechos comunes a todos los hombres por el mero hecho de serlo, e independientemente de su mérito, así como de ciertos bienes sociales (vivienda, educación, seguridad social, etc.) igualmente accesibles a todos. Con ello se reconocen las diferencias correspondientes al mérito, al tiempo que se trata de evitar sus consecuencias más insolidarias.

Pero las etiquetas no valen mucho. Lo que importa, en definitiva, son los valores a que se tiende y los medios que se proponen para alcanzarlos.



**II**  
**ESTUDIOS**





# 1. DERECHO: FILOSOFIA, TEORIA, CIENCIA





## La Sociedad y el Derecho\*

Por MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO

Salamanca

«Human nature cannot by any means subsist without the association of individuals: and that association never could have place were no regard paid to the laws of equity and justice».

«La naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos, y esa asociación nunca podrá tener lugar sin respetar las leyes de la equidad y la justicia».

D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, III, II.

Existe una antigua y venerable tradición doctrinal, según la cual, para que haya Derecho, tiene que haber sociedad. Esta doctrina se recoge formulada como tesis en un aforismo latino, que dice: *Ubi ius, ibi societas; donde hay Derecho, hay sociedad*. Radicalmente entendida, esta tesis alude tanto a la innata predisposición social del hombre, que hace que el vivir en sociedad sea una condición existencial peculiarmente suya, como a una de las dos notas esencialmente constitutivas del Derecho, cual es la bilateralidad o *alteridad* en el sentido más genuino del término (de *alter* = otro).

En contrapunto con ésta existe otra tesis, que también se enuncia con fórmula precisa en otro aforismo latino, éste mucho más divulgado que el anterior, y que dice: *Ubi societas, ibi ius; donde hay sociedad, hay Derecho*. Estrictamente entendida, esta segunda tesis nos viene a decir, que donde existe sociedad, necesariamente habrá Derecho. Lo cual no excluye lógicamente que pueda existir Derecho también en otro marco distinto de convivencia no conceptuable como sociedad. Mientras que la tesis anterior expresa precisamente lo contrario, a saber, que donde hay Derecho necesariamente habrá sociedad; lo cual tampoco excluye lógicamente que pueda existir sociedad sin Derecho, puesto que el marco de convivencia comprendido bajo el término sociedad es aquí más amplio que aquel al que se refiere la palabra Derecho.

---

(\*) El presente estudio es un anticipo de un próximo libro sobre Introducción al Derecho, del cual constituye el capítulo fundamental.

Ambas tesis contrapuestas conducen entonces a pensar en una síntesis que las reduzca a unidad y que las implique recíprocamente. Esta tercera tesis fue formulada explícitamente por el filósofo y jurista Christian Thomasius con estas precisas palabras: *Extra societatem non est ius; in omni societate ius est*<sup>1</sup>; lo que exactamente quiere decir: *fuera de la sociedad no hay Derecho y en toda sociedad hay Derecho*. Dicho con más claridad, esta tesis afirma que Derecho y sociedad se exigen mutua y necesariamente, de tal modo que no puede haber Derecho sin sociedad, ni puede haber sociedad sin Derecho. Se trataría de dos conceptos *reversibles*, en el sentido de que, si topamos con uno de ellos, al darle la vuelta, nos encontraríamos con el otro. Tal es el auténtico y profundo significado de la tesis formulada con toda precisión por Thomasius, tesis que, con menos precisión, pero quizás con mayor densidad de significado, había sido ya intuida en el siglo XIV por el gran poeta italiano Dante Alighieri, al definir el Derecho como «la proporción real y personal de hombre a hombre, que conservada, conserva la sociedad, y corrompida, la corrompe»<sup>2</sup>.

Todo lo anterior prueba fehacientemente que el verdadero y auténtico punto de partida de una investigación científica sobre la relación entre Derecho y Sociedad no puede ser otro que el tratar de dilucidar debidamente el concepto y los tipos de sociedad, a fin de poder saber en qué medida ésta es o debe ser la creadora de aquél. Mas, al pretender hacerlo, advertimos enseguida una limitación radical, que nos impide analizar exhaustivamente todo lo que la palabra sociedad consigo lleva y mucho menos exponer todo lo que significa como categoría fundamental y concepto básico de las ciencias sociales, máxime si se tiene en cuenta la altura y el grado de especialización que éstas ostentan hoy día dentro del conjunto del saber. De ahí que, para nuestro objetivo primordial, que no es otro que mostrar la radical interdependencia de Derecho y Sociedad, sea suficiente con consignar ciertos datos que contienen algunas aclaraciones muy concretas sobre el origen y evolución histórica del concepto de sociedad, de tal manera que nos permitan establecer su tipología, para así poder ver qué tipo de sociedad es el que directamente interesa en relación con el Derecho. Y no solamente en relación con el Derecho, sino también con las demás realidades culturales afines a él. Pues la tesis que aquí se propugna es que la Sociedad es o debe ser el sujeto creador y portador del Derecho, como lo es también de la organización política o Estado. Supone por tanto un intento de volver a la tradición doctrinal multisecular y de superar la tesis de que el Estado es el creador del Derecho, sin por ello incurrir en prejuicios racionalistas<sup>3</sup>.

1. Cfr. *Institutiones Iurisprudentiae divinae* (1678), I, 1, 100-101.

2. «Ius est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata, servat societatem, corrupta, corrumpit». *De Monarchia*, II, 5.

3. Entre los estudios sobre la relación de la Sociedad con el Derecho, merece recordar aquí los siguientes: A. LEVI, *La société et l'ordre juridique* (París 1911). St. JORGENSEN, *Recht und Gesellschaft* (Göttingen 1971); S. DE FINA, *Diritto e Società* (Milano 1974); J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Derecho y Sociedad* (Madrid 1979). Además de estos estudios monográficos se ocupan del tema los principales tratados de Sociología del Derecho, cuya enumeración es aquí innecesaria.

Con respecto al concepto de sociedad en relación con el Derecho es fundamental el estudio de M. RIEDEL: *Zur Topologie des klassisch-politischen und des modern-naturrechtlichen Gesellschaftsbegriff*, en «Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie», 51 (1965) 291-318.



## SECCION PRIMERA

## ORIGEN Y FORMACION HISTORICA DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD

En realidad la razón de ser de la sociedad hay que buscarla en la propia naturaleza del hombre, quien, además de ser racional, y precisamente por ello, es también social. Es obvio que la connatural indigencia del ser humano y sus múltiples limitaciones le obligan a convivir con sus semejantes; pues sólo en esta convivencia puede satisfacer gran parte de sus necesidades vitales y desarrollar plenamente todas sus facultades y potencias. Existe pues en el hombre una natural predisposición y apetencia a vivir en sociedad, el «*appetitus societatis*», como dijera con formulación precisa H. Grocio; quien además matizaba que esta apetencia no lo es de una comunidad de vida cualquiera, sino de una comunidad tranquila y adecuada a su inteligencia<sup>4</sup>.

Las condiciones que determinan la natural sociabilidad del hombre son de dos tipos. Unas pertenecen a la propia esfera vital, ya sea a la vida instintiva, como el instinto de alimentación, de reproducción y de poder, ya sea a la vida psíquica, como la necesidad de comunicación, de organización, de coexistencia, etc. Otras son más bien externas a la persona, como el espacio o entorno vital, la situación geográfica, la vecindad, etc. Pero lo cierto es que unas y otras dieron origen, no sólo al hecho, sino también al concepto y, consiguientemente, a la aparición de la palabra «sociedad» o su equivalente en las diversas lenguas.

Para poder mostrar la formación y el progresivo desarrollo del concepto de sociedad en lo que este concepto interesa para la comprensión del Derecho, es preciso distinguir varias fases, que a su vez conviene ordenar en dos grandes etapas: la etapa correspondiente a la formación y evolución histórica del concepto de Sociedad hasta su diferenciación y separación del concepto de Estado; y la etapa correspondiente al concepto de Sociedad una vez diferenciada ésta de la organización política y en concreto del Estado. Veamos cuáles son los perfiles más acusados en ambas etapas.

## I. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD HASTA SU SEPARACIÓN DEL CONCEPTO DE ESTADO

1. Como no podía menos de acaecer, el concepto de sociedad, en un sentido aproximado al que aquí nos interesa, aparece en el pensamiento filosófico griego y en una fase relativamente temprana. Ya en el siglo V antes de Cristo encontramos bellamente expresadas en un texto de autor anónimo

4. «*Inter haec autem, quae homini sunt propria, est appetitus societatis, id est communitatis, non qualiscumque sed tranquillae, et pro sui intellectus modo ordinatae*». *De iure belli ac pacis*. Prolegomena, n. 6. Para más explicaciones me remito a mi reciente estudio *El Derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno*, en «Persona y Derecho», n. 24 (Pamplona 1990).

nimo, transmitido posteriormente por el filósofo neoplatónico Jámblico, tanto la necesidad de la sociedad como la pertenencia del Derecho a ella. Dice así: «Puesto que los hombres por naturaleza no están en condiciones de vivir individualmente y para sí, sino que más bien, obedeciendo a las leyes de la naturaleza, se han unido unos con otros; y puesto que toda su manera de vivir, y los medios para ella, ha sido ideada por ellos bajo estas condiciones; dado además que una vida en común en una situación sin ley es para ellos impensable, pues serían mucho mayores las desventajas que en ese caso les sobrevendrían que las que tendrían en una vida aislada; es forzoso concluir, en base a estas razones, que el Derecho y la ley asentaron su cetro real entre los hombres y que les será imposible substraerse a la soberanía de ambos, pues esta relación ha sido establecida por la misma naturaleza»<sup>5</sup>.

De otra parte, aunque el término «sociedad» es de origen latino —*societas*—, tiene su equivalente en la lengua griega en la palabra *koinonía*, cuyo uso es muy frecuente a partir de la época clásica de la filosofía griega<sup>6</sup>. En efecto, Aristóteles se ocupa expresamente, en los cap. 11-14 del libro VIII de su *Ética* o *Nicomáco*, del concepto de *koinonía*, palabra que, aunque propiamente se traduce por *comunidad* —en latín *communitas*—, engloba también el concepto de sociedad; pues la filosofía griega no conocía la distinción moderna de comunidad y sociedad como dos categorías conceptuales diferentes del saber sociológico.

Aristóteles explica el concepto de *koinonía* al tratar de mostrar la esencia de la amistad (*filía*), de la que se ocupa ampliamente en su *Ética a Nicómano*. Es entonces cuando asegura que tanto la amistad como el Derecho tienen su sede propia en toda comunidad de vida o *koinonía*. Pues señala que una y otro ocurren necesariamente en las dos formas originarias de comunidad que existen, que no son otras que el *oikos*, es decir, la casa o comunidad doméstica y económica, y la *polis*, es decir, la ciudad o comunidad ciudadana y política. Esta distinción de dos formas originarias de comunidad o sociedad, la doméstica o económica y la ciudadana o política, fue decisiva para poder perfilar el concepto de sociedad. También lo fue la observación añadida de que el Derecho es radicalmente inseparable de ambas formas de comunidad o sociedad, por tener un carácter constitutivo en ambas<sup>7</sup>.

Pero además de esto Aristóteles nos ofrece un tratamiento magistral de lo que él llama la *koinonía politiké*, es decir, la comunidad o sociedad política. Cuando se ocupa de ella en el libro I de su *Política*, la define como la

5. El texto fue descubierto por H. Blass en el cap. 20 del *Protréptico* de Jámblico. Se trata de un fragmento de un escrito ético-político datado en la época de la guerra del Peloponeso. Cfr. H. DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 10, Aufl. hrsg. von W. Kranz, t. II (Berlín 1960), p. 400.

6. Para los autores anteriores a Aristóteles puede consultarse el *Thesaurus Graecae Linguae*, vol. IV (1841), col. 1726; también LIDDEL-SCOTT, *Greek-English Lexicon*, vol. 1 (1925), p. 970.

7. Además de en la *Ética a Nicómano*, lib. VIII, cap. 11-14, Aristóteles trata también de la *koinonía* y sus clases en la *Ética a Eudemo*, 1. VII, cap. 1-12 y en la *Ética Mayor*, 1. II, cap. 11-17. Cfr. *Aristoteles Werke*, Akademie Ausgabe, t. 6-8, ed. F. Dirlmeyer (Berlín 1956-62).



comunidad de ciudadanos que habitan en la *polis*, con la cual éstos se identifican y de la que puede decirse que son como partes alícuotas. Distingue además la *koinonía politiké* de otras comunidades menores, de forma parecida a como lo había hecho en sus tres obras sobre la Ética. La principal diferencia entre estas comunidades menores y la comunidad o sociedad política consiste para él en que en las primeras se busca más bien el bien particular, mientras que en las *koinonía politiké* se debe buscar más el bien común<sup>8</sup>.

De otra parte en las lenguas germanas y eslavas, como ha puesto de manifiesto T. Geiger, la palabra equivalente a la griega *koinonía* y a la latina *societas* surge para designar aquella unión de personas resultante del hecho natural de compartir un mismo suelo o espacio vital y de convivir en un mismo entorno. De acuerdo con ello cree que originariamente la sociedad cabe definirla como un conjunto de personas que ocupan un mismo espacio vital o que lo comparten transitoriamente<sup>9</sup>.

2. Si, como hemos expuesto, en el pensamiento griego el concepto de sociedad se perfila en la teoría ética y política, en el mundo romano esto tiene lugar en el campo jurídico y más concretamente en el ámbito de la praxis jurídica y de las relaciones comerciales, probablemente por influencia de la práctica comercial helenística. Merced a ello no sólo se perfecciona el concepto, sino que además surge la palabra que quedará consagrada en multitud de lenguas para designarlo: la *societas*.

De acuerdo con este origen más bien práctico, la *societas* en el mundo jurídico romano fue primeramente configurada como una asociación de varias personas, los *socii*, con un interés común. No tiene que ver por tanto primordialmente ni con la vecindad ni con el espacio vital, sino con un acuerdo de voluntades, con un *contrato*, idea ésta que tendrá decisiva importancia en la modernidad. De ahí que en el Derecho Privado romano la *societas* se configure como un contrato consensual y sin forma, por el cual varias personas se obligan entre sí a aportar unos bienes para obtener unas ganancias, que luego serán distribuidas según lo pactado. Sobre esta base se distinguieron desde un principio dos formas fundamentales de sociedad: la *societas omnium bonorum* o la sociedad de todos los bienes, que originariamente fue sólo la sociedad surgida por la muerte del causante mientras no se producía la división de bienes entre los herederos legítimos; y la *societas alicuius negotiationis*, mucho más importante para nuestro objetivo, que era la sociedad constituida por mutuo acuerdo de los miembros o socios con el fin de obtener ganancias de un negocio común<sup>10</sup>. De ahí que en el mundo jurídico romano la palabra sociedad tenga propiamente un origen más bien mercantil.

8. Cfr. *Politica*, I, 1-3; III, 6-9.

9. Cfr. T. GEIGER, *Gesellschaft*, en el «Handwörterbuch der Soziologie», ed. A. Wierkandt (Stuttgart 1959), p. 202 ss.

10. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società in Diritto romano* (Napoli 1950); A. DOR'S, *Derecho privado romano*, 7 ed. revisada (Pamplona 1989), p. 536 ss.

Mejor para nuestro objetivo inmediato es sin duda el panorama que nos ofrece la filosofía ética. Por ella llegamos a descubrir una nueva dimensión básica del concepto de sociedad: la dimensión universalista. Por influencia de la filosofía estoica, cuya conexión con las doctrinas helenísticas es un dato hoy indiscutible, al lado de la *societas civilis*, equivalente a *koinonía politiké* de cada *civitas* o *polis*, aparece descrita la *societas humana*, que en cierto modo se corresponde con la idea helenística de la cosmópolis; no obstante, su significado es más profundo, pues apunta a la idea estoica de la naturaleza común de todos los hombres, y por eso Cicerón la llama «naturalis societas inter homines»<sup>11</sup>.

Conforme a esta nueva dicotomía de *societas civilis* y *societas humana*, se distinguen dos tipos de Derecho: el Derecho civil, correspondiente a la primera, y el Derecho de gentes, que se refiere a la segunda. Hay un texto del mismo Cicerón que no podía ser más explícito al respecto. Dice en efecto: «Hay, pues, una sociedad (lo cual, aunque se ha dicho muchas veces, hay que decirlo sin embargo muchas más), que por cierto es amplísima, de los hombres entre sí; más interna es la de aquellos que son de la misma gente; más propia la de aquellos que son de la misma ciudad. Por ello nuestros mayores quisieron que uno fuera el Derecho de gentes y otro el Derecho civil; lo que es Derecho civil no siempre es Derecho de gentes; pero lo que es Derecho de gentes debe ser Derecho civil»<sup>12</sup>.

Además de ello, Cicerón establece la primera gradación completa de los diversos tipos de sociedad. Así dice: «Existen empero muchos grados de sociedad humana. Así, partiendo de aquella sociedad infinita» —se refiere a la del género humano—, «la más propia es la de la misma gente, de la misma nación, de la misma lengua, que es la que más une a los hombres; más interna es también si es de la misma ciudad. Pues hay muchas cosas comunes entre los ciudadanos: el foro, los templos, el pórtico, las calles, las leyes, los derechos, los juicios, los votos, las costumbres y además las familiaridades, así como muchas otras cosas y razones relacionadas con muchas otras. Pero la más estrecha es la sociedad familiar; de modo que, partiendo de aquella inmensa sociedad del género humano, se concluye en lo exiguo y angosto»<sup>13</sup>.

11. *De legibus*, I, 16.

12. «Societas enim est (quod, etsi saepe dictum est, dicendum tamen est saepius), latissime quidem quae pateat, hominum inter homines; interior eorum, qui eiusdem gentis sunt; propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud Ius gentium, aliud Ius civile, esse voluerunt. Quod civile, non ideo continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet». *De officiis*, III, 17. Conviene consultar también el lib. I, 16, en donde se perfila y matiza el concepto de sociedad humana y los preceptos fundamentales de su Derecho.

13. «Gradus enim plures sunt societatis hominum. Ut enim ab illa infinita discedatur, propior est eiusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime homines coniunguntur: interior etiam est eiusdem esse civitatis. Multa enim sunt civibus inter se communia: forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suiffragia, consuetudines, praetera, et familiaritates, multisque cum multis res rationesque contractae. Artior vero colligatio est societatis propinquorum: ab illa enim immensa societate humani generis in exiguum angustumque concluditur». *De officiis*, I, 17.



3. Como era natural, toda esta doctrina fue recibida fácilmente y posteriormente adaptada por el pensamiento cristiano latino. Merced a ello encontramos en S. Agustín una síntesis completa y además una tipología más simple de las diversas formas de sociedad. Así distingue con toda claridad tres clases de sociedad: la sociedad doméstica, la sociedad civil o política y la sociedad humana<sup>14</sup>.

Esta síntesis se prosigue en la filosofía medieval, facilitada además por la recepción de Aristóteles al ser traducidas sus obras al latín. Típica en este sentido es la definición y clasificación de sociedad que nos ofrece Tomás de Aquino, y que dice: «La sociedad es la reunión de hombres para conseguir algo y, por tanto, según la diversidad de fines, a cuya consecución la sociedad se ordena, cabe distinguir diversas sociedades...»; estas diversas formas de sociedad conciden literalmente con las descritas por Aristóteles y la tradición posterior<sup>15</sup>.

Pero lo más importante es que la filosofía escolástica hace también una síntesis de la doctrina aristotélica y la de los juristas romanos, llegando así a una nueva tipología de la sociedad de mayor relevancia que las anteriores. En base a ello, para Tomás de Aquino la principal distinción o división es la de sociedad pública y sociedad privada. Esta última, la «sociedad privada, es aquella en que la asociación se hace para realizar un negocio privado, como cuando dos o tres personas constituyen una sociedad para así negociar»<sup>16</sup>. No es más que el concepto de sociedad del Derecho privado romano. Mientras que «la sociedad pública es aquella en que los hombres se ponen de acuerdo para constituir una república, por ejemplo, cuando los hombres de una ciudad o de un reino se asocian en una república»<sup>17</sup>. Aquí el concepto de sociedad es también el del Derecho romano y la distinción, como es obvio, es un eco claro de la división del Derecho en Derecho público y Derecho privado. Ambas formas de sociedad pueden ser temporales o perpetuas, si bien la sociedad pública, entendida como adscripción a una ciudad, es de por sí perpetua, «porque la pertenencia a una ciudad es de ordinario para toda la vida, y ésta es la sociedad política»<sup>18</sup>.

14. «Post civitatem vel urbem sequitur orbis terrae, in quo tertium gradum ponunt societatis humanae, incipientes a domo atque inde ad urbem, deinde ad orbem progrediendo venientes». *De civitate Dei*, XIX, 7.

15. «Est enim societas... adunatio hominum ad aliquid perficiendum... Et inde est quod Philosophus in VIII Ethicorum diversas communicationes distinguit, quae nihil aliud sunt quam societates quaedam, secundum diversa officia, in quibus homines sibi invicem communicant». *Contra impugnantes Dei cultum et religionem*. «Opuscula omnia», ed. P. Mandonnet, t. IV (París 1927), p. 25 ss.

16. «Privata autem societas est, quae ad aliquod negotium privatum exercendum coniungitur, sicut quod duo, vel tres societatem ineunt, ut simul negotientur». O. c., ed. cit., p. 25.

17. «Publica autem societas dicitur, secundum quam homines sibi invicem communicant in una republica constituenda, sicut omnes homines unius civitatis, vel unius regni in una republica sociantur». *Ibidem*.

18. «Utraque autem dictarum societatum distinguitur in perpetuum et temporale... Ilud enim, ad quod aliqua multitudo, vel etiam duo, vel tres obligantur, quandoque est perpetuum, sicut illi qui efficiuntur alicuius civitatis cives perpetuam societatem ineunt; quia mansio civitatis eligitur ad totum tempus vitae hominis, et haec est societas politica». *Ibidem*, p. 26.

4. Esta síntesis escolástica de la doctrina ética y política aristotélica por una parte y de la doctrina jurídica y ética romana por otra, perdura pacíficamente en el pensamiento ético y político posterior hasta mediados del siglo XVII. Ni la ruptura de la unidad religiosa con la Reforma protestante, ni la ruptura de la unidad política con la implantación de los Estados nacionales, influyeron demasiado para dejar de lado el legado tradicional sobre el concepto de sociedad y sus diversas clases. Tampoco fue motivo para ello la nueva concepción del Derecho natural moderno, que aparece ya perfectamente perfilada con H. Grocio. Lo que sí acaeció, merced a estas causas, fue que en adelante ocupara el primer plano aquel tipo de sociedad que se había venido configurando como sociedad civil o política y que además últimamente había sido también caracterizada como sociedad pública. Por esta vía fue por donde se produjo la decisiva novedad que modificaría radicalmente el proceso de formación de sociedad civil y Estado. Fue Thomas Hobbes quien, con su concepción del hombre como ser asocial, radicalmente opuesta a la concepción tradicional, para la cual el hombre era naturalmente sociable, puso una barrera infranqueable entre el estado de naturaleza o de libertad y el estado de sociedad o de seguridad. Para superar esa barrera recurrió a la idea de un *contrato* o *pacto* como fuente originaria de la sociedad. Este pacto tenía además una doble vertiente: por una parte era un pacto de unión —*pactum unionis*— por el cual los individuos decidían unirse para constituir la sociedad; pero, por otra parte, era un acto de sumisión —*pactum subjectionis*—, lo que suponía el establecimiento de un poder político unitario y el total sometimiento a él; con ello se creaba el Estado. Merced a este doble pacto quedaba definitivamente sellada la total identidad de Sociedad civil y Estado. El mismo Hobbes lo expresa con claridad meridiana al decir que la unión así conseguida se llama «Estado» o bien sociedad civil<sup>19</sup>. Si bien J. Locke mitiga hasta cierto punto las graves consecuencias de esta identificación, en la práctica esta tesis se impuso paulatinamente y desde entonces constituye una de las características fundamentales del Estado moderno.

## II. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD A PARTIR DE LA SEPARACION DE SOCIEDAD Y ESTADO

La distinción entre Sociedad civil y Estado no se efectúa hasta el siglo XVIII. Gracias a esta distinción, el término sociedad, entendida como

19. «Unio autem sit facta appellatur *civitas* sive *societas civilis*, atque etiam *persona civilis*. Nam cum *una* sit omnium voluntas, pro *voluntate* habenda est ipsorum omnium, ut singulorum viribus et facultatibus uti possit ad pacem et defensionem communem». *Elementorum Philosophiae. Sectio tertia, De cive*, cap. V, 9. En «Opera omnia», ed. G. Molesworth, vol. II, reimp. (Darmstadt 1966), p. 214. Aunque Hobbes no utiliza en el texto latino la palabra «Status», sino «Civitas», es claro que el concepto por ésta expresado es el de Estado y no una forma concreta de organización política anterior como la *polis* o la *civitas*.



Sociedad civil, adquiere un sentido nuevo y más preciso. Con él no se quiere significar, como ocurría hasta entonces, la sociedad política como base o substrato humano de la organización política, que últimamente se había configurado como Estado y que en gran parte se identificaba con esa organización; lo que ahora se quiere significar es propiamente el conjunto de ciudadanos que simultáneamente conviven en el territorio de un Estado y que como tal constituyen una unidad, cuyos intereses no sólo no coinciden, sino que muchas veces son opuestos a los intereses de la organización política o Estado. Por eso se la llama, con matiz muy diferenciado, «sociedad civil», y posteriormente, ya a finales de siglo, «sociedad burguesa», porque representaba los intereses del burgués o ciudadano como única clase social. Esta nueva concepción de la sociedad, como sociedad civil o burguesa, en el sentido originario de esta palabra, consiguió su consagración definitiva, tanto social como política, con la Revolución Francesa merced a los teóricos de la Ilustración, alcanzando su expresión dogmática en la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano (1789).

Durante el siglo XIX este nuevo concepto de Sociedad civil, plenamente adecuado a su nombre, se impuso definitivamente. Se consumó así su separación y su segregación de la sociedad política organizada que se identifica con el Estado moderno. La concreción y el desarrollo de este nuevo concepto de Sociedad civil no fue uniforme, sino que se hizo en cuatro direcciones principales, cuyas ramificaciones múltiples llegan hasta nuestros días. Son éstas que a continuación se explican.

1. Por una parte la doctrina del Estado liberal de Derecho, fruto del liberalismo político y económico, profundizó el concepto de sociedad de la Revolución francesa y de los teóricos de la Ilustración. La Sociedad se constituye así en instancia legitimadora de la intervención del Estado y a la vez en plataforma de toda actuación social, económica y política de los ciudadanos, desde la cual éstos pueden ejercer sus derechos y libertades y oponerse a la intervención del Estado. Esta intervención queda por lo demás limitada a unos cauces estrictos, que dan seguridad al ciudadano, quien por ello se siente amparado en todo momento en esa gran magnitud vital, independiente del Estado, que es la Sociedad.

2. De otra parte Hegel consuma la separación de los conceptos de Sociedad civil y sociedad política o Estado. Mientras la tradición política anterior, ya desde la doctrina aristotélica, concibe la sociedad civil como sociedad política, hasta tal punto que para ella la razón de ser de la sociedad civil o es otra que la de organizar y ordenar la vida política, Hegel separa radicalmente la esfera civil y la esfera política de la vida comunitaria, correspondiendo la primera a la Sociedad civil y la segunda al Estado o sociedad política. Y mientras que para la doctrina tradicional, y más aun para el iusnaturalismo moderno e incluso para el liberalismo clásico del siglo XVIII, la sociedad civil y también política consiste en una unión de personas, que

establecen racional y libremente una comunidad y se someten al poder por ellas constituido en ésta, para Hegel la Sociedad civil se constituye por «personas privadas», que descubren su esencial tendencia a la generalidad y que se sienten unidas por la comunicación y la actividad, literalmente, por un «sistema de necesidades», como base natural, y por «el trabajo», como medio primordial para satisfacerlas. La Sociedad civil pertenece a la esfera de la moralidad objetiva, a la que es esencial la idea de *comunidad*, como pertenecen también la familia y el Estado, entre los cuales ella ocupa el lugar intermedio. Pero se diferencia de ambos tanto por su origen como por sus caracteres esenciales y por su función en la vida comunitaria. Y no tiene como causa genética un contrato o pacto de voluntades libres, sino que «el sistema de necesidades y el trabajo», a los que siguen, como categorías determinantes, el intercambio y la división del trabajo, el valor de las cosas y su propiedad, la creación del Derecho en forma de ley y la administración de justicia por los tribunales, así como la organización y ordenación corporativa de la vida social y la vigilancia y salvaguarda de los derechos individuales<sup>20</sup>.

3. Esta separación o segregación de la Sociedad civil respecto a la sociedad política o Estado es proseguida y acentuada por K. Marx, hasta el extremo de quedarse sólo con ella como modo de organización de la vida común y propugnar la abolición del Estado. En un principio Marx repite casi literalmente a Hegel; pues, al referirse a la sociedad burguesa o civil, la contrapone positivamente a la sociedad medieval o feudal, haciendo ver que en ésta las condiciones de la sociedad civil y de la sociedad política eran idénticas, porque la sociedad civil era la sociedad política; más aun, porque el principio orgánico de la sociedad civil era también el principio del Estado; toda su razón de ser era política, era la razón de ser del Estado, y, por ello, todas sus actividades tenían una significación y virtualidad esencialmente políticas<sup>21</sup>.

Pero Marx, inspirado en el propio Hegel, acentúa sobremanera la *condición humana* de la sociedad civil. Es así como, en la décima tesis sobre Feuerbach, llega a afirmar taxativamente que «el punto de vista del antiguo materialismo era la sociedad 'burguesa', mientras que el punto de vista del nuevo materialismo es la sociedad humana, o, dicho de otro modo, la humanidad

20. Cfr. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 182-256. En el § 188 describe Hegel sintéticamente las funciones de la Sociedad civil de este modo: «Die bürgerliche Gesellschaft enthält die drei Momente: A. Die Vermittelung des *Bedürfnisses* und die *Befriedigung* des Einzelnen durch seine Arbeit und durch die Arbeit und *Befriedigung aller Übrigen*, — das System der *Bedürfnisse*. B. Die Wirklichkeit des darin enthaltenen Allgemeinen der *Freiheit*, der Schutz des Eigentums durch die *Rechtspflege*. C. Die Vorsorge gegen die in jenen Systemen zurückbleibende Zufälligkeit und die Besorgung des besonderen Interesses als eines *Gemeinsamen*, durch die *Polizei* und *Korporation*».

21. Cfr. *Kritik des Hegelschen Staatsrechts*, en MEW, I, 275.



socializada»<sup>22</sup>. Por este camino concluye fácilmente en un concepto peyorativo, mejor dicho, totalmente negativo, de la sociedad burguesa; ésta ya no se identifica con la Sociedad civil, porque el calificativo «burgués» ya no es sinónimo de civil. Como tal la sociedad burguesa sólo significa una forma histórica de sociedad, que representa los intereses de una clase determinada, que es la burguesía, la dueña por cierto del capital y de los instrumentos de trabajo. Por eso la llama también sociedad capitalista. Frente a esta clase dominante está la inmensa clase dominada, que representa a los asalariados y al proletariado, concepto éste que, por otra parte, había sido ya apuntado por Hegel, al señalar que la sobreabundancia de riqueza, ocasionada por la producción, en manos de la clase más rica, hará que, a pesar de su propia fortuna, la Sociedad civil no sea lo suficientemente rica para financiar la sobreabundancia de pobreza y la promoción del populacho<sup>23</sup>.

De esta manera para Marx la Sociedad civil se convierte en una *sociedad de clases* o estamentos, cuya determinante fundamental está constituida por las relaciones de producción de la vida material, es decir, la base económica<sup>24</sup>. Sólo en la medida en que la clase productora se adueñe del proceso de producción, así como del proceso de distribución y consumo de bienes materiales, se conseguirá la implantación de una sociedad sin clases, que será la sociedad socialista y posteriormente la sociedad comunista. Es entonces cuando el Estado, como estructura superpuesta a la Sociedad, desaparecerá, siendo ésta quien le sustituya en todas sus funciones, entre ellas la creación e imposición del Derecho.

4. Paralelamente a estas corrientes, que implicaban la tendencia a una organización autónoma de la Sociedad con independencia del Estado o como base del mismo, se fue desarrollando paulatinamente durante el siglo XIX la posibilidad de un saber autónomo acerca de la Sociedad o que tuviera como objeto propio a la Sociedad. Así surgió la Sociología como ciencia autónoma, que, aunque en un principio nace con la denominación de Física social por obra de H. Saint-Simon y de A. Comte, pronto se configura como tal y adquiere independencia tanto de la Economía como de la Ciencia política<sup>25</sup>. La primera consecuencia de este hecho es que el concepto de

22. «Der Standpunkt des alten Materialismus ist die 'bürgerliche' Gesellschaft, der Standpunkt des neuen, die menschliche Gesellschaft, oder die vergesellschaftete Menschheit». 10. These über Feuerbach, MEW, III, 535.

23. Así literalmente en el § 245 de *Grundlinien der Philosophie des Rechts*: «Es kommt hierin zum Vorschein, dass bei dem *Übermasse des Reichtums* die bürgerliche Geseellschaft *nicht reich genug ist*, d. h. an dem ihr eigentümlichen Vermögen nicht genug besitzt, dem *Übermasse der Armut* und der Erzeugung des Pöbels zu steuern».

24. Dice Marx textualmente en el prólogo a la *Crítica de la Economía política* (1859): «Unsere Untersuchung mündete in dem Ergebnis, dass Rechtsverhältnisse wie Staatsformen... in den materiellen Lebensverhältnissen wurzeln, deren Gesamtheit Hegel..., nach dem Vorgang der Engländer und Franzosen des 18. Jahrhunderts, unter dem Namen 'bürgerlichen Gesellschaft' zusammenfasst, dass aber die Anatomie der bürgerlichen Gesellschaft in der politischen Ökonomie zu suchen ist». MEW, XIII, 8.

25. La denominación «Sociología» aparece ya a partir del tomo V del *Cours de Philosophie positive* (1839) de A. Comte, quien advierte expresamente que con ella se remedian las viciosas interpretaciones de la Física social.

sociedad burguesa desaparece y pasa a ser considerado como un concepto histórico, lo mismo que el de sociedad feudal, conceptos ambos que en último término sólo interesan a la Ciencia política; algo parecido ocurre también con el concepto de Sociedad civil; a la Sociología como ciencia le interesa la Sociedad sin más calificativos. La segunda consecuencia importante es que, a partir de ahora, el concepto de Sociedad se diversifica considerablemente, apareciendo, al lado de la concepción política y de la económica hasta ahora predominantes, una concepción orgánica y evolucionista, otra psicologista, otra mecanicista, etc. Pero lo común a todas ellas, y lo que más interesa destacar a nuestro propósito, es que la Sociedad se conceptúa como una realidad con entidad propia, no reductible ni a una mera suma o agregado de individuos o de voluntades individuales, ni tampoco al conjunto de sus relaciones económicas de producción y consumo, ni mucho menos a un elemento constitutivo de la organización política o Estado. Aunque estos ingredientes no se niegan como componentes del concepto de Sociedad, como elementos determinantes de este concepto se destacan ahora la conciencia y el orden moral colectivos, la tradición cultural, la pertenencia a un mismo espacio vital y la interdependencia de sus miembros, todo lo cual ocasiona un cuerpo uniforme de representaciones colectivas acerca de la realidad social y de sus normas reguladoras. En definitiva se considera que la Sociedad es real, no es un *ens fictivum* o un ente ideal; esta realidad se prueba, entre otras cosas, analizando sus caracteres, que permiten sobre todo ver las diferencias entre una Sociedad y otra.

5. Entre los instrumentos conceptuales arbitrados para explicar lo que es la Sociedad como entidad real, merece destacarse la concepción de la Sociedad como *sistema social*, entre otras cosas por su repercusión en el siglo XX y más aun en nuestros días. La concepción de la Sociedad como sistema social fue apuntada ya por Herbert Spencer, aunque su configuración concreta es debida, desde presupuestos doctrinales distintos, a Max Weber y Wilfredo Pareto. No obstante, su desarrollo expreso corresponde a la escuela estructural y funcionalista, uno de cuyos principales representantes, Talcott Parsons, define la Sociedad como un sistema social, que satisface, mediante sus propios recursos, todas las condiciones funcionales esenciales para su existencia prolongada<sup>26</sup>. Notas determinantes de este concepto serían, por tanto, la autarquía, la autosuficiencia, que no implica aislamiento, la interacción y la existencia duradera.

---

26. Cfr. T. PARSONS, *The Social System* (Glencoe/Illinois, 1951), p. 19.



## SECCION SEGUNDA

## I. TIPOLOGIA DE LA SOCIEDAD

Si tratamos de hacer ahora una clasificación adecuada de las distintas modalidades de sociedad que la investigación histórica del concepto nos ha ofrecido, con la finalidad de lograr una clasificación concreta, parece evidente que las diversas formas de sociedad consignadas son reductibles a los siguientes tipos:

1.º) La sociedad entendida como unión de personas, cuyo vínculo es natural y hasta cierto punto independiente de la voluntad de sus miembros, por ejemplo: la familia, el parentesco, la estirpe, el pueblo, la pertenencia a un mismo espacio o entorno vital, que da origen a la comarca, la región, la nación o nacionalidad, etc.

2.º) La sociedad como asociación de personas, que tiene su origen en una decisión libre, expresa o tácita, de las voluntades concordantes de sus miembros —los socios— y que se formula mediante un contrato, un pacto o un mero acuerdo.

3.º) La sociedad como asociación natural, que a la vez suele ser libre y voluntaria, para organizar y ordenar la convivencia y la coexistencia políticas; su carácter es siempre público, pues nace precisamente para regir la cosa pública. Por eso se la ha llamado indistintamente sociedad civil, sociedad política y sociedad pública.

4.º) La sociedad concebida como magnitud comprensiva de todo el género humano; surge como concepto en la filosofía estoica y luego es aceptada y conformada por el humanismo cristiano; modernamente este concepto ha sido ampliamente desarrollado por múltiples corrientes doctrinales, tanto de signo idealista como de signo materialista, siendo su punto de convergencia la pretensión universalista de explicar o comprender el progreso, el cambio y la evolución histórica como base de una Filosofía de la Historia.

5.º) La sociedad como entidad real autónoma, distinta de y más o menos opuesta a la organización política o Estado, que garantiza al individuo la conservación y el ejercicio de sus derechos y libertades naturales o civiles y que al propio tiempo sostiene, justifica y limita la actuación de la organización política y singularmente del Estado. Desde el momento de su configuración como concepto diferente, la convicción general ha sido casi siempre que en este dualismo, en cierto modo maniqueo, la Sociedad representa la parte buena, mientras que al Estado se le asigna la parte mala, que a veces se presenta también como temible.

No obstante la claridad meridiana de esta clasificación, cabe decir que, con miras al análisis concreto de la relación originaria entre Sociedad y Derecho, no parece del todo aconsejable mantenerla y mucho menos seguirla. Pues ni todas estas formas tienen la misma relevancia, ni tampoco el orden en que históricamente han ido apareciendo es el más recomendable para

establecer una tipología aceptable. De ahí que, sin menospreciar esta base histórica, parezca más conveniente guiarse por un criterio lógico a la hora de clasificar y ordenar las diversas formas de sociedad. De acuerdo con ello, los tipos de sociedad que cabe distinguir serían estos cuatro:

1.º La sociedad concebida en un sentido universalista, equivalente a la humanidad o al género humano; es decir, la Sociedad humana.

2.º La sociedad como substrato del Estado o el conjunto de ciudadanos que conviven dentro de un Estado soberano; es decir, la Sociedad civil o simplemente la Sociedad por antonomasia.

3.º La sociedad como mera unión o como asociación de personas, que en gran medida ha sido sustituida en la Ciencia sociológica por el concepto clave de «grupo social».

4.º La sociedad interpretada como «sistema social», es decir, como entidad colectiva autosuficiente y autárquica.

Expliquemos brevemente el contenido y alcance de cada uno de estos conceptos-tipo de sociedad, para ver luego cuál de ellos es el más adecuado para explicar la interdependencia recíproca de Sociedad y Derecho.

1. En primer lugar tenemos la sociedad entendida como la Sociedad humana, es decir, aquella concepción universalista de la sociedad que comprende toda la humanidad o una gran parte de ella en una época histórica. A pesar de parecer una concepción etérea por no tener contornos fijos, esta concepción universalista de la sociedad ha sido propugnada, como ya hemos indicado, por corrientes doctrinales muy dispares, que confluyen o se diversifican según el contenido concreto que le asignan. En visión panorámica cabe señalar estas modalidades:

a) La idea de la Sociedad humana como entidad *ideal* o como entidad *real*, que comprende y reúne a todos los hombres que en el mundo han sido o serán a través de todos los períodos o edades de la Historia. Como tal constituye la base real de ésta, además de sujeto y promotor de su evolución y de su progreso, en cuanto genera y trasmite la cultura.

b) La idea de la Sociedad humana como entidad *real*, temporalmente delimitada, en cuanto comprende a los hombres de una época histórica determinada. En este sentido se habla de la sociedad o de las sociedades primitivas, de la sociedad feudal, de la sociedad moderna; también, tomando como criterio las condiciones económicas, se habla de sociedad preindustrial y de sociedad industrial, de sociedad capitalista y sociedad socialista, en cuyo caso se toma como criterio o pauta la evolución histórica de la civilización occidental, lo que supone ya una delimitación espacial, delimitación que es más viable cuando se alude a la sociedad europea, a la sociedad americana e incluso a la sociedad euro-americana.

2. En segundo lugar tenemos la Sociedad como entidad subyacente al Estado, la llamada desde el siglo pasado Sociedad civil. A ella nos referi-



mos cuando hablamos normalmente de la Sociedad (que en este caso suele escribirse también con mayúscula); o cuando decimos que la sociedad es responsable de esto o de lo otro; o que es preciso tener en cuenta la opinión y el sentir de la sociedad; o que se ha perdido o se ha redescubierto a la sociedad —después de un régimen de opresión y de conculcación sistemática de los derechos y libertades de los ciudadanos—. En otro contexto más claro, se alude también a este concepto o tipo de sociedad cuando se hace referencia a la sociedad norteamericana, la sociedad rusa, la sociedad inglesa, la sociedad española, etc. De otra parte este mismo concepto es el que J. Rawls, por citar el ejemplo más notable, tiene presente cuando considera a la «sociedad bien organizada» la base sustentadora de su Teoría de la justicia<sup>27</sup>.

En todos estos casos la Sociedad se concibe como una entidad real diferente del Estado, y muchas veces también como opuesta al Estado, aunque ambos tengan el mismo subtrato humano; es decir, que son los mismos los hombres que componen una y otra, con la radical diferencia que la relación de éstos con la Sociedad se concibe como una relación directa, inmediata, más próxima y activa, mientras que la relación con el Estado se concibe como una relación indirecta, mediata, más lejana y normalmente pasiva.

Las posturas doctrinales en torno a este concepto de sociedad son también de distinto signo y tampoco coinciden, ni mucho menos, en el contenido y alcance que le otorgan. En síntesis muy breve, pero no por ello falsificadora de la realidad, cabe reducirlas a dos grandes concepciones, que además se presentan como diametralmente opuestas: la de los que defienden la primacía absoluta de los individuos y de la Sociedad frente al Estado (tesis individualista) y la de los que propugnan la primacía del Estado frente a la Sociedad y, por consiguiente, también frente a los individuos (tesis colectivista).

3. En tercer lugar hemos aludido a la sociedad como mera unión o asociación de personas, que en gran medida se identifica con el concepto clave hoy día de «grupo social». Esta forma de sociedad es además históricamente la más antigua. En su consideración actual se bifurca en dos direcciones:

a) Ante todo tenemos aquella unión de personas debida fundamentalmente a un vínculo o relación natural, cual es el parentesco (familia, sociedad doméstica); o bien la pertenencia a un mismo espacio o entorno vital (pueblo, comarca, región, nacionalidad); o, por último, una conjugación de ambos factores, como es el caso de las minorías étnicas o de emigrantes en país extraño.

b) De otro lado tenemos la asociación de personas debida a un acuerdo o consenso expreso o tácito, que puede ser como socio constituyente o por adhesión posterior; son ejemplos típicos las asociaciones sindicales, profesionales, mercantiles, etc.; es sin duda la modalidad asociativa que más se aproxi-

---

27. Cfr. *A Theory of Justice* (1972), 8, impr. (Oxford 1988), especialmente & 1 y 69. Para un análisis minucioso de la «well-ordered society» v. la tesis de M. A. RODILLA, *La teoría de la justicia de John Rawls*, de próxima publicación.

ma al concepto de «grupo social» de la Sociología empírica; de ahí que en gran parte le afecte también la inseguridad y la variedad de lo que la Sociología empírica entiende por grupo social.

4. El último concepto-tipo mencionado es el de la sociedad como sistema social. Al considerar la sociedad como sistema se estima que es posible y también factible explicar su estructura y su funcionamiento mediante la aplicación a ella del concepto de sistema, tal como éste es entendido actualmente y como ha sido aplicado con notable éxito en otros campos. Se trata por tanto de un concepto más bien interpretativo. Por ello no es excluyente de los anteriores, sino que es conjugable con ellos, sobre todo con el segundo y el tercero. No obstante, en cuanto se le asignan como notas distintivas la autosuficiencia, la autarquía y el subsistir por sí mismo, se está pensando propiamente en la Sociedad como entidad subyacente al Estado soberano. Para ello se distinguen sistemas totales y sistemas parciales, siendo la Sociedad como substrato del Estado el sistema total, y los grupos asociativos o entidades que en ella operan los sistemas parciales<sup>28</sup>. Más recientemente se prefiere hablar simplemente de sistema y subsistemas<sup>29</sup>. En ambos casos se estima que la Sociedad y los grupos o entidades que la componen están estructurados y actúan o funcionan como un sistema, pues constan de las notas constitutivas de todo sistema, a saber: pluralidad de elementos, que son los individuos que la componen; relacionados entre sí, que este caso es el proceso de interacción; bajo un principio de unidad, que es la meta alcanzable.

### SECCION TERCERA

#### LA SOCIEDAD COMO SUJETO CREADOR Y PORTADOR DEL DERECHO

Una vez consignados los diversos conceptos-tipo de sociedad, es preciso abordar la principal cuestión de fondo, que es la que concierne a cómo surge o debe surgir el Derecho de la sociedad y en qué medida ésta actúa como portadora de aquél. A este respecto conviene advertir desde un principio que no todos los conceptos-tipo señalados tienen la misma significación en orden a plantear y resolver tal cuestión. Conviene por ello distinguir dos momentos en su tratamiento: uno negativo, que consiste en ir excluyendo aquellos conceptos cuya significación es menor; y otro positivo, que consiste en analizar sucintamente la interdependencia de Sociedad y Derecho en aquel concepto de sociedad que haya sido seleccionado como más apropiado.

28. Cfr. T. PARSONS, *The Social System*, cap. III.

29. Así especialmente N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung; Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4 Aufl. (Opladen, 1974); y *Ausdifferenzierung des Rechts; Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Frankfurt, 1981).



## I

Comencemos por el primer aspecto, el que se refiere a la eliminación de los conceptos-tipo cuya significación es menor en orden a resolver el problema.

1. Ante todo parece oportuno excluir el primer concepto-tipo mencionado, es decir, la sociedad entendida como Sociedad humana en general. Y esto tanto en su sentido universalista pleno, es decir, el que se refiere a la Sociedad humana como magnitud comprensiva de toda la humanidad sin límites temporales ni espaciales, como en el sentido menos universalista, pero general, que atañe a la Sociedad humana de una época histórica determinada. No obstante, aquí deben hacerse algunas salvedades importantes. Pues no se puede olvidar que existe un sector muy amplio del Derecho de todos los países cuyas raíces hay que buscarlas en la Sociedad humana en general, tanto en el sentido universalista pleno como en el sentido más restringido, es decir, el que alude a la Sociedad humana de una época histórica concreta. Además existe el Derecho internacional, que, aunque se le asigne como fuente originaria el acuerdo o consenso de los Estados y de las Sociedades que éstos representan, no puede desvincularse totalmente de aquel sentido universalista que tenía el Derecho de gentes y que, como hemos visto, correspondía a la Sociedad humana genéricamente entendida.

2. En segundo lugar parece que conviene prescindir también, al menos inicialmente, del concepto de sociedad que se identifica o es reductible al concepto de grupo social. Por dos razones principales. La primera porque, como hemos dicho, el concepto de grupo social es indeterminado, impreciso, con lo cual su indeterminación e imprecisión se transmitiría al concepto de sociedad utilizable para enraizar en ella el Derecho. La segunda porque en la civilización contemporánea existe un número casi inabarcable de grupos sociales, cuya naturaleza y condición, así como sus dimensiones y objetivos, son muy dispares. En último término, para una fundamentación social del Derecho sólo interesan aquellos grupos o asociaciones que poseen una estructura estable y que presentan una unidad de acción tanto hacia el interior, es decir, en las relaciones de los miembros con la colectividad o asociación, como hacia el exterior, es decir, frente a otros grupos sociales. Ciertamente que desde esta perspectiva los grupos sociales tienen las más de las veces un Derecho propio y hasta cierto punto legítimo; pero el que aquí nos interesa es el Derecho que corresponde a la Sociedad en un sentido más amplio.

3. El concepto de sociedad como sistema social es atendible en cuanto representa un instrumento técnico sumamente valioso, y además muy actual, para explicar la estructura y la función de toda sociedad moderna. Sus ventajas técnicas quedan en cierta medida neutralizadas por dos obstáculos: por tratarse de un concepto demasiado complejo y muy reciente, que como tal no se ha incorporado todavía a la cultura generalizada; y porque de momento interesa más a los sociólogos que a los juristas. No obstante,

como medio auxiliar para el análisis de la dependencia del Derecho respecto a la Sociedad, debe ser mantenido.

## II

Nos queda, por tanto, como concepto-tipo adecuado para analizar la interdependencia de Sociedad y Derecho aquél que contempla la Sociedad como entidad subyacente al Estado y diferente del Estado. La Sociedad así entendida presenta una serie de *caracteres* específicos, cuya consideración es obligada para poder ver en qué medida es sujeto creador y portador del Derecho. Son los que se describen seguidamente.

1. Tal tipo de sociedad no debe su *origen* a un *pacto social* o a un *contrato*, no se ha constituido mediante un consenso o acuerdo de voluntades, como estima la teoría del contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau) y como intenta reconstruir el neocontractualismo actual; ni tampoco es aceptable que en ese supuesto momento constitutivo de la Sociedad se hubieran tenido en cuenta tanto las condiciones de vida anteriores como las ventajas e inconvenientes posteriores al pacto; y mucho menos que se hubieran calculado las múltiples consecuencias para los individuos que la componen, así como los fines y las metas que habrían de conseguirse. Muy al contrario, el *origen* histórico concreto de cada Sociedad procede de una serie de condiciones naturales y culturales, que son independientes en gran medida de la voluntad de los individuos que formaban parte de ella en sus comienzos; mucho menos dependen de la elección de quienes posteriormente se incorporan o han de pertenecer a ella. Aplicado a la situación actual, lo que cabe decir es que se nace, y con ello se pertenece, a esta o aquella Sociedad: la norteamericana, la inglesa, la española, etc.; y, por otra parte, los fines y metas alcanzables no siempre son conocidos ni previsibles y, aún siéndolo, quedan a merced del cambio y de la evolución histórica.

2. Dentro de la Sociedad así constituida operan una serie de tendencias afines de los individuos que la componen, tendencias que, poco a poco y superando los intereses particulares, van configurando una cierta conciencia social o modo de pensar y de opinar. Este modo común de pensar y opinar, en cuanto tiene como objetivo arreglar y ordenar los asuntos propios, constituye el núcleo de cada Sociedad, y a la vez permite diferenciarla de las demás, incluso de las más similares o próximas a ella. Además posee la cualidad de ser *histórica*, en el sentido más radical del vocablo; lo que implica que no es pasiva ni estática, es decir, inmóvil, sino que es activa y dinámica, es decir, que está en continuo cambio.

3. Debido a esta su radical condición histórica y dinámica, la Sociedad así entendida produce necesariamente, entre otras cosas, una serie de reglas o normas de conducta dirigidas a los miembros que la componen, cuya finalidad primera es posibilitar y garantizar la convivencia común, así



como la propia subsistencia de la Sociedad. Estas reglas o normas de conducta, que la Sociedad produce, son agrupables en torno a tres tópicos principales: los usos, la moralidad objetiva o Moral social y el Derecho. Aunque comunes en su origen remoto, estos tres grupos de normas se diferencian considerablemente, sobre todo por el grado de espontaneidad o el grado de racionalidad que a cada uno de ellos corresponde. De ahí que, según cual sea el criterio de clasificación que se acepte, resultará el orden de precedencia entre ellos. Según el criterio de la espontaneidad, el primer lugar corresponde a los usos, el segundo a la Moral social y el tercero al Derecho. Según el criterio de racionalidad, la relación es inversa: el mayor grado corresponde al Derecho, le sigue la moralidad objetiva o Moral social y, por último, los usos<sup>30</sup>.

### III

Hecha esta breve caracterización del tipo de sociedad que aquí nos interesa, a saber, la Sociedad como entidad subyacente al Estado, conviene analizar cómo surge o debe surgir el Derecho de ella.

1. Ante todo cabe decir que el sujeto creador del Derecho en una Sociedad concreta es o debe ser, como queda ya insinuado, la conciencia social o la opinión común en ella existente. No lo es ni mucho menos la voluntad privilegiada o el saber particular de un individuo determinado, por singular o cualificado que él se crea o que se le considere, elevándolo incluso a la categoría de «irrepetible», lo que sería señal de indigencia para la Sociedad que lo produjo, pues sólo habría sido capaz de engendrar uno de tal condición; esto convertiría a la Sociedad en monocrática, o la llevaría a una autocracia o dictadura. Tampoco lo es un grupo privilegiado de individuos o de ciudadanos, lo que implicaría una aristocracia social, otorgando la dirección de la Sociedad a una clase selecta, que a la postre conduciría a la implantación del darwinismo social; ni tampoco lo es la voluntad de una mayoría circunstancial, cual sería la imposición de la voluntad de un partido político mayoritario. Quien crea o debe crear el Derecho en una Sociedad concreta, entendida ésta como substrato o base legitimadora del Estado, es la conciencia social general. Es la convicción común respecto a cómo deben regularse las relaciones jurídicas básicas y todas las que se consideren necesarias para su funcionamiento como Sociedad, quien ha de establecer el Derecho. Pues es un Derecho de ella y para ella.

2. Quizá la mejor manera de explicar la dependencia originaria que el Derecho tiene de la Sociedad sea si lo comparamos con la producción de una obra estética, por ejemplo, una obra literaria, una pieza musical o

---

30. En idéntico sentido opina H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie; Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. (München, 1977), p. 93 ss.

un monumento arquitectónico, en cuanto también estos productos culturales surgen en la Sociedad y para la Sociedad<sup>31</sup>. Pues bien, por mucho que el proceso de creación y la calidad de una obra de arte sean tributarios de la manera de pensar de la Sociedad en que nacen, el auténtico creador es siempre una persona individual, incluso en el llamado arte colectivizado. La obra de arte es siempre una creación del individuo, no de la Sociedad; tiene su origen en el talento y la inspiración de su autor. Sólo después de haberla creado, la Sociedad la valora y le da vida colectiva, la hace suya y la incorpora a su patrimonio cultural. Muy distinto es el caso del Derecho. Aquí el autor es siempre la Sociedad, no los individuos en cuanto tales. El hecho de que en múltiples ocasiones una persona o una pluralidad de personas —por ejemplo, un Parlamento, una Comisión especial o los diferentes órganos de la Administración pública— sean los llamados a determinar lo que ha de ser Derecho o lo que se haya de tener como regulación jurídica en una Sociedad, no quiere decir ni mucho menos que sean ellos quienes crean el Derecho en ella. Más bien sucede que, en cada acto legislativo o en cada acto regulativo de la vida social, quienes lo realizan están legitimados sola y únicamente en cuanto actúan como representantes de la Sociedad. Por ello en modo alguno deben guiarse por sus opiniones y preferencias particulares, sino por las preferencias y opiniones vigentes en la Sociedad que representan. De no hacerlo, incurren en la responsabilidad de incumplir el mandato representativo, y la Sociedad ha de exigirles esa responsabilidad.

3. El principal problema consiste en *cómo* se puede obtener una opinión común que sea compartida por todos los individuos que componen la Sociedad. Aquí es donde entra en juego toda la teoría de la formación de la voluntad común, a la que J. J. Rousseau llamó voluntad general, que no es lo mismo que la voluntad de todos<sup>32</sup>. Para nuestro objetivo inmediato, basta indicar dos observaciones de capital importancia:

1.<sup>a</sup> Hay sectores de la vida social en los que es más fácil lograr una uniformidad de criterio. Se trata de aquellas relaciones jurídicas más elementales que afectan a la estructura básica de la vida social. También entrarían aquí aquellas relaciones jurídicas cuya regulación es más bien tributaria de la técnica o que tienen un carácter primordialmente técnico.

2.<sup>a</sup> Hay en cambio otras cuestiones en que la uniformidad es de por sí difícil, sobre todo cuando se interfieren valoraciones morales. Aquí conviene a su vez distinguir tres supuestos: a) en primer lugar estarían aquellas cuestiones que, por su naturaleza y gravedad, exigen un modo de pensar y de opinar bastante común y generalizado; pero ni aun en este caso se precisa una coincidencia total en el modo de pensar de una Sociedad, siendo suficiente una mayoría muy cualificada; b) hay otras cuestiones en que sería suficiente con una uniformidad relativa, equivalente a lo que en

---

31. Cfr. H. HENKEL, o. c., p. 186 ss.

32. Cfr. *Du Contrat social ou Principes du Droit politique*, II, 3.



el terreno moral se suele denominar Moral social dominante o predominante; c) por último, existen muchas otras cuestiones en las que en cierto modo hay una delegación permanente de la Sociedad a los órganos e instituciones que la dirigen, mediante la cual se les otorga un voto de confianza para que actúen con la misma diligencia que lo harían al ordenar y arreglar sus asuntos propios.





## Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Oviedo

Soplan vientos de incertidumbre para la filosofía del Derecho. Tal vez no sea novedosa esa circunstancia; tal vez es el de crisis el estado natural y necesario de disciplinas como ésta, que, carentes del cobijo dogmático de un código o un sector legislativo que sirva de pretexto al cultivador para amparar, si le place, su pereza en su necesidad, se ven abocadas a dar permanente razón de su ser para poder subsistir. Y seguramente hay en ello un privilegio que, al menos en teoría, puede dotarnos a lo iusfilósofos de un plus de ilustración en nuestra conciencia intelectual y académica. Pero ocurre que la ola modernizadora que barre nuestras Universidades, con los increíbles logros ya alcanzados y los aún más impresionantes que sin duda han de venir, coloca a la filosofía del Derecho en una situación relativamente nueva y ante nuevas disyuntivas. El peso comparativamente elevado que nuestra (porción de) área ocupaba en los hasta ahora vigentes planes de estudio va a dejar paso seguramente, y sobre la base de una escasa «truncalidad» a una muy desigual y diversificada presencia de los estudios iusfilosóficos y afines de Universidad en Universidad, dependiendo probablemente de la *ratio* que en cada una se aplique al perfilar su plan de estudios, es decir, de la coyuntural correlación de fuerzas.

Pero suponiendo que en alguna parte hubiera interés en plantarse nuevamente el sentido de la filosofía del Derecho u ocasión para la discusión ponderada de sus razones actuales, creo que se puede sentar una doble tesis partida: por un lado, en la vertiente teórica, siguen plenamente vigentes las razones habitualmente invocadas para explicar la presencia necesaria de la filosofía del Derecho: puede ser un cierto contrapeso mínimo contra la barbarie de la especialización, la irreflexión, el dogmatismo y el servilismo de los simples exégetas y los exégetas simples, siempre, claro está, que la filosofía del Derecho no termine también por ser (¿una vez más?) irrefle-

xiva, dogmática, servil y exegética; por otro lado, en cuanto a las posibilidades prácticas actuales, se nos ofrece la oportunidad de configurar una «oferta» de disciplinas amplia, variada y enriquecedora, sea cual sea su estatuto legal de troncales, obligatorias y optativas. De ahí que, en momentos como el presente, el derrotismo pueda parecer un cómodo disfraz para la comodidad.

En ese marco, las reflexiones que siguen no pretenden ser más que una modesta y elemental aportación a lo que debería constituir tal vez un debate permanente entre los filósofos del derecho españoles, pues sólo discutiendo y coordinando entre nosotros la visión de nuestra materia se estará en condiciones de ofrecer una imagen y una práctica coherentes de la misma y de salir de la «perplejidad compartida»<sup>1</sup> que nos abruma, o debería abrumarnos.

### *La filosofía del Derecho: entre el Derecho y la filosofía.*

A menudo se alude, como uno de los más notorios defectos del cultivo habitual de la filosofía del Derecho, a su desconexión de la práctica jurídica real. Por eso suena certera la observación de Prieto Sanchís cuando argumenta que la práctica iusfilosófica se ha planteado la alternativa de «optar entre el Derecho como objeto de una reflexión crítica y el Derecho como disculpa para el desarrollo de una construcción ajena a lo jurídico»<sup>2</sup>; o la de Atienza, cuando nos dice que «al menos una buena parte de los escritos de los filósofos de Derecho responden a un tipo de especulación cerrada en sí misma y que no consigue conectar —si es que lo procura— con la labor y experiencias de los teóricos, los prácticos o los simples usuarios del Derecho»<sup>3</sup>. Fácil es, en esas condiciones, perderse en un mar de teorías que no tienen más que a otras teorías como objeto, de modo que, en esas condiciones, la filosofía del Derecho «no traza un mapa del Derecho, sino de una argumentación sobre el Derecho; y verifica este mapa no en la realidad, sino en otras argumentaciones»<sup>4</sup>.

En suma, estoy de acuerdo con aquellos autores que recalcan la necesidad de que la reflexión sobre el Derecho comience siempre por el Derecho tal y como se crea y se aplica en la sociedad real, y de que, con independencia del grado de abstracción que la teoría pueda alcanzar, no se pierda esa referencia como elemento de constatación.

Probablemente se podría mostrar que esa habitual desconexión de la reflexión iusfilosófica respecto de la práctica jurídica y el Derecho positivo no responde a un voluntad de alejamiento del Derecho, sino a una determinada concepción del mismo. Y el alejamiento tiene lugar precisamente

1. GIL CREMADES, J.J., «Filosofía del derecho en España (1960-1985)», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 25/1985, p. 229.

2. PRIETO SANCHÍS L., «Un punto de vista sobre el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 4/1987, p. 592.

3. ATIENZA, M., en *Doxa* 1/1984, p. 31.

4. LOSANO, M. G., *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, Debate, 1982, p. 19.



cuando el Derecho se entiende como una realidad sustancialmente anterior o distinta del derecho positivo vigente en cada comunidad o de las prácticas de los operadores jurídicos. Se puede sostener que cuanto mayor componente idealista contenga el concepto del Derecho que el iusfilósofo maneje, tanto más perderá de vista en su análisis los detalles de las normas concretas o los ordenamientos positivos vigentes y se concentrará en la explicación especulativa de los caracteres de esa otra realidad esencial o más profunda del Derecho.

Existe una interrelación continua entre la concepción del Derecho y el tipo de filosofía del Derecho que se practique. Y no se puede pretender que en la realidad impera sin más un orden lógico al respecto, de manera que a la concepción del Derecho se llegue por la vía de examen en sede reflexiva o filosófica, pues se trata en realidad de un proceso circular, en el que la filosofía del Derecho no puede iniciar su andadura sin alguna forma de condicionante precomprensión de lo jurídico, y, a su vez, esta precomprensión influye y es influida por el análisis filosófico.

No es difícil mostrar algunas de esas alternativas iniciales a toda investigación sobre Derecho y condicionantes, a partir de la opción inicial por uno de sus polos, de todo su transcurso posterior. Un buen ejemplo lo tenemos en la disyuntiva entre *Sollen* y *Sein*, entre la atribución al Derecho de una naturaleza exclusiva o preferentemente normativa o fáctica<sup>5</sup>. La discusión de este problema viene ocupando buena parte de la mejor filosofía del Derecho de este siglo. Piénsese, a título de muestra, en el debate que enfrentó a Kelsen y Ehrlich. El formalismo kelseniano no habría sido posible sin ese punto de partida ontológico, metafísico, de Kelsen, y es ese mismo sustrato el que subyace a gran parte de las tesis del positivismo formalista actual, que, teniéndose por guardián de la más pura e incontaminada asepsia jurídico-positiva, lleva su desconocimiento teórico a asumir sin fundamentarlo (lo que sí hizo Kelsen) ese axioma inicial de la realidad ontológica del *Sollen*, y su incoherencia práctica a compatibilizarlo con cualquier apelación al derecho natural o los valores materiales como instancia legitimadora del ordenamiento<sup>6</sup>. Y la muestra de que el problema sigue irresuelto y manteniendo toda su importancia nos la ofrece la reciente contribución que al tema han realizado al alimón Ota Weinberger y Neil MacCormick, en su obra *Grund-*

---

5. Tebasdeschi atina al decir que esa distinción entre ser y deben ser a la hora de caracterizar el derecho se plantea como un tema central y determinante de la orientación total de la investigación (Vid. TEBALDESCHI, I., *Soggetto di pensiero e soggetto di diritto. Saggio di filosofia della persona e della dimensione giuridica*, Milán Giuffrè, 1986, p. 285).

6. López Calera ha puesto de manifiesto cómo entre nosotros «la mayoría de los profesores se han formado y han enseñado bajo la presión de una iusnaturalismo tomista y, paradójicamente, de un positivismo kelsiano, lo cual suele conducir a que ese «purismo» kelsiano se combine «paradójicamente» con «un vago concepto de derecho natural, legitimador del orden jurídico vigente e incapaz de servir como instancia crítica o utópica» (LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985, pp. 13-14).

*langen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*<sup>7</sup>, en la que buscan una salida intermedia, la fundamentación de una doble naturaleza del Derecho a este respecto.

En suma, como dice Wróblewski,, «para toda teoría legal se puede formular la cuestión ontológica de «qué es el Derecho», y la respuesta se da siempre explícita o implícitamente»<sup>8</sup>. Y se puede añadir que, según sea la respuesta, así se enfocará la investigación del Derecho.

Más obvio aún resultará comprender que la investigación iusfilosófica depende también del concepto de filosofía de que sustente<sup>9</sup>. Y podríamos añadir que depende también del método filosófico que se aplique<sup>10</sup>. Puede incluso que esta impronta filosófica general de la que parta cada autor sea anterior a la precomprensión de la noción de Derecho de la que hablamos, y la condicione. Esa concepción previa de lo jurídico, que se asume tácitamente o explícitamente como punto de partida, es una de esas cuestiones «filosóficas» inevitables. Y dada esa inevitabilidad, si no es objeto o producto de una reflexión filosófica seria, expresará al menos algún género de postulado vulgar, ideológico o acriticamente asumido. Digamos, en otras palabras, que esa precomprensión operante de lo jurídico se sustenta siempre en una cierta base filosófica, por mucho que se quiera negar o desconocer tal arranque filosófico de cualquier teoría del Derecho.

Esa necesaria y fructífera dependencia de la filosofía del Derecho respecto de planteamientos filosóficos generales puede tornarse inconveniente cuando rebasa un cierto grado, es decir, cuando la especificidad y la concreción de lo jurídico se pierde de vista y no sirve el instrumental filosófico para un mejor análisis del Derecho y de sus teorías, sino que se pretende encajar uno y otro bajo los rígidos moldes conceptuales de alguna corriente filosófica al uso, moldes o conceptos generalmente pensados para referirse a realidades distintas de la jurídica, o elaborados desde perspectivas intelectuales o vitales que para nada contemplan el Derecho y se adecúan a él.

Este peligro de excesiva subordinación de la filosofía del Derecho frente a corrientes doctrinales lo deja ver Villey cuando resalta los riesgos de dispersión que para la filosofía del Derecho conlleva una excesiva dependencia de las doctrinas filosóficas generales. Por eso dice que «como las filoso-

7. Berlín, Dunker & Humblot, 1985.

8. WROBLEWSKI, J., «Law & Philosophy», *Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht und Völkerrecht*, 28/1977, p. 220.

9. Así lo ha puesto de relieve Eusebio Fernández: «Obviamente, el concepto que se tenga de la Filosofía del Derecho (temas, planteamientos, función, fines, etc.) depende de la concepción que tengamos de la Filosofía». Esta circunstancia —añade— nos obliga, de forma inmediata, a tomar postura sobre lo que entendemos por Filosofía» (FERNÁNDEZ, E., «Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 64/1982, p. 8).

10. Véase al respecto, RODRÍGUEZ MOLINERO, M., «Sobre los métodos filosóficos y su aplicación al Derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)*, tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 431 ss.



fías del derecho dependen de las filosofías generales, de las cuales son una aplicación, se notará lo siguiente: que, extraordinariamente diversos y dispares son los autores en los que se inspira esta literatura. Agreguemos — continúa Villey— que, frecuentemente, el jurista filósofo presionado por el tiempo, y que a menudo ha llegado tarde a la filosofía, cae en las redes de un sólo sistema». Este afán por seguir las tendencias y los dictados de la filosofía general sería la razón de que, en palabras del mismo Villey, «cada vez que sale a la luz una doctrina filosófica encuentra algún jusfilósofo para apoyarse en ella, explotarla y plasmarla en el Derecho»<sup>11</sup>.

Nos encontramos, en estos supuestos que se critican, ante casos de la concepción de la filosofía del Derecho como «filosofía aplicada» a la que Bobbio se ha referido, también críticamente. La idea subyacente a esa forma de ver la filosofía del Derecho sería, según Bobbio, la de que existe la filosofía general, con sus diferentes orientaciones, y que «la tarea del filósofo del Derecho consiste, una vez abrazada esta o aquella orientación, en extraer de ella inspiración guía, e incluso grandes principios ya elaborados, nociones y terminología, para dar una solución unitaria, orientada y sistemática a los distintos problemas generales del Derecho y la justicia», con lo que el filósofo de Derecho «no brilla con luz propia sino con luz refleja»<sup>12</sup>. Las consecuencias de semejante opción se traducen en una creciente irrelevancia de tales estudios o especulaciones para un auténtico mejor estudio y conocimiento del Derecho. En palabras de Bobbio, desde esa perspectiva «los problemas generales del Derecho no son estudiados partiendo desde la experiencia jurídica misma, sino de las soluciones dadas a problemas aún más generales y en todo caso distintos», y por ello, «se elaboran sistemas completos de filosofía del Derecho por quien no tiene más que nociones muy elementales de Derecho»<sup>13</sup>.

En conclusión, la filosofía del Derecho muestra una doble dependencia, del Derecho y de la filosofía, que puede desequilibrarse e inclinarla excesiva o perjudicialmente hacia cualquiera de los dos extremos, ya sea sometiéndola a un apego corto de miras y exclusivista al dato jurídico positivo, ya haciéndola evadirse por estratosferas irreconocibles para el jurista de a pie y que nada útil le aportan. Por eso lleva razón Arthur Kaufmann cuando nos advierte que «la filosofía del Derecho del «filósofo puro» es un propósito equiparable a la filosofía del Derecho del «jurista puro»<sup>14</sup>.

11. VILLEY, M., «Sententa y cinco años de evolución del derecho en el mundo. Filosofía del derecho (Países latinos y germánicos)», en: TAMAYO y SALMORAN *LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Filosofía jurídica*, vol. IV, México, UNAM, 1979, p. 92.

12. BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980 (ed. de A. Ruiz Miguel), p. 93.

13. IBID., p. 94.

14. KAUFMANN, A., «Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik», en KAUFMANN, A./HASSEMER, W. (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, C. F. Müller, 5 ed., 1989, p. 8.

*La filosofía del Derecho y el Derecho como teoría y como praxis.*

La filosofía del Derecho del presente siglo ha conocido importantes intentos de aproximación predominantemente «filosófica» al fenómeno jurídico. Y el riesgo de apriorismo respecto a la concreta realidad de lo vivenciado como Derecho en la sociedad ha sido en algunos casos elevado poco menos que a consigna metódica, a fin de hallar las esencias constantes, los conceptos puros o los contenidos necesarios del Derecho. Lo que parece innegable es que toda filosofía del Derecho se halla bajo la tensión y la recíproca interrelación entre concepción filosófica de base y concepto de Derecho. Hay una cierta circularidad inevitable entre estos elementos, y diríase que es éste el círculo en el que cada doctrina iusfilosófica se mueve. No se puede saber lo que es el Derecho sin examinar su práctica. En esto se debe haber aprendido ya suficientemente del fracaso o la futilidad de los intentos de determinación apriorística o esencialista de lo jurídico. Pero, al mismo tiempo, tampoco es posible identificar, para trabajar sobre ella o a partir de ella, qué sea la praxis del Derecho, lo jurídico como dato de la realidad concreta, si no se arranca de una cierta precomprensión del Derecho, de su concepto. Por ejemplo, quien sólo examine como realidad del Derecho las normas positivas dará la razón al positivismo, pero sólo desde postulados positivistas se aborda ese examen exclusivamente normativístico como manifestación de la juricidad.

De los peligros de unilateralidad derivados de la incidencia en uno sólo de esos dos aspectos entrelazados nos da cuenta plásticamente Hassemer cuando habla de la necesidad de superar el modelo de la «calle de sentido único» entre Derecho y filosofía del Derecho, modelo que haría desconocer que el Derecho no es un objeto fijo y dado de una vez por todas, sino que la propia teoría del mismo y su filosofía contribuyen a conformarlo. De ahí que, según este autor, una filosofía del Derecho consciente de sus alcances y los de su objeto no pueda limitarse a ser mera investigación del «origen y esencia del Derecho»<sup>15</sup>.

El círculo aludido es inevitable, y hasta fructífero. La permanente independencia entre la realidad práctica del Derecho y su teoría y filosofía, constituye la garantía de dinamismo tanto para el uno como para las otras. La realidad es dinámica y nada se alejará más de ella que la pretensión de inmutabilidad de lo jurídico, ya sea en el cielo de los conceptos o en el purgatorio de las normas positivas. Lo único que se ha de evitar es que el círculo devenga en círculo vicioso, que teoría y práctica de lo jurídico no operen recíprocamente como instancias de contrastación y delimitación, sino como artificios evanescentes para una complaciente huida de la realidad hacia reinos incontaminados, pero sin la más mínima virtualidad práctica.

15. HASSEMER, W., Voz «Rechtsphilosophie», en: GÖRLITZ, A. (Hr.) *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, pp. 331, 337;



Así pues, cabe sentar que es inevitable en toda filosofía del Derecho una opción inicial, una toma de postura, tácita o explícita, sobre el tipo de realidad que el Derecho encarna o en que el Derecho se concreta. Como resume Ballesteros, siguiendo a Leon Husson, el jurista tiene siempre una filosofía del Derecho, aunque la ignore<sup>16</sup>. Y a la inversa, podemos añadir que el filósofo del Derecho parte siempre de una determinada precomprensión de la realidad del Derecho, aunque ignore lo que de opción o elección teórica y, como tal, necesitada de justificación, hay en ello.

Creo que el iusfilósofo que reflexione sobre la orientación general de su disciplina deberá tratar de dejar perfilado su concepto de lo jurídico, su opción de partida, su modo de abordar el Derecho como objeto al que referir la teorización posterior en que su menester ha de consistir.

Permítase, en consecuencia, un somero apunte de la concepción de lo jurídico que subyace a las presentes observaciones sobre la filosofía del Derecho. Entiendo el Derecho como fenómeno esencialmente complejo, resultado de la confluencia, históricamente condicionada, de una pluralidad de vectores y cuyo referente aglutinador se sitúa en la praxis, en la práctica jurídica a todos los niveles. Si se ha de escoger una denominación para esta orientación, la calificaría de visión discursiva, plural y pragmática del Derecho.

La consideración *discursiva* del derecho hace referencia a su ineludible articulación como lenguaje, con lo que el estudio de esa realidad fundamental del Derecho no puede dejar fuera ninguna de las tres dimensiones del lenguaje, esto es, la sintáctica, la semántica y la pragmática. Con ello, disciplinas como la lógica o la teoría semántica adquieren relevancia central para el adecuado conocimiento de una parte esencial del ser del Derecho. En segundo lugar, el Derecho es *plural* en cuanto que no es un discurso único (del legislador, de los jueces, de los teóricos del Derecho), sino un discurso plural o, por mejor decir, una pluralidad de discursos, discursos que, respectivamente, pueden operar a distintos niveles (lenguaje-objeto, metalenguaje, meta-meta-lenguaje...), pero siempre incidiendo en el ser concreto del Derecho y condicionándolo. Y el Derecho tiene carácter *pragmático* por cuanto que la pluralidad de discursos en que consiste recibe su fundamento funcional, su recíproca articulación y la posibilidad de su valoración bajo un prisma común, a partir de un punto de vista pragmático, en el doble sentido que puede dar a este término, el ordinario y el de la teoría lingüística: en cuanto que el Derecho es prioritariamente *praxis* y carece de toda razón de ser última que no se fije en su función para la praxis, y que en cuanto que, por lo mismo, lo decisivo no es, con ser esencial, la dimensión sintáctica ni la semántica, sino la dimensión pragmática (relación signo-sujeto), como mediación de la relación entre sujetos.

Esta referencia prioritaria de la filosofía del Derecho a la práctica del Derecho, a su realidad vivencial, va siendo destacada por diversos autores. De ahí que quepa estar de acuerdo, por ejemplo, con Paresce, cuando señala

---

16. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 147.

que la filosofía del Derecho ha de partir de «una visión total del fenómeno jurídico como experiencia humana»<sup>17</sup>, o con Piovani, para quien la filosofía del Derecho «debe pasar del problema del derecho de la naturaleza al problema de naturaleza de la realidad jurídica en sus variadas formas»<sup>18</sup>.

Esta idea del Derecho como fenómeno plural que halla su nexo de unión en la praxis, y en ésta también su aglutinante intelectual o de fijación de significado del término «derecho» como dato susceptible de aprehensión teórica en un cierto discurso (discurso que poseería un cierto carácter constitutivo), puede entenderse como próxima a visiones plurales del Derecho, como la que prototípicamente encarna en la teoría tridimensional del Derecho de Reale<sup>19</sup>, o en la teoría de los tres círculos de García Maynez<sup>20</sup>, que sigue apareciendo, reformulada y apenas remozada, en algunos de los más actuales trabajos de iusfilósofos de talla<sup>21</sup>.

Es posible aducir, como principal diferencia frente a estas concepciones, su carácter estático, ante el que aquí se resalta el dinamismo esencial ínsito en lo jurídico, de manera que sus dimensiones o círculos sólo en una muy abstracta estilización de lo jurídico pueden presentarse como de perfiles o líneas definidas, mientras que en la práctica, en la auténtica instancia de validación del Derecho, esas dimensiones sólo pueden percibirse como radical entremezclamiento, como permanente hacerse y deshacerse bajo formas o combinaciones siempre nuevas.

#### *Cuatro notas para la filosofía del Derecho.*

En buena medida, y como no puede ser menos, en esta forma de ver el Derecho va implícita la consideración de lo que entiendo que tiene que ser la filosofía del Derecho. Habrá de ser una iusfilosofía que proporcione al mundo jurídico una más clara conciencia de las funciones que en la sociedad actual se cumplen por el Derecho y a través del Derecho, y que contribuya, por tanto, a rescatar la doctrina jurídica de lo que Wiethölter ha llamado su «culpable minoría de edad», mediante una labor de ilustración en el más pleno sentido del término<sup>22</sup>. Dentro de esta orientación general, considero que la filosofía del Derecho ha de contar entre sus caracteres una

17. PARESCÉ, E., *La dinámica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1975, p. 491.

18. PIOVANI, P., «La philosophie du droit dans la pluralité des expériences juridiques» *Archives de Philosophie du Droit*, 7/1962, p. 18.

19. Vid REALE, M., *Teoría tridimensional del derecho*, Santiago de Compostela, 1973. Sobre las doctrinas de la tridimensionalidad del derecho en general, PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Sevilla, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Natural, 1988, pp. 119 ss.

20. Vid GARCÍA MAYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1974.

21. Véase, por ejemplo, OST, F./VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 286 ss.

22. Cfr. WIETHÖLTER, R., *Rechtswissenschaft*, Basel/Frankfurt M., Helbing und Lichtenhahn, 1986, 2.<sup>a</sup> ed. p. 28. El diagnóstico que la enseñanza del derecho actual traza Wiethölter creemos que es plenamente aplicable a nuestro país y nuestro tiempo, pese a que sus palabras se refieren a



orientación o perspectiva pragmática, un carácter pluralista, una composición residual o matricial de sus temas y un enfoque interdisciplinar. Examinemos con algún pormenor estas notas.

a) La orientación *pragmática* de la filosofía del Derecho alude a que no se ha de perder de vista que el Derecho es fundamentalmente una actividad decisoria<sup>23</sup>, ya sea a escala del legislador, del juez, de su obediencia o creación por los particulares, etc., y que tiene su razón de ser en su función práctica de resolución de determinados problemas de la convivencia social. A esto se añade la circunstancia, ya reseñada, de que no es la praxis jurídica algo perfectamente anterior o independiente de su teorización, sino que ésta, en sus distintos niveles, contribuye a conformar el Derecho, el Derecho efectivo que se pone en práctica.

No quiere decirse que la filosofía del Derecho no pueda elevarse más allá del dato fáctico o que haya de reducirse a alguna forma de investigación empírica de los hechos jurídicos. Lo que se trata de significar es que esos datos de la realidad han de colocarse tanto al principio de sus investigaciones, a fin de que el objeto de las mismas sea un objeto real y relevante, como al final, como elemento último de contrastación y de control de su rigor y su utilidad. En el intermedio entre esos dos momentos, la reflexión iusfilosófica podrá alcanzar cotas de abstracción y generalidad perfectamente equiparables a las de cualquier otra rama filosófica.

Una filosofía del Derecho debidamente centrada en el objeto que su propia denominación indica, será una filosofía que no incurra en el demasiado frecuente vicio de ser puro artificio intelectual, literatura vacía, pura retórica que, en los casos en que posee algún sentido, no pasa de ser apología tácita de doctrinas políticas o de ideologías, más preocupada de gobernar el Derecho que de reflexionar sobre él, más propicia a la afirmación dogmática que al intercambio racional de ideas. La mejor caricatura de este tipo de filosofía del Derecho que se rechaza la dibuja Laporta, al decir que «es urgente tomar conciencia de que la filosofía del Derecho no va a sobrevivir si persiste en ser una vacía retórica arcaica basada en lecturas de segunda mano sobre problemas metafísicos de alcance municipal»<sup>24</sup>.

La filosofía del Derecho tiene un referente fundamental en el componente decisorio del Derecho. Cualquiera que sea el modo de configurarse el material normativo con que en la práctica se opera, no puede eliminarse

---

Alemania Federal y están escritas en 1968. «La enseñanza del derecho es tan poco moderna como el derecho mismo. El jurista no aprende independencia intelectual y política, sino interpretación de enunciados jurídicos» (*Ibid.*, p. 40). Las tesis provocativas de esta obra siguen causando polémica, tras su segunda edición. Véase como muestra, KLAUSA, E., «Emil und der Generaldirektor», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1986, pp. 263 ss.

23. Como dice Gil Cremades, ni el más recalcitrante iuspositivista puede sustraerse a la necesidad de decidir: «el hombre que ha abdicado del uso de su razón, sigue forzosamente decidiendo» (GIL CREMADES, J. J., «Razón práctica y razón jurídica», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 17/1977, p. 1).

24. LAPORTA, F. J., en *Doxa*, 1/1984, p. 139.

esa opción decisoria. Siempre quien crea normas generales, quien las «aplica» a casos concretos, quien decide obedecerlas o no, etc, llevan a cabo decisiones. Y estas opciones podrán catalogarse como racionales o arbitrarias según que se las considere o no como susceptibles de fundamentación racional y de alguna fuerza de convicción general, o que se las tenga por mera expresión del arbitrio individual, gobernado por determinaciones sin ninguna instancia posible de validación intersubjetiva. Posturas de este último género quedan bien ilustradas con doctrinas como las de Kelsen y Ross. Intentos del primer tipo vienen teniendo lugar desde los años cincuenta y hallan su máxima expresión en las llamadas teorías de la «argumentación jurídica», de las cuales la de Alexy sigue constituyendo el mejor ejemplo.

En suma, estamos ante uno de los problemas filosóficos por excelencia en nuestro siglo, esto es, el problema de la racionalidad de los juicios de valor o las opciones valorativas. Y aquí el paralelismo con la evolución de la filosofía de la ciencia sigue siendo ilustrativo. Así como se ha venido poniendo de relieve que no cabe ciencia pura, que la teoría y la práctica científicas van siempre envueltas en un determinado entramado de presupuestos ontológicos, éticos, y hasta metafísicos, así también se ha mostrado como perfectamente infundada o fútil<sup>25</sup> la posibilidad de una ciencia del Derecho aséptico y avalorativa, y, más aún, de una práctica aplicativa o realizativa del Derecho al margen de opciones éticas, políticas o ideológicas. Y ese problema de fondo concerniente a la racionalidad de las valoraciones es, naturalmente, un problema que la filosofía del Derecho tiene en común con la filosofía ética o con la filosofía práctica en general, e, incluso, con la economía normativa. De ahí que sea este problema también la mejor atalaya desde la que se puede mostrar la necesidad de un enfoque interdisciplinar de los problemas filosóficos.

En la filosofía del Derecho española se vienen levantando voces que reclaman poner fin, en la enseñanza del Derecho y en reflexión jurídica, al dogma positivista de la neutralidad del jurista y al hábito de descuidar la consideración de la praxis jurídica real. Así es como Ballesteros y De Lucas se refieren a «la necesidad de recuperar la noción de praxis, como ámbito de lo jurídico. El derecho —añaden— no es un sistema cerrado y autosuficiente, como desde Leibniz a Kelsen se había pensado y deseado (...), cuya aplicación haga superflua la decisión, sino que, por el contrario, ésta aparece necesariamente en todos sus niveles»<sup>26</sup>. Y, por su parte, Ollero recalca la necesidad de que la filosofía del Derecho no renuncie a su cometido pri-

---

25. Véase el modo cómo Losano muestra la futilidad, desde el punto de vista de la práctica, de la teoría pura kelsiana, por cuanto que no se pretende dirigida a ninguno de los operadores jurídicos que, por serlo, tienen que decidir, sino a unos supuestos teóricos «puros» del derecho, perfectamente marginados de la práctica jurídica (Vid. LOSANO, M. G., *Forma e realtà in Kelsen*, Milan, Ed. di Comunità, 1981, p. 159).

26. BALLESTEROS, J/DE LUCAS, J., «Por una enseñanza del derecho no reduccionista: vías de superación de la escisión entre teoría y praxis», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nueva época, monográfico n.º 5, 1982, p. 80.



mario, que no es otro que el de «enfrentarse a la “realidad” radical del derecho, negándose a que se la den servida con el marchamo prestigiado de la ciencia, aunque se trate (como glosó Jhering) de las más cómica que en el mundo ha sido, y sin perder de vista que no tiene sentido aparentar certeza teórica, para disfrazar de seguridad jurídica lo que no es sino arbitrariedad subjetiva»<sup>27</sup>

Es esa vinculación a la realidad la que puede dotar a la filosofía del Derecho de una utilidad consciente, frente a la alternativa de ser inconsciente instrumento de políticas incofesadas o ideológicas. Como dice Arthur Kaufman, «la reflexión filosófica, aunque sea de naturaleza teórica, persigue en todo caso objetivos prácticos y arrastra tras de sí consecuencias prácticas». E ilustra esto como un ejemplo: «la reflexión filosófica sobre el derecho de resistencia, por ejemplo, posibilitó el cambiar decisivamente la consciencia sobre lo que es derecho, de manera que la disposición a defender el derecho contra la tiranía se robustece o paraliza, según el sentido en que el cambio de consciencia tenga lugar». Y termina Kaufmann resaltando algo que el iusfilósofo jamás debería perder de vista, por cuanto que constituye una dimensión inevitable de su actividad: «*Filosofar quiere decir no en último lugar: asumir responsabilidad política*»<sup>28</sup>.

b) El carácter plural o *pluralista* de la filosofía del Derecho puede entenderse en un doble sentido: que se compone a partir de una pluralidad de perspectivas, «filosóficas» o «iusfilosóficas» sobre el objeto derecho, o que, más allá de eso, precisa hacer uso de una pluralidad de perspectivas externas a la filosofía, propias de otras disciplinas, para una más completa y cabal comprensión del fenómeno jurídico. En este último sentido, la pluralidad constitutiva de la filosofía del Derecho alude a su carácter interdisciplinar, de que luego se hablará.

La admisión de este doble carácter plural de la iusfilosofía tiene que ver con la concepción del Derecho que manejamos. Una visión monista del Derecho permitiría su estudio por una única disciplina y, dentro de ésta, bajo una única perspectiva o con arreglo a un enfoque también único. Pero si se entiende que el Derecho es un fenómeno pluridimensional, polimorfo

27. OLLERO, A., *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, p. 245.

28. KAUFMANN, A., «Sentido actual de la filosofía del derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12/1, 1972, p. 35. En otro lugar del mismo trabajo llega aún más lejos en su crítica al pretendido purismo y distanciamiento de los iusfilósofos: «La ciencia jurídica en sentido propio, la dogmática jurídica, pasó por doquier —y sigue pasando hoy— como la doctrina de la correcta aplicación de las leyes, pero no la de sus implicaciones sociológicas, psicológicas y políticas. Con mayor razón la filosofía del derecho se entendió —prescindiendo de escasas excepciones— como totalmente apolítica, frecuentemente como sólo un autosuficiente pensar de l'art-pour-l'art reservado a un círculo de esotéricos, y no, por el contrario una disciplina que considera como una de sus más nobles tareas la acuñación de una consciente responsabilidad social. No era simplemente cobardía lo que hizo a los juristas contemplar pasivamente la labor diabólica de la tiranía nazi, no se tenían en modo alguno por competentes para modificar algo las circunstancias. Ellos eran exactamente lo que cien años antes Julius von Kirchmann había escrito en su album de recuerdos: servidores «inertes, siempre dispuestos, no menos de la sabiduría del legislador que de la pasión del déspota» (*Ibid.*, p. 13).



y complejo, que participa de realidades distintas, puede examinarse en sus dimensiones ideales, empíricas, normativas, valorativas, psicológicas, etc. sin que puede reducirse su esencia a ninguna de ellas. Y si se concibe la filosofía del Derecho como disciplina llamada a alcanzar la perspectiva más amplia y global sobre ese fenómeno, habrá que admitir que caben, dentro de la filosofía del Derecho, enfoques con tendencias diversas, sin que ninguna de ellas pueda pretender ser «la» filosofía del Derecho. En este sentido, la filosofía del Derecho sería interna o constitutivamente pluralista.

Como dice Piovani, «la filosofía del Derecho no es sino el conjunto de las filosofías del Derecho de los diferentes filósofos», y, por tanto, «las filosofías del Derecho son la filosofía del Derecho»<sup>29</sup>. La filosofía del Derecho existe fundamentalmente como actividad, como un núcleo temático formado por el Derecho como fenómeno global, incluyendo su práctica como parte esencial, y acogido por un cierto método tendente a obtener conclusiones o tesis que rebasen el alcance de los problemas jurídico-positivos concretos o los ordenamientos particulares. Lo que no quiere decir que esta nota generalizante, resultado de la impronta filosófica, lo mismo que de las disciplinas propiamente científicas coadyuvantes, no tenga que compatibilizarse con la toma en consideración de los datos concretos del Derecho, como punto de arranque para la abstracción generalizadora y elemento de validación de las teorías. La filosofía del Derecho no existe sino como conjunto de doctrinas con esos caracteres, lo cual quiere decir que cualquier pretensión de reducirla dogmáticamente a una doctrina u orientación determinada supone en el fondo su negación.

Con ello no se hace sino manifestar una de las notas distintivas de la filosofía frente a cualquier género de credo político, religioso o ideológico. Arthur Kaufmann lo ha expresado bellamente, al decir que «en la filosofía no se trata primariamente de adoctrinar sobre contenidos, de dar preceptos de comportamiento o de proclamar normas de derecho natural, sino que la filosofía es más bien la *concreta autorrealización del hombre* que la práctica. Esta autorrealización, añade Kaufmann, ocurre en el acto de la *comunicación filosófica* con otros practicantes de la filosofía. La filosofía se realiza en una comunidad de libre argumentación, en la que todos los argumentos deben ser permitidos<sup>30</sup>. Las consecuencias para la filosofía del Derecho en particular las extrae el mismo Kaufmann en otro lugar: ésta no puede proclamar para sus contenidos «una pretensión de rectitud “jurídico-natural”, pues el arrogarse la única consciencia correcta conduce siempre, incluso si se disfraza de “antiautoritario”, a un dogmatismo rígido, intolerante y autoritario (...) La filosofía del Derecho no puede nunca (...) ser fuente de decisiones (en tal sentido ha fracasado siempre, como enseña la historia), sino que puede y debe ser ayuda a la decisión»<sup>31</sup>.

29. PIOVANI, P., «La philosophie du droit dans la pluralité des expériences juridiques», cit., p. 31.

30. KAUFMANN, A., «Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik», cit., p. 19.

31. KAUFMANN, A., «Sentido actual de la filosofía del derecho», cit., p. 8. En el mismo sentido, KAUFFMAN, A., «Ausblick: Die Aufgabe der Philosophie im kybernetischen Zeitalter», en su obra *Rechtsphilosophie in Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt M., Athenäum, 1972, p. 372 ss.



c) Entre los caracteres asignados a la filosofía del Derecho he hablado también, en tercer lugar, de la composición *residual* o, también podríamos decir, matricial, de sus temas. Esta nota puede contemplarse desde un punto de vista teórico, como componente estructural de la noción misma de filosofía del Derecho, tal como la entendemos, o desde un punto de vista práctico, como circunstancia histórica o institucionalmente determinada y condicionante del modo como en nuestros días y en nuestro país esta materia puede y debe, en mi modesta opinión, cursarse.

Desde el primero de esos puntos de vista, como componente teórico del concepto de filosofía del Derecho, se alude a esa característica de la misma de ser el crisol en que se funden y reciben un intento de comprensión omniabarcadora las aportaciones que desde distintas disciplinas o métodos particulares se realizan al conocimiento del Derecho. La labor del filósofo del Derecho tendría una de sus manifestaciones en ser atento receptor de esos conocimientos especializados, e incluso, ser mediador entre ellos. Frente a las visiones fragmentadas que de la realidad, jurídica en este caso, ofrecen las ciencias particulares, la suya pretenderá ser siempre una comprensión globalizante, una visión totalizadora<sup>32</sup>. Por tanto, aquí el carácter residual alude a la virtualidad sedimentadora y fusionadora de conocimientos emanados de otras ciencias o disciplinas, sumados, naturalmente, a los que, a tenor de su método y el enfoque de su objeto, la propia filosofía del Derecho aporte. Esta, por consiguiente, no es mero receptáculo, pero no puede dejar de ser en una medida importante receptáculo.

Cabría preguntarse si bajo este prisma no se corre el peligro de diluirla en exceso, de difuminar sus fronteras y convertirla, todo lo más, en una amalgama incoherente o, como veremos que se ha dicho, en un simple cajón de sastre. Ciertamente, de los problemas específicos que la filosofía del Derecho se ha de plantear como problemas parciales o particulares para, a partir de ellos, ascender a esa percepción de conjunto, pocos hay que no puedan ser respondidos, como mínimo, con el mismo rigor por otras disciplinas, y, por tanto, en pocos casos estará justificado su tratamiento sin recabar auxilio. Así, por ejemplo, poca utilidad podrá pretender en nuestros días una doctrina de la justicia que, so pretexto de ser iusfilosófica o axiológica jurídica, no tome en cuenta las aportaciones de la ética; de poco valdrá una lógica jurídica que no se apoye en los avances de la lógica formal en nuestro siglo; de poco servirá especular sobre el derecho como hecho o sobre la dimensión fáctica del derecho si no se tienen en cuenta los datos que pueda proporcionar la investigación sociológica, etc. Pero sólo uniendo todas esas pie-

---

32. No estoy defendiendo aquí un tipo de filosofía de las denominadas por Pattaro, utilizando un símil político, «totalitarias o imperialistas», que reclaman para el filósofo el dominio sobre todos los campos del conocimiento (PATTARO, E., *Filosofía del Derecho, Derecho y ciencia jurídica*, Madrid, Reus 1980. p. 51). Lo que se propugna es una filosofía del derecho que, en lugar de cerrarse sobre sí misma, se abra a los conocimientos de otras ciencias que operan con la sociedad y el derecho como objetos, sin pretender, por supuesto, suplantadas.

zas en una composición total se podrá percibir que el Derecho es algo más que una fragmentaria y aleatoria concatenación de realidades. O, aunque lo fuera, sólo así se podrán hallar los mecanismos últimos de su generación y funcionamiento.

Laporta, Hierro y Zapatero se plantean esta cuestión en los siguientes términos: a la hora de justificar la filosofía del Derecho, «aducir —se nos podría decir— la importancia y necesidad de la Teoría General del Derecho, o de la Sociología Jurídica, o de la Historia del pensamiento jurídico, etc., sólo puede justificar a la Teoría General del Derecho, a la Sociología y a la Historia del pensamiento jurídico, etc., pero no a la Filosofía. O... ¿es que —diría un hipotético y puntilloso crítico— se trata de justificar la conveniencia de que en cada Facultad exista una especie de cajón de sastre, llámese como se llame? (...) Lo que habría que buscar para responder a nuestro crítico es si lo mismo que la Teoría General del Derecho tiene un cometido, la Sociología otro y la Historia otro, la Filosofía del Derecho tiene otro en exclusiva. Y esto con independencia de que *hic et nunc* —y debido al fenómeno tan español de pluriempleo— tenga también que hacer de señorita de compañía en los ratos libres». Los mismos autores siguen preguntándose: «¿podremos encontrar una función que de por sí justifique la Filosofía? ¿Qué ocurriría si de ese cajón de sastre que en ocasiones es la Filosofía sacáramos todos los trapos y trajes para, en un caso, arrojarlos a la basura, y, en el otro, ponerlos en su armario? ¿Desaparecería por ello la Filosofía? Esta es la cuestión. Si respondiéramos que sí desaparecería la Filosofía, pondríamos de relieve que tenemos una concepción «residual» de la misma y llevaría razón aquel crítico cuando nos preguntaba (...) si lo que queríamos justificar era la conveniencia y oportunidad de los cajones de sastre solamente»<sup>33</sup>. A estas cuestiones los mencionados autores responden sosteniendo que «la Filosofía del Derecho no se justifica solamente por una especie de pluriempleo (...) La Filosofía tiene fundamentalmente una función y se justificará de hecho si la cumple: se trata de la crítica»<sup>34</sup>.

Aunque, una vez más, el problema aparece aquí adecuadamente planteado, pueden haber algunas puntualizaciones. En primer lugar, es cierto que la filosofía del Derecho tiene algo de cajón de sastre, de centro de recepción de conocimientos muy diversos. Ahora bien, la diferencia estribará en que se tratará de establecer un cierto orden entre ellos, de articularlos de forma que, en su conjunto, den del Derecho la más precisa y completa de las visiones. Y no es que la filosofía del Derecho tenga que justificarse por proporcionar un nuevo tipo de conocimientos, al mismo nivel que estos que recibe y para sumar a ellos. Pero tampoco ocurre que viva sólo de ellos sin nada propio que aportar y que posea, por tanto, un carácter «re-

33. LAPORTA, F. J./HIERRO, L./ZAPATERO, V., «Algunas observaciones sobre la situación de la filosofía del derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15/1975, p. 114.

34. *Ibid.*, p. 118.



sidual» en el sentido en que el término se usa en esta última cita. Lo que como propio ofrece la filosofía del Derecho, frente a todos esos otros conocimientos particulares en que se apoya, es, lo repito una vez más, la visión totalizadora, el enfoque globalizante, la aspiración a explicaciones omnicomprensivas de todos los aspectos o dimensiones de lo jurídico.

Plantear que esa labor de la iusfilosofía ha de venir también marcada por una impronta crítica<sup>35</sup>, supone afirmar algo que creemos bien cierto y difícilmente discutible. Pero no parece que este dato de la crítica sirva como elemento distintivo frente al modo de actuar, al menos ideal, de otras disciplinas que se ocupan de aspectos o sectores parciales de Derecho, y ello por varias razones. Por un lado, porque también la dogmática jurídica puede y deber ser, y muchas veces efectivamente es, perfectamente crítica con su objeto: a menudo, los «dogmáticos» del Derecho, sin negarle al derecho positivo vigente su validez (en eso consiste el «dogma» del que parten), lo critican por injusto, inadecuado a los tiempos, etc. Por otro, porque asumir para la filosofía del Derecho el papel de la crítica, frente a una dogmática supuestamente acrítica, no es cuestionar el modelo «oficial» de enseñanza y práctica del Derecho, sino sancionarlo, darlo por bueno o definitivo: la dogmática no puede ser crítica: sólo la filosofía del Derecho ha de proponer alternativas críticas, pero a su propio nivel de abstracción y, por consiguiente, sin contacto directo con la vida jurídica práctica.

Así pues, consideramos que lo que la filosofía del Derecho en su enseñanza ha de hacer no es tanto criticar, con ser esto necesario, cuanto *enseñar a criticar*. En consecuencia, la filosofía del Derecho no debe pretender erigirse en fuente de decisiones, sino de «ayuda a la decisión»; la suya es una labor de ilustración, de «despertar dudas sobre los medios de trabajo heredados o sobre las soluciones de los problemas tenidas habitualmente por evidentes»<sup>36</sup>.

A veces, se hace referencia al carácter «residual» de la filosofía del Derecho queriendo significar que de ella se ha ido desgajando, y cobrando autonomía propia, una serie de disciplinas que primeramente estaban en ella integradas, como puede ser la metodología jurídica, la lógica jurídica, etc. Parecería como que de la filosofía del Derecho no formara parte en cada momento más que aquella temática para la que aún no se hubiera constituido una ciencia particular, y en tanto que esto ocurra, con lo que, una vez consumado ese proceso de científicación plural, estaría la filosofía del De-

---

35. Aparte de los tratadistas últimamente citados, la mención de la crítica como elemento definitorio de la filosofía de Derecho aparece también, por poner otro ejemplo, en ATIENZA, quien, siguiendo las huellas de la definición de filosofía que proporciona Gustavo Bueno, caracteriza la filosofía del Derecho como la «totalización racional y crítica del fenómeno jurídico» (*Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, p. 371). Por su parte, Elías Díaz asigna como propia de la filosofía del derecho «una concepción totalizadora y crítica del fenómeno jurídico» (DÍAZ, E., «Sentio y función actual de la Filosofía del Derecho», en EL MISMO, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1977, p. 16).

36. PAWLOWSKI, H.-M., «Die Rechtsphilosophie in der Juristenausbildung heute», *Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, p. 246.

recho llamada a desaparecer por carecer de temas propios<sup>37</sup>. Pero que la filosofía del Derecho haya sido matriz originaria de disciplinas hoy perfectamente consituídas a escala científica, no quiere decir que con ello la filosofía jurídica se vaya desangrando, sino que podrá recibir, por vía de retorno, desde esas disciplinas, conocimientos cada vez más adecuados para su explicación totalizadora del fenómeno jurídico. Y por ser ésta su misión última y su razón de ser, y puesto que ninguna disciplina o ciencia de lo particular está en condiciones de suplantarla en este aspecto, nada hay en ese desgajamiento de nuevas disciplinas, a partir del tronco común, de negativo para la filosofía del Derecho. En última instancia, hasta la justificación o explicación última de los límites entre esas ciencias podrá ser tarea de la iusfilosofía. Y sólo desde ésta se podrá recobrar el sentido de conjunto de esos aspectos del Derecho, disociados a efectos analíticos por las distintas ciencias.

Como antes se señaló, ésta es la vertiente teórica del tema, pero ese carácter «residual» puede justificarse también desde una mira práctica, en relación con la situación de las enseñanzas jurídicas y la práctica docente de la filosofía del Derecho. Si estas disciplinas emanadas de la filosofía jurídica se han mostrado en la teoría como científicamente necesarias, no es menor su necesidad en la enseñanza del Derecho. Si ésta se entiende como preparación tanto para la práctica del Derecho como para su comprensión teórica, materias como la sociología del Derecho, la metodología jurídica (como disciplina seria, no ese sucedaneo decimonónico que se suele explicar en la «Parte General» de Derecho Civil), la lógica jurídica, etc., tienen que aparecer de alguna forma en los programas de estudio. Y aquí, en cierta manera, la relación antes citada se invierte, ya que, en tanto que estas materias no vayan encontrando acomodo institucional en los planes de estudio, tendrá la filosofía del Derecho que ser la que reasuma respecto de ellas el papel «maternal» y se encargue, como parte esencial de su tarea práctica, de mostrar al menos su grandes líneas y hacer explícitos aquellos de sus conocimientos que resulten necesarios para alcanzar esta visión del Derecho que la filosofía jurídica tiene que dar.

Por eso no hay nada incoherente ni inapropiado en que en los programas de filosofía del Derecho figuren lecciones o apartados dedicados a estas materias. Otra cosa sería que alguna de esas materias fueran ya también independientes a estos efectos «institucionales», en cuyo caso el filósofo del Derecho podría remitirse a ellas en lo que le interesara, sin necesidad de suplirlas, del mismo modo que puede tomar como referencia las doctrinas del Derecho civil o el penal sin necesitar sustituir o suplementar al civilista o el penalista.

---

37. Cfr. RYFFEL, H., *Grundprobleme der Rechts-und Staatsphilosophie. Philosophische Anthropologie des Politischen*, Neuwied/Berlin, Luchterhand, 1969, pp. 17 ss. Véase también, críticamente sobre esa forma de entender el carácter «residual», en el sentido de «precientífico», de la filosofía del derecho, ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, cit., pp. 366 ss.



Esto se complementa con la idea, también de orientación práctica, de que en estos momentos de transición hacia nuevos planes de estudio jurídicos, a los iusfilósofos compete la mayor responsabilidad de ofertar como posibles asignaturas obligatorias y optativas en las distintas Universidades, materias como éstas, con lo que también en esta vertiente de la praxis la filosofía del Derecho deberá actuar como fuente o punto de arranque para su posible independización ulterior.

d) Por último, también he atribuido a la filosofía del Derecho la nota de la *interdisciplinariedad*. ¿Quiere esto decir que la filosofía del Derecho no es una, sino varias perspectivas? Ciertamente se suele sostener que en ella conviven varias ramas o enfoques disciplinares, como pueden ser, principalmente, la teoría general del Derecho, la axiología jurídica y la teoría de la ciencia jurídica. Y muchas veces no se aprecia en estos planteamientos cuál es el nexo de unión entre estas ramas, en virtud del cual tenga sentido su común encuadre bajo el rótulo y la competencia disciplinar de la filosofía del Derecho.

Lo que aquí planteo es un enfoque distinto. No se trata de empezar por reclamar la pertenencia, como propios del filósofo del Derecho, de determinados campos de conocimiento, sino de comenzar reivindicando, como auténtico signo de identidad de la filosofía del Derecho, un cierto modo de contemplación de la realidad jurídica, una determinada perspectiva. Y, a partir de ahí, no se tratará ya tanto de solicitar para nosotros la exclusividad sobre algunos campos del saber sobre el Derecho, cuanto de defender el ineludible papel de nuestra perspectiva para una plena e íntegra comprensión del Derecho en tanto que fenómeno complejo y plural. Y sólo a tales efectos, bajo la guía y la justificación de ese designio central, cobrará sentido la utilización y la peculiar lectura por el iusfilósofo de los datos aportados por otras disciplinas o por enfoques parciales o sectoriales de la propia filosofía del Derecho. Y sólo en relación con esta pretendida síntesis global de lo jurídico reciben su significación unitaria las divisiones clásicas de la filosofía del Derecho en ramas o partes como las antes citadas.

Existiría un elemento aglutinador de cada parte de la filosofía del Derecho y de cada dato que ésta toma de cualesquiera otras disciplinas que estudien el Derecho o la realidad social. Dicho elemento sería la vocación globalizadora, el cometido de ofrecer de lo jurídico la imagen de conjunto y más completa posible, su explicación más amplia.

Esta pretensión totalizadora tropieza ineludiblemente con la pluridimensionalidad del objeto Derecho, a la que ya se ha aludido. Una explicación que se pretenda lo más completa posible del fenómeno Derecho y de su modo de funcionamiento en la sociedad, no podrá limitarse a la consideración aislada del dato normativo<sup>38</sup>, y agotarse, por tanto, en la dogmática

---

38. Dice Miaille que «el mundo jurídico no puede ser verdaderamente conocido, es decir,

jurídica y la teoría general del Derecho del estilo de la kelsiana. La explicación buscada no será posible si no es contando con las aportaciones de la filosofía social, la sociología, la psicología, la historia, etc. Por eso estimo que la filosofía del Derecho no puede existir y cumplir ese su rol de explicación global del Derecho si no es sobre una base interdisciplinar. No se disolverá en esas otras disciplinas que utiliza, no será una mera superposición fragmentaria de conocimientos heterogéneos y reacios a la síntesis mientras actúe guiada por la claridad sobre ese fin central: la explicación de qué es, cómo funciona y para qué existe el Derecho. Pero el Derecho como fenómeno social<sup>39</sup>, no como evanescente producto de mentes especuladoras.

Por ser ese el cometido que otorga su sentido unitario a la filosofía del Derecho, sólo podrá emprenderlo a partir de una visión del Derecho lo más completa y plural posible. Hay dos vicios o excesos que por igual deben evitarse en la satisfacción de esa tarea: ni puede ser pretexto la función omnicompresiva sobre el Derecho para que el iusfilósofo se considere, sin más, cualificado para pergeñar fantásticos despliegues especulativos supuestamente referidos al Derecho; ni puede limitarse, más modestamente esta vez, a levantar acta de la pluralidad de disciplinas y métodos con los que cabe abordar el estudio del fenómeno jurídico, sin ningún intento de síntesis o recomposición del conjunto. Ni desbordante pretenciosidad ni acomplejada humildad parecen las actitudes aconsejables para emprender el estudio del Derecho como realidad global.

El iusfilósofo no debe, conforme a esta propuesta, contemplarse como un especialista más en la época de especialización. Más bien parece apropiado reivindicar para la filosofía del Derecho el anacrónico papel de la vieja sabiduría, y tal vez sea esto lo único en que claramente debe primar la impronta filosófica sobre cualquier otra en el cultivo de nuestra disciplina. Como bellamente expresa Instzessiloglou, con palabras que no refiere exactamente, en su caso, a la filosofía del Derecho, sino a la nueva ciencia o teoría interdisciplinar del Derecho que propone, pero que no dista mucho de lo que venimos defendiendo como filosofía del Derecho, «ante la complejidad de la realidad social, es preciso reconsiderar las bases epistemoló-

---

comprendido si no es por relación a todo aquello que ha hecho posible su existencia y su devenir. Este tipo de análisis —añade— libera el estudio del derecho de su aislamiento y lo proyecta en el mundo real, donde encuentra su lugar y su razón de ser, ligándolo a todos los demás fenómenos de la sociedad» (MIAILLE, M., *Une introduction critique au droit*, París, Maspero, 1980, p. 21).

39. Como muestra Csaba Varga, no existe «lo jurídico» como realidad separada e independiente de «lo social». Lo jurídico es parte de lo social, es uno más de los fenómenos sociales, «no existe fuera de lo “social”, es decir, sin la “totalidad” respecto de la que es “lo relativo” (VARGA, C., “Domaine «externe» et domaine «interne» en droit”, en *Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques*, 14/1985, p. 27). Ello no impide que pueda el sistema jurídico organizar su propia perspectiva interna y sus mecanismos específicos de funcionamiento y reproducción, pero siempre en el contexto social y condicionado por éste: «si bien es exacto que la autocalificación del derecho constituye el eje de referencia de la vida real del derecho y proporciona la posibilidad de su interpretación contextual, no es menos cierto que esta autocalificación no presenta relevancia social más que en la medida en que la práctica social la reconoce» (*ibid.*, p. 35).



tro arte y de nuestra ciencia. Esta reconsideración puede y debe constituir, en gran parte, un retorno al *espíritu de globalidad*, de equidad y de sabiduría que inspira la intervención pretoriana y la aportación sociológica, filosófica, y al mismo tiempo jurídica, tanto de los jurisconsultos romanos como de los «Aisymnetai» (...) de la antigüedad griega»<sup>40</sup>.

Nada más alejado de esta propuesta de abarcar el Derecho como totalidad real, que aquella imagen de la filosofía del Derecho como mera disciplina auxiliar de la dogmática o como disciplina investigadora tan perfectamente aislada que nada aporta ni en nada cuestiona a la dogmática o al trabajo con el Derecho<sup>41</sup>.

El peligro que esta articulación en clave interdisciplinar de la filosofía del Derecho puede suponer, es que los rendimientos de las diferentes disciplinas se superpongan sin orden ni concierto, de manera tal que la imagen resultante no sea la de una mayor claridad del conjunto, sino la de una creciente confusión. No se puede olvidar el riesgo de que «el jurista que sale de la propia isla se ahogue en el vasto océano de una indisciplinada ciencia de la sociedad»<sup>42</sup>. Las aportaciones de las diversas disciplinas no pueden dar lugar a que la obra de la filosofía del Derecho se traduzca en esa especie de «polifonía sin armonía» que menciona Arnaud<sup>43</sup>, sino a la «ósmosis» o la «concepción de conjunto» del fenómeno jurídico de las que el mismo autor nos habla<sup>44</sup>. La cuestión es, por tanto, cómo articular desde la filosofía del Derecho todos esos discursos diversos sobre lo jurídico.

40. INTZESSILOGLOU, N., «Essai d'elaboration d'un programme de recherche scientifique interdisciplinaire pour l'etude du phenomene juridique», en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* 19/1987, p. 81.

41. Vid al respecto, críticamente, PAUL, W., «Kritische Rechtsdogmatik und Dogmatikritik» en KAUFMANN A., (Hrsg.) *Rechtstheorie, Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1971, p. 69. Si quisiéramos citar un ejemplo de planteamiento antitético a éste que proponemos, podríamos, mencionar las palabras siguientes, de Ariel Alvarez Gardiol: «La filosofía jurídica será, pues, una aspiración a lo jurídico universal, que llevará implícita la eliminación de todo vestigio de objeto correspondiente a su real magnitud, desgajándolo de lo circunstancial y encadenándolo a lo absoluto (...) Será una disposición del jurista que deberá abordar indiferente la realidad circunstancial, para acceder a la realidad absoluta y a las esencias únicas de juricidad válidas con sentido universal» (ALVAREZ GARDIOL, A., *Manual de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Astrea 1979, p. 14).

42. BOBBIO, N., «Derecho y ciencias sociales», en BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, cit., p. 235. Una práctica científica que hiciera realidad este riesgo se correspondería, más que con una auténtica interdisciplinariedad, con la multidisciplinariedad. A diferencia de ésta, la interdisciplinariedad según Treves, «no se limita a operar una mera agregación de las disciplinas, un simple intercambio de información, sino que aspira a realizar, como decimos, una penetración, una integración» (TREVES, R., «Insegnamento interdisciplinare, diritto e sociologia del diritto», en *Sociologia del Diritto* 4/1977, p. 305).

43. ARNAUD, A.-J., «Droit et Société». Un carrefour interdisciplinaire», *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1989.

44. *Ibid.*, p. 7, 23. Por su parte, Ost y van der Kerchove ofrecen una imagen muy ilustrativa de ese peculiar punto de observación sobre el derecho en que la filosofía del derecho (la teoría o ciencia del derecho en su caso) se emplaza: si el derecho se equipara a una representación teatral, quienes se sitúan en el punto de vista interno del derecho son sus actores y quienes lo estudian desde el punto de vista externo, los espectadores; el «punto de vista externo crítico», que sería el de nuestra disciplina, «es el espectador situado en el palco que, de un solo vistazo, pretende abarcar a la vez la sala y la escena y describir las múltiples relaciones que se traban entre espectadores y actores» (OST, F./VAN DER KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, cit., p. 50).

Esa articulación coherente sólo será posible desde la perspectiva unificadora de una disciplina como es, en nuestro caso, la filosofía del Derecho. El proceder adecuado será el de «aproximar y confrontar sin cesar los puntos de vista en presencia —los de la dogmática y los de las ciencias sociales— trabajo indispensable de síntesis, de traducción y de arbitraje que comienza por los trabajos de tipo epistemológico (...) y se prolonga en el estudio de los principales temas abordados tradicionalmente por la teoría general del derecho<sup>45</sup>. Y la consecuencia será el «pluralismo epistemológico»<sup>46</sup>, consiguiente a la realidad compleja y plural que conforma el fenómeno jurídico.

Concebida de esta forma, la filosofía del Derecho servirá también como instancia desde la cual se percibe la identidad del fenómeno jurídico que subyace a esas dos formas de vivirlo y examinarlo que, desde Hart, reciben el nombre de «punto de vista interno» y «punto de vista externo» sobre el Derecho. Será la filosofía del Derecho la competente para mostrar que los dos puntos de vista se complementan, que sólo son, por separado, respuestas parciales sobre qué sea el Derecho y que sin una síntesis de ambos no se percibirá la unidad del fenómeno jurídico en su pluralidad, ni se producirá la necesaria síntesis para su conocimiento completo.

---

45. OST, F./VAN DER KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du Droit*, cit., p. 93.

46. OST, F., Voz «Science du Droit», en *Dictionnaire d'Eguilles*, París, Bruselas, L.G.D.J./E. Story-Scienza, 1988, p. 367.

47. VARGA, C., «Domaine "externe" et domaine "interne" en droit», cit., pp. 41-42.



## El lugar de la moderna teoría jurídica

Por ANGELES LOPEZ MORENO

Murcia

### 1. *Introducción*

Desde diferentes posiciones doctrinales se ha venido insisitiendo en la afirmación de que si la filosofía jurídica «quiere ser lo que debe ser», no puede limitarse a aplicar la teoría filosófica dominante o, los supuestos «de moda», al orden del Derecho. Esto significaría forzarla, precisamente, «a lo que no debe ser». Por el contrario, la filosofía jurídica ha de plantear su problemática desde el Derecho mismo; ahora bien, desde una actitud crítica y valorativa que permita incorporar los métodos y las soluciones adecuadas a su objeto, provenientes de otros ángulos filosóficos y científicos.

Sin embargo, como muy bien ha señalado A. Ollero, «esta posición choca frontalmente con la cada vez más creciente “mitificación del método” y el intento de diseñar una saber sobre el Derecho que cumplimentaría las exigencias metodológicas de la racionalidad científica»<sup>1</sup>. «Durante largo tiempo, —sigue afirmando Ollero— el método, diseñado apriorísticamente, ha venido condicionando a la verdad; cuando es la realidad y no el método la que condiciona la verdad. El fracaso de esta actitud ha sido mostrado por los nuevos planteamientos, (llevados a cabo particularmente por la hermenéutica gadameriana) de la relación entre verdad y método y, como consecuencia de la articulación entre teoría y praxis que encuentra en el derecho una versión arquetípica»<sup>2</sup>.

Con todo, haciendo el método determinante de la racionalidad científica, la filosofía queda reducida a ciencia, a teoría y metodología de la ciencia, metaciencia, pero como a su vez la ciencia queda reducida a su propio

---

1. Cfr. A. OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, C.E.C. Madrid. 1989. pag. 23.

2. *Ibid.* pág. 22.

lenguaje, la filosofía queda reducida también a «análisis lógico del lenguaje científico», investigación semiótica y, al fin, metalógica.

## 2. Denominación y significado de la teoría del derecho

Desde estas coordenadas, no es difícil comprender la actual polémica creada en torno a la posible sustitución de la «Filosofía del Derecho» por la «Teoría jurídica» («Rechtstheorie», «Legal Theory», «Theorie du Droit»). En la República Federal Alemana, según expone Ralf Dreier<sup>3</sup>, existe una preferencia generalizada por la denominación de «Rechtstheorie», si bien «sobre lo que ha de entenderse efectivamente por Teoría del Derecho, existe cualquier cosa menos unanimidad»<sup>4</sup>.

Esta última afirmación es compartida por A. Kaufmann para quien cualquier intento de formular el significado de la Teoría jurídica conlleva serias dificultades, que vienen dadas no sólo por problemas referidos a su delimitación, sino porque la manera cómo son tratados es también diferente<sup>5</sup>. Quizá por ello Kaufmann no encuentra ninguna diferencia esencial entre Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho, insinuando contenidos teóricos muy próximos.

A pesar de las dificultades existentes en torno al significado de la Teoría del Derecho, en la actualidad parece afianzarse la opinión de que dicha Teoría es el *aspecto formal y estructural* de la Filosofía del Derecho<sup>6</sup>; con esto, a primera vista parece no diferenciarse de la Teoría General del Derecho, interesada en la investigación lógico-formal (concepto, estructura, formas fundamentales del Derecho...) y apoyo metodológico para la aplicación y crítica del derecho positivo. No obstante, la Teoría del Derecho va más allá que la Teoría General del Derecho, buscando el aspecto formal a través de nuevos planteamientos epistemológicos. En realidad, la Teoría del Derecho puede ser calificada como una *forma de Filosofía del Derecho* en sentido amplio<sup>7</sup>, «concretamente aquella forma que se orienta por el modelo episte-

3. DREIER, R., «Concepto y función de la Teoría General del Derecho (trad. de Gregorio Robles Morchón), Revista de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense (nueva época), n.º 52, Madrid, 1978, pag. 112.

4. Ibid. p. 113.

5. A. KAUFMANN, W. HASSEMER (Hrsg.) *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* 5. Aufl., C.F. Müller, Heildeberg, 1989. p. 10, citando a Ulrich Schroth, cuando al preguntar «Was ist denn nun aber die Rechtstheorie?», responde: «Will man heute formulieren, was der Begriff Rechtstheorie... bedeutet, so gerät man in Bedrängnis...». En «Was ist und was soll Rechtstheorie?», en JA, 1972, pag. 1 y ss; op. cit. p. 10.

6. Así KAUFMANN: «... bei der Rechtstheorie geht das Interesse mehr auf formelle und strukturelle Momente, bei der Rechtsphilosophie in egeren Sinne auf das Inhantliche», op. cit. pág. 12.

7. He aquí algunos textos de Gregorio ROBLES MORCHON, que pueden servir para delimitar y aclarar la significación de la Teoría jurídica: «Llamaremos filosofía de Derecho o filosofía jurídica en *sentido amplio* a toda forma de aproximación intelectual al fenómeno jurídico, cuyo cometido sea la comprensión totalizadora u omnicomprendiva del mismo». (*Introducción a la Teoría*



mológico del análisis del lenguaje»<sup>8</sup>. De aquí que no quepa confundirla con la Teoría General del Derecho (entendida como la parte general de las partes generales de la Dogmática jurídica) surgida en el marco del positivismo jurídico y, por tanto, lastrada de los defectos y «errores» que a éste le son imputables<sup>9</sup>.

La Teoría General del Derecho de corte positivista —tanto en su línea normativista como no normativista— había desembocado en lo que Hans-Peter Schneider denomina «Teoría del Derecho sin Derecho»<sup>10</sup>, desvinculando cada vez más la teoría de la praxis, y alejándose cada vez más de su objeto: el Derecho.

Ahora, sin embargo, la Teoría del Derecho, según expone Gregorio Robles, pretende «encontrar un camino idóneo para el desarrollo de una filosofía jurídica útil para los juristas, adaptada a sus problemas y a sus inquietudes»<sup>11</sup>; se trata de una filosofía jurídica para juristas en donde se dan la mano el filósofo y el jurista.

Según el mismo autor, con esta nueva denominación se pretende separarse de las implicaciones metafísico-ontologistas tanto del Derecho natural como de la filosofía del Derecho, al igual que la configuración de un nuevo planteamiento epistemológico que sea capaz de superar la antinomia iusnaturalismo-iuspositivismo. De aquí que la Teoría del Derecho se constituya como filosofía jurídica del positivismo asentada ahora —y esta sería su diferencia con la Teoría General del Derecho— en el lenguaje y en las aportaciones de la hermenéutica filosófica<sup>12</sup>. Con este enfoque se puede construir una teoría del Derecho dirigida a satisfacer las necesidades intelectuales, teóricas y prácticas, del jurista, que hasta hoy no había dado sus frutos,

*del Derecho*, ob. cit. pág. 21). Y más adelante: «Utilizamos esta expresión en su acepción amplia como toda forma de especulación teórico-cognoscitiva sobre el Derecho con pretensiones de incardinar el tema jurídico en un contexto de cosmovisión». Ibid. pag. 23. En su *acepción estricta* llamamos Filosofía del Derecho cuando esta «se reduce a la especulación filosófica sobre el Derecho que tiene por base los planteamientos intelectuales del positivismo y el historicismo... Utilizamos «filosofía del derecho» o «filosofía jurídica» (con minúscula) para referirnos a la *acepción amplia* y «Filosofía del Derecho» (con mayúscula) para referirnos a la *acepción estricta*. Cuando la mentalidad positivista entra en crisis será preciso una propuesta sustitutoria de esta forma de pensamiento jurídico, a la cual llamaremos *Teoría del Derecho*» (Ibid. ).

8. Ibid. pág. 156.

9. Ibid.

10. Hans-Peter SCHNEIDER, «*Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz*», en *Mensch und Recht*, Festchr. für E. Wolf, Frankfurt a M., 1972, págs. 108-136.

11. G. ROBLES, *Introducción...* pág. 11. Por su parte, M. RODRÍGUEZ MOLINERO, en su claro y documentado artículo «*Teoría del Derecho como complemento o sustitución de la Filosofía del Derecho*», entre los motivos que propician al renacimiento o al interés hacia la Teoría jurídica, destaca, por una parte, y apoyándose en cita de F. Bacon con la que inicia su exposición, la queja permanente de los profesionales del Derecho sobre la carencia de utilidad práctica de la Filosofía del Derecho. Queja que se acrecienta en momentos de progreso social y estabilidad política. Esto hace que, en segundo lugar, la razón determinante de este florecimiento radique «en la aspiración, cada vez más intensa, a una mayor atención a los problemas sociales con los que necesariamente ha de contar el Derecho»; interés cada vez mayor hacia la sociología en general y hacia la sociología del Derecho en particular. En *Anuario de Derecho Humanos* n.º 4, Madrid, 1986-87, págs. 340-341.

12. G. ROBLES, Ibid.

pues las teorías iusnaturalistas habían orientado sus «esfuerzos a los cielos», mientras que el iusnaturalismo, de tanto centrarse en la tierra se había «olvidado del sentido»<sup>13</sup>. Pues bien —y esta es la tesis central de G. Robles—: «Ni la idea del Derecho ni el hecho del Derecho, sino el lenguaje del Derecho constituye la vía superadora y comprensiva de la Teoría del Derecho natural y del positivismo jurídico»<sup>14</sup>. Esta nueva vía, que supone la reflexión epistemológico-analítica del lenguaje, va a permitir que la filosofía se constituya en teoría de la ciencia, si bien, incorporando las premisas pertenecientes a la teoría del lenguaje.

En fin, a la hora de deslindar el campo de estudio de la Teoría jurídica, es oportuno partir de la sugerencia ofrecida por A. Kaufmann, según la cual la Teoría jurídica se orienta hacia los aspectos formales y datos estructurales inherentes al Derecho positivo. Esta posición constituye un punto de vista esclarecedor para aclarar el campo de estudio propio, pero la génesis y el desarrollo del texto positivo, como articulación formal y estructural de los contenidos jurídicos, se abre necesariamente a un *contexto* donde las exigencias lógicas, no meramente lingüísticas, implican verdaderos supuestos ontológicos —justicia transistemática, naturaleza de la cosa, derivación lógica y exigencias metodológicas del derecho positivo a partir del derecho natural, de una justicia material—, todas ellas homologadas a lo que significa el carácter unánimemente señalado como *investigación interdisciplinaria del derecho positivo*<sup>15</sup>. Un ejemplo patente en la actual Teoría Jurídica lo constituyen los supuestos metaanalíticos —teoría postanalítica— implícitos en el puro análisis formal o lógico-estructural (hasta, incluso, llegar a uno contenidos mínimos, Hart), y la tensión dialéctica entre los conceptos de *norma* y *regla*<sup>16</sup>.

Este *carácter interdisciplinar* se muestra también en R. Dreier para quien la Teoría jurídica es una disciplina cada vez más amplia, que estaría subdividida en múltiples disciplinas parciales, una de las cuales sería la Teoría General Jurídica del Derecho tradicional y que históricamente sería la primera de todas. La actual Teoría Jurídica actuaría como «*Grenzpostendisziplin*», encargada de recoger las informaciones procedentes de todas las ciencias limítrofes —tanto empíricas como teóricas— para seleccionar aquellas que son relevantes para el Derecho. No obstante, ante la multiplicidad de datos que le llegan de estas ciencias, Dreier piensa que si la Teoría jurídica ha de ser un «*filtro de selección*» para la Dogmática jurídica, debe disponer

13. Ibid. pág 154.

14. Ibid.

15. El subtítulo de la revista «*Rechtstheorie*» (aparecida en 1970, fundada por ADOMEIT, KRAWIETZ Y PODLECH; y coeditada por ENGISCH, KLUG, HART, KELSEN Y POPPER) manifiesta claramente este carácter *interdisciplinar*: «*Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*». Con estos rótulos tan amplios se cubre todo tipo de investigaciones sobre el Derecho: teoría de la ciencia, teoría de los sistemas, antropología, lógica, lingüística, teoría de la información, etc.

16. KAUFMANN, «*Einführung...*» op. cit. p. 12.



de un marco de referencia desde el cual decidir qué tipo de informaciones científicas son relevantes para ésta. Para este contenido no basta con la Teoría General del Derecho, sino que es necesario una teoría más amplia que abarque tanto los aspectos analíticos como los aspectos sociológicos, teóricos y empíricos. Esta función sería desarrollada por la que él llama «Allgemeine Rechtstheorie» y la «Sociología teórica del Derecho». Ambas remitirían a la Sociología General. Naturalmente, la posición de Dreier pone el acento en una concepción del Derecho como fenómeno esencialmente social o como parte del sistema social, a la cual habría que añadir el problema de si una teoría jurídica es autosuficiente o si más bien debe referirse a la Filosofía jurídica, del mismo modo que la Sociología encuentra su referencia en la Filosofía Social<sup>17</sup>.

Como vemos, la Teoría jurídica se muestra como una disciplina abiertamente *interdisciplinar* y en esto coincide con la Filosofía del Derecho. Sin embargo, es preciso establecer las fronteras entre ambas, pues tanto en su origen como en la actualidad, sigue existiendo una clara diferencia.

En su trabajo de habilitación para la Universidad de Hamburg, Heiner Alwart introduce una muy acertada crítica en torno al problema de la confusión de fronteras existente entre Filosofía del Derecho y Teoría jurídica. Empieza señalando cómo la Teoría del Derecho y la Sociología del Derecho pretenden suprimir el «antiguo» pensamiento filosófico por nuevas formas de pensamiento, para, con este fin, relevar a la Filosofía jurídica como ciencia de los fundamentos del Derecho<sup>18</sup>. Como ejemplo más significativo destaca la Sociología del Derecho sistemática de Luhmann, para el cual la investigación del Derecho debe ser dirigida a describirlo externamente. Por ello cuando se le pregunta por el concepto del Derecho Luhmann afirma que: «Recht ist was Recht ist»; responde pues, con una tautología que como tal nada dice<sup>19</sup>, pero comprensible desde la perspectiva externa de la que parte el propio autor, y que le impide penetrar en el mundo mismo del Derecho, función que corresponde —dice Alwart— a la Filosofía del Derecho.

También la Teoría jurídica pretende sustituir a la Filosofía del Derecho. Aquí Alwart critica la ambivalente posición de Dreier, pues éste por una parte acentúa el «eterno retorno» de la Filosofía, pero, por otra parte, lo hace depender del tratamiento «científico» que la misma puede dar a los problemas prácticos; pero como además, y aquí la paradoja, este tratamiento es el que viene utilizando —especialmente para las cuestiones ético-jurídicas— la Teoría jurídica, las fronteras entre la Filosofía jurídica y Teoría jurídica no quedarían marcadas. A esto habría que añadir que con este tratamiento

---

17. DREIER, op. cit.

18. ALWART, H., «Recht und Handlung», Mohr, Tübingen, 1987, p. 6.

19. LUHMANN, N. «Rechtssoziologie», Opladen, 1983, 2. Aufl., p. 363.

la filosofía jurídica quedaría lastrada metodológicamente, situándose en dependencia de la metodología científica<sup>20</sup>.

Frente a esta ambivalencia que muestra el planteamiento de Dreier, Alwart defiende la *necesidad* y la *especificidad* de la Filosofía del Derecho, aceptando como ciencias particulares, la Teoría jurídica, la Sociología jurídica, etc.

La Filosofía del Derecho, resalta Alwart, tiene como objeto claro fundamentar el Derecho, y por tanto, responder a la pregunta ¿qué es el derecho según su esencia?, o ¿qué significa la palabra Derecho?<sup>21</sup>. La Filosofía del Derecho no es para él ni un hecho bruto, ni un deber objetivo, sino fundamentalmente un «*contenido de significado*», de aquí que su perspectiva se sitúe claramente en la *hermeneútica*. Como disciplina fundamentalmente debe reducir a una unidad los diversos sentidos de lo jurídico y no dispersarlos en una serie de disciplinas sectoriales de carácter «científico». La Filosofía, indaga los fundamentos y los límites de la ciencia, adoptando una perspectiva extracientífica, tanto por su método como por su situación. La ciencia no puede autojustificarse: «La Sociología del Derecho, y las disciplinas teórico-jurídicas particulares, necesitan ellas mismas una fundamentación filosófica, siempre que no quieran reclamar para sí el status de dogmas exentos de crítica...»<sup>22</sup>.

La propuesta de Alwart de «fundamentar una jurisprudencia filosóficamente», alejada del moralismo iusnaturalista, del causalismo sociológico-jurídico y del logicismo teórico-jurídico, se apoya, como apuntamos, en una concepción, «*hermeneútica-analítica*», o mejor aún, una *hermeneútica del Derecho* sobre la base de una *hermeneútica de la acción*, pues, desde su punto de vista, la hermeneútica analítica busca «el derecho en la acciones reales de un círculo determinado de personas»<sup>23</sup>.

### 3. *Aproximación a su temática*

En su excelente artículo, «*Teoría del Derecho como complemento o sustitución de la Filosofía del Derecho*», M. Rodríguez Molinero afirma que la razón decisiva del interés creciente por la Teoría del Derecho viene dado por tres importantes corrientes de pensamiento, que en definitiva van a penetrar la temática de la misma: 1.<sup>a</sup>) la conjunción del neopositivismo lógico y la Filosofía analítica que tiene su versión paralela dentro del pensamiento jurídico en el normativismo kelseniano y su posterior modelación por parte de la Teoría del Derecho analítica, 2.<sup>a</sup>) la «Teoría crítica» (*Kristische Theorie*) de la Escuela de Frankfurt, y 3.<sup>a</sup>) la influencia más reciente de la teoría de

20. ALWART, op. cit., pp. 7-8. En el mismo sentido J. DELGADO PINTO. «*Los problemas de la filosofía del derecho en la actualidad*», en *Anales de la Cátedra*. F. Suárez, n.º 15, 1975, pp. 37-38.

21. Ibid. p. 8.

22. Ibid. p. 9.

23. Op. cit. p. 164.



los sistemas y sus temas, con su concepción del Derecho como subsistema del complejo sistema social, cuyos desarrollos hay que atribuir a Schelsky, y en la actualidad a N. Luhmann<sup>24</sup>.

Como puede verse, dada la complejidad de corrientes que inciden en la Teoría del Derecho, y dada también la complejidad temática extraída de los escasos y poco definidos intentos de configuración<sup>25</sup>, sólo la reflexión de carácter filosófico y por tanto, externa a la propia Teoría Jurídica, llegaría a calificar el tema o temas centrales que corresponden al conocimiento general del Derecho y que han de definir, articulando en su interior, críticamente, los diversos paradigmas o modelos epistemológicos para la Teoría del Derecho.

A continuación y ante la situación actual de la Teoría jurídica, sin proponer una síntesis última de resultados, enunciaremos los temas que parecen centrar y articular el desarrollo de la Teoría del Derecho. En éstos se da una relativa coincidencia entre las posiciones tan diversas, y consideramos que, a partir de las mismas, tales diferencias doctrinales, a menudo se reducen al *desarrollo analítico* de los que son temas de estudio.

A) Ante todo la *Semiótica jurídica*, incluido su desarrollo en términos específicos de una *semiología jurídica*. No se trata ahora del aspecto epistemológico según el cual la semiótica jurídica fundamenta el estudio, en general, de la Teoría del Derecho. Se trata del planteamiento sustantivo de la semiótica jurídica como análisis científico del texto o discurso jurídico-positivo. Desde un punto de vista lingüístico, previo a nuestras consideraciones, el análisis semiótico del texto jurídico-positivo se desdobra en un plano deóntico, relativo a la norma y a las estructuras normativas y en el plano que afecta a las situaciones jurídicas del sujeto y a la dinámica de sus facultades y poderes jurídicos.

El aspecto filosófico implícito en este tema corresponde a la función semiótico-jurídica en cuanto capaz, en relación con las diversas metateorías jurídicas, de integrar el propio lenguaje filosófico-jurídico y ofrecer así un esquema unitario de la Teoría jurídica.

B) En segundo lugar la *Hermeneútica jurídica*. Se trata de la consideración fundada en la comprensión, interpretación y aplicación de los elementos normativos para esclarecer y describir su génesis histórico-cultural hasta su incorporación al texto escrito positivo como término de la efectividad

---

24. RODRÍGUEZ MOLINERO, cit. págs. 341-342.

25. Entre ellos los de A. PODLECH, «Entwurf einer Rechtstheorie als Strukturtheorie positiver dogmatisch gefasster Rechtsordnungen», en «*Rechnen und Entscheiden. Mathematische Modelle juristische Argumentierens*», Berlín, 1976, y en «*Architektur einer möglichen Rechtstheorie*» en *Rechtstheorie*, 7 Band, Heft. 1, 1976, págs. 1-21. El Prof. RODRÍGUEZ MOLINERO señala el esquema de todo el contenido temático de la Teoría del Derecho según Podlech, en las págs. 345 a 349 del citado artículo «*Teoría del Derecho como complemento...*».



de su propia tradición histórica<sup>26</sup>. El momento filosófico, de nuevo, corresponde a la primera tarea señalada: la comprensión del texto dogmático remite esencialmente a procesos productivos o de creación histórico-cultural.

C) En tercer lugar, la *Teoría de la justicia*, planteamiento temático que comprende, desde la dimensión ética del acto justo hasta la realización justa, por obra del subsistema del derecho, desvinculada del momento integrador del acto humano: privada así de toda significación ética y política en cuanto al acto de justicia se describa como «aktforming», (Luhmann)<sup>27</sup>.

Entendemos que este contenido temático de la Teoría del Derecho se justifica, en ciertas posiciones, en conexión con una teoría ontológica del orden social, fundamentado como tal, metasociológico, del orden institucional empírico (Krawietz)<sup>28</sup>, frente a pretendidos intentos de nuevo positivismo con su «minimum» de contenido ético (Dreier)<sup>29</sup>.

D) En cuarto lugar, la teoría *analítico-dogmática* de las formas o estructuras en la perspectiva de la teoría fenomenológica del derecho positivo. Su diferenciación precisa, con respecto a la Teoría General del Derecho clásica, se funda en puntos de vista filosóficos, desde los cuales pueda explicarse la génesis de las propias formas jurídicas, por ejemplo, con fundamento en la fenomenología jurídica (Reinach) aplicados a la teoría de la normatividad jurídica. O bien, resultado de una lógica-ontológica material concreta, que inviste las formas dogmáticas del Derecho en las doctrinas de la

26. Esta posición posibilitaría el camino —según KAUFMANN— hacia el nuevo planteamiento teórico-jurídico y metodológico: no se trataría ya de cómo deducir lógicamente el Derecho a partir de unas normas rígidas, sino que el planteamiento de la cuestión consistiría más bien en cómo puede el Derecho ser hermeneúticamente comprendido partiendo de lenguaje histórico vivo, «Entre iusnaturalismo y positivismo: hacia una hermeneútica jurídica». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n.º 17. Granada, 1977, pág. 357. Aquí también dice que «comprender un texto no es algo puramente receptivo sino un proceder práctico y conformador», pág. 358. Sólo este tipo de proceder permite hacer el derecho concreto e histórico. En este mismo sentido HRUSCHKA, «Rechtasanwendung als methodologisches Problem», en A.R.S.Ph., 1964, pág. 485 y ss.; también en ENGISCH y HASSEMER, «Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken», 1963, pp. 14 y ss.; y en *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtliche Hermeneutik*, 1968, pag. 135. HASSEMER, en «Hermeneútica y Derecho» (Anales de la Cátedra Fco. Suárez. n.º 25, 1985. pp. 63 y ss.), establece las diferencias entre la hermeneútica jurídica y las teorías analíticas, así como la teoría del derecho teórico—sistémica (especialmente pp. 67 a 69).

27. En este sentido estaríamos pendientes de la últimas consideraciones de LUHMANN respecto a la justicia. Cfr. «Gerechtigkeit in den Rechtssystem der modernen Gesellschaft», en *Rechtstheorie*, 1973, 2. Sobre este punto un minucioso estudio se ofrece en el artículo de J. I. MARTÍNEZ GARCÍA, «Justicia e igualdad en Luhmann», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (nueva época), vol. 4, Madrid, 1987, págs. 43-87. También en LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der moderne Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1989. Cuestiones fundamentales se abordan en el artículo de J. M.<sup>a</sup> GARCÍA BLANCO, *Poder y legitimación en la teoría sociología de N. Luhmann*. *Revista Internacional de Sociología*, 1986, págs. 303-325. Una perspectiva crítica muy sugerente se ofrece en A. OLLERO TASSARA, «Querencia "normativa" de la descripción sociológica», en «Derechos humanos y metodología jurídica», op. cit. págs. 63-88.

28. Especialmente en W. KRAWIETZ, «Neues Naturrech oder Rechtspositivismus. Eine Kritische Auseinandersetzung mit den Begriff des Rechts bei R. Dreier un N. Hoersters». *Rechtstheorie*, 18. Heft 2, 1987, págs 209-254; así como la respuesta de R. DREIER, «Neues Naturrech oder Rechtspositivismus?». In *Erwiderung auf W. Krawietz*, *Rechtstheorie*, 18, Heft, 3, 1987, págs. 368-385.

29. Se trata, dice Krawietz —criticando a Dreier— de un positivismo jurídico que sirve de protección para la perla de la justicia («als Austernschale für die Perle der Gerechtigkeit»), «Neues Naturrech...», cit. pag. 210.



naturaleza de la cosa. Una vez más habría que señalar la significación y el alcance críticos de los supuestos filosóficos —ya en una consideración científica— al tratar de localizar las formas y los procesos del derecho positivo en el plano semiótico de la investigación pragmática.

E) En quinto lugar, la teoría de la *argumentación jurídica*. Fundada en la racionalidad ético-jurídica, comprende la fundamentación y el análisis de los elementos operativos de la argumentación en el plano de la decisión. El momento filosófico se sitúa en la necesidad temática de la fundamentación de la argumentación jurídica (Alexy)<sup>30</sup>, y de la decisión, como también en la formación del consenso y, en sus consecuencias retóricas como condición del proceso argumentativo (Rawls, Höffe, Robles)<sup>31</sup>, y así, en la consideración teórica de la misma al referirse a elementos de la argumentación definidos como *pragmático-universales*. Las diversas teorías de la argumentación jurídica reclaman, otra vez, más allá de los límites de la Teoría del Derecho, el deslinde, dentro de la argumentación práctica en general, de los factores y procesos específicos de una argumentación jurídica y, en particular, los límites dogmáticos, legales, jurisdiccionales, dentro de los cuales ha de desarrollarse el proceso argumentativo.

La actual Teoría jurídica sugiere, con toda energía, la conexión del tema de la argumentación con los supuestos teóricos generales de una *teoría de la información*.

A modo de balance final, añadir tan sólo que en la situación actual de la Teoría jurídica como disciplina jurídica básica<sup>32</sup>, no puede excluirse, a priori, ninguno de los temas señalados incluso con anterioridad a la definición de un modelo epistemológico del Derecho que podría resultar particular o unilateral.

Cuestión distinta es conseguir una síntesis temática que sólo podrá centrarse, inicialmente, en el predominio de alguno o algunos de estos temas y su necesaria irradiación sobre los restantes. Ello obliga a admitir con carácter transitorio la justificación relativa de una determinada posición doctrinal ante el Derecho como término crítico, en nuestras consideraciones, para aceptar la legitimidad de la unidad temática sustentada en aquel o aquellos temas predominantes. Así, se plantea el problema de superar la tensión entre posiciones hermeneúticas, de un lado, posiciones analíticas, de otro, posiciones incluso sociológicas. Tal síntesis, en definitiva, remite a

30. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e Isabel Espejo. C.E.C., Madrid, 1989, especialmente págs. 203 y ss. Vid. también KRAWIETZ-ALEXY, *Metatheorie juristischer Argumentation*, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 108, Duncker-Humblot. Berlín, 1983.

31. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, 1972, trad. de M. Dolores González, F.C.E. México, 1979; O. HÖFFE, *Estudios sobre la teoría del derecho y la justicia*, ob. cit. esp. págs. 151 y ss.; G. ROBLES, *Introducción a la Teoría Jurídica*, ob. cit. especialmente el juego de la teoría de la decisión en la configuración de la Teoría del Derecho, págs. 155 y ss., en especial 162-163.

32. RODRÍGUEZ MOLINERO, «*Teoría del Derecho como complemento...*», cit. pág. 339.

puntos de vista críticos no sólo epistemológicos, sino también gnoseológicos, donde la gnoseología jurídica radica en un plano rigurosamente filosófico. De lo contrario, tendría razón M. RODRIGUEZ MOLINERO cuando afirma que el resultado de este eterno retorno de lo igual evidencia que la literatura explosiva, profusa, en torno a la Teoría del Derecho «corre el riesgo de convertirse en tan ligera y tan alegre como lo fuera la literatura en torno al Derecho natural en los años inmediatamente posteriores a 1945<sup>33</sup>».

---

33. Ibid. pág. 342.



## Ciencia jurídica y dualismo metodológico

Por JOSE JUAN MORESO

Barcelona

### 1. *Introducción*

El estatuto epistemológico de la ciencia jurídica (la *dogmática jurídica*) es una cuestión que, desde la segunda mitad del siglo pasado, ocupa y preocupa a juristas y filósofos del Derecho.

A menudo, este debate se ha convertido en una discusión de palabras. Más concretamente, se ha convertido en la discusión sobre si la dogmática jurídica es merecedora o no del apelativo 'ciencia'. En mi opinión, las discusiones de palabras son estériles. Mas, no es estéril averiguar cuál es el alcance cognoscitivo de la ciencia jurídica: ¿qué tipo de conocimiento proporciona la dogmática jurídica?

Para tal fin, distinguiré primero entre conocimiento formal (propio de las ciencias formales o abstractas) y conocimiento factual (propio de las ciencias factuales o empíricas). A continuación, expondré la tesis del monismo metodológico (la unidad de método de las ciencias empíricas) y la tesis del dualismo —o, a veces, pluralismo metodológico— (pluralidad de métodos según el sector de la realidad que es objeto de conocimiento), distinguiendo en esta última tesis dos versiones: la neokantiana —que distingue entre ciencias naturales y ciencias espirituales o culturales— y la postwittgensteiniana —debida a la influencia del segundo Wittgenstein, autor de las *Investigaciones filosóficas*, que distingue entre ciencias naturales y ciencias hermenéuticas—.

De esta forma, estaré en condiciones de presentar las concepciones de la dogmática jurídica como ciencia formal y como ciencia espiritual o hermenéutica, en mi opinión prevalentes entre los filósofos del Derecho.

Terminaré con una valoración crítica de estas tesis que me permitirán establecer algunas conclusiones acerca del estatuto cognoscitivo de la dogmática jurídica y con una reflexión, desde el punto de vista epistemológico, acerca del positivismo jurídico.

## 2. Ciencias formales y ciencias factuales

D. Hume finaliza su conocida obra *Enquiry Concerning Human Understanding* con un pasaje que ha devenido clásico:

Cuando persuadidos de estos principios recorremos las bibliotecas, ¡qué estragos deberíamos hacer! Tomemos en nuestra mano, por ejemplo, un volumen cualquiera de teología o metafísica escolástica y preguntémosnos: ¿contiene algún razonamiento abstracto acerca de la cantidad y el número?, ¿no?; ¿contiene algún razonamiento experimental acerca de los hechos y cosas existentes?, ¿tampoco? Pues entonces arrojémoslo a la hoguera, porque no puede contener otra cosa que sofismas y engaño. (Hume 1748: XII, 131).

Aparte del rechazo de la metafísica, este pasaje presenta la distinción entre dos tipos de conocimiento: el conocimiento *formal o abstracto* y el conocimiento *factual o empírico*.

El conocimiento formal o abstracto es el conocimiento de las *ciencias formales o abstractas*, las ciencias que estudian las entidades ideales o abstractas: la lógica y las matemáticas.

El conocimiento factual o empírico es el conocimiento de las *ciencias factuales o empíricas*, las ciencias que estudian las entidades factuales: la física, la química, la biológica, la economía, la sociología, etc.

Las ciencias son, dicho de forma muy general, sistemas de enunciados asertivos verdaderos.

Los enunciados de las ciencias abstractas se distinguen de los enunciados de las ciencias empíricas por las siguientes características:

1) Los enunciados de las ciencias abstractas son *analíticos*, es decir, necesariamente verdaderos. Así, por ejemplo, es necesariamente verdadero el teorema de la lógica proposicional (teorema del tercero excluido) ' $p \vee \neg p$ ' (' $p$  o no  $p$ '). ' $p \vee \neg p$ ' es verdadero independientemente del sentido del símbolo ' $p$ ' e independientemente del estado de referencia de ' $p \vee \neg p$ ' (independientemente de la realidad empírica).

En cambio, los enunciados de las ciencias empíricas son *sintéticos*. Su verdad depende del sentido de los símbolos y del estado de referencia de los enunciados.

2) Los enunciados de las ciencias abstractas son verdaderos completa y definitivamente. En cambio, la verdad de los enunciados de las ciencias empíricas es parcial y provisional. El antiguo ideal del conocimiento como un conocimiento definitivo sólo es válido para las ciencias abstractas. El conocimiento empírico es un conocimiento —diciéndolo con expresiones popperianas— conjetural y refutable. Los enunciados científicos de las ciencias empíricas pueden ser sustituidos por otros nuevos enunciados que, ahora, muestran ser una mejor aproximación a la verdad.



3) Los enunciados de las ciencias formales no son ampliativos de nuestro conocimiento. Los enunciados de las ciencias factuales, en cambio, sí amplían nuestro conocimiento de la realidad<sup>1</sup>.

### 3. *La tesis del monismo metodológico*

La tesis del monismo metodológico sostiene que las ciencias no formales disponen de un único método. Este punto de vista fue sostenido por dos grandes filósofos del siglo XIX: A. Comte (1844), máximo representante del positivismo filosófico, y J. S. Mill (1843), continuador de la tradición empirista inglesa. La obra de ambos filósofos puede situarse en la esfera del lema según el cual el conocimiento humano debe «atenerse a los hechos y solamente a los hechos» (J. S. Mill pensaba incluso que la lógica y las matemáticas dependen de la experiencia, que son también ciencias «inductivas»).

Este punto de vista fue continuado en el seno del positivismo lógico del Círculo de Viena. Los filósofos asociados a esta corriente señalan como uno de los elementos fundamentales del movimiento el postulado de la *unidad de la ciencia*<sup>2</sup>.

Sin embargo, este postulado va acompañado de una nueva presentación del lema «atenerse a los hechos y solamente a los hechos». Se trata del principio de verificación. Según dicho principio, un enunciado tiene sentido si y sólo si es un enunciado analítico o es un enunciado verificable —puede establecerse su valor de verdad de forma concluyente—. Ello supone que las leyes científicas son lógicamente reducibles a enunciados de experiencia. Este criterio es demasiado estricto, puesto que muchas leyes científicas no son reductibles a enunciados de experiencia. K. R. Popper criticó, de forma convincente, esta concepción y escribió: «Los positivistas, en sus ansias de aniquilar la metafísica, aniquilan juntamente con ella la ciencia natural» (Popper 1934:36).

Por esta razón, el principio de verificación ha sido abandonado. A pesar de ello, los filósofos que siguen trabajando en lo que puede denominarse el «espíritu del Círculo de Viena» mantienen el monismo metodológico:

1. Puede verse una caracterización semejante de la distinción entre ciencias formales y ciencias factuales en Bunge 1969: 38-41 y Hernández Marín 1989: 455-457.

Por otra parte, conviene señalar que W. V. Quine en su artículo «Two Dogmas of Empiricism» (1953: 20-46) levantó graves sospechas respecto a la distinción entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos y, como consecuencia, respecto de la distinción entre ciencias formales y ciencias factuales. Unas sospechas que le llevan a sugerir que, probablemente, todo el conocimiento humano es factual.

2. Como es sabido el Círculo de Viena surgió en los años veinte de este siglo en torno de M. Schlick, junto al cual —y bajo la influencia de autores como B. Russell y L. Wittgenstein— se agruparon R. Carnap, O. Neurath, V. Kraft... a los que hay que añadir a los miembros del grupo de Berlín, entre los que destacan H. Reichenbach y C. G. Hempel. Para la cuestión de la unidad de la ciencia puede verse, por ejemplo, Ayer 1936: 199-201.

el método científico es el mismo para todas las ciencias (factuales). K. R. Popper (1975:83) expresa la regla básica de ese método con las siguientes palabras:

El método de la ciencia es el método de conjeturas audaces e ingeniosas seguidas por intentos rigurosos de refutarlas<sup>3</sup>.

#### 4. *La tesis del dualismo metodológico*

##### 4.1. *Ciencias naturales y ciencias espirituales: el neokantismo*

La tesis positivista del monismo metodológico fue contestada por la distinción, surgida en la filosofía neokantiana alemana de fines del siglo XIX, entre *ciencias de la naturaleza* («Naturwissenschaften») y *ciencias del espíritu* («Geisteswissenschaften») o *ciencias de la cultura* («Kulturwissenschaften»).

Esta distinción procede de los teóricos neokantianos de la escuela su-occidental o de Baden, H. Rickert y W. Windelband (pero se halla también en la obra de W. Dilthey o M. Weber, por ejemplo)<sup>4</sup>.

Esta tradición sostiene, en cambio, que hay dos (o más, según algunos de sus representantes) tipos de ciencias factuales. Esta tesis se conoce como *dualismo* (o *pluralismo*) *metodológico*. Para estos autores, la actividad científica y el saber científico son distintos según del tipo de ciencia de que se trate. Los enunciados de las *ciencias de la naturaleza* son enunciados de carácter general, los enunciados de las *ciencias del espíritu*, en cambio, son de carácter *particular*. Mientras las ciencias de la naturaleza tratan de elaborar leyes generales referidas a clases ilimitadas de fenómenos (*ciencias nomotéticas*), las ciencias del espíritu tratan de elaborar enunciados referidos sólo a individuos o fenómenos determinados (*ciencias idiográficas*).

Por otra parte, el propósito de las ciencias de la naturaleza es *explicar* («erklären») los fenómenos que constituyen su objeto de estudio; el propósito de las ciencias del espíritu, en cambio, es *comprender* («verstehen») los fenómenos individuales en aquello que tienen de singular.

Lo que, a mi juicio, ha sido menos notado en esta polémica es la diversa ontología que subyace en la dicotomía metodológica entre explicación y comprensión. Para el conocimiento explicativo el objeto de estudio son entidades factuales (sean objetos: planetas, minerales, bacterias, etc.; o procesos: eclipses, cristalizaciones, mitosis, etc.), para el conocimiento comprensivo parece —a primera vista— que el objeto de estudio son también entidades factuales (acciones humanas simples o complejas, básicamente). Mas, la lectura de los defensores de esta doctrina nos hace ver que, en realidad, el objeto de

3. En el mismo sentido ha escrito M. Bunge (1969: 29): «Frente a prescripciones tan dogmáticas y estériles (teóricamente injustificadas), lo mejor es tener presente la que acaso sea la única regla de oro del trabajo científico: audacia en las conjeturas, rigurosa prudencia en someter a contrastación las conjeturas».

4. Vd., al respecto, V. Wright 1971: 22-25 y Larenz 1979: 113 y ss.



la *comprensión* no son las acciones humanas sino el *sentido* de esas acciones (vd. Weber 1922:12). Y, muy a menudo, el sentido de una acción es comprendido como una entidad ideal. H. Rickert sostenía que son los *valores* los que confieren *sentido* a las acciones humanas incardinándolas así en el mundo de la idealidad (Rickert 1899:46-47). Y W. Dilthey (1833:45) escribió:

La fundamentación más profunda del puesto independiente de las ciencias del espíritu junto a las ciencias de la naturaleza... se realiza al llevarse a cabo en ella el análisis de la vivencia total del mundo espiritual, que manifiesta su incomparabilidad con toda experiencia sensible acerca de la naturaleza.

V. Wright (1971:24), un defensor contemporáneo del dualismo metodológico, ha escrito al respecto:

Se comprenden los objetivos y propósitos de un agente, el significado de un signo o de un símbolo, el sentido de una intuición social o de un rito religioso. Esta dimensión intencional o, como también seguramente podría decirse, esta dimensión semántica de la comprensión ha llegado a jugar un papel relevante en la discusión metodológica más reciente.

La alusión a la «dimensión semántica» de la comprensión confirma mi afirmación de que el objeto de la comprensión son entidades ideales y no entidades factuales<sup>5</sup>.

#### 4.2. *Ciencias naturales y ciencias hermenéuticas: la influencia del segundo Wittgenstein*

La filosofía anglosajona había estado, desde J. S. Mill, ampliamente dominada por el monismo metodológico, con algunas relevantes excepciones como las de los idealistas R. G. Collingwood y M. Oakeshott<sup>6</sup>.

La tradición empirista, imperante en dicha filosofía, y la influencia creciente en ese ámbito de la filosofía analítica procedente del Círculo de Viena parecía reafirmar el monismo. Mas, la influencia de las *Investigaciones filosóficas* (1953) de L. Wittgenstein vendría a cambiar, parcialmente, la situación. La influencia de esta obra permite distinguir dos corrientes diferenciadas en el seno de la filosofía analítica:

a) Aquélla que ha seguido manteniendo su núcleo básico de interés en cuestiones de filosofía de la ciencia. Una corriente que mantiene la tesis del monismo metodológico. Y que, a pesar de sus importantes diferencias,

5. M. Bunge (1982: 175) ha criticado, con razón a mi juicio, la utilización de expresiones como 'sentido o significación de los hechos sociales' y ha afirmado: «No conviene violar la etimología de 'significación', que se refiere a *signos*, no a hechos extralingüísticos: se puede hablar legítimamente de la significación de los acontecimientos (a menos que se pretenda que ciertos hechos son signos o augurios de otros). Dicho en otros términos: es menester no confundir el estudio sociológico de las acciones humanas con la semiótica». En el mismo sentido Collin 1985: 335.

6. Vd. Collingwood 1946: 169-189 y Oakeshott 1933, en donde afirma «la realidad es un mundo: un mundo de ideas» (1933: 323).

pueden representar hoy en día filósofos como K. R. Popper, W. V. Quine, M. Bunge o la filosofía de la ciencia «estructuralista» de J. Sneed y W. Stegmüller.

La otra corriente, continuadora de la filosofía del segundo Wittgenstein, denominada *filosofía del lenguaje ordinario*, ha mostrado poco interés por la filosofía de la ciencia. Esta corriente ha rescatado, sin embargo, la distinción neokantiana entre *explicación*, propia de las ciencias naturales, y *comprensión*, propia de las ciencias hermenéuticas. Dos obras destacadas en esta tradición son *The Idea of a Social Science* (1958) de P. Winch y *Explanation and Understanding* (1971) de G. H. v. Wright.

Estos autores sostienen que el método adecuado a las ciencias sociales es el método comprensivo (la «comprensión empática») y que la realidad social debe ser «interpretada» mediante los conceptos y reglas que determinan las relaciones sociales y que confieren, a su vez, «significado» a los comportamientos sociales<sup>7</sup>.

En mi opinión, también en estas obras se asume que el objeto de la comprensión son los «significados» (concebidos como entidades ideales) de las acciones humanas. La obra de Winch, en concreto, ha sido acusada de negar, incluso, la existencia de la realidad externa al universo del discurso, cayendo así en el idealismo (Jarvie 1970:159-181).

Esta corriente viene a unirse a la importancia que la hermenéutica ha adquirido en el pensamiento filosófico alemán. M. Heidegger (1927:160 y ss.) sostuvo que el *comprender* es una forma de conocimiento distinta del *explicar* y que dicha forma de conocimiento se alcanza a través de la hermenéutica. Dicha posición ha sido desarrollada, por ejemplo, en la obra de H. G. Gadamer<sup>8</sup> y J. Habermas<sup>9</sup>. En este sentido, es oportuno escuchar las voces de K. O. Apel (1972-1973: II. 27 y ss., 1979:1-76) y V. Wright (1971:52 nota 86) cuando proponen unir la tradición filosófica continuadora del segundo Wittgenstein con esta tradición continental en una tradición *hermenéutica* distinta de la *filosofía analítica* de corte empirista surgida de la filosofía de B. Russell, el primero Wittgenstein y del Círculo de Viena.

7. A veces se discute cuál sea el sentido que deba conferirse a la obra de v. Wright. Sin embargo, sus propias palabras, en una réplica a sus críticos, son esclarecedoras: «La comprensión cumple en historia y en ciencias sociales un papel característico que las separa de las ciencias naturales» (V. Wright 1976: 180).

8. Gadamer (1975: 11) afirma que no pretende reavivar la vieja disputa metodológica entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, y que «no hace falta querer reservar una autonomía particular a las ciencias del espíritu»; sin embargo también escribe que «tampoco puede pasarse por alto el hecho de que en las ciencias del espíritu el saber precientífico desempeña un papel mucho mayor» (predominante a su juicio).

9. Vd. Habermas 1967: 81-277, 1981: Cap. I, Sec. 4, y 1983: 31-56. Aunque también Habermas (1983: 41 nota 8) sostiene que con su distinción entre ciencias hermenéuticas y ciencias no hermenéuticas no pretende preconizar ningún dualismo ontológico: eso es, a mi juicio, lo que hace cuando distingue entre «acontecimientos materiales» y «objetivaciones inteligibles de significado» (1983: 35-36).



### 4.3. Comentario

La tesis de la unidad de la ciencia, propia del monismo metodológico, va, usualmente, acompañada de otras dos tesis: 1) La tesis de que las ciencias naturales con alto grado de formalización, como la física teórica, constituyen un patrón metodológico que mide el grado de desarrollo de las demás ciencias, incluidas las ciencias sociales y 2) la tesis de que la explicación científica consiste, dicho simplificado, en la subsunción de casos individuales bajo leyes generales hipotéticas acerca de la realidad empírica (Vd. V. Wright 1971:21-22).

Frente a ello, las diversas versiones del dualismo metodológico sostienen la pluralidad metódica sobre la base de que: 1) Las ciencias del espíritu (o hermenéutica) no pretenden la obtención de leyes generales explicativas de los fenómenos individuales, sino de enunciados particulares comprensivos del sentido de los fenómenos individuales<sup>10</sup> y 2) el científico social necesita, para tal fin, de la «comprensión empática» con su objeto de estudio, o, dicho en versión «hermenéutica», necesariamente la «precomprensión» del científico social determina el resultado de su investigación.

A mi juicio, estas críticas a la unidad de la ciencia van desencaminadas.

La explicación de un evento individual no significa, en ningún caso, una aproximación a *todas* las características de ese evento. Este tipo de explicación es inalcanzable tanto para las ciencias naturales como para las ciencias sociales. La explicación científica es siempre la explicación de la ocurrencia de *alguna* característica repetible de ese evento (Hempel 1965:163).

Como ha escrito M. Bunge (1969:45): «La investigación científica es, dicho brevemente, la búsqueda de estructuras». La descripción completa de un evento individual es tan imposible a la historia (el asesinato de Julio César o el descubrimiento de América) o a la antropología (la inmigración a la ciudad de la mayoría de la población de una determinada zona rural), cuanto a la química (el comportamiento de una molécula concreta de hidrógeno) o a la biología (todas las características del gen *y* del cromosoma *x*) (vd. Hempel 1942:231-243). La unidad de la ciencia se basa, precisamente, en la repetición de algunas características de los eventos (en el hallazgo de estructuras en la realidad) que permite la formulación de hipótesis generales las cuales, una vez sometidas a contrastación, devienen leyes susceptibles de integrarse en una teoría.

Por otra parte, como también sostiene C. G. Hempel (1965:11): «la presencia de un estado empático en el intérprete no es una condición necesaria ni suficiente para una sólida interpretación o comprensión en el sentido científico». La comprensión empática (o la precomprensión) forman parte

10. De hecho la hermenéutica procede de disciplinas como la *teología dogmática* o la *dogmática jurídica*, cuyo objetivo no es explicar mediante leyes generales sino interpretar textos, mediante enunciados particulares. (Vd., en este sentido, Patzig 1980: 70).

de lo que ha sido denominado el *contexto de descubrimiento* (la ciencia como actividad) pero carece de relevancia en el *contexto de justificación* (la ciencia como resultado). Como dice Hempel (1942-239) tiene, solamente, una utilidad «heurística».

Sin embargo, el aspecto que quizás debilita, en mayor medida, la tesis dualista es su ontología subyacente. Como ya he señalado, el objeto de la comprensión no son fenómenos de la realidad empírica, sino «sentidos» de acciones humanas simples o complejas (habitantes del mundo de la idealidad). Un filósofo como R. Rorty, cercano a las tesis hermenéuticas, ha escrito:

Debe confesarse que la noción según la cual hay un conjunto especial de métodos apropiados para las disciplinas «soft» —las Geisteswissenschaften— tiene vínculos históricos con el idealismo (1980:343)<sup>11</sup>.

Con lo cual, ninguna de las razones contrarias a la tesis de la unidad de la ciencia parecen convincentes. La actividad de la ciencia es una actividad explicativa y su resultado es la formulación de leyes generales<sup>12</sup>.

## 5. *La ciencia jurídica*

### 5.1. *Introducción*

En este epígrafe trataré de mostrar que los filósofos del Derecho han concebido, casi siempre, la ciencia jurídica como una ciencia que tiene como objeto de estudio entidades ideales y, consecuentes con ello, han sostenido que la ciencia jurídica es una ciencia formal o, más tarde, que la ciencia jurídica es una ciencia espiritual o hermenéutica.

### 5.2. *La ciencia jurídica como una ciencia formal*

Los iusnaturalista racionalista concibieron la ciencia jurídica (la jurisprudencia), al igual que la ética, como una ciencia formal o abstracta cercana a las matemáticas<sup>13</sup>.

11. J. Searle (1984: 90), otro reciente (y postwittgsteiniano) defensor del dualismo ha escrito: «El peso principal del argumento a favor de una discontinuidad entre las ciencias sociales y las ciencias naturales depende del carácter mental de los fenómenos sociales».

12. Véanse otras críticas al dualismo en Neurath 1931-1932: 287-322, Nagel 1961: Caps. 13 a 15, Bunge 1985: 120 y ss., Popper 1975: 176-179. También H. Albert (1969: 251-286) ha criticado los aspectos idealistas de la teoría crítica de la escuela de Frankfurt (de Th. W. Adorno y J. Habermas), desde el racionalismo crítico (que acepta el monismo metodológico).

13. Puede recordarse, al respecto, el elocuente título de la obra de B. Spinoza, *Ética more geometrico demonstrata* (1677).



H. Grocio (1625:I, 12) y S. Pufendorf (1672:I.I.2 y ss.) concebían la jurisprudencia como una ciencia racional, deducible completamente de los primeros principios del Derecho natural que se presentaban como evidentes a la razón humana. De forma análoga opina J. Locke (1690:IV.III.18).

Ya en el siglo XVIII, G. W. Leibniz, un filósofo que —como es sabido— distinguía entre enunciados analíticos (*verdades de razón*) y enunciados sintéticos (*verdades de hecho*) escribió:

Más para que no creáis, señor, que el buen uso de los axiomas está encerrado en los límites de las ciencias matemáticas solamente, veréis cómo no es menor en la jurisprudencia, y uno de los principales medios de hacerla más fácil y de abarcar su vasto océano como en un mapa geográfico, es reducir un gran cantidad de determinaciones particulares a principios más generales (1704: 313).

Y C. Thomasius afirmó:

En este lugar entiendo por principios, proposiciones primeras y generalísimas del Derecho natural, de los cuales pueden deducirse todos los restantes (1718: 167).

Es decir, al mismo tiempo en que nacen las ciencias experimentales, y con ello la clara distinción entre ciencias formales y factuales, los filósofos del Derecho califican la ciencia jurídica como una ciencia formal (o racional)<sup>14</sup>.

Todavía, a principios del siglo XIX, F.K. v. Savigny en su famoso escrito *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho* (1814), asemejaba el conocimiento jurídico al conocimiento matemático y, después de afirmar que el Derecho romano no fue un producto del arbitrio de los juristas romanos escribía que el procedimiento de los juristas romanos «tiene una seguridad como no se encuentra en otra parte fuera de las matemáticas, pudiendo decirse sin exageración que calculan con conceptos» (1814: 64-71).

Cuando, en el siglo XIX, la mayoría de autores abandonan el ideal de certeza que la creencia en el Derecho Natural les proporcionaba, aún la ciencia jurídica es concebida como una ciencia formal o abstracta. R. v. Ihering, por ejemplo, concebía el método de la jurisprudencia inferior de forma semejante al método de formalización axiomática, coherentemente con su ontología jurídica idealista (Ihering 1858: III, 30 y ss)<sup>15</sup>.

Esta concepción de la ciencia jurídica como una ciencia racional o abstracta sigue durante años vigente en la cultura jurídica de lengua alemana y pueden encontrarse rastros de ella en la obra de los iuspublicistas alema-

14. C. E. Alchourrón y E. Bulygin (1974: 89) han escrito al respecto: «Al producirse, con el surgimiento de la ciencia experimental, la división de las ciencias en racionales y empíricas..., la ciencia del derecho fue situada entre sus cultores (y especialmente por los filósofos del derecho) en el ámbito de las ciencias racionales. La concepción de la ciencia del derecho que encontramos en los sistemas racionalistas del Derecho natural, desde Grocio y Pufendorf hasta Kant y Fichte, responde plenamente al ideal de la ciencia racional». Vd., en el mismo sentido, Atienza 1985: 195.

15. Vd., en este sentido, la presentación de la doctrina de Ihering en Hernández Marín 1986: 95-98.

nes K. F. von Gerber (1852: 97) y P. Laband (1871: 120) y en la obra del iusprivatista B. Windscheid (1886: 73 y ss).

Desde otra tradición de pensamiento, J. Austin citaba con aprecio los pasajes en los que Savigny comparaba el conocimiento jurídico al conocimiento matemático y escribía:

En relación a los juristas en particular, puede señalarse que el estudio de lo *racional* en el Derecho es tan (o casi tan) adecuado como el de las matemáticas para ejercitar la mente en el mero proceso de deducción de hipótesis dadas (1861-1863: II, 1080).

Unas líneas más abajo Austin cita un pasaje de Leibniz con aprobación en el cual se atribuye a los juristas romanos un razonamiento matemático. Por otra parte, y con mayor claridad, Austin había escrito que «el Derecho es el objeto de una *ciencia abstracta*» (1861-1863: I, 17)<sup>16</sup>.

Y, ya a fines del siglo XIX, un continuador de la jurisprudencia analítica, T. E. Holland, reiteraba: «la jurisprudencia es una ciencia formal o analítica» (1880: 7-13).

Esta concepción de la ciencia jurídica como una ciencia formal o abstracta se avenía mejor con las doctrinas iusnaturalistas. Los iusnaturalistas podían concebir el Derecho natural como un sistema (lógico-deductivo) de normas inmutables. Los iuspositivistas, en cambio, debían aceptar que las normas jurídicas positivas (su objeto de estudio) cambiaban todos los días. El ideal de la ciencia jurídica como una ciencia abstracta era difícilmente mantenible (Vd., Hernández Marín 1986: 98). F. González Vicén ha escrito al respecto:

En esa incapacidad para comprender el Derecho en su realidad concreta... se pone de manifiesto de nuevo, en el positivismo jurídico como en el iusnaturalismo, la limitación esencial frente a los problemas de las ciencias del espíritu, de una gnoseología y de un concepto de la verdad calcados del pensamiento racional abstracto de las ciencias naturales matemáticas (1979a: 23).

Teniendo en cuenta esta concepción de la ciencia jurídica no es extraño que el escrito de J. H. v. Kirchmann *la Jurisprudencia no es ciencia* (1847) tuviera tanta repercusión. Si la ciencia jurídica es concebida como una ciencia abstracta, pero el objeto de estudio de la ciencia jurídica son las mudables normas jurídicas positivas entonces tiene razón Kirchmann cuando afirma: «tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura» (1847: 29).

Lo que en este punto acercaba a iusnaturalistas y iuspositivistas era la ontología jurídica que ambas tradiciones aceptaban: el Derecho como conjunto de entidades ideales o abstractas que, por tanto, debe ser objeto de estudio de una ciencia abstracta.

Sin embargo, vistas las dificultades que surgían al concebir la ciencia jurídica como una ciencia abstracta, pareciera que debía intentarse una nueva

16. Vd., para la concepción de Austin, Moreso 1989: 362-365.



ciencia jurídica de naturaleza *empírica*. Algunos autores entienden que así ocurrió. El auge del positivismo filosófico en el siglo XIX, anteriormente comentado, con su insistencia en «atenerse a los hechos y sólo a los hechos» (en el conocimiento fundado en la experiencia) hace pensar que también la ciencia jurídica evoluciona hacia el denominado «modelo positivista de ciencia». K. Larenz afirma, al respecto, (y se trata de una suposición ampliamente compartida) que «la ciencia jurídica tomó parte plenamente en el viraje general hacia el positivismo» (1979: 57). A mi juicio, tal afirmación es falsa. De los autores y escuelas que Larenz considera incluidos en este viraje de la ciencia jurídica hacia el modelo positivista de ciencia: E. R. Bierling, la obra del segundo Ihering, la jurisprudencia de intereses, el movimiento del Derecho libre, el sociologismo jurídico (E. Ehrlich) y la teoría pura del Derecho de Kelsen; sólo la obra del segundo Ihering —en mi opinión— puede incluirse en ese «viraje». La obra de Ihering *El fin en el Derecho* (1877-1883) sí es una obra de clara inspiración factualista, en la cual se propone un incipiente modelo de estudio empírico para el Derecho contemplado como un hecho que causa determinados efectos de carácter social (vd., Hernández Marín 1986: 269-271).

Por lo que respecta al resto de autores y escuelas éstos presuponen una ontología idealista y su epistemología, a menudo confusa, no difiere, en lo principal, de la metodología del primer Ihering (del Ihering de la *jurisprudencia de conceptos*). La presunta «disputa metodológica» que, según se cree, enfrentó a las escuelas jurídicas más importantes de Alemania a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX (principalmente a la jurisprudencia de conceptos, a la jurisprudencia de intereses y al movimiento del Derecho libre) no fue, en realidad, una disputa metodológica o epistemológica. En palabras de R. Hernández Marín:

Estas doctrinas estaban de acuerdo en que era tarea de la ciencia jurídica formular decisiones de casos concretos (tarea ya asignada a la ciencia jurídica en la Antigüedad clásica). Y divergían, según se supone, en cuanto al método que la ciencia jurídica debía utilizar para formular o hallar esas decisiones.

Sin embargo, el estudio detenido de estas doctrinas revela que no hay tales divergencias metodológicas. Pues, el punto que separa a dichas doctrinas era el relativo a la formación de la proposición jurídica general aplicable al caso concreto. Según la jurisprudencia de conceptos, dicha proposición jurídica general se desprendía de los conceptos jurídicos; según la jurisprudencia de intereses se desprendía de los juicios de valor del legislador (o de los intereses protegidos por el legislador, o de la voluntad del legislador, etc.); y según el movimiento del Derecho libre, la proposición jurídica general se desprendía de las necesidades del tráfico, de la buena fe, de las normas de cultura imperantes en la sociedad, etc. Pero, las tres escuelas estaban de acuerdo en que, una vez hallada o formada la proposición jurídica general aplicable al caso concreto, la proposición jurídica individual decisoria del caso resultaba de aquélla por deducción lógica (1986b: 187).

En este sentido es sintomático que P. Heck —uno de los máximos representantes de la jurisprudencia de intereses—, en un texto en que sostiene que los intereses son entidades ideales, critica a H. U. Kantorowicz (representante del movimiento del Derecho libre) por haber escrito que el método

de la ponderación de intereses defendido por la escuela de Heck es propio del «ámbito fáctico». Heck considera que su método (como el del movimiento del Derecho libre) no debe quedar adscrito al «ámbito fáctico» sino al «ámbito jurídico», un ámbito de una esfera distinta a la esfera fáctica o empírica (1912: 72-73).

A mi juicio, durante estos años había un cierto desconcierto epistemológico en el ámbito de la ciencia jurídica porque ésta (dicho en palabras de N. Bobbio): «como investigación empírica no entraba en el reino de las ciencias racionales; como dogmática era excluida de la familia de las ciencias empíricas. De una u otra forma, por esta o aquella razón, continuaba permaneciendo excluida» (Bobbio 1950: 67).

### 5.3. *La ciencia jurídica como ciencia espiritual y como ciencia hermenéutica*

La nueva orientación epistemológica del neokantismo (expuesta en 4.1.), con su distinción entre ciencias naturales y ciencias espirituales, vino a tranquilizar a los filósofos del Derecho.

Si se tiene en cuenta que la ciencia jurídica (la *dogmática jurídica*) no encontraba un modelo de ciencia en el que incluirse puesto que, por una parte, su conocimiento era un conocimiento de lo particular: la actividad más relevante de la dogmática jurídica es la *interpretación* y la interpretación no puede proporcionar leyes generales y, por otra parte, se seguía considerando que las entidades jurídicas eran entidades ideales o abstractas (el sentido de las oraciones legales —proposiciones— o intereses —entendidos como entidades ideales: fin de la norma, voluntad del legislador, juicios de valor, etc.— o la naturaleza de las cosas, la buena fe, la justicia, etc.); entonces no debe extrañar que el modelo de las ciencias del espíritu fuera el modelo que los filósofos del Derecho hallaran adecuado para la dogmática jurídica.

Los filósofos del Derecho neokantianos calificaron la ciencia jurídica (la dogmática jurídica) como una ciencia del espíritu. E. Lask fue el primero (en 1905: 56) en afirmar que la dogmática jurídica era una ciencia del espíritu. Lask tenía clara conciencia de que el objeto de estudio de las ciencias espirituales o culturales no eran entidades empíricas sino lo que él llamó «significaciones culturales»:

El hecho de la elaboración precientífica veda considerar, sin más, como el *material* de las ciencias culturales, a la realidad inmediatamente dada. Entre ésta y el fin último aspirado por la ciencia, en la mayor parte de los casos se interpone más bien un mundo —comparable a algo semielaborado— ya referido a significaciones culturales; y esta compleja realidad cultural, y no la realidad originaria liberada de toda clase de relación valorativa, es la que constituye el material de las verdaderas *ciencias* culturales (1905: 59).

También la obra de Radbruch refleja claramente esta posición. Radbruch explícitamente afirma que las doctrinas de Windelband, Rickert y Lask constituyen el trasfondo de su filosofía del Derecho y escribe:



El Derecho sólo puede comprenderse en el círculo de la conducta impregnada de valor. El Derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado con un valor (1932: 11).

La ciencia del derecho es una ciencia cultural comprensiva (*Verstehende Kulturwissenschaft*) y como tal caracterizada por tres notas: *comprensiva, individualizadora y referida a valores* (1932: 146).

La misma concepción es defendida por los teóricos del estado y del Derecho público alemanes de la primera mitad de este siglo: G. Jellinek (1905: 3-22), R. Smend (1928: 46-52) y H. Heller (1934: 48-82)<sup>17</sup>.

Con ello no hacía más que reforzarse una idea que recorre todo el pensamiento jurídico alemán en el siglo XIX: la idea de que el Derecho es un objeto autónomo (ideal) de estudio al que le conviene una epistemología autónoma (*autonomía metodológica*), el modo de conocimiento de la dogmática jurídica (vd. Wilhelm 1958: 111 y ss).

Esta idea llega a su máximo desarrollo en la obra de H. Kelsen. Aunque se ha dicho algunas veces que H. Kelsen trató de adecuar la ciencia jurídica al modelo positivista de ciencia<sup>18</sup>, la verdad es que Kelsen afirmaba, ya en el prefacio a la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* (1934), que: «desde el comienzo mismo fue mi objetivo llevar la ciencia del Derecho... al nivel de una auténtica ciencia, de una *ciencia del espíritu*». Y, en su obra póstuma, Kelsen escribía todavía:

El dualismo entre causalidad e imputación está en la base del dualismo entre ciencias naturales causales, como la física, la química, la biología, la psicología, y ciencias sociales normativas como la ética y la ciencia jurídica. El fundamental dualismo entre ser y debe ser halla aquí su expresión (1979: 20).

La *pureza* que Kelsen deseaba para su teoría tenía un sustrato ontológico y una traducción epistemológica. Desde el punto de vista ontológico el objeto de estudio de la ciencia jurídica eran, según Kelsen, las normas jurídicas positivas entendidas como entidades ideales («el sentido objetivo de un acto de voluntad»). Por lo que, ni el Derecho Natural (compuesto por entidades jurídicas naturales: no positivas), ni la realidad empírica (sociológica, psicológica, económica) es objeto de estudio de la ciencia jurídica. Las únicas entidades jurídicas son ideales y positivas. Desde el punto de vista epistemológico, ni la ética ni las doctrinas iusnaturalistas (que tratan de entidades ideales pero no positivas) ni la sociología (que trata de entidades positivas pero no ideales) son ciencias adecuadas para estudiar las normas jurídicas. La pureza epistemológica hace necesaria una disciplina que estudie entidades ideales positivas: y esa disciplina es, para Kelsen, la tradicional dogmática jurídica (vd., al respecto, Hernández Marín. 1986: 134-136).

17. También H. Kantorowicz, muchos años más tarde de la disputa de métodos, en su conocida obra *La definición del Derecho* (1958: (62-64) aceptará absolutamente el dualismo metodológico y considerará a la ciencia jurídica como una ciencia «valorativa».

18. Esta es la opinión, antes comentada, de K. Larenz. N. Abbagnano va más allá y sitúa la teoría pura de Kelsen en el capítulo dedicado al neoempirismo (al Círculo de Viena, básicamente) y a Kelsen como «miembro» del Círculo de Viena (1973: III, 645 y 685-687).

En la tradición jurídica de lengua alemana el dualismo llega hasta nuestros días, de la mano de la fenomenología y de la influencia de la hermenéutica (la obra de H. G. Gadamer es fundamental al respecto). La importancia de la *tópica* de Th. Viehweg (1953), con su insistencia en una metodología jurídica distinta de la metodología hipotético-deductiva y con su defensa del razonamiento jurídico como un razonamiento con unas leyes propias distintas de las leyes de la lógica o de la *jurisprudencia valorativa* de K. Larenz, con su explícita adscripción al idealismo y a un dualismo de características «hermenéuticas» (Larenz 1979: 192-203) lo ponen de manifiesto<sup>19</sup>.

N. Bobbio ha sintetizado bien este punto de vista dualista, ampliamente compartido, con las siguientes palabras:

La investigación del jurista, en cuanto se refiere al estudio de un producto del espíritu humano, pertenece a la familia de las llamadas ciencias espirituales. Esta tesis nos llama la atención sobre el hecho de que la investigación del jurista tiene algo en común con aquellas ciencias que se distinguen de las ciencias naturales por el carácter de su objeto, que no pertenece al mundo de la naturaleza sino al de la cultura (1950: 200).

En la filosofía del Derecho de tradición analítica la influencia del segundo Wittgenstein también se ha hecho notar y el dualismo ha sido la posición más defendida.

H. L. A. Hart es un claro defensor de una metodología *comprensiva* para la ciencia jurídica. La obra *The concept of Law* (1961) debe ser leída como un libro incurso en la tradición de la filosofía del lenguaje ordinario surgida del segundo Wittgenstein. Hart mismo escribe al respecto:

Para la comprensión del Derecho y de toda forma de estructura social normativa la metodología de las ciencias empíricas es inútil, se precisa un método 'hermenéutico' que comporta la representación de la conducta gobernada por reglas como aparece a sus participantes. Mi explicación de esta distinción, que considero crucial, ha sido realizada en términos de la idea de 'aceptación' de pautas predadas de conducta como guías y estándares de crítica y, también, en términos de una actitud hacia la conducta que llamo el 'punto de vista interno'. En *The Concept of Law* he elaborado estas ideas... (1983: 13-14)<sup>20</sup>.

19. Vd., también, por ejemplo Jerusalem 1948: 67 y ss. y Esser 1956: 27-28. Parecido a la *tópica* de Viehweg tiene la *nueva retórica* de Ch. Perelman (vd., por ej., 1976: 156 y ss.). Más moderada es, a mi juicio, la posición de R. Alexy en su conocida *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), sin embargo algunas de sus frases hacen pensar que también Alexy es partidario del dualismo metodológico: «La argumentación práctica [de la cual la argumentación jurídica es una subclase] obedece a reglas que no son, por ejemplo, las de la argumentación en las ciencias naturales» (1978: 110).

Por otra parte, entre nosotros, puede verse una reciente defensa del método hermenéutico como método apropiado a la ciencia jurídica en G. Robles (1988: 132-149).

20. P. M. S. Hacker (1977: 8-9) ha escrito al respecto: «La teoría social inglesa clásica estaba dominada por el monismo metodológico, el *locus classicus* se halla en el sexto libro del *System of Logic* de Mill. La doctrina metodológica contraria según la cual los fenómenos humanos, sociales, son esencialmente intencionales y teleológicos, y que la estructura lógica de su descripción y explicación no es asimilable a las pautas de explicación de las ciencias físicas fue sólo tardíamente asimilado en la filosofía inglesa. La obra de Collingwood fue ampliamente ignorada y fue, principalmente, a través de la filosofía del último Wittgenstein como la hermenéutica comenzó a influir en la psicología filosófica inglesa, y después en la filosofía de la historia y la teoría social en general. El impacto en la teoría del Derecho se revela en *The Concept of Law* de H. L. A. Hart».



El mismo A. Ross, que había introducido en la filosofía del Derecho la concepción de la filosofía como filosofía de la ciencia (propia del positivismo lógico) en *Sobre el Derecho y la Justicia* (1953), parece inclinarse hacia este enfoque «hermenéutico» en su obra *Directives and Norms* (1968) cuando escribe:

Del enunciado que una norma existe o está vigente se deduce otro enunciado acerca de los hechos sociales, el cual, a su vez, se refiere ciertamente a la *interpretación significativa de los hechos sociales* (1968: 98).

A. Aarnio, un filósofo del Derecho de tradición analítica, defiende también un modelo *hermenéutico* (entre el segundo Wittgenstein y Habermas) como modelo adecuado para la dogmática jurídica (1986: 67 y ss.). Coherentemente con ello, Aarnio defiende una ontología jurídica idealista, para la cual las normas jurídicas son «contenidos de pensamiento (significados) expresados por medio del lenguaje» (1986: 30).

Esta metodología «comprensiva» también es aceptada como sustrato de la *teoría institucional del Derecho* elaborada por N. McCormick y O. Weinberger:

Hay siempre un elemento de *verstehen*, de comprensión desde el punto de vista interno, en nuestro conocimiento de los hechos institucionales; esto es, un elemento de comprensión de la información práctica como tal (1986: 16).

En la última e influyente obra de R. Dworkin, *Law's Empire* (1986: 240 nota 2) también se acepta la distinción entre ciencias naturales (explicativas) y ciencias culturales o sociales (comprensivas), en donde se coloca la ciencia jurídica. Dworkin avala esta posición con citas de W. Dilthey, H. G. Gadamer y J. Habermas<sup>21</sup>.

En los últimos años hemos asistido a una nueva defensa del estatus científico de la dogmática jurídica a través de lo que ha sido denominado el modelo pospositivista de ciencia. La influencia de la filosofía de la ciencia de T. S. Kuhn (1962) y, posteriormente, de filósofos de la ciencia como I. Lakatos (1978) y, sobre todo, P. Feyerabend (1975), con su insistencia en trasladar el núcleo de atención de los filósofos desde el contexto de justificación hacia el contexto de descubrimiento, ha calado hondo entre algunos filósofos del Derecho. Se ha escrito que este modelo permite considerar a la ciencia jurídica como una ciencia en pie de igualdad respecto a las ciencias naturales y que esta concepción metodológica reconoce el pluralismo metodológi-

---

Por otra parte, otro profesor de Oxford, J. Finnis, desde la tradición iusnaturalista, ha reivindicado el mismo punto de vista:

«El desarrollo de la moderna jurisprudencia sugiere y la reflexión sobre la metodología de las ciencias sociales confirma, que un teórico no puede ofrecer una descripción teórica y analizar los hechos sociales, a menos que también *participe* en el trabajo de evaluación y de *comprensión* que es verdaderamente adecuado para personas humanas y que es verdaderamente impuesto por la razonabilidad práctica» (1980: 3).

21. Incluso desde una de las corrientes de pensamiento jurídico claramente opuesto a Dworkin en U.S.A. se acepta el dualismo metodológico, me refiero a *Critical Legal Studies*. R. M. Unger, padre de este movimiento, sostiene que el método hermenéutico de la dogmática jurídica (*legal doctrine*) es el adecuado para el estudio de la realidad social (Unger 1975: 111).

co en la ciencia y, en consecuencia, un amplio margen de autonomía metodológica para las ciencias humanas (incluyendo la ciencia jurídica, que precisa de un enfoque hermenéutico) (Vd., Villa 1984: 401-459)<sup>22</sup>.

Desgraciadamente, esta propuesta supone una liberalización tal de la noción 'conocimiento científico' que con ella también la magia, la parapsicología, la metafísica o la religión serían ciencias. No es otra cosa que una formulación de la divisa, hecha famosa por Feyerabend, del anarquismo metodológico que reza «Anything goes» (vd. las críticas a Villa, en este sentido, de Ferrajoli 1985: 401-422 y Jori 1985: 423-439).

#### 6. *A modo de conclusión: Acerca del positivismo jurídico*

Unicamente algunos de los autores que consideran el Derecho como un hecho y, por tanto, el objeto de estudio de la ciencia jurídica como entidades factuales han mantenido, ocasionalmente, el punto de vista de que la dogmática jurídica (conocimiento de lo particular) no puede ser ciencia sino, a lo sumo, conocimiento descriptivo<sup>23</sup> y que la «ciencia jurídica» para ser verdadera ciencia debe devenir *sociología* (empírica: generalizante y explicativa, no comprensiva) (vd. Hernández Marín 1982: 51-52).

Esta parece ser la posición de los realistas escandinavos (ya en la obra de A. Hägerström) y queda reflejada claramente en el «Prefacio» a *Hacia una ciencia realista del Derecho* (1946) de A. Ross (aunque, como hemos visto, más adelante cambiaría este punto de vista estrictamente realista):

Esta concepción realista está decididamente en oposición al punto de vista tradicional en el continente, donde desde los días del Derecho natural y la filosofía idealista kantiana, se ha tratado de interpretar el Derecho básicamente como un sistema de normas obligatorias que derivan su validez de ciertos principios a priori de justicia. Al mismo tiempo, resultó imposible negar la obvia dependencia que el Derecho vigente tiene con el mundo de los hechos, y su resultado fue un típico dualismo: el Derecho pertenece al mismo tiempo al mundo de los hechos empíricos y al metaempírico de las ideas eternas.

Esta obra intenta liquidar este dualismo... e incluir así el Derecho en el mundo de los hechos (1946: 10).

También es esta la posición de algunos realistas americanos. J. Bingham, en un artículo de 1912 («What is the law?») bastante citado por la posterior literatura realista americana, escribía:

El objeto de toda ciencia consiste en secuencias de fenómenos concretos que son estudiados para determinar sus causas y efectos..., para predecir secuencias similares futuras... El jurista, como el científico, estudia secuencias de fenómenos externos y los estudia con

22. Vd. también Villa 1985: 371-400. En España algunas de estas tesis han sido defendidas por A. Calsamiglia (1986).

23. Este es el punto de vista de L. Ferrajoli (1983: 101): «La dogmática jurídica, de forma no muy diversa a la geografía, es una disciplina descriptiva totalmente carente de capacidad y de función de previsión en orden a eventos futuros; y, en fin, no hay lugar en ella para las hipótesis de tipo probabilístico que están ampliamente presentes en sociología del Derecho».



un propósito similar: determinar sus causas y efectos y adquirir capacidad para predecir secuencias de la misma clase (1912: 9).

Desde un punto de vista sociologista (el Derecho como conjunto de regularidades de comportamiento social) también Th. Geiger mantuvo este punto de vista:

Una filosofía o doctrina general del Derecho sólo puede estar fundamentada de un modo científico-experimental si tiene la forma de una *sociología teórica del Derecho* (1947: 24).

Estas reflexiones nos permiten evaluar las posiciones que consideran la ciencia jurídica como una ciencia formal o como una ciencia espiritual (o hermenéutica):

1) La ciencia jurídica no es una ciencia formal: los enunciados de la ciencia jurídica no son necesariamente verdaderos (no son verdaderos independientemente de la realidad) como los de las ciencias formales. El enunciado (analítico) 'Si Hart escribió *The Concept of Law* entonces Hart escribió *The Concept of Law*' es verdadero independientemente de que Hart escribiera su famoso libro (o, incluso, aunque Hart no hubiera existido). En cambio, el enunciado (perfecto candidato a ser un enunciado de la ciencia jurídica) 'según el Derecho español, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años' tiene una verdad que depende de la realidad empírica (depende de la existencia de un artículo como el artículo 12 de la Constitución española de 1978); tanto es así que este enunciado sería falso si fuera referido al Derecho español de hace quince años (vd. Hernández Marín 1989: 458).

2) Es cierto que la ciencia jurídica se halla más cercana a determinadas «ciencias» espirituales o hermenéuticas que a las ciencias naturales. Pero ello no garantiza su estatuto científico.

Por el contrario, como he tratado de mostrar, las diversas formulaciones de la tesis del dualismo metodológico ponen de manifiesto las carencias cognitivas de las «ciencias» que a esa tesis se amparan. Desde el sólido punto de vista del monismo metodológico, puede sostenerse, según creo, que la dogmática jurídica no es conocimiento científico (aunque puede —y, en mi opinión, debe— ser conocimiento descriptivo) y que el único conocimiento científico del Derecho es el conocimiento sociológico (el conocimiento de la sociología empírica, una ciencia generalizante y explicativa, en contacto fecundo con las ciencias que le son cercanas: la economía, la psicolingüística y la sociolingüística, por ejemplo).

A menudo, el dualismo (o pluralismo) metodológico aplicado al conocimiento jurídico, sirve únicamente para perpetuar los aspectos menos cognoscitivos de la dogmática jurídica: la abundancia en ella de juicios de valor, la utilización de argumentos interpretativos contrarios a la lógica más elemental, la proliferación de entidades ideales jurídicas inexistentes en la ontología actual aceptada mayoritariamente en la filosofía de tradición

analítica, etc. Y esta es otra poderosa razón para dudar de los métodos hermenéuticos o comprensivos en el conocimiento del Derecho<sup>24</sup>.

Concluiré con unas reflexiones acerca del positivismo jurídico. La caracterización del positivismo jurídico ha sido una de las cuestiones más discutidas en la filosofía jurídica de este siglo<sup>25</sup>. Las anteriores consideraciones epistemológicas pueden ser de ayuda para lograr una adecuada caracterización del positivismo jurídico.

Hemos visto que *todas* las doctrinas iuspositivistas concebían la ciencia jurídica como una ciencia formal o como una ciencia espiritual o hermenéutica. A mi juicio, esta epistemología es consecuente con la ontología que subyace a dichas disciplinas. Se trata de una ontología *idealista*, tanto las ciencias formales como las ciencias espirituales o hermenéuticas tienen como objeto de estudio entidades *ideales*. Ese rasgo ha pasado, a menudo, desapercibido. Mas, se trata de un aspecto esencial. En este punto el iuspositivismo no consiguió desprenderse del idealismo de las doctrinas iusnaturalistas. Por ello, puede decirse —se trata de la caracterización de Hernández Marín 1986a: 88— que una doctrina iuspositivista es una doctrina idealista y no iusnaturalista (este último punto no es polémico).

También así se entiende que las únicas doctrinas que sostienen la adecuación del método científico (generalizante y explicativo) para el estudio del Derecho sean algunas de las doctrinas jurídicas factualistas (el *realismo jurídico*, que sostiene que el Derecho es un conjunto de entidades factuales lingüísticas y el *sociologismo jurídico*, que sostiene que el Derecho es un conjunto de regularidades de comportamiento social, vd. Hernández Marín 1986a: 252 y 290). Esta afirmación conlleva, sin embargo, un gravoso costo: negar el estatuto de ciencia a la dogmática jurídica y sostener que el único conocimiento posible del Derecho es el conocimiento sociológico.

Ello permite también distinguir con claridad el positivismo filosófico del positivismo jurídico (Hernández Marín 1986a: 251). La falta de distinción entre ambos ha colaborado en la dificultad de caracterizar el positivismo jurídico. Mientras el positivismo filosófico adopta una ontología factualista y defiende, en el nivel epistemológico, el monismo metodológico; el positivismo jurídico supone una ontología idealista y defiende el dualismo metodológico. A. Aarnio ha comprendido este punto y ha escrito que el *positivismo filosófico* debe ser asociado a lo que llama *empirismo jurídico* (fac-

24. Vd. un punto de vista semejante con una certera crítica al dualismo metodológico en el Derecho en Albert 1988: 1-19.

25. F. González Vicén ha escrito al respecto: «Aquí los contornos se difuminan y toda precisión desaparece. No se trata sólo de que falta un criterio uniforme, por muy vago que sea, que sirva de punto de partida para una definición aproximadamente precisa de lo que es el positivismo jurídico; más grave es todavía el que los numerosos intentos de definición que se han hecho son, en su mayoría, contraintuitivos y excluyentes entre sí» (1979b: 171). Esto es lo que ocurre, a mi juicio, con los conocidos intentos de definición de Bobbio 1965: 101-126 y Hart 1958: 57-58 nota.



tualismo jurídico), mientras el *positivismo jurídico* debe ser asociado al idealismo, a la hermenéutica (asociada a la tradición neokantiana), escribe Aarnio (1983: 47-75).

## BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis (1983): «Outline of a Hermeneutic Approach in Legal Theory» en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence. Acta Philosophica Fennica*, 36, 47-75.
- (1986): *The Rational as Reasonable*, Dordrecht-Holland/Boston USA: Reidel.
- ABBAGNANO, Nicola (1973): *Historia de la filosofía*, III, trad. de J. Estelrich y J. Pérez Ballestar, Barcelona: Montaner y Simón.
- ACLHOURRON, Carlos E.: BULYGIN, Eugenio (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea.
- ALBERT, Hans (1969): «A espaldas del positivismo» en T. W. ADORNO, K. R. POPPER, R. DAHRENDORF, J. HABERMAS, H. ALBERT, H. PILOT, *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, trad. de J. Muñoz, Barcelona: Grijalbo, 1973, 251-286.
- (1988): «Critical Rationalism: The Problem of Method in Social Sciences and Law», *Ratio Iuris*, 1, 1-9.
- ALEXY, Robert (1978): *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- APEL, Karl-Otto (1972-1973): *La transformación de la filosofía*, trad. de A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Madrid: Taurus, 1985.
- (1979): *Understanding and Explanation. A Transcendental Pragmatic Perspective*, translated by G. Warnke, London-Cambridge, Mass.: MIT Press, 1984.
- ATIENZA, Manuel (1985): *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova.
- AUSTIN, John (1861-1863): *Lectures on Jurisprudence of the Positive Law*, fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, Glashütten im Taunus: Detlev Auvermann KG, 1972.
- AYER, A. J. (1936): *Language, Truth and Logic*, Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books, 1987.
- BINGHAM, Joseph W. (1912): «What is the Law», *Michigan Law Review* 11, 1-25.
- BOBBIO, Norberto (1950): *Teoria della scienza giuridica*, Torino: Giappichelli.
- (1965): *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano: Ed. di Comunità, 1977.
- BULYGIN, Eugenio: vd. ALCOURRON, Carlos E.
- BUNGE, Mario (1969): *La investigación científica*, trad. de M. Sacristán, Barcelona: Ariel, 1983.
- (1982): *Epistemología*, Barcelona: Ariel.
- (1985): *Treatise on Basic Philosophy. Vol. 7. (Part II). Epistemology and Methodology III*, Dordrecht-Boston-Lancaster: Reidel.
- CALSAMIGLIA, Albert (1986): *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona: Ariel.
- COLLIN, Fin (1986): *Theoria and Understanding. A Critique of Interpretative Social Science* Oxford: Basil Blackwell.
- COLLINGWOOD, Robin G. (1946): «La filosofía de la historia», en *Ensayos de la filosofía de la historia*, trad. de J.L. Cano Tembleque, Barcelona: Barral, 1970, 169-189.

- COMTE, Auguste (1844): *Discours sur l'esprit positif*, París: J. Vrin, 1974.
- DILTHEY, Wilhelm (1883): *Introducción a las ciencias del espíritu*, trad. de J. Marías, Madrid: Alianza, 1986.
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- ESSER, Josef (1956): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. de E. Valentí Fiol, Barcelona: Bosch Casa editorial, 1961.
- FERRAJOLI, Luigi (1983): «La semantica della teoria del diritto» en U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano: Ed. di Comunità, 81-130.
- (1985): «La funzione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge» en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 15, 401-422.
- FEYERABEND, Paul (1975): *Tratado contra el método*, trad. de D. Ribes, Madrid: tecnos, 1981.
- FINNIS, John (1980): *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- GADAMER, Hans-Georg (1975): *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. de A. Agud Aparicio y R. de Agapito, Salamanca: Sígueme, 1977.
- GEIGER, Theodor (1947): *Estudios de sociología del Derecho*, trad. A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, México: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- GERBER, Friedrich von (1852): *Diritto pubblico*, a cura di P. L. Lucchini, Milano Giuffrè, 1971.
- GONZÁLEZ VICEN, Felipe (1979a): «Estudio preliminar a la traducción de 'Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia' de John Austin» en *Estudios de filosofía del Derecho*, La Laguna: Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 17-33.
- (1979b): «Sobre el positivismo jurídico» en *Estudios...*, cit., 171-205.
- HABERMAS, Jürgen (1967): «Un enfoque bibliográfico: la lógica de las ciencias sociales» en *La lógica de las ciencias sociales*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid: Tecnos, 1988, 81-277.
- (1981): *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1987.
- (1983): *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona: Península, 1985.
- HACKER, P. M. S. (1977): «Hart's Philosophy of Law» en P. M. S. HACKER—J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society, Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1-25.
- HART, H. L. A. (1958): «Positivism and the Separation of Law and Morals» en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, 49-87.
- (1961): *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- (1983): «Introduction» en *Essays in Jurisprudence...*, cit., 1-24.
- HECK, Philipp (1912): *El problema de la creación del Derecho*, trad. de M. Entenza, Barcelona: Ariel, 1961.
- HEIDEGGER, Martin (1927): *El ser y el tiempo*, trad. de J. Gaos, México: Fondo de Cultura Económica, 1977.
- HELLER, Hermann (1934): *Teoría del Estado*, trad. de L. Tolio, México: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- HEMPEL, Carl G. (1942): «The Function of General Laws in History» en *Aspects of Scientific Explanation*, New York: The Free Press 1965, 231-243.
- (1965): «Typological Methods in the Natural and the Social Sciences» en *Aspects of Scientific...*, cit., 135-172.



- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1982): «Dogmática y sociología jurídica: sobre la ontología del conocimiento jurídico» en S. Mir (ed.), *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 33-52.
- (1986a): *Historia de la filosofía del Derecho contemporáneo*, Madrid: Tecnos.
- (1986b): «Métodos jurídicos» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3, 183-190.
- (1989): *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, Barcelona: P. P. U.
- HOLLAND, Thomas E. (1880): *The Elements of Jurisprudence*, Aalen: Scientia Verlag, 1979.
- HUME, David (1748): *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, ed. by L. A. Selby-Bigge, Oxford: Oxford University Press, 1975.
- IHERING, Rudolf von (1858): *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de E. Príncipe, Madrid: Librería Ed. de D. Carlos Bailly-Bailliere, 1891.
- (1877): *El fin en el Derecho*, no se indica el traductor, Buenos Aires: Helliasta, 1978.
- JARVIE, I. C. (1970): «Comprensión y explicación en sociología y antropología social» en R. BORGER y F. CIOFFI (eds.), *La explicación en las ciencias de la conducta*, trad. de J. D. Quesada, Madrid: Alianza, 1974, 159-181.
- JELLINEK, Georg (1905): *Teoría General del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires: Albatros, 1981.
- JERUSALEM, Franz W.: *Kritik der Rechtswissenschaften*, Frankfurt am Main: Verlag Josef Knecht-Carlusdruckerei.
- JORI, Mario (1985): «Scienza giuridica e scienze naturali», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 15, 423-439.
- KANTOROWICZ, Hermann (1958): *La definición del Derecho*, trad. de J. M. de la Vega, Madrid: Revista de Occidente, 1969.
- KELSEN, Hans (1934): *Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, no se indica el traductor México: Ed. Nacional, 1979.
- (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, editado por K. Ringhofer y R. Walter, Wien: Manzsche Verlag —und Universotätsbuchhandlung.
- KIRCHMANN, J. H. von (1847): *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. de A. Truyol y Serra, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KUHN, Thomas S. (1962): *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de A. Con-tín, México: Fondo de Cultura Económica 1984.
- LABAND, Paul (1871): *Derecho presupuestario*, trad. de José Zarrit Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1970.
- LAKATOS, Imre (1978): *The Methodology of Scientific Research Programmes*, Cambridge University Press.
- LARENZ, Karl (1979): *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 1980.
- LASK, Emil (1905): *Filosofía juirídica*, trad. de R. Goldschmidt, Buenos Aires: Depalma, 1946.
- LEIBNIZ, Gottfried W. (1704): *Nuevo Tratado sobre el entendimiento humano*, trad. de C. Ovejero, México: Porrúa, 1984.
- LOCKE, John (1690): *Ensayo sobre el entendimiento humano*, trad. de E. O'Gorman, México: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota (1986): *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht-Boston-London-Lancaster-Tokyo: Reidel.
- MILL, John Stuart (1843): *A System of Logic. Rationative and Inductive Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, ed. by J. M. Robson, Toronto-London: Toronto University Press-Routledge & Kegan Paul, 1981.

- MORESO MATEOS, José Juan (1989): «Cinco diferencias entre Bentham y Austin» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 6, 351-376.
- NEURATH, Otto (1931-1932): «Sociología en fisicalismo» en A. J. AYER (comp.), *El positivismo lógico*, México: Fondo de Cultura Económica, 1981, 287-322.
- OAKESHOTT, Michael (1933): *Experience and its Modes*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- PATZIG, Günter: *Hechos, normas y proposiciones*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona: Alfa, 1986.
- PERELMAN, Chaïm (1976): *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Díez Picazo, Madrid: Civitasm, 1979.
- POPPER, Karl R. (1934): *La lógica de la investigación científica*, trad. de V. Sánchez de Zavala, Madrid: Tecnos, 1982.
- (1975): *Conocimiento objetivo*, trad. de C. Solís Santos, Madrid: Tecnos, 1982.
- PUFENDORF, Samuel (1672): *De iure naturae et gentium*, ed. G. Moscovius, Frankfurt und Leipzig: Minerva, 1967.
- RADBRUCH, Gustav (1932): *Filosofía del Derecho*, sin indicación de traductor, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.
- RICKERT, Heinrich (1899): *Ciencia cultural y ciencia natural*, trad. de M. García Morante: Espasa Calpe, 1965.
- ROBLES, Gregorio (1988): *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid: Debate.
- RORTY, Richard (1980): *Philosophy and the Mirror of Nature*, Oxford: Basil Blackwell.
- ROSS, Alf (1946): *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- (1953): *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires: Eudeba, 1970.
- (1968): *La lógica de las normas*, trad. de J. S. P. Hierro, Madrid: Tecnos, 1971.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von (1914): «De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia» en *Thibaut y Savigny. La codificación*, introducción y selección de textos de J. Stern, trad. de J. Díaz García, Madrid: Aguilar, 1970.
- SEARLE, John (1984): *Mentes, cerebros y ciencia*, trad. de L. Valdés, Madrid: Cátedra, 1985.
- SMEND, Rudolf (1928): *Constitución y Derecho constitucional*, trad. de J. M. Beneyto, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1985.
- SPINOZA, Baruch (1677): *Ética demostrada según el orden geométrico*, ed. por J. Vidal Peña, Madrid: Editora Nacional, 1975.
- THOMASIIUS, Christian (1718): *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, Aalen: Scientia Verlag, 1979.
- UNGER, Roberto Mangabeira (1975): *Knowledge and Politics*, New York: The Free Press.
- VIEHWEG, Theodor (1953): *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez Picazo, Madrid: Tecnos, 1964.
- WILHELM, Walter (1958): *Metodología jurídica nel seculo XIX*, a cura di P. L. Lucchini, Milano: Giuffré.
- VILLA, Vitorio (1984): «La ciencia jurídica fra scienze naturali e scienze humane», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 14, 401-459.
- (1985): «La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 15, 371-400.
- WEBER, Max (1922): *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. de J. Medina, J. R. Parella, E. Díaz, E. García Máñez y J. Ferrater Mora, México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- WEINBERGER, Ota: vd. MACCORMICK, Neil.



- WINCH, Peter (1958): *The Idea of a Social Science*, London and Henley: Routledge & Kegan Paul.
- WINDSCHEID, Bernard (1886): *Diritto delle Pandette*, trad. di C. Falda e P. E. Bena, Torino: Unione Tipografica, 1930.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1953): *Philosophical Investigations*, trans. by G. E. M. Anscombe, Oxford: Basil Blackwell.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1971): *Explicación y comprensión*, trad. de L. Vega, Madrid: Alianza, 1979.
- (1976): «Réplicas» en J. MANNINEN, R. TOUMELA (comps.), *Ensayos sobre explicación y comprensión*, trad. de L. Vega, Madrid: Alianza, 1980, 141-182.





## Sobre la noción de validez

Por MANUEL SEGURA ORTEGA

Santiago de Compostela

Los científicos, sociólogos y filósofos del Derecho han dedicado desde hace bastante tiempo una especial atención al problema de la validez jurídica. Ello no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que la discusión en torno a esta cuestión se presenta como decisiva para la comprensión del fenómeno jurídico. La diversidad de soluciones y respuestas que se han ofrecido sirven para advertirnos de la indiscutible complejidad del tema pero al mismo tiempo pueden situarnos en el camino correcto para comprender adecuadamente el concepto de validez. En las páginas que siguen no se pretende hacer un análisis detallado de las distintas doctrinas que han surgido en torno a la validez sino tan sólo señalar a grandes rasgos las principales significaciones que se han atribuido a este término. Naturalmente en tal descripción será necesario prescindir de algunos aspectos que pueden resultar de cierta importancia pero parece preferible evitar tales referencias al objeto de conseguir la mayor claridad posible.

Si analizamos el panorama actual respecto del tema de validez puede afirmarse que no existe acuerdo en casi nada. Con razón ha dicho Henkel que después de todas las discusiones lo único que se puede decir es que «no es posible definir el concepto de validez jurídica en una única fórmula omnicomprendiva»<sup>1</sup>. Si esto es así —y parece que hoy nadie lo duda— habrá que preguntarse cuáles son las razones que determinan la existencia de dificultades tan graves para llegar a comprender la validez. Aunque no exista una única respuesta podría decirse que las confusiones se producen como consecuencia de los diferentes enfoques desde los que es contemplado el problema. Sin embargo, parece que todos están de acuerdo en la necesidad de buscar un significado único de validez. Así, García Máynez ha afirmado

---

1. HENKEL, H., «Das Problem der Rechtsgeltung», en *Dimensionen des Rechts. Gedächtnisschrift für René Marcic*, Berlín, Duncker-Humblot, 1974, vol. I. p. 63.

que «el correcto empleo del principio de razón exige no sólo la *existencia* de un *criterio de validez*; reclama, también, la unicidad de éste»<sup>2</sup>. En un sentido similar se expresa Delgado Pinto cuando dice que «una fundamentación suficiente de la existencia o validez de las normas jurídicas requiere la concurrencia *en un orden preciso* de (esos) distintos criterios, pero no como diversos criterios, sino como aspectos complementarios de una *criterio único*»<sup>3</sup>. Por consiguiente, el problema fundamental se plantea a la hora de hallar un criterio uniforme que pueda servir para realizar una afirmación en el sentido de que una norma jurídica es válida o, bien, que un orden jurídico en conjunto es válido. Y mucho me temo que una afirmación de este tipo no depende, en modo alguno, de una correcta utilización del lenguaje. Es cierto que el término validez se emplea con diferentes significaciones y, en este sentido, podría decirse que está afectado de polisemia<sup>4</sup>. Pero tal pluralidad de significaciones no debe impedir la elección de una de ellas como la principal. En lo que sigue se tratará de demostrar que es posible formular un concepto único de validez sin que sea necesaria la adopción de una postura ecléctica.

Antes de comenzar es necesario analizar una cuestión previa que tiene gran trascendencia respecto del problema de la validez. Nos referimos al objeto del cual se predica la validez. El término validez se utiliza siempre para aplicarlo a las normas jurídicas o a un ordenamiento jurídico considerado como un todo. Así se dice que tal norma es válida o que un ordenamiento es válido cuando concurren determinadas circunstancias. De ello se infiere que la validez es una característica, cualidad o propiedad de las normas jurídicas, esto es, una elemento que forma parte de su estructura y a través del cual se identifica la realidad jurídica. Hay que advertir que en este punto hay una opinión discrepante sostenida por Farrel para el que la validez no es uno de los elementos que componen las normas jurídicas. Puede decirse, entonces, que la validez no es una *propiedad* de las normas, sino una relación entre la norma y el criterio elegido: cuando la norma se ajusta al criterio se la considera válida»<sup>5</sup>. Desde esta perspectiva, la validez de una norma o de un ordenamiento dependería única y exclusivamente de una opción personal del jurista. Pero parece que llegar a esta conclusión es, cuando menos, peligroso pues se corre el riesgo de negar sustantividad propia al Derecho, de modo que su existencia —con todas las consecuencias que ello implica— quedaría a merced del juicio positivo o negativo de una determinado sujeto. No creo que, en principio, tal solución pueda considerarse

2. GARCÍA MÁYNEZ, E., «Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico», en *Symposium sobre Derecho natural y axiología*, Méjico, U.N.A.M., 1963, p. 88.

3. DELGADO PINTO, J., «La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica», en *Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches*, Méjico, U.N.A.M., 1980, p. 258.

4. *Vid.* en este sentido el trabajo de CONTE, A. G., «Studio per una teoria della validità», *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1970, p. 333 y ss.

5. FARREL, M. D., *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 23-24.



como satisfactoria, pues, en definitiva, presentaría el problema de la validez como una cuestión irresoluble lo que, por otra parte, no está en el ánimo del autor citado<sup>6</sup>. Por consiguiente, se hace imprescindible asignar una significación precisa al término validez que ponga fin a esta confusión doctrinal. Y para ello, nada mejor que analizar, aunque sea sucintamente, las concepciones más importantes que se han formulado acerca de la validez<sup>7</sup>.

Con independencia de diferentes matizaciones puede hablarse de tres grandes corrientes claramente diferenciadas: las concepciones normativas, las fácticas (expresión que, probablemente, no es afortunada, pero sí suficientemente expresiva) y las axiológicas. Vamos a ver —por supuesto, sin pretensiones de exhaustividad— cuáles son las ideas básicas de cada una de ellas y, lo que es más importante, a qué pretenden dar respuesta, pues sospecho que en esta pregunta se halla la clave fundamental para abordar correctamente el problema.

Entre las concepciones normativas<sup>8</sup> la doctrina de Kelsen es, sin ninguna duda, la más conocida y, en cierto modo, la más representativa. Para Kelsen decir que una norma o un orden jurídico es válido significa lo mismo que decir que existe: «con el término “validez” designamos la existencia específica de una norma»<sup>9</sup>. Por tanto, el modo peculiar de ser del Derecho consiste en su validez. Ahora bien, la validez de la que habla Kelsen es una validez «ideal» que pertenece al mundo del deber ser (del *Sollen*) y no a la esfera de los hechos. Por esta razón, la validez no puede identificarse con la eficacia y, en consecuencia, afirmar que «una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aún cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación»<sup>10</sup>. Por tanto, la validez es una propiedad que tiene la norma con anterioridad a su aplicación; «una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir, antes de ser obedecida y aplicada; el tribunal que aplica en un caso concreto una ley, inmediatamente después de haber sido dictada, y, por ende, antes de que haya podido ser efectiva, aplica una nor-

6. En efecto, FARREL considera que hay un criterio único de validez que él trata de encontrar en la doctrina del realismo jurídico aunque superando sus límites, *vid.* su libro citado en la nota anterior.

7. Para una exposición más detallada *vid.* entre otros: BONSIGNORI, F., *Concetto di diritto e validità giuridica*, Milán. Guiffré, 1985. WOLF, E., «Il problema della validità nella prospettiva di una ontologia del diritto», *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1959, p. 349 y ss. DELGADO PINTO, J., «La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica» cit., p. 221 y ss. GARCÍA MÁYNEZ, E., «Validez formal y validez material en sentido jurídico positivo y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico», cit. p. 83 y ss. HORVATH, K. R., «Das Problem der Rechtsgeltung», *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, (36), 1943, p. 124 y ss. GERARD, Ph., «Validité juridique et souveraineté», *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, (3). 1986, p. 315 y ss.

8. Un análisis completo de las concepciones normativas puede verse en el trabajo de GARZÓN VALDÉS, E., «Algunos modelos de validez normativa», en *Estudios en honor del doctor Luis Recansens Siches*, Méjico, U.N.A.M., 1980, p. 375 y ss. Este mismo artículo fue publicado años antes en alemán, «Modelle normativer Geltung», *Rechtstheorie*, (1), 1977, p. 41 y ss.

9. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Méjico, U.N.A.M., 1981, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. de R. J. Vernengo, p. 23.

10. *Ibidem*, p. 24.

ma jurídica válida»<sup>11</sup>. La preocupación fundamental de Kelsen es la separación clara y terminante de dos esferas que tienen una realidad jurídica distinta: la esfera del «deber ser» y la esfera del «ser». Sólo si no se confunden ambos planos es posible evitar los equívocos. La machacona insistencia de Kelsen en distinguir la validez de la eficacia queda patente en todas sus obras e incluso en la *Teoría general de las normas*<sup>12</sup> pero, a pesar de ello siempre reconoció que la eficacia aparecía con una condición de la validez. En efecto, las normas jurídicas son válidas antes de ser aplicadas pero sólo *conservan* su validez a condición de que sean mínimamente eficaces; de este modo, la eficacia es la condición de la validez de las normas, pero no su razón de ser porque —como el propio Kelsen afirma— «una condición no puede ser idéntica con lo que condiciona»<sup>13</sup>.

Hasta ahora hemos hablado de lo que significa validez en la obra de Kelsen. Es necesario dar un paso más y preguntarse acerca del fundamento de la validez, esto es, ¿por qué valen las normas jurídicas? La respuesta que ofrece Kelsen está en consonancia con la propia noción de validez y por eso queda excluida cualquier referencia a elementos fácticos y al mismo tiempo se prescinde de una fundamentación «de contenido». Las normas jurídicas no valen por tener un determinado contenido sino porque han sido creadas (producidas) de una determinada forma, de manera que la validez de una norma descansa siempre en una norma superior. En consecuencia, el fundamento de la validez de cualquier norma hay que encontrarlo siempre en otra norma superior; «la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en un norma aún superior. Su validez no puede ya derivarse de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, consituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas perteneciente a uno y el mismo orden»<sup>14</sup>. La explicación de Kelsen siempre aparece referida al mundo de las normas; con ello pretende salvar la

11. *Ibidem*, p. 25.

12. En esta obra se sigue manteniendo una clara distinción entre validez y eficacia, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manzsche Verlags —und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 111 y ss. y 136 y ss. Una visión crítica sobre la noción de validez en este último libro puede verse en VERNENGO, R.J., «Validez y verdad en la *Teoría general de las normas* de Hans Kelsen», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (25), 1985, p. 13 y ss.

13. *Teoría pura del Derecho*, cit. p. 223.

14. *Ibidem*, p. 202.



pureza metodológica que se erigió en una de las tareas primordiales de toda su obra. No cabe duda que la *Grundnorm* de Kelsen es uno de los aspectos de su doctrina que ha recibido más críticas en el sentido precisamente de la quiebra de la «pureza» pero, a pesar de ello, es indiscutible que su doctrina acerca de la validez se presenta como una respuesta que pretende ser completa. Inmediatamente veremos algunas de las críticas que pueden hacerse a la doctrina de Kelsen, pero antes es necesario completar el panorama sobre las distintas doctrinas acerca de la validez.

Las concepciones que he denominado fácticas también consideran que validez significa existencia del Derecho, pero tal existencia no puede ser afirmada hasta el momento en el que puede verificarse la correspondencia del contenido de las normas con el comportamiento real de los sujetos a quienes van dirigidas. En esta versión se produce una identificación entre validez y eficacia de modo que las normas son válidas si hay una adecuación entre lo que ellas prescriben y la conducta efectiva de los miembros de un determinado grupo social o, bien, si a la contravención de las normas le sigue una reacción desfavorable —esto es, en forma de sanción— por parte de los sujetos que aplican el Derecho. De ello se deduce que la validez no es, en ningún caso, una cualidad de las normas que pueda predicarse *a priori*. Entre los defensores de esta tesis podría citarse como autor más representativo a Ross. Para él, «en términos generales la existencia (validez) de una norma es lo mismo que su eficacia. Afirmar que una regla o sistema de reglas existe es lo mismo que afirmar la ocurrencia de un complejo de hechos sociales, entendiendo “hechos sociales” en un sentido amplio que incluye también condiciones psicológicas. Así, el término validez, en esta conexión, nada tiene que ver con ningún enunciado normativo de un deber de obediencia al Derecho, en el sentido moral de la palabra. Esta idea, característica del pensamiento iusnaturalista y cuasipositivista no tiene cabida en una teoría del Derecho basada en principios empiristas»<sup>15</sup>.

La significación de la validez se reduce aquí a un conjunto de hechos sociales; sólo a través de los mismos es posible identificar el fenómeno jurídico y por eso se afirma que la noción de Kelsen no deja de ser una idea metafísica que poco o nada tiene que ver con la realidad. Las normas jurídicas sólo tienen sentido si lo que prescriben sucede realmente en los hechos y como tal acontecimiento tiene lugar en el momento de la aplicación, sólo entonces podrá determinarse si una concreta norma es una regla válida. Esta es la idea que fue insistentemente repetida por Ross: «en contra de las ideas generalmente aceptadas es necesario insistir en que el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares. Por lo tanto, para hallar los hechos que condicionan la vigencia

---

15. Ross, A., «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, trad. de G. R. Carrió y O. Paschero, p. 27;

de las normas debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del derecho, y no al derecho en acción entre los individuos particulares»<sup>16</sup>.

A tenor de lo expuesto no resulta difícil saber dónde sitúan el fundamento de la validez todas estas doctrinas. Tal fundamento sólo puede encontrarse en los hechos lo cual quiere decir que la validez es una cualidad sobrevenida que se constata siempre en un momento posterior al de la creación de la norma. En este sentido, lo único que se podría hacer son predicciones acerca de lo que harán los tribunales respecto de una determinada norma pero sin que en ningún caso se tenga certeza absoluta de que tal norma será aplicada. Se observará que las dos preguntas fundamentales<sup>17</sup> acerca de la validez (¿qué significa validez? y ¿qué fundamenta la validez?) son respondidas permaneciendo en la esfera fáctica. Al igual que sucedía con Kelsen se pretende de este modo, aunque por un camino distinto, conseguir la coherencia interna de la tesis sostenida.

Para concluir con esta apretada exposición sólo nos queda referirnos a las concepciones axiológicas. Con carácter general puede afirmarse que en este tipo de doctrinas la cuestión fundamental es responder a la pregunta relativa al fundamento de la validez, esto es, ¿por qué valen las normas jurídicas? Por el contrario, nada se dice —al menos de un modo directo— sobre la significación de la validez ya que ésta depende, en mayor o menor medida, de la respuesta que se dé sobre el fundamento. Ello quiere decir que en estas doctrinas se invierte el orden por cuanto la significación del término validez adquiere un carácter derivado o secundario.

La afirmación de que las normas son válidas depende enteramente del contenido de las mismas. Si tal contenido se ajusta a una determinada concepción de la justicia puede afirmarse que el Derecho es válido, que existe, o lo que es lo mismo que tiene fuerza vinculante para obligar a los sujetos a los que va dirigido. En caso contrario, si no se produce esta coincidencia de contenido, se decreta la invalidez del Derecho o de las normas que no realizan la idea de justicia. Probablemente, es la doctrina iusnaturalista, al menos en su versión tradicional o clásica, la que ha mantenido esta posición. Según dicha doctrina los Derechos positivos están subordinados ontológicamente al Derecho natural de manera que su propia existencia (validez) depende de su concordancia con dicho Derecho natural o, dicho con otras palabras, la validez del Derecho positivo deriva del Derecho natural que es considerado como el verdadero y auténtico Derecho. En esta tercera corriente se identifica la validez con la legitimidad o justificación de las normas y, en definitiva, se reduce la validez jurídica al problema de la justicia o injusticia de las normas pero con una consecuencia importante que no apa-

---

16. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1977 (4ª ed.), tr. G. R. Carrip, p. 35.

17. HENKEL ha afirmado con razón que la respuesta a estas dos preguntas es decisiva para la noción de validez, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Munich-Berlín, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1964, p. 439.



rece en otras concepciones: la negación de la existencia de toda norma o Derecho cuyo contenido no sea coincidente con el del Derecho natural.

Acabo de hacer sucinta descripción de las diferentes significaciones que se han atribuido al término validez con la esperanza de no haber simplificado en exceso. De cualquier modo, antes de exponer mi posición es necesario hacer un análisis crítico de estas tres concepciones. A través de esta crítica se podrá ir vislumbrando cuál es la noción de validez que finalmente se formulará. Por razones de oportunidad procederemos de un modo inverso comenzando por las concepciones axiológicas.

Tales concepciones no resuelven satisfactoriamente el problema de la validez jurídica porque no responden a las dos preguntas básicas sobre el tema. Ya se ha dicho que lo decisivo en esta concepción es buscar el fundamento de la validez de modo que la significación tiene un carácter secundario. Parece que afirmar que sólo el Derecho justo es el Derecho válido (existente) no resuelve el problema por varias razones. En primer lugar, porque la determinación de lo que es Derecho justo resulta, si no imposible, si al menos bastante difícil. Además, no hay que olvidar que las estimaciones sobre lo que es justo o injusto cambian en razón de las circunstancias históricas. En segundo lugar, se plantea el problema de quién es el sujeto o los sujetos que determinan la justicia de un determinado ordenamiento jurídico y, sobre todo, en base a qué criterios. Y, por último, aunque todo esto no fuera suficiente, hay que decir que esta doctrina se aparta deliberadamente de la realidad y, en este sentido, es una visión idealista. En definitiva, se enfoca la cuestión desde una óptica errónea ya que la justificación o legitimidad de las normas no es algo que afecte a su validez en el sentido de existencia. No cabe duda que la justificación del Derecho tiene una gran importancia pues a través del mismo se deciden problemas que afectan directamente a la existencia humana y, por ello, es preciso preguntarse acerca del contenido de las normas jurídicas pero sin que tal pregunta condicione, en modo alguno, la propia existencia del Derecho.

Las concepciones fácticas responden adecuadamente a la pregunta sobre el fundamento de la validez. Sin embargo, la atribución de significado del término validez es incorrecta. Digo que la fundamentación es adecuada porque considero que, efectivamente, en último término, la validez de las normas jurídicas descansa o se apoya en un puro hecho: el Poder. Sin embargo, la significación del término validez no está referida a los hechos, sino exclusivamente a las normas. Ross dice que afirmar que una norma es válida antes de que ella sea aplicada es recurrir a una idea metafísica que, por tanto, no tiene ninguna conexión con la «realidad», pero no hay que olvidar que las normas tienen siempre una existencia previa a su aplicación. En última instancia, son el producto de una serie de actos humanos y son creadas con la pretensión de encauzar o modificar determinados comportamientos. Desde esta perspectiva, podría decirse que pertenecen al mundo «real» aunque tengan un modo peculiar de existir. El hecho de que lo que ellas disponen sea o

no realizado en la práctica, bien de un modo espontáneo o a través de la aplicación judicial del Derecho, no afecta para nada a su específica existencia. En conclusión, creo que no se puede identificar validez y eficacia pues procediendo de este modo sólo se crea confusión en lugar de aclarar las cosas.

Solamente nos queda por analizar la posición de Kelsen. Este autor ha sido uno de los que ha tratado el tema de la validez con más detenimiento y quizás, por esta razón, su doctrina ha sido la más criticada<sup>18</sup>. A mi juicio, la doctrina de Kelsen acierta en el significado de la validez pero falla en su fundamento. La validez es una propiedad de las normas y, por consiguiente, nunca puede estar referida a lo hechos. Las normas valen porque forman parte de un determinado sistema jurídico, más concretamente porque han sido creadas siguiendo un determinado procedimiento establecido por otras normas. La estructura de las normas jurídicas es una estructura de «deber ser»; ellas nos dicen simplemente que determinadas conductas deben ser realizadas y si ello no sucede se establece una sanción o, mejor dicho, se dispone que «debe» ser impuesta una sanción. La descripción de comportamientos que realizan las normas y, eventualmente, las consecuencias previstas para el caso de una conducta contraria no significa necesariamente que todo ello tenga que suceder en los hechos. Por eso Kelsen tiene razón cuando dice que las normas son válidas antes de ser aplicadas. Podría decirse, con razón, que la pretensión de las normas o del Derecho con carácter general es influir en los comportamientos de los seres humanos de forma que lo que en ellas se dispone tenga, después, un reflejo directo en los hechos y en los comportamientos «reales». Parece que esto es indiscutible pero creo que también podría aceptarse sin discusión que este tránsito desde el «deber ser» al «ser» tiene lugar en un momento superior al de la creación de la norma, y por este motivo, no determina su propia existencia.

Hasta aquí la doctrina de Kelsen es impecable. El fallo se produce en el fundamento último de la validez porque se apela a una norma ficticia. La validez de una norma debe descansar siempre en una norma superior pero como la cadena no puede seguir hasta el infinito habrá que encontrar un punto final. La construcción de la *Grundnorm* es un recurso para evitar el paso del «deber ser» al «ser». Con ello Kelsen pretende conservar la pu-

---

18. Una visión crítica de la doctrina de Kelsen puede verse, entre otros, en los siguientes trabajos: EISENMANN, Ch., «Sur la théorie kelsenienne du domaine de validité des normes juridiques», en *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, University of Tennessee Press, 1964, p. 59 y ss. TELBALDESCHI, I., «Validità ed efficacia della norma giuridica», en *La norma giuridica*, Milán, Guiffré, 1960, p. 293 y ss. KÜHNE, D., «Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung», *Rechtstheorie*, 1984 (Beiheft 5), p. 193 y ss. DARMSTAEDTER, F., «Rechtslogismus und Rechtssoziologie in ihrer Stellung zum Problem der Rechtsgeltung», *Archiv für Rechts — und Wirtschaftsphilosophie*, 1926/27, p. 103 y ss. GIORGIANI, V., «Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale del Kelsen», *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1962, p. 102 y ss. VERNENGO, R. J., «Validez y verdad en la *Teoría general de las normas* de Hans Kelsen», ya citado.



reza de su doctrina y sobre todo —al menos, ese es su deseo— la coherencia. Ahora bien, me parece que si se afirma que el fundamento último de las normas (aunque ellas sean expresión de un «deber ser») se encuentra en el hecho del Poder no se produce ninguna incoherencia, es más, creo que es la única explicación razonable.

Esbozaré, finalmente, algunas breves conclusiones. A tenor de lo que decía al principio creo que sólo hay un concepto de validez. Decir que las normas son válidas es lo mismo que afirmar que ellas existen, pero su existencia no depende, en modo alguno, de su eficacia. En este punto, aunque Kelsen distinguió claramente entre validez y eficacia tuvo que hacer algunas concesiones en el sentido de considerar a la eficacia como condición de validez. Sin embargo, me parece que llegar a esta conclusión no es necesario y, por consiguiente, es posible afirmar que la validez (existencia) de una norma subsiste con total independencia de su eficacia. Veamos qué es lo que dice Kelsen: «una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúe en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia no es considerada como una norma jurídica válida»<sup>19</sup>. Pues bien, yo iría mucho más lejos que Kelsen: una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida es una norma jurídica válida si ha sido creada de acuerdo con el procedimiento establecido y por el órgano competente. Si esta norma no es eficaz (no se aplica nunca) dejará de ser válida pero, en cualquier caso, siempre podría decirse que durante un período de tiempo existió. Obviamente, las normas jurídicas pueden dejar de ser válidas por diversos motivos pero lo que aquí se discute es si inicialmente una norma que nunca se aplicó puede ser considerada válida. A mi juicio, la respuesta ha de ser afirmativa. Un ejemplo servirá para explicar mi posición. Pensemos en la construcción de una carretera. Una vez finalizada se decide no abrirla al tráfico por determinados motivos de modo que la carretera no se utilizará nunca y con el transcurso del tiempo empieza a deteriorarse hasta que llega un momento en el cual se hace completamente inservible. Evidentemente, la carretera no cumplió la finalidad para la que fue construida pero nadie al que se le preguntase diría que eso no es una carretera o como mucho diría que algo que fue una carretera ha dejado de serlo por determinadas circunstancias. Pues bien, lo mismo sucede con una norma jurídica que nunca se aplicó. Ella existe en un momento determinado; si luego nunca se aplica ni se obedece podrá decirse que ha dejado de ser válida pero no que nunca existió.

Desde este punto de vista, considero que la validez no tiene ninguna relación con la eficacia ni tampoco con la legitimidad. Puesto que existen tres términos diferentes parece prudente utilizarlos adecuadamente distinguiendo tres problemas que pueden y deben tener un tratamiento separado.

---

19. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 24.





## Nuevas consideraciones sobre la paradoja de Ross

Por CARLOS ALARCON CABRERA

Sevilla

1. Entre las paradojas deónticas una de las que ha suscitado mayor interés, debido quizás a su conexión con la propia noción y justificación de la lógica deóntica, es la conocida como «paradoja de Ross»; ello a pesar de que una buena parte de los teóricos que se han dedicado a su análisis han llegado a la «paradójica» —valga la redundancia— conclusión de que sólo en apariencia se puede hablar de paradoja o de situación paradójica.

En su trabajo «Imperatives and Logic», publicado por primera vez en 1941, Alf Ross<sup>1</sup> se trazó como objetivo responder a la cuestión de la posibilidad de formar inferencias lógicas con enunciados no descriptivos, entendiendo como inferencias lógicas los procedimientos mentales mediante los cuales una o más proposiciones verdaderas implican la verdad de la proposición que deriva de ellas. Como punto de partida se basó en el siguiente razonamiento supuestamente contradictorio<sup>2</sup>:

Por una parte, el valor lógico de las premisas que contiene una inferencia depende de que dichas premisas sean verdaderas o falsas, condición que no se cumple si alguna de ellas es un enunciado prescriptivo, puesto que de los enunciados prescriptivos no se puede predicar su verdad o falsedad. Sabemos si el enunciado descriptivo «Juan cierra la puerta» es verdadero o falso, pero no si lo es el enunciado prescriptivo «¡Cierra la puerta!».

Por otra parte, son aparentemente correctas inferencias lógicas cuyas premisas son prescriptivas, como por ejemplo:

- A) ¡Cumple tus deberes!
- B) Barrer la casa es uno de tus deberes
- C) ¡Cumple tu deber de barrer la casa!

---

1. Ross, Alf, *Imperatives and Logic*, Theoria, VII, 1941, pp. 53-71; reimpresso en *Philosophy of Science*, XI, 1944, pp. 30-46. Cito por la trad. italiana de G. Ferrari y R. Guastini *Imperativi e logica*, en vol. *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, ed. a cargo de A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bolonia, 1982, pp. 73-96.

2. Ross, Alf, *Imperativi e logica*, cit., pp. 75 a 77.

En esta ocasión, tanto la premisa mayor como la conclusión son enunciados prescriptivos. Incluso parece que podría aceptarse la corrección de inferencias cuyas premisas fueran todas prescriptivas, como la siguiente:

- D) ¡Dedica a las matemáticas al menos tantas horas como las que debes dedicar a la filosofía!
- E) ¡Dedica a la filosofía cuatro horas!
- F) ¡Dedica a las matemáticas al menos cuatro horas!<sup>3</sup>.

Entre las soluciones a este razonamiento, conocido como «dilema de Jorgensen», destaca la construcción de una «lógica de la satisfacción» que Ross refuta a través de la formulación de su paradoja. En efecto, si nos refiriéramos a la satisfacción o cumplimiento de las premisas prescriptivas, éstas sí gozarían de carácter apofántico. No podemos afirmar si es o no verdadero el enunciado «¡Limpia la casa!», pero sí podemos afirmarlo del enunciado «María ha cumplido la norma que le obliga a limpiar la casa» o «María ha satisfecho la norma que le obliga a limpiar la casa».

No obstante, en opinión de Ross, mediante la lógica de la satisfacción se puede eludir el problema pero no resolverlo, porque el carácter lógico de la inferencia se le sigue atribuyendo por la naturaleza descriptiva de sus premisas (el enunciado «María ha cumplido la norma que le obliga a limpiar la casa» es descriptivo), con lo que penetramos en un círculo vicioso, ya que la lógica presuntamente imperativa de la satisfacción, que podría resolver el dilema de Jorgensen, se convierte en indicativa. Y la mejor prueba de la ineficacia de esta solución es que, si nos regimos por la lógica de la satisfacción, el cumplimiento de un enunciado prescriptivo implica el cumplimiento disyuntivo de dicho enunciado o de otro. Deberíamos aceptar la implicación « $Op \rightarrow O(p \vee q)$ », que conforme a la lógica de la satisfacción es correcta, pero que intuitivamente la rechazamos de plano. De «¡Echa la carta al correo!» no podemos inferir «¡Echa la carta al correo o quémala!», pero si se ha cumplido la obligación de echar la carta al correo entonces es cierto que se hubiera cumplido la obligación de, o bien echar la carta al correo, o bien quemarla. Esta es la «paradoja de Ross» o «paradoja de los mandatos disyuntivos».

2. El objetivo del presente trabajo consiste en exponer de forma ordenada las principales soluciones de la paradoja de Ross. Creo que a la hora de estructurar estas soluciones es fundamental distinguir entre aquéllas que, basándose en el primer sistema de lógica deóntica diseñado por Von

---

3. Deseo destacar que con este ejemplo pretendo contrastar las razones que ofreció Ross para rechazar las inferencias lógicas cuyas premisas fueran todas prescriptivas. En ellas se suele confundir la existencia de un enunciado prescriptivo con el hecho de su cumplimiento. La inferencia «(a) Amate a tí mismo; (b) Ama al prójimo como a tí mismo; (c) Ama al prójimo» no es correcta porque no podemos asegurar que el destinatario de la norma cumple (a). Por tal razón (d) no hace depender la obligación de estudiar matemáticas del cumplimiento de la obligación de estudiar filosofía, sino de la existencia de dicha obligación (Véase Ross, Alf, *Imperativi e logica*, cit., pp. 90 y 91).



Wright (en adelante, SDL)<sup>4</sup>, apoyan la idea de que lo percibido a primera vista como paradójico no es más que apariencia, de aquellas otras que, reconociendo la vigencia de la paradoja, reclaman la necesidad de ser rigurosos al precisar el significado de los términos deónticos y al analizar la estructura lingüística de los enunciados deónticos para combatir las consecuencias contraintuitivas. Dentro de las primeras propuestas son significativas las tesis de B. Hansson, G. Kalinowski y H. N. Castañeda, así como la mantenida por D. Follesdal y R. Hilpinen a principios de los setenta. Como principales sustentadores de las segundas destacan Von Wright, el último Hilpinen y el propio Ross.

En un estudio comparado de los sistemas de Rescher y Von Wright, B. Hansson ha señalado que la solución general para las paradojas que surgen en el SDL está conectada con la idea de que nunca se debe olvidar que las normas no son independientes sino que se entrelazan formando sistemas normativos. Si realizamos la acción de quemar la carta no infringimos la norma que nos obliga a echar la carta al correo o quemarla, pero sí infringimos la norma que nos obliga a echar la carta al correo. Cumplimos la primera norma de tal forma que incumplimos la segunda, cuando podíamos haberla cumplido de otra forma y no incumplir norma alguna. No hay nada de paradójico en el hecho de que, si estamos obligados a echar la carta al correo, estamos obligados a echarla al correo o quemarla, puesto que algo es obligatorio si es verdad en todos los mundos ideales, como ocurre con la descripción del acto disyuntivo. La clave del problema reside, para Hansson, en que lo que nosotros llamamos descripciones de actos («descriptions of acts») no son descripciones de cómo el acto es realizado sino descripciones del resultado del acto. Pero quien enuncia un deber no tiene por qué aprobar cualquier modo de cumplimiento del deber. La obligación de echar la carta al correo o quemarla no sería más paradójico que la obligación de echar la carta al correo, ya que si sólo importara el resultado del acto también sería aceptable echar la carta al correo a costa de dejar de ir al trabajo o de dejar de cumplir cualquier otra obligación<sup>5</sup>.

También Kalinowski ha negado el carácter paradójico de una implicación que a partir de la obligación de realizar un acto determinado deriva la obligación de realizar dicho acto u otro, puesto que el consecuente sólo se puede separar del antecedente cuando éste es verdadero en base a que la norma contenida en él se ha cumplido. Conforme a la lógica de la satis-

4. Cuando cito el primer sistema de lógica deóntica diseñado por Von Wright no sólo me refiero al presentado por él en 1951 (*Deontic logic*, *Mind*, n.º 60, pp. 1-15), sino también a las sustanciales modificaciones del mismo aparecidas en *A New System of Deontic Logic* (*Danish Yearbook of Philosophy*, n.º 1, 1964, pp. 173-182) y en *A Correction to a New System of Deontic Logic* (*Danish Yearbook of Philosophy*, n.º 2, 1965, pp. 130-107).

5. HANSSON, Bengt, *An Analysis of Some Deontic Logics*, *Nous*, n.º 3, 1969, pp. 384 y ss; reimpresso en el vol. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, ed. a cargo de R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht, 2.º ed., 1981, pp. 130 a 132.

facción es correcto deducir que si es verdad que «esta carta ha sido echada al correo» es verdad que «que esta carta ha sido echada al correo o ha sido quemada». Lo que pueda haber de paradójico no se debe al hecho de que los enunciados hagan referencia a normas sino simplemente a la propia noción de disyunción utilizada por la lógica<sup>6</sup>. La plasmación en el lenguaje ordinario de dicha noción nos puede confundir en apariencia, como por ejemplo si del enunciado «Estoy vivo» infiero el enunciado «Estoy vivo o estoy muerto», pero se trata simplemente de efectos psicológicos que nada tienen que ver, para Kalinowski, con supuestas situaciones contradictorias en sistemas de lógica deóntica.

Con mayor profundidad ha defendido estas ideas Castañeda, quien en uno de los trabajos más rigurosos de los últimos años sobre las paradojas de la lógica deóntica, «The Paradoxes of Deontic Logic: The Simplest Solution to All of Them in One Fell Swoop», comienza citando los dos objetivos a los que debe dirigirse la lógica deóntica: a) la clarificación de los criterios para obtener razonamientos válidos relacionados con obligaciones, deberes, prohibiciones, derechos, etc...; b) el análisis minucioso de la estructura lógica del lenguaje ordinario a través del cual nos referimos a dicho conjunto de materias<sup>7</sup>. El cálculo deóntico debe ser, por tanto, posterior a la indagación exhaustiva en los datos lingüísticos, y el factor que explica las razones reales de todas las paradojas es la falta de delimitación entre las «proposiciones» («propositions») y las «prácticas» («practitions»), que forman una dualidad en relación con una misma acción, considerada, respectivamente, como una circunstancia o como un foco deóntico<sup>8</sup>.

En el caso de la paradoja de Ross llama la atención en Castañeda la consideración de la misma como «confusión elemental». Esta confusión sólo puede provenir de la absurda idea de que la norma disyuntiva deja «abierta» al sujeto pasivo la posibilidad de no infringir ninguna norma, cualquiera que sea la forma de cumplir esa norma disyuntiva. Este «atomismo semántico» olvida que «ninguna oración es una isla en sí misma» y, en concreto, que al inferir una conclusión no se puede dejar de tener en cuenta que existen una serie de premisas en las que se apoya esa conclusión. Una norma disyuntiva puede no ofrecer alternativas si es en sí misma contradictoria, si su realización es físicamente imposible o si, como ocurre en este caso, está prohibida por otra norma<sup>9</sup>.

6. KALINOWSKI, *La logique des normes*, Presses Universitaires de France, París, 1972. Cito por la trad. castellana de J. R. Capella *Logica del discurso normativo*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 57 y ss.

7. CASTAÑEDA, Hector-Neri, *The Paradoxes of Deontic Logic: The Simplest Solution to All of Them in One Fell Swoop*, vol. *New Studies in Deontic Logic*, ed. a cargo de R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht, 1981, pp. 37 y 38.

8. Ibid. pp. 45 y ss.

9. Ibid. pp. 63 y 64.



La paradoja de Ross desemboca además, para Castañeda, en una reducción al absurdo, que se puede demostrar si aceptamos hipotéticamente el carácter paradójico de la implicación que estamos estudiando:

$$1) \quad Op \longrightarrow O(p \vee q)$$

Igualmente, sería paradójica la siguiente implicación:

$$2) \quad Op \longrightarrow O(p \vee \neg q)$$

Conforme a 2), si se debe echar la carta al correo, entonces se debe echar la carta al correo o *no* quemarla. La conjunción de los consecuentes de 1) y 2) es también paradójica: «Se debe, a la vez, echar la carta al correo o quemarla y echar la carta al correo o no quemarla». Pero esta conjunción es equivalente al antecedente de ambas implicaciones: «Se debe echar la carta al correo»:

$$3) \quad O((p \vee q) \& (p \vee \neg q)) \longleftrightarrow Op$$

$Op$  no es en absoluto un enunciado paradójico, pero sería equivalente a un enunciado paradójico, lo cual es contradictorio, por lo que no es correcta la suposición a partir de la cual hemos llegado a esta reducción al absurdo; a saber, que 1) y 2) son implicaciones paradójicas<sup>10</sup>.

En un exhaustivo trabajo sobre la naturaleza y el sentido de la lógica deóntica, D. Follesdal y R. Hilpinen han subrayado también que 1) pierde su presunto carácter paradójico si analizamos detenidamente el propio SDL. En su teoría semántica de las modalidades deónticas los autores interpretan «Of» en el sentido de que «f» es verdad en todos los mundos deónticamente perfectos o en todas las alternativas ideales a nuestro mundo actual. 1) se debe interpretar como que si «p» es verdad en todos los mundos deónticamente perfectos, «p v q» es también verdad en todos los mundos deónticamente perfectos. Pero esto no es más paradójico que el hecho de que «p v q» es una consecuencia lógica de «p». Si en todas las secuencias de eventos deónticamente perfectas es cierta la descripción «Echo la carta al correo», la descripción «Echo la carta al correo o la quemo» es también cierta en tales secuencias de eventos. Realmente, la explicación de la paradoja es ajena a la lógica deóntica y está en relación con las convenciones generales sobre el uso del lenguaje. Es, para Follesdal y Hilpinen, simplemente inusual que si quien posee la potestad normativa pretende conseguir la realización de una determinada conducta por parte del destinatario de la norma enuncie una obligación disyuntiva cuya segunda alternativa esté prohibida. Pero ello nada tendría que ver con la lógica deóntica<sup>11</sup>.

3. Por lo que a nuestra cuestión interesa conviene empezar a comentar la trayectoria de Von Wright a partir de «An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action», donde pone en duda por primera vez que  $Op \longrightarrow O(p \vee q)$  sea una simple implicación correcta que sólo

10. Ibid. p. 65.

11. FOLLESDAL, Dagfinn y HILPINEN, Risto, *Deontic Logic: An Introduction*, vol. cit. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, pp. 21 a 23.

quienes no hayan profundizado en el estudio de la lógica pueden considerar paradójica. Entonces, reconocerá que la paradoja de Ross no tiene una solución tan fácil como pudiera parecer y que para combatirla es necesario adentrarse en el problema de la interdefinibilidad y la distributividad de los operadores deónticos. Piénsese en la siguiente implicación:

$$4) P(p \vee q) \rightarrow Pp \& Pq$$

A primera vista, no perturba nuestras intuiciones pensar que si le está permitido a Juan que, a su elección, pida cobrar su sueldo en metálico o pida cobrar su sueldo mediante un cheque, entonces, le está permitido que pida cobrar su sueldo mediante un cheque. Pero 4) no es una implicación correcta en el SDL por la siguiente razón: dada la interdefinibilidad de los operadores deónticos en el SDL, es correcto que:

$$5) Op \rightarrow Pp$$

Pero de 1), 4) y 5) podríamos derivar una implicación incorrecta:

$$6) Op \rightarrow Pq$$

6) es incorrecta porque significa que si algo es obligatorio cualquier cosa está permitida, incluso lo contrario de lo que es obligatorio, lo cual es contradictorio<sup>12</sup>.

Si aceptamos la interdefinibilidad del operador O— y el operador P— (es decir, si 5) es correcto), entonces llegamos a la paradójica conclusión de que la fórmula intuitivamente aceptable 4) no es correcta porque sí lo es la fórmula intuitivamente rechazable 1). En consecuencia, debe al menos cuestionarse si los operadores deónticos son interdefinibles y, en concreto, si lo obligatorio está también permitido. La razón de la existencia de la paradoja de Ross, como también de la mayoría de las paradojas, habría que buscarla en la confusión entre varios conceptos de permisión y obligación. Si las permisiones disyuntivas no se entendieran como permisiones de libre elección —es decir, si el hecho de que Juan pudiera pedir que le pagaran en metálico o pudiera pedir que le pagaran mediante cheque no dependiera de su elección, sino de que se le permitiera desde el exterior una u otra petición—, desaparecería la paradoja, porque al no ser correcto 4) no lo sería tampoco 6). En una lógica deóntica en la que el operador P— se entendiera como permisión fuerte sólo quedaría de paradójico lo «debido a una asociación mental ilegítima de los rasgos lógicos de los conceptos normativos de estos cálculos, con rasgos lógicos de los conceptos de los cálculos de permisión débil; así como las «paradojas» en los cálculos de este último tipo surgen debido a una confusión con los rasgos de los cálculos de la permisión fuerte»<sup>13</sup>.

12. VON WRIGHT, George H., *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1968. Cito por la trad. castellana de E. Garzón Valdés *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, UNAM, México, 1976, pp. 23 a 25.

13. *Ibid.*, pp. 38 a 40.



Muy poco después, en «Deontic Logic and the Theory of Conditions», Von Wright tratará de defender la idea de que las paradojas de la lógica deóntica desaparecen si ésta se concibe como teoría lógica condicional. En este artículo no considerará la lógica deóntica como análoga inmediata a la lógica modal, sino como un apartado de la «Lógica de las Condiciones Suficientes y Necesarias», de tal forma que afirmar que algo debe ser equivale a afirmar que algo es condición necesaria de alguna otra cosa<sup>14</sup>.

En este sistema de lógica condicional la noción de condición necesaria se explica así: «la verdad de la proposición que «p» es condición necesaria de la verdad de la proposición que «q». Su representación formal puede ser una de las siguientes:

$$7) Nc (P,q)$$

$$8) N (q \rightarrow p)$$

Decir que «p» es condición necesaria de «q» significa que si «—p» entonces «—q», o, asimismo, que si «q» entonces necesariamente «p». En términos de condición necesaria el operador deóntico O— puede ser definido:

$$9) Op = Nc (p,I)$$

Que algo debe ser el caso significa que la cosa en cuestión es una condición necesaria de una cierta cosa (proposición, estado de cosas) I, que se presupone en el contexto. I no es una variable sino una constante proposicional<sup>15</sup>.

Por su parte, la noción de condición suficiente se explica así: «la verdad de la proposición que «p» es una condición suficiente de la verdad de la proposición que «q». Su representación formal puede ser una de las siguientes:

$$10) Sc (p,q)$$

$$11) N (p \rightarrow q)$$

En efecto, decir que «p» es condición suficiente de «q» significa que si «—q» entonces «—p», o, asimismo, que si «p» entonces necesariamente «q». Sc (p,q) equivale a Sc (—q, —p), a Nc (q, p) y a Nc (—p, —q). en términos de condición suficiente el operador deóntico puede ser definido:

$$12) Pp = Sc (p,I)$$

Que algo puede ser el caso significa que la cosa en cuestión es una condición suficiente de una cierta cosa I que se presupone en el contexto<sup>16</sup>.

14. VON WRIGHT, George, H., *Deontic Logic and Theory of Conditions*, Critica, n.º 2, 1968, pp. 3 y ss; reimpresso en vol. cit. *Doentic Logic: Introductory and Systematic Readings*, cit., pp. 159 y ss.

15. Ibid. p. 162.

16. Ibid, pp. 164 y 165.

$Op \rightarrow O(p \vee q)$  no es un teorema del sistema de lógica deóntica de las condiciones suficientes y necesarias. Si «p» es una condición necesaria de cierto estado de cosas, «p v q» no tiene por qué ser una condición necesaria de ese estado de cosas. Si es necesario que eche la carta al correo para que siga existiendo el mundo, ello no implica que es necesario que eche la carta al correo o que la quemé para que siga existiendo el mundo, porque si la quemé no sigue existiendo el mundo.

Von Wright destaca que el hecho de que 1) no sea un teorema en la lógica deóntica de las condiciones suficientes y necesarias conlleva importantes consecuencias en relación con la distributividad del operador  $O$ —. Que «p» sea condición necesaria de «q» sólo equivale a la necesidad de que «q» implique «p» si presumimos que tanto « $\neg p$ » como «q» son posibles. Propiamente, 7) no equivale a 8), sino que a 8) hay que unir una «cláusula de contingencia» («contingency-clause»):

$$Nc(p, q) = N(q \rightarrow p) \& M\neg p \& Mq$$

Entendiendo C como contingencia, debemos aceptar que  $Nc(p, q)$  implica  $Cp \& Cq$ . Como «deber» significa que lo que se obliga a hacer es una condición necesaria de una cierta cosa, entonces tenemos que  $Op \rightarrow Cp$  y, en cuanto que contingencia implica posibilidad, tenemos que «deber» implica «poder»:

$$14) \quad Op \rightarrow Mp^{17}$$

Pero que la conjunción de dos estados de cosas sea contingente no significa que cada uno de esos estados de cosas sea contingente, ya que uno de ellos puede ser necesario.  $O(p \& q)$  sólo implica  $Op \& Oq$  si aceptamos la cláusula condicional  $M\neg p \& M\neg q$ . Sin embargo, si dos proposiciones contingentes son individualmente implicadas por otra proposición contingente I, entonces la conjunción de esas dos proposiciones sí será contingente. Es decir,  $Op \& Oq$  sí implica  $O(p \& q)$  aunque  $O(p \& q)$  no implique  $Op \& Oq$ <sup>18</sup>.

Sin arrepentirse de su concepción de la lógica deóntica como fragmento de la teoría lógica modal de las condiciones necesarias y suficientes, concepción que le dirigirá hacia un enfoque «instrumentalista» de la lógica de las normas, Von Wright se centrará pocos años después («Deontic Logic Revisited», 1973) en una distinción hasta entonces muy poco estudiada, resumible mediante las expresiones alemanas «Sein-Sollen» y «Tun-Sollen», respectivamente alusivas a las normas que establecen que alguien debe o puede o no debe ser el caso, y a las normas que establecen que alguien debe o puede o no debe hacer tal o cual cosa<sup>19</sup>. Esta distinción provoca una al-

17. Ibid, pp. 162 y 163.

18. Ibid, p. 164.

19. VON WRIGHT, *Deontic Logic Revisited*, *Rechtstheorie*, n.º 4, 1973, p. 45.



ternativa básica en relación con la cuestión de la naturaleza de la lógica deóntica. Von Wright resalta que la única lógica deóntica construida a partir de la lógica de la acción se ha fundado en interpretaciones de las normas como oraciones descriptivas que acompañan a los operadores deónticos («Es obligatorio o permitido que las cosas se den»). Existiría entonces una lógica deóntica inexplorada, basada en la conjunción de operadores deónticos y verbos de acción, en la que las variables representarían esquemáticamente frases verbales («Es obligatorio o permitido hacer x») <sup>20</sup>.

En esta nueva lógica deóntica, la lógica deóntica de las reglas de acción (entendiendo por reglas de acción las expresiones resultantes de la combinación de operadores deónticos y verbos de acción), desaparecería la paradoja de Ross.  $Op$  no implicaría lógicamente  $O(p \vee q)$  por el mero hecho de que  $(p)x$  no implicaría lógicamente  $(p \vee q)x$ , ya que la acción intencional «Juan lleva la carta al correo» no presupondría en sí misma la acción intencional «Juan lleva la carta al correo o la quema». La paradoja sólo surgiría en la lógica deóntica de las oraciones de acción, como lo demuestra el hecho de que si lo que es obligatorio es que ciertas cosas se den, entonces, si es obligatorio llevar una carta, es obligatorio llevarla al correo o quemarla. Por contra, si lo que es obligatorio es hacer o no hacer determinadas acciones, entonces, si Juan no debe llevar la carta al correo, no debe llevar la carta o quemarla, salvo que previamente Juan haya decidido llevarla al correo y no quemarla, y por consiguiente haya tenido lugar un conducta intencional que se podría formular como  $(p \vee q)x$  <sup>21</sup>.

En los últimos años, el problema de las paradojas quizá no haya sido tan central en los trabajos de Von Wright, empeñado especialmente en delimitar algunos conceptos básicos de la lógica de la acción. No obstante, esta labor de perfeccionamiento y delimitación de los conceptos deónticos ha repercutido a la hora de volver a enmarcar la temática de las paradojas al eliminar algunos cabos sueltos y enfocarlas desde perspectivas más precisas.

En «On the Logic of Norms and Actions» Von Wright cuestiona seriamente la consideración de los términos deónticos como referidos a las categorías de acciones y no a las acciones individuales, algo que decidiera en «Deontic Logic» (1951) y que comenzaría a matizar en «Norm and Action» (1963). Asimismo, vuelve a plantear la interdefinibilidad de los operadores deónticos y, en relación con ello, la posibilidad de admitir normas contradictorias. En cuanto al primer problema, una acción individual («act-individual») podría esquematizarse así: en la ocasión «o», «a» hace «p». No bastaría con citar «o» y «a» porque un sujeto puede realizar más de una acción en la misma ocasión; es decir, por sí sola la acción individual no nos proporciona datos definitorios en relación con su contenido. Es necesario aludir a

20. Ibid, pp. 41 y 42.

21. Ibid, pp 44 y ss.

la acción genérica («act-category») «p». Es por ello que las categorías deónicas interesan tanto las acciones individuales como las acciones genéricas. Es más, la acción genérica en la que se encuadra la acción individual constituye su propiedad esencial. Y dentro de las propiedades de la acción individual también están los atributos deónicos. Si una acción genérica es obligatoria (aquí la categoría deónica aparece como operador), la realización de la acción genérica por parte del individuo presupone que la acción individual tiene la propiedad de ser obligatoria (en este caso, la categoría deónica aparece como predicado)<sup>22</sup>.

Esta dualidad según la cual las mismas categorías deónicas se usan como operadores cuando hacen referencia a acciones genéricas, y predicados cuando hacen referencia a acciones individuales, es de importantes consecuencias. Predicar de una acción individual que está permitida significa que la acción se incluye dentro de una categoría de acciones genéricas permitidas. En este sentido, de la permisión de un cierto tipo de acciones genéricas podemos inferir la no prohibición de dichas acciones, así como la no obligatoriedad de la omisión de las mismas. Ahora bien, si concebimos las categorías deónicas como predicados de acciones individuales no es posible la interdefinibilidad. Una misma acción individual podría ser a la vez obligatoria y prohibida. En el ejemplo de la promesa de hacer de hacer algo no permitido su cumplimiento es a la vez obligatorio en virtud de la norma según la cual deben cumplirse las promesas, y prohibido en virtud de que el hecho en cuestión que se ha prometido realizar no está permitido. No hay contradicción, puesto que la acción individual pertenece a la vez a un tipo de acciones que están prohibidas y a un tipo de acciones que son obligatorias<sup>23</sup>. También la acción individual de quemar la carta pertenece a la vez a un tipo de acciones que están prohibidas ( $O_p \rightarrow \neg P \cdot p$ ) y a un tipo de acciones que no están prohibidas ( $O(p \vee q) \rightarrow P \cdot q$ ). Prometer hacer algo prohibido no sería paradójico sino simplemente prohibido en sí mismo. Igualmente, estar obligado a echar la carta al correo o quemarla tampoco sería paradójico; sería simplemente una obligación disyuntiva que perdería su segunda alternativa al entrar en relación con la obligación incondicional previa de echar la carta al correo. Sólo si consideramos las categorías deónicas como operadores de acciones genéricas no es compatible la obligatoriedad de una categoría de acciones con la prohibición de la misma categoría de acciones. Pero en una lógica deónica que relacione actos individuales ni el principio de no contradicción ni la interdefinibilidad de los operadores deónicos se podría articular. De la misma forma, la no distributividad de los operadores deónicos traería como consecuencia la incorrección de la implicación  $O(p \& q) \rightarrow O_p \& O_q$ . Y entonces tampoco

22. VON WRIGHT, Georg H., *On the Logic of Norms and Actions*, vol. cit. *New Studies on Deontic Logic*, pp. 15 y ss.

23. *Ibid*, pp. 23 y ss.



podríamos derivar  $O(p \ \& \ q) \longrightarrow \text{ni } Pp \longrightarrow P(p \vee q)$ , formulas en las que se basa  $Op \longrightarrow O(p \vee q)$ <sup>24</sup>.

En «Norms, truth and logic», su última aportación al problema fundamental de la razón de ser de la lógica deóntica, Von Wright presenta una distinción que, en su opinión, puede esclarecer el carácter paradójico de determinadas implicaciones. Se trata de la distinción entre «deber técnico» («must») y «deber deóntico» («ought»). El deber técnico alude a que alguna cosa «debe ser hecha» para que alguna otra cosa se consiga. Es decir, los deberes técnicos suelen ser elípticos, ya que se refieren implícitamente a un fin que no se logrará si lo que «debe ser» —en sentido técnico— no «es». El deber deóntico es el que emana directamente de una norma; es categórico, no es un medio sino un fin en sí mismo<sup>25</sup>.

En este trabajo, Von Wright reconoce que todas las paradojas de Ross nacidas en el SD son variaciones de la supuesta paradoja de Ross, que es realmente tan poco paradójica como incorrecta es la fórmula  $Op \longrightarrow O(p \vee q)$ . Si en un sistema normativo existe una norma según la cual debe ser que «p», esta norma no puede «racionalmente» coexistir con una «norma negación» («negation-norm») de la norma según la cual debe ser que «p» o que «q». Es decir,  $Op$  es incompatible con:

15)  $P(\neg p \ \& \ \neg q)$

El «legislador racional» no puede a la vez obligar a que ocurra un estado de cosas determinado y no permitir que este estado de cosas, junto a otro, no ocurra. Si existe la obligación de echar la carta al correo, no puede existir la permisión de dos acciones, una de las cuales consiste en echar la carta al correo. Pero ello no significa que la norma que obliga a echar la carta al correo implica una norma que obligue a echar la carta al correo o quemarla<sup>26</sup>.

En el último sistema de lógica deóntica diseñado por Von Wright,  $Op \longrightarrow O(p \vee q)$  es perfectamente rechazable dada la no distributividad del operador deóntico  $O$ —. En este sistema el lógico finlandés introduce el operador  $B$ , que significa producción de un estado de cosas ( $\bar{B}$  significa destrucción de un estado de cosas), y el operador  $S$ , que significa mantenimiento de un estado de cosas ( $\bar{S}$  significa supresión de un estado de cosas).  $Bp$  se lee “se produce el estado de cosas «p»” o “producir el estado de cosas «p»”.  $Sp$  se lee “se mantiene el estado de cosas «p»” o “mantener el estado de cosas «p»”<sup>27</sup>.  $B(p \vee q)$  significa que se produce el estado de cosas «p» o el estado de cosas «q». Si antes de la acción no existían los estados de cosas «p» y «q», entonces si el agente produce «p» o produce «q» o produce ambos se puede decir que produce la disyunción «p v q». Sería el caso que:

24. Ibid, p. 7.

25. VON WRIGHT, Georg H., *Norms, truth and logic*, vol. *Practical Reason. Philosophical Papers I*, Basil Blackwell, Oxford, 1983, pp. 152 y ss.

26. Ibid. p. 144.

27. Ibid, pp. 169 y 170.

$$16) B (p \vee q) \longleftrightarrow Bp \vee Bq$$

Pero también puede ocurrir que antes de la acción sea «p» y entonces el agente no produce «p» sino que mantiene «p». Si existe la norma  $O(p \vee q)$  el agente podría destruir el estado de cosas «p» a condición de que produjera «q», o podría mantener «p» sin producir «q». Así, no tendría por qué producir «p v q» aunque hubiera producido «q». 16) sólo sería una posibilidad, ya que «un agente produce una disyunción de dos estados de cosas si, y sólo si, produce ambos o produce uno de ellos dejando otro sin producir». La equivalencia correcta sería <sup>28</sup>:

$$17) B(p \vee q) \longleftrightarrow (Bp \& Bq) \vee (Bp \& \bar{B}q) \vee (\bar{B}p \& Bq)$$

En este sistema,  $OBp$  implica  $OB(p \vee q)$ , puesto que  $OBp$  y  $P(\bar{B}p \& \bar{B}q)$  son incompatibles y  $P(\bar{B}p \& \bar{B}q)$  es la norma-negación de  $OB(p \vee q)$ . Pero  $OBp$  no implica  $O(Bp \vee Bq)$  porque, como acabamos de ver, un agente produce una disyunción de dos estados de cosas sólo si produce ambos o uno de ellos dejando de producir el otro. Puede que no produzca ninguno de los estados de cosas sino simplemente los mantenga. E incluso puede que destruya uno de ellos manteniendo el otro.  $OBp$  no es compatible con  $P(\bar{B}p \& \bar{B}q)$  pero si lo es con  $P(\bar{S}p \& \bar{B}q)$ , con  $P(\bar{B}p \& \bar{S}q)$  o con  $P(\bar{S}p \& \bar{S}q)$ , algunas de las normas-negación de  $O(Bp \vee Bq)$ . La paradoja de Ross no es correcta si se formula del siguiente modo:

$$18) OBp \longleftrightarrow OB(p \vee q)$$

La obligación de producir un determinado estado de cosas implica la obligación de producir disyuntivamente ese u otro estado de cosas. Pero la obligación de producir un estado de cosas no implica la obligación disyuntiva de producir ese estado de cosas o producir otro estado de cosas. La paradoja de Ross no es correcta si se formula de este otro modo:

$$19) OBp \longleftrightarrow O(Bp \vee Bq)$$

Por consiguiente, la supuesta paradoja se debe achacar a una confusión «entre la afirmación de algo que es trivialmente verdadero y no (muy) «paradójico» y la afirmación de algo que de hecho no es verdadero» <sup>29</sup>.

También el propio Ross, en «Directives and Norms», hacía depender sus conclusiones de la distributividad del operador deóntico  $O$ — al diferenciar la disyunción externa de la disyunción interna. En las disyunciones deónticas externas (« $Op \vee Oq$ ») el agente, para cumplir la norma, no decide si hace «p» o hace «q», ya que ello depende de la voluntad del «imperator». El enunciado disyuntivo externo «Por las mañanas deberás traerme un café o deberás traerme un vaso de leche» se debe interpretar en el sentido de que el «imperator», cada mañana, dirá si prefiere leche —y, por tanto, existe  $Op$ — o si prefiere café —y, por tanto, existe  $Oq$ —. Podemos inferir:

$$20) (Op \vee Oq) \& \neg Op \longleftrightarrow Oq$$

28. Ibid, pp. 173 a 176.

29. Ibid, pp. 191 y 192.



En este sentido, y del mismo modo que «p» implica «p v q», es el caso que  $O_p$  implica  $O_p \vee O_q$ . Pero en las disyunciones deónticas internas el sujeto pasivo debe hacer, a su elección, «p» o «q». Sería el caso del enunciado «Por las mañanas deberás traerme un café o un vaso de leche». Entonces,  $O_p$  no implica  $O(p \vee q)$ , ya que  $O(p \vee q)$  presupone una libertad de elección del agente incompatible con las obligaciones incondicionales  $O_p$  y  $O_q$ <sup>30</sup>. En formalización de Von Wright, Ross concibe  $O_p \rightarrow O(p \vee q)$  como  $O B_p \rightarrow O(B_p \vee B_q)$ , no como  $O B_p \rightarrow O B(p \vee q)$ , aunque ambos autores parecen recalcar la misma idea: de  $O(B_p \vee B_q)$  deriva que está permitido producir el estado de cosas «p» y está permitido producir el estado de cosas «q». Entonces, como  $O(B_p \vee B_q)$  es incompatible con  $O B \neg q$ , la siguiente inferencia no es correcta:

$$21) O(B_p \vee B_q) \& O B \neg q \rightarrow O B_p$$

21) no es correcta porque las premisas son incompatibles. La obligación disyuntiva de producir el estado de cosas descrito como «echar la carta al correo» o producir el estado de cosas descrito como «quemar la carta» es incompatible con la obligación de producir el estado de cosas descrito como «no quemar la carta». Por lo tanto, la conjunción de estas dos obligaciones no implica la obligación de producir el estado de cosas descrito como «echar la carta al correo».

La conclusión con la que pretendo poner fin a estas páginas es, en lo sustancial, coincidente con la posición esbozada por el propio Ross y en la que ha profundizado Von Wright desde finales de los sesenta. Confundimos con frecuencia los principios que regulan las relaciones lógicas entre enunciados descriptivos —aunque hagan referencia a la validez o a la satisfacción de enunciados prescriptivos— con los principios que regulan las relaciones lógicas entre enunciados prescriptivos, sin tener en cuenta que la introducción de operadores deónticos debe hacernos cambiar nuestras intuiciones y nuestros esquemas mentales acerca de la corrección o incorrección de determinadas implicaciones. Comparto especialmente la reciente tesis de R. Hilpinen, quien ha atribuido el carácter pseudoparadójico de 1) al hecho de que nuestras impresiones sobre las relaciones lógicas entre imperativos dependen, en parte, de la lógica de la satisfacción y, en parte, de una lógica basada en las permisiones fuertes («logic of support»).

En «On Ross Paradox» Hilpinen reconoce el error en que incurrió con Follesdal al tratar de explicar la paradoja de Ross aludiendo a las convenciones generales sobre el uso del lenguaje sin salir del campo de la lógica de la satisfacción, conforme a la que una «secuencia deónticamente perfecta» se define como una secuencia de acciones y eventos que «satisfacen» un sistema normativo dado. Pero cuando Ross presenta su paradoja no

30. Ross, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968. Cito por la trad. castellana de José S.—P. Hierro *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 147 a 149.

interpreta los enunciados deónticos como aserciones, sino como prescripciones cuya finalidad no consiste en comentar el sistema normativo sino en ordenar la realización de determinadas acciones. Así, siguiendo las categorías de Hintikka según las cuales una oración es interpretada como «juego semántico» («semantical game») entre dos partes que tratan de determinar su valor de verdad mediante su simplificación analítica en oraciones atómicas, la oración «Echa la carta al correo o quémala» significaría que la parte oyente («the hearer») sería libre para cumplir su obligación, bien echando la carta al correo, bien quemándola. La obligación disyuntiva presupondría la permisión de una de las dos acciones, pero si es obligatoria la norma «Echa la carta al correo» no puede estar permitido quemar la carta. Habría que crear un nuevo concepto de permisión según el cual ésta no sólo significara consistencia con las obligaciones del agente (la permisión débil en el SDL), sino permisión fuerte o explícita, de forma que si es obligatorio echar la carta al correo o quemarla, estas dos acciones estén explícitamente aceptadas<sup>31</sup>.

La permisión fuerte o «motivación» («support») exigirá no sólo la mención del acto en un enunciado prescriptivo, sino la referencia a que el agente debe realizarlo para «ganar» el juego asociado con ese enunciado prescriptivo. La obligación de echar la carta al correo o quemarla «motivaría» («permitiría», en sentido fuerte) cada una de las dos acciones, pero la obligación de echar la carta al correo sólo «motivaría» una acción no «motivada» por Op<sup>32</sup>.

Podríamos entonces diferenciar dos conceptos de implicación. El primero de ellos correspondería a la lógica de la satisfacción y significaría que toda acción genérica que satisface el antecedente satisface también el consecuente. Op implicaría O (p v q), pero porque Op y O (p v q) no ordenarían sino que simplemente describirían estados de cosas, por lo que no podríamos concluir que la norma Op implica la norma O (p v q)<sup>33</sup>. El segundo de los conceptos de implicación correspondería a la «lógica de la permisión» («logic of support») y significaría que toda acción individual «motivada» («supported») por el consecuente la «motiva» también el antecedente. Entonces, O(p v q) implicaría Op, lo cual es falso. Sólo mezclando estos dos conceptos de implicación podríamos obtener un concepto correcto: una norma implica otra norma si la primera «motiva» todas las acciones individuales «motivadas» por la segunda y si todas las acciones genéricas a través de las que satisface la primera satisfacen la segunda. Entonces, en sentido descriptivo, Op no implicaría O (p v q), ni O (p v q) implicaría Op, pero O (p & q) sí implicaría Op<sup>34</sup>. Evidentemente, nadie puede negarnos que

31. HILPINEN, Risto, *On Ross Paradox*, vol. *Alf Ross. Estudios en su homenaje*, ed. a cargo de A. Squella y R. Vernengo, Edeval, Valparaiso, 1984, 2.º., pp. 579 y ss.

32. *Ibid*, pp. 590 y 591.

33. *Ibid*, p. 588.

34. *Ibid*, p. 593.



1) es correcto si concebimos la implicación desde el punto de vista de la lógica de la satisfacción, ya que, desde luego, cuando alguien ha cumplido o satisfecho un enunciado prescriptivo que le obliga a echar la carta al correo, es cierto que hubiera cumplido o satisfecho un enunciado prescriptivo que le hubiera obligado a echar la carta al correo o quemarla. Pero ello nada tiene que ver con el hecho nada paradójico, aunque sí falso, de que la existencia de un enunciado prescriptivo que obliga a echar la carta al correo implica la existencia de un enunciado prescriptivo que obliga a echar la carta al correo o quemarla.





## 2. DE LA MODERNIDAD





## Derecho natural español. Clasicismo y modernidad \*

Por RAINER SPECHT

Mannheim

La teoría escolástica del Derecho natural, que se nutre de fuentes tan diversas como el Antiguo Testamento, Aristóteles, el estoicismo, Cicerón, el Nuevo Testamento, San Agustín, el *Corpus Iuris Civilis* e Isidoro de Sevilla, ha cumplido —dejando aparte diferencias de escuela y de intereses— tres tareas en el espacio histórico que le es propio:

1. Proporcionar la convicción de que hay criterios pre-positivos del bien moral y de la justicia social.
2. Elaborar sólidas formulaciones teóricas, que justifican esa convicción.
3. Insertar esa elaboración en un marco teológico y metafísico (lo que no era fácil, ya que todos los autores, desde Santo Tomás hasta Ockham, partían de que el orden natural, en cuanto fundamento del Derecho natural, no es necesario, sino que reside en una decisión contingente de Dios)<sup>1</sup>.

El iusnaturalismo escolástico abarca ambas directrices del pensamiento. Pues, como cualquier rama de la ciencia, es una *scientia ex causis*, ya que (*ascendendo*) remite el hecho de que haya criterios pre-positivos del bien moral y de la justicia social al origen de todo. De otra parte (*descendendo*), configura lo individual, ya que todas las leyes y decisiones particulares han de realizar el orden general, y manifestaciones inmediatas del orden determinan la configuración e interpretación de lo menos inmediato. Lo que significa en concreto que el iusnaturalismo suministra al individuo criterios para su decisión moral y para su enjuiciamiento, y ofrece además —por lo que hace al *forum internum*— criterios para el consejo y el enjuiciamiento tanto al director espiritual como al confesor. En lo que respecta a la sociedad, proporciona posibilidades de justificar internamente autoridades y leyes, y para criticar autoridades y leyes, así como para legitimar medidas

---

\* Agradezco consejo y sugerencias a Ernst-Wolfgang Böckenförde, Werner Böckenförde, Hans-Martin Pawlowski y Stefan Smid.

1. Trata cuestiones de esa inserción, Wolfgang KLUXEN, *Philosophische Ethik bei Thomas von Aquin*, Hamburgo, 2.<sup>a</sup> ed., 1980.

ilegales frente autoridades y leyes. Brinda por tanto posibilidades para algo que hoy podríamos denominar control no institucional de las normas. No es sólo derecho del gobernante, sino también derecho del gobernado: dualidad que no sólo establece seguridades. El iusnaturalismo, por último, por lo que hace a las relaciones recíprocas de las sociedades, establece posibilidades de convivencia de grupos humanos de distinta cultura y religión y del contacto entre enemigos.

Ante ese horizonte así esbozado se desenvuelve el fenómeno del iusnaturalismo español, tanto del jurídico como del teológico. Ambas direcciones renuevan, bajo condiciones teóricas, sociales y políticas diversas, la actitud iusnaturalista de la escolástica alto y bajomedieval. Esa renovación fue decisiva de un modo complejo para los iusnaturalismos de la siguiente generación, como ya advirtieron, primero, Otto von Gierke y, posteriormente, Ernst Reibstein. La grandeza de la escuela reside más en su general esfuerzo renovador que, por ejemplo, en su superación del problema, planteado por Duns Scoto y agudizado desde Gregorio de Rímmini, de la determinación del motivo de su carácter vinculante<sup>2</sup>. Planteado ese problema de manera radical, no constituía un tema específico del iusnaturalismo español. Su alcance, pero también su vetustez, se perciben al poner de relieve una de las posibles formulaciones. La ley eterna estriba en legalidades objetivas y prescribe por ello a las criaturas sólo su plenitud. La respuesta teológica a la pregunta de si se trata de legalidades objetivas creadas por Dios, o de legalidades objetivas que le vinculan, tiene importancia para valorar la función del Derecho natural. No sólo prejuzga la teoría de la libertad de Dios, sino también la teoría de la libertad del hombre, incluyendo su libertad respecto de la ley.

La labor renovadora de la escuela española no se limita a la nueva formulación de principios consabidos del Derecho natural, sino que abarca ámbitos nuevos o que cobran actualidad. Uno de los resultados es la reformulación y asentamiento de la convicción, temporalmente puesta en peligro, de la unidad moral del género humano que en Vitoria aparece contundente. Su fundamentación sugiere algo tan antiguo como la unidad política de la humanidad. Pero posiciones más diferenciadas como la teoría leibniziana de esa unidad, serán posibles a través de esos antecedentes menos diferenciados, pero suficientemente plausibles.

---

2. Todos los intervinientes en la polémica atribuyen al intelecto el conocimiento y enjuiciamiento de los hechos, la tarea de la articulación de datos sin la que no pueden darse reglas, el discurso con vistas a la promulgación y el conocimiento y apreciación de las condiciones de realización. Por el contrario, se atribuye a la voluntad la decisión sobre las alternativas de lo deseable y formulable, así como el acto de promulgación. Con estos supuestos, las soluciones teóricas propuestas por el clasicismo español al tema de la obligatoriedad consisten —sea dicho *cum grano salis*— en que se considera decisiva alguna de las actividades mencionadas. Puesto que se trata de autores reconocidos, se ha de tratar aquí menos de cuestiones gnoseológicas que de la exposición y reafirmación de instituciones.



Otro resultado es la elaboración de modelos practicables para la competencia entre autoridad religiosa y poder temporal, sobre todo en Vitoria y en Suárez; de esa contribución forma parte algo tan eficaz como suscitante de soluciones alternativas como la doctrina de la *potestas ecclesiae indirecta in temporalibus*<sup>3</sup>. La teoría del origen popular del poder público suscita precisiones sobre sus límites y sobre el derecho de resistencia, incluyendo el derecho a la muerte del tirano, tal como por ejemplo se encuentra en Suárez (el lector nórdicoeuropeo no comprende fácilmente que tales teorías se discutieran y publicaran precisamente en la España de Felipe II). Su practicabilidad ha de juzgarse matizadamente: las cautelas que limitan la aprobación del tiranicidio van más allá de lo que hoy se podría esperar, a despecho de la moral de ideológicos iconoclastas.

Asimismo, la coexistencia de poderes regionales independientes ya no gobernables ni por el Papa ni por el emperador, y las comunidades ultramarinas, recientemente descubiertas, favorecen la formulación de importantes principios del posterior derecho internacional. Por ejemplo, el principio de libertad de expansión internacional de la religión y del comercio, la radical igualdad jurídica de toda *res publica*, la libertad de los mares y la libertad de establecimiento. Además favorece la formulación de reglas morales relativas al modo de proceder en las guerras, que dimanen de la teoría de la guerra justa y que revisten interés sólo por el hecho de estar cargadas de problemas<sup>4</sup>. En el marco de la discusión sobre el *jus gentium* formula Suárez la distinción, de tantas consecuencias en la posterior división de disciplinas, entre el *jus gentium intra se e inter se*, que separa el tratamiento de derechos internos comparables entre distintos pueblos (derecho comparado) del tratamiento de aquellas reglas que hoy designamos como «derecho internacional».

Entre los mayores logros de esa época se cuenta el tratamiento sistemático de los nuevos hechos y problemas, creados por la actividad misionera y por la colonización de los territorios de ultramar descubiertos a partir del siglo XV, particularmente los de América. Una stampa de esa temática la ofrece la memoria de cátedra de la Universidad de Tréveris de Josef Höffner; algunos lectores recordarán también el libro de Reihold Schneider sobre Las Casas. Por último, surge también una ética fiscal y económica muy meticulosa y proyectada con detalle sobre los problemas del momento. Las

---

3. Tales intentos guardan relación con la situación histórica y teórica. De una parte, algunas regiones europeas son políticamente tan poderosas, que por ellas resbalan ya las pretensiones de primacía tanto del Papa como del Emperador. Por otra parte, Vitoria sostiene la teoría de que el poder político proviene del pueblo. Por tanto, no puede dimanar del Papa, cuya función política hay que redefinir.

4. Esa teoría, anterior a la aparición del Estado, remite a San Agustín y fue reelaborada por Santo Tomás de Aquino en época de lances caballerescos. Su reformulación por la Escuela española no pudo imponerse ya de forma duradera. Poco después, el temor de que la guerra materialmente justa es *de facto* la guerra del vencedor, aligeró la formulación clásica de la justicia de la guerra, que entre tanto se hizo anacrónica (aunque la situación de un perdedor justo es mucho más incómoda que la de un simple perdedor).



reflexiones sobre la ética fiscal se refieren sobre todo a la justicia impositiva tanto pública como individual. Entre los motivos de reflexión de la ética económica está la prohibición establecida por la Teología moral del préstamo usurario, a cuyas consecuencias prácticas salen al paso desde los siglos XV y XVI la institución franciscana de los *montes pietatis*. De tales préstamos se distinguen conceptualmente con claridad otros tipos de inversión como títulos de renta, compra a crédito o el efecto cambial, y se procede a reflexiones válidas no sólo en la realidad económica, sino posiblemente en posteriores teorías del contrato<sup>5</sup>.

\*

Un cúmulo de razones teóricas y prácticas habla en contra de que podamos hoy empezar de nuevo, allí donde hace trescientos cincuenta años concluyó el iusnaturalismo español<sup>6</sup>. Constituye un punto culminante de la Filosofía práctica formulada en términos de *normal science*, y se cuenta entre las construcciones más impresionantes que ha forjado nuestra civilización: una Filosofía práctica que abarca toda la realidad. Que haya sido olvidado por nuestra conciencia cultural, a veces poco cuidadosa en la conservación de fenómenos, es una de las razones que impiden hoy a la opinión pública, comprender a Europa como una unidad cultural. Pero el amor a Escuelas del pasado tiene dos vertientes: experiencia de su proximidad y experiencia de su lejanía. La grandeza histórica despierta admiración, pero al mismo tiempo, en su lejanía, tristeza. La consideración de sí, en las actuales condiciones, aún puede ser convincente, puede ponerse a prueba en relación con distintas concepciones iusnaturalistas. Si se entiene, siguiendo

5. Todavía son hoy accesibles los siguientes estudios sobre la iusnaturalismo español: E. REIBSTEIN, *Die Anfänge des neuen Natur— und Völkerrechts. Studien zu den «Controversiae Illustres» des Fernandus Vasquius (1599)*, Berna, 1949; E. REIBSTEIN, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca* (Freiburger rechts— und staats wissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 5), Karlsruhe, 1955; B. HAMILTON, *Political Thought in Sixteenth-Century Spain. A Study of the political ideas of Vitoria, Soro, Suárez and Molina*, Oxford, 1963; A. TRUYOL SERRA, *Die Grundsätze des Staats— und Völkerrechts bei Francisco de Vitoria*, Zürich, 1947 (original, Madrid, 1946); G. LEWY, *Constitutionalism and Statecraft during the Golden Age of Spain; a Study of the Political Philosophy of Juan de Mariana, S.J.*, Ginebra, 1960; J. DE VRIES (ed.), *Francisco Suárez. Ausgewählte Texte zum Völkerrecht*, Tübinga, 1965; J. HÖFFNER, *Christentum und Menschenwürde. Das Anliegen der spanischen Kolonialethik im Goldenen Zeitalter*, Tréveris, 1947; J. HÖFFNER, *Wirtschaftsethik und Monopole im 15. und 16. Jahrhundert* (Freiburger staatswissenschaftliche Schriften, 2), Jena, 1941; W. WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus (Ludwig Molina, 1535-1600)*, Münster, 1950; W. WEBER, *Geld und Zins in der spanischen Spätscholastik*, Münster, 1962.

6. Es recomendable no considerar pertinente al tema una época más reciente de la historia del Derecho natural. Hasta el siglo XIX el Derecho natural era esencialmente asunto de filósofos, teólogos y juristas. A partir de Pío IX, y más acentuadamente todavía desde León XIII fue considerado como parte vinculante de la doctrina de la Iglesia, con la pretensión de abarcar los fundamentos naturales de la organización política y social de toda asociación humana, y someterlo a la interpretación auténtica del magisterio eclesiástico. Retrospectivamente puede decirse que esa pretensión coincidía entre otras cosas con el interés de los Papas de fundamentar con carácter universal la posición de la Iglesia en un mundo que era ya pluralista y para, aun animando a los creyentes a la participación en la sociedad moderna, mantenerlos bajo la dirección de la Iglesia. La estrategia ha sido sometida a prueba, y los problemas y reacciones surgidos por su causa, fueron vivamente discutidos al final de los años sesenta y principio de los setenta. Pero ése no es tema que haya de relacionarse con la apreciación del iusnaturalismo español.



el estoicismo y dentro del campo significativo de la *lex aeterna*, que el Derecho natural es un derecho consistente en las leyes eternas del cosmos, surgen ya a partir del siglo XVII múltiples problemas. Por un lado se hacen reproches a la posibilidad por parte del hombre de formular afirmaciones globales sobre hechos. De otro lado, desde el siglo XVIII, los reproches de parte de los ilustrados dirigidos contra la hipótesis de la providencia y del gobierno universal divino se han convertido en trivialidades, y precisamente en razón de profundos cambios en el campo de los presupuestos teóricos: en lugar de un *tellus* vital entra en juego un producto de procesos mecánicos, y en lugar de un universo a su modo perfecto la idea de una evolución dotada de un fin. Esta se transforma en la idea de una evolución autodirigida, cuyo estadio final no es predecible. Entidades epigonales del desechado universo se presentan como candidatos a la sucesión: la más conmovedora es aquella naturaleza en la que vive el buen salvaje. Se transformó nostálgicamente en la naturaleza del parque nacional, que ha de sobrevivir aislado del medio ambiente, que hoy desempeña un papel dramático. Esta es, por supuesto, la última especie de naturaleza, que fija normas prácticas. Pero esas normas no exigen otra cosa que andar con cuidado con los fertilizantes o emplear si es posible dos veces el agua no contaminada. Extrañamente, a penas se es consciente de esta monstruosa transformación.

Si, por el contrario, se entiende el Derecho natural como un sistema de normas que ordenan y prohíben, se presenta el problema de mediar entre su generalidad y las exigencias particulares de las realidades sociales. Los principios supremos del Derecho natural (p. ej.: hacer el bien, no ofender a nadie y dar a cada uno lo suyo) no han sido discutidos, ni tampoco hoy se discuten. El problema se presenta en el momento en que hay que concretarlos en el caso individual e *hic et nunc*. Ese problema era menos acuciante en un mundo habitado por cristianos, judíos y musulmanes, ya que en él muchos detalles eran regulados mediante una socialización comparable. Por el contrario, la realidad en la que vivimos actúa sobre nosotros como una maraña intrincada y confusa de circunstancias preponderantemente contingentes y de presiones diversas, que no pueden abarcarse con principios generales y necesarios. Tales principios son tan inapropiados para una orientación individualizada en las realidades históricas, como las leyes de la armonía para dar noticia particular del pre-clasicismo de Mannheim o de Viena. Perspicacia institucional, observación y análisis de hechos suministran elementos de juicio sobre la conveniencia de decisiones, que no pueden sustituirse por ninguna otra cosa, y cuya adopción no encuentra una exposición suficiente en la construcción iusnaturalista de la conclusión y determinación. Ciertamente, la Escuela española muestra un interés explícito por los detalles, pero el desarrollo de las disciplinas ha suministrado a hechos viejos nuevas dimensiones, mucho peso específico y una complejidad sin fondo. Por ello es justo que se considere problemático considerar a un Derecho natural entendido como un sistema de normas generales como un «principio de organización de toda sociedad humana conforme a una norma

previa». Propositiones del tipo de los imperativos generales del viejo Derecho natural, se entienden hoy más bien como marcos orientativos, que cumplen importantes funciones, pero que no sustituyen a información alguna. Que hechos y situaciones tengan su propia justicia y razón, es uno de los significados ocultos del «*etsi daremus non esse Deum*», que nos ha llegado a nosotros a través del clasicismo español. Considerando los hechos objetivos se encuentran soluciones para problemas en situaciones, que no pueden suministrar en cuanto tales principios superiores de la razón práctica. Esas reglas no están pues al principio, sino al final, pues sirven de control. Aristóteles dice que son como un cánón de conducta, por lo que se deduce, entre otras cosas, que no son reglas de la lógica.

Si, por contra, se entiende el Derecho natural como la naturaleza de las cosas, se presenta el problema, agudizado desde el siglo XVII, de la cognoscitividad de tales objetividades naturales, lo que desde hace unos ciento cincuenta años se denomina «teoría del conocimiento». Pues también los objetos naturales se hacen más y más artificiales: desde el vino elaborado y el pan duradero hasta el hombre protésico, quimioterapéutico o psicoanalítico, que se hace procrear en número y procedimiento según convenga y cuyos derechos naturales amenazan reducirse al derecho a un salario, a un conveniente tiempo libre y a un incontrolado adoctrinamiento. Todo eso no excluye la concepción de las objetividades naturales, pero reduce su ámbito y le exige un nuevo módulo para la sutileza.

Si se interpreta esa teoría como relativa a objetividades forzosas, no resulta practicable, en la medida en que no aporta un procedimiento con cuya ayuda se determinen tales objetividades. Pero dado que tal procedimiento, si ha de ser comprobable, sólo puede ser un proceso informativo, se reduce esa alternativa a un modelo normal «información y decisión», que no mejorará si se equipa con aparatos iusnaturalistas. La segunda actualización de la teoría de las naturalezas objetivas consistente en traducirla a algo tan moderno como la teoría normativa de los valores, suministra a primera vista un oportunidad de superar la mutabilidad de las cosas. Pero obliga en realidad a admitir que los valores existen como entidades específicas, caracterizadas por la propiedad de que deben ser, de que se perciben con la especial capacidad del sentimiento de los valores, de que valores nobiliarios, valores de consumo, valores culturales y valores religiosos se sitúan en un orden perceptible de valores, y que —conforme a la versión sistemática—, en una competencia de valores, el valor inferior se comporta respecto del superior como un disvalor. Eso es demasiado. Ya la hipótesis de los valores como entidades, teóricamente considerada, parece algo arbitraria y, pragmáticamente considerada, incómoda, ya que el «no-debe-ser» del disvalor suministra justificaciones morales para su eliminación. La hipótesis de un autónomo sentimiento de los valores, como última o penúltima instancia práctica, no me parece, teóricamente considerada, suficientemente fundada, ni, pragmáticamente considerada, carente de reparos, ya que por medio de la tesis



de la ceguera ante los valores se pueden constituir, según convenga, nuevas subclases de minusválidos, y la hipótesis de una perceptible jerarquía de valores, de la que dependen las decisiones prácticas, queda en el aire en la medida en que sus representantes no pueden aportar una jerarquía de valores que sea convincente a diversos grupos. Por último la fijación en los valores distrae la atención hacia las cosas en modo semejante a como ocurre con la fijación en normas generales. En ciertos casos puede parecer plausible que se realicen los valores a costa de las cosas, aunque hay las más de las veces mejores soluciones. Si por contra se contenta uno con un concepto de valor, afín a las ciencias sociales, que meramente afirma que algo es considerado valioso por una persona o por un grupo, se mantiene uno en el ámbito de lo descriptivo y no se resuelve ninguno de los problemas filosóficos de un derecho basado en la naturaleza de las cosas. Esas consideraciones son válidas para la conocida discusión sobre los valores superiores y sin duda el constatar valoraciones comunes es casi siempre útil, especialmente hoy y para nosotros (cuanto más decisivamente pasa una posición a la defensiva, más perentorio se hace atender a alianzas plausibles). Esa posibilidad no es obvia dadas las diversas procedencias y el distinto lenguaje, sino que ha de ponerse de manifiesto con perspicacia y capacidad de convicción.

Si, por último, se entiende el Derecho natural como derecho racional, es decir, como derecho que emerge de la naturaleza racional del hombre, se aproxima uno a una posición, hoy todavía comprensible. No obstante ha de comprobarse hoy, con mayor intensidad que en el siglo XVI, en qué medida es histórica la razón. Quizá desde el siglo XIX nadie quiera, en el fondo, escuchar esa banalidad. Pero, por ejemplo, debe recordarse que hoy, a diferencia de la época del clasicismo español, la expresión «derechos naturales» se asocia a la idea de los derechos subjetivos y no a la de los deberes. Esa es una de las fundamentales modificaciones, que no podíamos dejar de mencionar. Titular de derechos subjetivos se considera hoy la persona con su dignidad y su libertad. Pero «libertad» suele significar algo que el siglo XVI, con sus diferenciados conceptos de libertad, quizá no conocía del todo. E incluso una expresión como «dignidad del hombre» ha modificado su sentido, pues para los autores del siglo XVI son conciliables con la dignidad del hombre cosas que hoy no lo son, como por ejemplo: servidumbre o castigo público. Ya que eso es característico de seres racionales *in statu viatoris*, pasa a formar parte de la misma teoría. No existe para ella una inmediata vuelta atrás.

\*

Tales dificultades teóricas salen al paso de una reactivación directa de un iusnaturalismo cristiano, como el español<sup>7</sup>. Incluso el más importante

7. Pero no desvirtúan el argumento decisivo, que puede formularse así: «El Derecho natural permanece vigente, sea o no reconocido». Ese es un expresivo argumento del tipo *si fractus* (*Si fractus illabatur orbis, impavidum ferient ruinae*), y merece el respeto que tales argumentos merecen. Se le puede, no obstante, poner en entredicho con observaciones como éstas: «¿Qué es lo justo

de los argumentos prácticos que hablan en contra de una reposición se apoya en una mutación histórica. Con el siglo XVIII se ha modificado algo fundamental en las condiciones de la praxis: concretamente, la relación entre derecho y moral<sup>8</sup>. El Derecho natural clásico constituía la común raíz de las reglas de la moralidad y de las reglas del derecho; así se aceptaba entre nosotros hasta mediados del siglo XVIII. La distinción en cuanto tal entre derecho y moral no es nueva; el principio de libertad de conciencia, por ejemplo, fue siempre intocable para la doctrina moral, no así para el derecho. La modernidad desarrolla además la tendencia a disociar lo moral de lo jurídico mediante la convicción de que, en cuanto al contenido, el derecho persigue lo mismo que la moral, si bien con otros medios. Una configuración clásica entre nosotros se encuentra en la Filosofía práctica de Immanuel Kant, y podría delimitarse la nueva posición del siguiente modo: el principio del orden jurídico no es material, sino formal, y consiste en hacer compatible la voluntad de uno con la voluntad de otro. No interesa al derecho la orientación moral de esa voluntad, sino el momento formal de su compatibilidad con la voluntad ajena. Imperativos materiales de la moral son inapropiados para servir de principios de legislación, ya que son cambiantes y nunca aceptados por todos, y también porque ninguno tiene derecho a prescribir a otro su felicidad.

Una interpretación adecuada de estas tesis sería difícil y problemática. Pero está claro que en ellas se manifiesta una decisión, que ha resultado fundamental para nuestro sistema político: la moral está fuera del alcance del derecho. La específica separación entre moral y derecho, que nos aleja del Derecho natural clásico, ha configurado la realidad en la que tenemos que vivir y en la que también desearíamos vivir si, por ejemplo, no se quisiera que la solución de un conflicto jurídico estuviera en correlación significativa con la conciencia personal del juez competente. Lo que no significa que derecho y moral hayan llegado a ser dispares. Tampoco hoy está el derecho fuera del orden moral. La voluntad referida a él y al cumplimiento de sus leyes es una voluntad moral, y a ella ha de remitirse el Estado, aunque no haya de ocuparse del contenido de su fundamento. No necesariamente

---

por naturaleza en un Derecho natural que ninguna razón existente reconoce ya como tal?»; y: «¿Cuál es el modo más conveniente de establecer la relación entre 'estar vigente' y 'ser reconocido'?». Sin embargo, el argumento decisivo se muestra inmune ya que el Derecho natural se excluye de su relación con la realidad.

8. A su papel de principio moral se vinculan dificultades, en las que no entro; son, no obstante, perceptibles en cuanto que, como cuestiones de moral, pueden ser reguladas internamente y no requieren compromisos con otros (tal como ocurre con las dificultades jurídicas, políticas o económicas). De los reproches que en este contexto se hacen, algunos no son procedentes. Por ejemplo, el que la concepción clásica del Derecho natural reposa en una falacia naturalista, que obtiene normas a partir de hechos. Se olvida aquí que la construcción iusnaturalista remite la facticidad creada a la voluntad del creador por lo que se pueden obtener conclusiones a partir de ella. El reproche sugerido por el clasicismo alemán de que las concepciones iusnaturalistas, por la condición de legislador que otorgan a Dios, reposan sobre la heteronomía, desconoce sus propios supuestos, ya que la razón práctica legislativa del clasicismo alemán no coincide sin más con la razón privada del individuo que obra.



porque sea laxo o relativista, sino porque posibilita políticamente la libertad moral, el Estado hace algo genuinamente moral, que no puede hacer de otro modo sino mediante una neutralidad material. Por ello no es modo deficiente de moral, sino que abre a la moral una nueva dimensión. Si la moral aprovecha o no esa oportunidad, es cosa suya. En ese sentido, en un Estado libre ideológicamente no homogéneo el Derecho natural cristiano es *de facto* patrimonio de los grupos que lo defienden, y determinará el derecho válido sólo en la medida en que se pueda imponer políticamente, es decir, en la medida en que considere plausible por la mayoría. Con lo que, aquello que internamente se legitima como Derecho natural, no podrá fundamentarse externamente con argumentos de Derecho natural, sino con otra especie de argumentos. En nuestro caso la situación es más complicada, ya que las constituciones alemanas, en razón de anteriores consensos, contienen formulaciones afines al iusnaturalismo, de las que ahora no se hace un uso intensivo. Lo que ahora ocurre fundamentalmente es que si algo afín a la concepción cristiana del Derecho natural llega a influir en el orden jurídico, depende de si sus representantes están en situación de hacerlo valer políticamente, y también de si lo quieren hacer valer. Ambas condiciones no son triviales.

Podría objetarse que la modernidad no depara oportunidades para algo así, ya que es enemiga del Derecho natural. Sin embargo hay ejemplos que estimulan a suponer lo contrario. Citaré dos: anticolonialismo y movimientos emancipadores. Su análogo carácter iusnaturalista se desprende del hecho de no ser disponibles, de que comparan el derecho positivo con sus pretensiones y de que, en su caso, lo critican de diversos modos. El que superen al Derecho cristiano natural proviene de que ignoran sus mandatos: el anticolonialismo ha permitido invariablemente que, en lugar de administraciones relativamente ordenadas, se produzcan genocidios, y las ideas emancipadoras han forzado, por ejemplo, la liberalización del tratamiento jurídico del aborto. No quisiera en modo alguno pasar lista a todos los movimientos afines al iusnaturalismo, hoy todavía vigentes, ya que son muchos. Eso no les ha impedido irrumpir de un modo espectacular: vivimos en un *boom* iusnaturalista. Pero el Derecho natural cristiano queda del lado de los perdedores, quizá por razones internas, quizá por externas. Eso, considerado en abstracto, puede corregirse mediante empeños políticos que hicieran capaz al viejo Derecho natural cristiano o a su versión modernizada, de alcanzar un consenso mayoritario. Pero tales intentos son inútiles entre nosotros, toda vez que el catolicismo alemán no está en situación de imponer internamente sus exigencias morales y religiosas.

\*

¿En qué sentido puede todavía en las actuales condiciones ser un modelo regulativo la teoría española del derecho natural? Cada época debe reali-

zar a su modo las tareas del reconocimiento, de la formulación y de la inserción teórica de principios prepositivos de justicia. De eso no estamos exentos, y no nos suministra ayuda alguna la reactivación de antiguos iusnaturalismos. Pero su parte referente al derecho reposa en la convicción de que hay criterios prepositivos de justicia, accesibles a la razón humana y que permiten juzgar sobre la justeza no sólo de acciones, sino también de leyes y decisiones jurídicas. Epocas diversas se adhieren a teorías fundamentales como éstas, las formulan teniendo en cuenta sus condiciones de diferente modo, y las integran, si pueden, en sus teorías fundamentales de una forma teórica y consensualmente defendible. Esa tarea, que la Escuela española realizó de forma ejemplar, no la ha emprendido hasta ahora nuestra época, ni de forma global, ni parcial: quizá a diferencia de la época del clasicismo alemán. Si lo lograra, se comportaría en sintonía con el espíritu del iusnaturalismo español y haría con sus propios medios algo comparable.

En esta situación transitoria en la que ni se echa mano de forma directa a construcciones históricas, ni se es consciente de una propia construcción, conviene distinguir entre las capas más profundas de las teorías clásicas y las más exteriores, en las que se concretan en transitorios mandatos y prohibiciones. Entre las tesis fundamentales, que en mi opinión configuraban el iusnaturalismo español, dice la primera que hay criterios prepositivos de justicia, y que los cristianos relacionan esos criterios con un Dios, que ordena y prohíbe y que pide cuentas de sus decisiones sociales y políticas. Al aceptar y reformular esta muy compleja tesis, nos mantenemos en el espíritu de la teoría española del Derecho natural. La segunda afirma que aplicar o no aplicar el derecho no debe vincularse a la valoración o minusvaloración de personas o grupos, sean progresivos o no progresivos (así en *De Indis recenter inventis*). Una parte de las exigencias de los maestros españoles relativas a esa tesis se han trasladado entre nosotros a otros lugares, como por ejemplo a las reglas fundamentales del procedimiento jurídico. Al respetar principios como «*audiatur et altera pars*», «*nemo iudex in propria causa*» o «*tratar igual lo igual*», y al defenderlo frente a una inclinación, interesada o emocional, a dispensarlos, nos ponemos del lado de los maestros españoles de Derecho natural. En tercer lugar, la teoría española del Derecho natural parte del convencimiento de que el Derecho natural, y con él también el derecho, se basa en la razón. Se manifiesta de forma especialmente convincente en el intento de hacer derivar de principios superiores las normas de Derecho natural. Si en una época llevada de lo emocional podemos mantener la convicción de que derecho y razón coinciden, permanecemos en el espíritu del iusnaturalismo español que, conscientemente, se ha entendido a sí mismo como teoría del derecho. Por lo demás, nosotros hemos de fundamentar el orden jurídico al margen de una determinada moral y de una determinada fe, de manera que todo ciudadano pueda reconocerlo justo y equitativo al margen de sus convicciones y sin entrar en conflicto con ellas. La virtualidad de que el derecho vincule a seguidores de cual-



quier credo, no puede proceder de sí mismo. En ese sentido tienen razón los propugnadores de catálogos de valores fundamentales: tienen la voluntad de fundamentar el derecho en algo que precede al derecho. Pero eso que precede no puede ser una determinada moral, ni siquiera plural, pues las morales acaban en conflicto y el derecho debe concluir ese conflicto.

En ese sentido, incluso pragmáticamente, es plausible el interés por la moderna separación entre moral y derecho. Por razones de prudencia, nuestro derecho no es un orden de virtudes y de verdades, sino un orden de paz y de libertad. Grandes tradiciones, como por ejemplo la aquí mencionada, no se basan de manera directa en la moral, sino en la razón. Para el clasicismo español emana de una suprema *ratio vel voluntas*, y se dirige a la razón humana. A partir de ahí, un camino parece conducirnos a Wolff y a nuestro clasicismo. Ellos entendieron, en condiciones revolucionariamente modificadas, racionalidad como libertad; derecho y Estado como realización de la libertad. Todo ello constituyó la base de la teoría alemana del Estado. Partiendo de ahí no es extraña la idea de que derecho y razón coinciden, y que la razón exige el derecho. Pero además en la concepción de un iusnaturalismo clásico como el español podemos reconocer algo que nos es familiar. Nos vincula a ella, el que sea una teoría de la acción racional. Por el contrario, nos separa de ella que el contenido de conceptos como «naturaleza» y «razón» y «*res publica*» haya variado en los últimos cuatrocientos años. Tras el descubrimiento de la historia, el hecho de que la razón humana *tiene que servirse* de orientaciones históricas y sociales ha cobrado un gran peso apenas previsible. Lo que es recto no lo puede determinar la razón sin fijarse fines: para resolver problemas objetivos no sólo necesita orientaciones teóricas históricamente suministradas, sino también orientaciones prácticas (teleológicas). Estas se sitúan entre el derecho muy general, sobre el que nadie discute, y la decisión en las situaciones reales.

La ubicación histórica de la razón se muestra, entre otras cosas, en el hecho de que, para resolver problemas, se presentan por lo común alternativas que, abstractamente consideradas, son igualmente practicables, si bien es diversa la razón a favor o en contra de ellas, y ciertamente no tanto en razón del problema objetivo, como en vista de lo deseable o indeseable de los medios y de las consecuencias. Por eso es preciso, como vulgarmente se dice, saber lo que se quiere. Saber lo que se quiere significa algo análogo a la metafórica expresión «contar con puntos de referencia», lo que hoy designa algo así como una parte del significado de la expresión «razón finita» («comprensión previa», «entorno vital», «*social perception*», «*preconceptions*»). Quien utiliza la expresión «punto de referencia», está muy lejos de hablar con claridad. Alude vagamente a un manojo de preferencias social e históricamente suministradas que cumplen la función de mediar entre los principios superiores del Derecho natural, en todo caso evidentes, y las realidades históricas. Con ello, en tiempos de crisis, no se tiene sino dificultades. Dado que siempre se dan tales referencias y en cierta medida son accesibles a un control

de racionalidad, quizá debamos traducir hoy la expresión «obrar racionalmente», cuyo correlato era el objeto de la teoría española del Derecho natural, más o menos en estos términos: «obrar de acuerdo con el problema objetivo y conforme a orientaciones o referencias históricas, racionalmente controladas». El derecho moderno tiene la tendencia de hacer posible sólo ese tipo de acción. Y esa correlación entre derecho y acción racional se encuentra no lejos, si se dejan de lado las diferencias ya advertidas, de la vieja correlación académica entre ley positiva y lo justo por naturaleza.

Traducción del alemán de  
Juan José GIL CREMADES



## J. Lipsio: neoestoicismo, iusnaturalismo y derechos humanos

Por EMILIO MIKUNDA FRANCO

Madrid

### I. Justo LIPSIO: De la filología a la filosofía práctica.

a) El presente estudio podría titularse: «Una aportación histórica soslayada entre el Renacimiento y el Barroco, en torno a la idea-incipiente de los Derechos humanos». Ello correspondería a una sencilla constatación efectuada hace ya más de dos décadas por el investigador alemán Gerhard OESTREICH, quien dedicó a la figura de Justo LIPSIO un destacado interés durante casi toda su vida<sup>1</sup>.

---

1. Entre su amplísima bibliografía en la materia destacan la siguientes trabajos: «Der römische Stoizismus und die oranische Heeresreform» en: *Historische Zeitschrift*. 1953. Núm. 176. págs. 17-43. «Antiker Geist und moderner Staat bei J. Lipsius 1546-1606. Der Neustoizismus als politische Bewegung». Habilitationsschrift FU Berlin. 1954. 253 págs. (N.B.: Recientemente me escribe B. OESTRICH que próximamente será publicada esta obra. Las citas de referencia que aparecen en el texto se refieren al manuscrito a máquina cuya fotocopia me ha sido gentilmente remitida desde Alemania). «J. LIPSIIUS als Theoretiker des neuzeitlichen Machstaates», en: *Historische Zeit-Schrift*. Núm. 181, págs. 31-78. «Justus LIPSIIUS in sua re», en: *Formen der Selbstdarstellung*. Festgabe fuer Fritz Neubert, edit. por V. G. Reichnkron y E. Haase, Berlin. 1956, p. 291-311. «Calvinismus, Neistoizismus und Preussentum». en: *Jarhbuch f. dt. Geschichte Mittel- u. Ostdeutschland V*, 1956, P. 1956, p. 157-181. «Die Idee des religioesen Bundes und die Lehre vom Staats-vertrag», en *Strukturprobleme der fruhen Neuzeit*, \*Ausgew. Aufsaezte. Berlin 1980. 442 págs. (N.B.: Se trata de una crestomatía de los principales trabajos de Gerhard OESTREICH recopiladas y editados a cargo de la historiadora B. OESTRICH, viuda del fallecido profesor). «Die Idee der Menschenrechte in ihrer geschichtlichen Entwicklung» \* Verbessertes und erweiterter Neudruck Schriftenreihe del Niedersaechsische Landeszentrale fuer polit. Bildung Reihe C, Heft, 7, 1961, 44 p. «Polistischer Neustoizismus und Niederlaendische Bewegung», en: *Bijdragen en Medelingen van det historisch Genootenschap deel 79*. Groeningen. 1965. p. 11-75. «Staendetum und Staatsbildung in Deutschland», en *Der Staat* \*revista de Derecho constitucional y político, Bd.6,1967, p. 61-63. «Die Niederlandische Bewegung und Brandenburg-Preussen», public. y ligeramente corregida bajo el título «Die Niederlande und Brandenburg-Preussen» en: *Reihe Nachbarn*, num. 7, Kulturabteilung der Kgl. Nederl. Botschaft Bonn. 1970, 2ª ed. en 1973, 28 p. *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, \*Historische Forschungen, T. 1, Berlín. 1968, 136 p. \*Publicado en 1966 bajo el título: *Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten como introducción histórica al gran Handbuch der Menschenrechte*. Berlin 1966./ 2ª ed. 1978 completado con un nue-

El hecho de que la investigación académica oficial haya soslayado a tan insigne autor, a caballo entre el Renacimiento y el Barroco, se debe, al parecer, a esa preocupación tan presente entre los investigadores por centrar la mayor parte de sus esfuerzos únicamente en torno a las figuras de talla y a las señeras de la historia del pensamiento, minimizando a otros autores cuyas obras no se consideran suficientemente significativas, o que no responden a los esquemas clásicos de ubicación espacio-temporal, de unidad y congruencia de pensamiento, o si no se puede seguir detalladamente la repercusión directa y concreta que ejerce su pensamiento y su obra en determinadas sociedades. Así, autores como J. LIPSIO —en quien no destaca precisamente la linealidad ni la congruencia sistemática sino más bien todo lo contrario, debido más que a falta de método, a vicisitudes históricas de la época que repercutieron en su vida personal—, o bien son dejados en el olvido —soslayados decíamos en el subtítulo—, o bien su obra es minimizada, o incluso —lo que es peor todavía— interpretados fuera del contexto quedan prácticamente marginados<sup>2</sup>.

Con este fenómeno se vió confrontado el citado investigador germano OESTREICH al comienzo de sus investigaciones sobre LIPSIO y sus coetáneos, autores englobados dentro de un vasto movimiento denominado por OESTREICH «movimiento neerlandés», (término éste que ya ha sido plenamente asumido tanto en Alemania como fuera de ella), al comprobar que autores tan significativos como el historiador MEINECKE apenas le prestan atención, limitándose a nombrarle muy de pasada, y a remitir al lector a los análisis —por otra parte muy escasos de rigor, a decir de OESTREICH—

---

vo cap 158 págs./ «Geist und Gestalt des fruehmodernen Staates». Ausgew. Aufsätze. Berlin, 1969, 355 p. *Contiene también trabajos anteriores de OESTREICH recopilados y corregidos por el mismo.* N.B.: Las citas del presente trabajo están tomadas de esta recopilación. «Strukturprobleme des europaeischen Absolutismus», en: Vierteljahrsschrift fuer Sozial-und Wristchaftsgeschichte, 1961, T. 55, p. 329-347. «Verfassungsgeschichte vom Ende des Mittelalters bis zum Ende des alten Reiches», en: Gebhardt Handbuch der dt. Geschichte, T. 9<sup>a</sup> ed. Stuttgart. 1970. págs. 360-436 y 769-784. «Das polistische Anliegen von Justus LIPSIUS "De constantia in publicis malis" (1584)», en: Festchr. F. Hermann Heimpel, zum 70. Gerburtstag, edit. por el Max-Planck Institut f. Rechtsgeschichte, Bd. 1, Goetingen 1971, p. 618-683. «Justus LIPSIUS als University in the 17. century. An exchange of learning. Ed. by Th. H. Literatur als Vorbild der praktischen Wissenschaften im 16. u. 17. Jahrhundert», en: Classical influences on European culture. A. D. 1500-1700. King's College, Cambridge Apr. 1974, ed. by R.R. Bolgar, London —New York— Melbourne 1976, p. 315-324. «Policey und Prudentia civilis in der barocken Gesellschaft von Stadt und Staat», en: Stadt-Schule—Universitaet-Buchwesen, u. die. dt. Literatur im 17. Jh, ed, Albrecht Schoene, Munich, 1976, p. 17. Jhs. als konstitutionelle Instrumente», en Die gescht Grundlagen d. modernen Volksvertretung I. Allgem. Fragen und europ. Veberblick edit N. Rauscht (Wege der Forschung CXCVI) Darmstadt 1980 p. 246-276. Finalmente reenvio a la bibliografía sobre Gerhard OESTREICH exhaustivamente detallada en mi tesis doctoral no publicada, titulada: «La concepción de los Derechos humanos de Gerhard Oestreich», U.N.E.D Madrid, 1988, pags. 246-290 (N.B.: En el Instituto de Derechos humanos de la Universidad complutense de Madrid se encuentra depositado un ejemplar de la citada tesis para consulta de posibles interesados).

2. Notker HAMMERSTEIN, al recensar un trabajo de G. OESTREICH sobre el neostoicismo en Europa como movimiento político afirma que «Se trata de abrir un capítulo hasta el presente casi desconocido o, más bien, soslayado de la Historia de Europa»; vid. recensión del cit. autor en: «Historische Zeitschrift, 1968, p. 705. N.B.: Comoquiera que todos los artículos recensiones y libros citados en el presente trabajo están en alemán, no habiendo sido publicados en castellano, me permito señalar mi propia traducción. (N. del A.)



de P. JANET<sup>3</sup>. Análogos razonamientos podemos constatar en el positivista von MOLHL y en P. MESNARD<sup>4</sup>.

Asimismo, en España, también podemos encontrar en la más reciente investigación sobre tolerancia en Holanda durante los S. XVI y XVII, análogos asertos. PECES BARBA, por ejemplo, en una de sus más recientes publicaciones dedica tan sólo seis líneas a la persona de LIPSIO, de forma puramente tangencial, al concluir un apartado dedicado a la filosofía de la tolerancia en COORNHERT. TRUYOL SERRA, sin embargo, tras una exposición más amplia y detallada admite, en parte, tesis oestreichanas<sup>5</sup>.

Sin embargo, fue Wilhelm DILTHEY quien volvió a redescubrir la vida, obra y profundidad de pensamiento de LIPSIO en su análisis del hombre renacentista, atribuyendo un determinado valor al neoestoicismo como fenómeno concomitante con el denominado en Alemania «humanismo tardío» (Späthumanismus)<sup>6</sup>. Y serán precisamente las observaciones de DILTHEY en sus respectivos trabajos las que sirvan de acicate a OESTREICH para profundizar en la obra lipsiana como eje fundamental del movimiento neerlandés, devolviendo a LIPSIO el puesto que merece en la historia del pensamiento al constatar en su obra ético-filosófica: «*La predominancia del retórico y del recopilador estoico, antes que la de un espíritu puramente romano*»<sup>7</sup>.

En LIPSIO, sin embargo, y ya desde el primer momento en que toma la pluma, se va a dar un fenómeno de polarización extrema en los autores que enjuician su vida y escritos: Lipsianos y antilipsianos se manifiestan con una vehemencia rara de encontrar sino en autores secularmente polémicos como MACHIAVELO y BODINO, polémica secular que incluso sigue

3. Vid. Historische Zeitschrift, 1956, p. 52, nota 1, (...Voellig unzuenglische Analyse).

4. Ibídem, respecto de la obra de MESNARD, P.: «L'essor de la philosophie politique au XVI siècle», Paris, 1936, 2ª ed. 1952.

5. PECES BARBA, Gregorio: «Escritos sobre Derechos fundamentales». Eudema Universidad. Madrid, 4ª ed. 1988. p. 161. El pasaje en cuestión dice así:

...«La última obra, "Debate sobre la ejecución de los herejes" es del mismo año de su muerte y recoge su debate con Justo LIPSIO, profesor de Leyden. Está redactada en forma de acta de un proceso en el que intervienen LIPSIO como demandante en nombre del Señor y COORNHERT como demandado o defensor en nombre del pueblo y del bien público. En ella COORNHERT repite sus argumentos anteriores»... TRUYOL Y SERRA Antonio: «Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado», Alianza Universidad (Alianza Edit.). 3. edic. rev. y aum. 1988. vol. 2 p. 124-125, y ref. en 126, 129 y 308. En esta magnífica obra del prof. TRUYOL selecciona algunos datos biográficos relevantes de la vida y obra de LIPSIO, citando expressis verbis a OESTREICH dos veces consecutivas, al admitir en parte su tesis:... «Interesantes para nuestro propósito son dos rasgos de la obra lipsiana«.../.. «G. OESTREICH que ha visto (yendo acaso un poco lejos) en LIPSIO al filósofo propiamente dicho del moderno Estado del poder»... N.B.: *La extraordinaria importancia del pensamiento y obra de TRUYOL en el pensador e historiador germano OESTREICH con quien mantenía una estrecha relación epistolar ha sido puesta de manifiesto en mi tesis doctoral —especialmente en las p. 44 y 59— citada ut supra, nota 2 in fine.*

6. DILTHEY Wilhelm: Gesammelte Schriften, Bd. II, Weltanschauung und Analyse des Menschen seit Renaissance und Reformation. 2ª ed. Leipzig. 1921.

7. DILTHEY Wilhelm, (cit. por OESTREICH en: «Antiker Geist und moderner Staat bei J. LIPSIO», Habilitationsschrift, Berlin 1954 p. 151. n. 4. (...«Ueberwiegt doch in ihm der stoische Rhetoriker und Sammler ueber den roemischen Geist».../ Cfr. «Politischer Neustoizismus und Niederlaendische Bewegung», en: Geist und Gestalt des fruehmodernen Staates» (op. cit. en nota 1 del presente trabajo), p. 107.

encontrándose en nuestros días, debido al oportunismo político de LIPSIO, lacra que le acompaña como su propia sombra<sup>8</sup>.

Para poder enjuiciar la vida y obra lipsiana y su repercusión en la Europa de su entorno histórico, es necesario ubicar al autor en la coordenada espaciotemporal respectiva: J. LIPSIO, en latín Justus LIPSIUS<sup>9</sup>, nació el 18 de octubre de 1547 en Isque (Overyssche), localidad sita entre Bruselas y Lovaina, bajo la influencia de dos culturas; la germana, por parte de su padre flamenco, y la francesa, de su madre valona.

La influencia de la humanística la recibirá en el seno de su propia familia; su tío Martinus LIPSIUS no sólo era un buen humanista sino también amigo íntimo de ERASMO. La educación del joven LIPSIO correrá a cargo de los jesuitas en Colonia (Alemania), quienes aparte de adoctrinarle en la dogmática católica le propocionarán una solidísima base lingüística en lenguas clásicas, especialmente en latín. La filosofía —y en especial la ética— completarán la formación humanística fundamental de ese autor, en cuyos certificados académicos destaca la siguiente nota, inequívoca de su futuro: «Futurus videtur bonus philosophus», del puño y letra del director, a la temprana edad de quince años<sup>10</sup>.

En octubre de 1562 solicita el ingreso en la Compañía de Jesus (S.J) sin contar con el consentimiento de sus padres, quienes le obligan a abandonar el noviciado. Sin embargo, la autodisciplina aprendida entre los jesuitas y el amor a las ciencias allí inculcado serán dos de sus mejores virtudes que conservará durante toda su vida, como él mismo afirmará tras más de treinta años de dedicación al estudio<sup>11</sup>.

En la Universidad de Lovaina concluirá estudios de Derecho y latín, obteniendo el grado de «Baccalaureus in utroque iure», por deseo de su padre, al morir éste y posteriormente también su madre queda no sólo huérfano sino desposeído de toda fortuna. Esta triste circunstancia parece ser coadyuvó, al verse necesitado de dinero, a la premura de su primera publicación titulada «*Variarum lectionum libri quattor*», dedicada al cardenal GRANVELA, quien había ejercido su ministerio en Holanda como enviado de Felipe II. Posteriormente, al trasladarse el cardenal a Roma, le manda llamar en cali-

8. Debido más que nada al hecho de haber cambiado de religión tres veces en su vida (catolicismo-protestanismo-catolicismo), y a la polémica secular de la época entre jesuitas y calvinistas/ Cfr. «Antiker Geist und moderner Staat bei J. LIPSIUS» (op. cit. en not. 1) p. 1 Einleitung, notas 1 y 2. Idem la importante reseña de la nota 5 sobre las cartas que deberían ser quemadas tras la muerte de LIPSIO, ordenado por el mismo a su albacea y que éste felizmente para la investigación no llevó a cabo.

9. El nombre auténtico en holandés es: Joest LIPS.

10. OESTRICH Gerhard: «Antiker Geist und moderner Staat bei J. LIPSIUS» (Op. cit. en nota 1) p. 9/ Cfr. datos sobre la familia y bibliografía lipsiana en «Justus LIPSIUS in sua re», en «Geist und Gestalt des fruehmodernenstaates» (Op. cit. también en nota 1) p. 86-89.

11. «Ich liebe diesen Ordnen und liebe seine Mitglieder. Er hat mich in die Wissenschaft eingeführt und hat mir heilsame Lehren fuer mein ganzes Leben gegeben» (Vid. Cit. por OESTRICH, nota 10 de su Habilschrift: «Antiker Geist und moderner Staat be J. LIPSIUS», op. repetidamente cit. cuya referencia aparece en la nota 1 del presente trabajo).



dad de secretario de latín, importante cargo que le permitirá libre acceso a bibliotecas tan importantes como la vaticana, la de los Farnesio y los Sforza<sup>12</sup>.

Este período de servicio, de dos años, con el susodicho cardenal fue uno de los más fructíferos de su vida, al permitirle perfeccionar el latín, por una parte, y brindarle la oportunidad única de poder leer y consultar los originales de TACITO, SENECA, PLAUTO y TERCENCIO, además de los contemporáneos MACHIAVELLO y GUICCARDINI, cultivando no sólo el aspecto filológico sino el filosófico práctico, —que es como entonces se entendía el término «política», tan empleado por él y sus contemporáneos.

Tras este bienio regresa a Lovaina lleno de esperanzas de futuro; sin embargo, la represión encabezada por el Duque de Alba, los disturbios sangrientos que a la sazón pululaban en los Países Bajos, y el temor a la Santa Inquisición por sus manifestaciones parciales en pro de algunas tesis de MACHIAVELLO parece que le indujeron a trasladarse a Viena (Austria), a través de Francia, via Bersançon-Dôle. No obstante, al poco tiempo abandona también la capital austriaca al no sentirse respaldado por sus correligionarios católicos, pasándose al bando enemigo —al campo protestante—, concretamente a la Universidad de Jena (Alemania) en viaje de regreso a través de Praga y Leipzig. Es sabido que por aquel entonces la susodicha universidad representaba un importante bastión protestante, muy severo, contra el catolicismo. Ni que decir tiene que, para poder dedicarse a la enseñanza en aquélla, era requisito imprescindible abrazar el protestantismo, hecho que parece no haber preocupado lo más mínimo a LIPSIO. Además, para dar muestras unívocas de su buena fe pronunció varios discursos en latín, que contienen ataques directos contra el papado romano<sup>13</sup>.

He aquí una de las razones por la que los jesuitas posteriormente van a soslayar al modesto LIPSIO, relegándole a una posición de ostracismo intelectual. ¡LIPSIO había pasado en poco tiempo de protegido de un alto prelado católico a profesor universitario protestante de retórica e historia! La Inquisición católica, lógica y consecuentemente puso sus libros en el índice de los prohibidos. Mas LIPSIO tampoco va a sentirse a gusto entre sus nuevos correligionarios, actitud que pone de manifiesto al contraer poco después matrimonio en Colonia con una viuda católica, severamente educada, quien rechazó toda propuesta de trasladarse a Jena con su esposo, hasta el punto de verse obligado a decidir entre su matrimonio o su actividad docente. Tras dimitir como profesor en Jena, regresa de nuevo a Colonia con su esposa donde se establece, re-convirtiéndose nuevamente al catolicismo en secreto en Maguncia, reconciliándose así con sus antiguos compañeros jesuitas.

---

12. OESTRICH Gerhard: «Justus Lipsius in sua re», en «Geist und Gestalt des fruehmodernen Staates» (Op. cit. en nota 1), p. 90/ Cfr. «Antiker Geist und moderner Staat bei J. LIPSIUS» (Op. repet. citada en nota 1) p. 10.

13. Vid. «Geist und Gestalt des fruehmodernen Staates» (Op. cit.) p. 92/ Cfr. «Antiker Geist und moderner Staat bei J. LIPSIUS» (Op. cit. en nota 1) p. 12.

En Colonia, esta vez, ya no se dedicará a tomar partido por uno u otro bando en las interminables polémicas en torno a la religión que se suceden sin tregua en la época. LIPSIO se consagrará ya totalmente a su faceta latinista, de filólogo, preparando y concluyendo una edición completa, revisada y actualizada, de las obras de TACITO, tras cuya publicación pasó de la noche a la mañana a gozar en toda Europa —tanto la católica como la protestante— de fama de literato y humanista de la mejor calidad y altura. Sirva como prueba el significativo dato de que tras su versión no volvió a publicarse ninguna otra versión de TACITO de las anteriormente existentes<sup>14</sup>.

Lamentablemente, la polémica entre católicos y protestantes no fue sólo doctrinal; las guerras de religión que asolaron Europa dieron triste prueba de ello. LIPSIO, sin quererlo pero irremediabilmente, se vió implicado durante años en todas aquellas turbulencias, por lo que se sintió forzado a huir una y otra vez, de ciudad en ciudad, en busca de tranquilidad de cuerpo y espíritu, para completar su obra filosófica de comentador de PLAUTO, SENECA, PROPERCIO y otros, al tiempo que en su mente se iba perfilando cada vez con mayor nitidez la concadenación y los nexos existentes entre determinadas acciones ético-políticas y sus repercusiones en la realidad cotidiana. Hasta 1576, —fecha en la que tras proseguir estudios de Derecho en Lovania, interrumpidos por las vicisitudes atravesadas, pudo licenciarse, se dedicó no sólo a profundizar sus conocimientos de Derecho Romano (como así lo prueba su obra «*Leges regias et leges X virales*» sino —lo que es más importante todavía— que entró directamente en contacto con el pensamiento de los juristas filósofos españoles escolásticos VITORIA, SOTO y VÁZQUEZ, (cuyas obras se habían difundido a través de la ocupación militar de los territorios neerlandeses en la época), fuentes que le sirvieron inmejorablemente en un etapa posterior para completar y fundamentar sus ideas sobre los derechos del monarca y los del súbdito<sup>15</sup>.

b) LIPSIO ejercerá influencia tanto en Holanda como en la Alemania y Europa protestantes a través de la Universidad de Leiden, lugar donde aparecen sus importantes y relegadas obras «Constantia» y «Política». En cambio, será Lovaina el centro de irradiación de su pensamiento e influjo hacia los países católicos, es decir, Francia, Baviera, los ducados de Florencia y Urbino, los principados de Colonia, Salzburgo, Würzburg y Breslau, así como la república de Venecia<sup>16</sup>.

14. OESTREICH G.: «Geist und Gestalt etc.» (Op. cit.) p. 93/ Cfr. «Antiker Geist und moderner Staat etc.» (Op. cit.) p. 13, espec. Fussnote 1.

15. Hipótesis formulada por G. OESTREICH y posteriormente confirmada por otros investigadores. (Vid. «Antiker Geist...» op. cit. p. 14; también: «Justus Lipsius als Universalgelehrter» op. cit. en nota 1, 1975, p. 323) N.B.: La reseña de páginas de esta última obra sigue la numeración de B. OESTREICH en su libro: «*Strukturprobleme der frühen Neuzeit. Ausg. Aufsätze*», citado asimismo en la nota 1 del presente trabajo.

16. OESTREICH G.: «J. LIPSIIUS als Universalgelehrter», op. cit. incluida en el susodicho libro de B. OESTREICH «*Strukturprobleme der frühen Neuzeit*», p. 324.



Mas LIPSIO no se contentará con un mero estudio formal de la filología. A través de ella pasará a la filosofía tras un detenido estudio de la historia. El puente que le sirve de unión es TACITO. En adelante ya no tratará de presentar los acontecimientos históricos desde el punto de vista puramente especulativo, sino que pretenderá reflejar el aspecto pragmático o práctico. Así lo manifestará en su «*Tractatus ad historiam Romanam congnoſcedam utilis*», y posteriormente en «*Admiranda sive de magnitudine romana*»<sup>17</sup>.

El estilo literario característico de LIPSIO, si bien se asemeja sensiblemente al seco y severo de TACITO, fue ya denominado en su época «Estilo lipsiano» (Lipsian style), estilo que acompañó de 1575 a 1650 todo un movimiento cultural de tipo moralizante<sup>18</sup>.

LIPSIO, tras haber obtenido de Felipe II un indulto por mediación de sus amigos de la Corte, podrá reincorporarse a la docencia en la Universidad de Lovaina, donde en 1592 obtendrá una cátedra de historia antigua y otra de latín. A partir de aquel momento todo cuanto escriba será tenido en gran estima, como así lo evidencian varios estudios sobre el arte de la guerra en la Roma antigua, estudios que, debidamente adaptados, servirán de fundamento de reorganización del ejército neerlandés y europeo de la época<sup>19</sup>.

No obstante, su relación con Felipe II no se limitará a ser pasiva, de profesor indultado y relegado, sino que el monarca le ofrecerá un cargo de relevancia; el de historiador de la Corte, nombramiento que LIPSIO aceptará de buen grado. Tal nombramiento, hecho en 1597 fue el resultado de una serie de esfuerzos como historiador coronados con el éxito. Así, la fama de su trabajo fue acumulándose: En 1574 publicará a TACITO, en 1575 a TITO LIVIO, en 1585 a VALERIO MAXIMO y, en 1596 a JULIO CESAR, una antología de historiadores romanos de primera magnitud, que hizo posible, un año más tarde, el nombramiento<sup>20</sup>.

Durante la última década de su vida, LIPSIO se verá implicado en las temibles polémicas religiosas de su época, ante las que tantos esfuerzos dedicó intentando quedar a salvo. Pero no podía ser menos: Dos trabajos dedicados uno a la Virgen de Hall (Heilige Jungfrau von Hall), y otro a la Virgen de Scherpenheuvel, encargados por los jesuitas, junto con su entrada como cofrade de la hermandad de la Virgen María, fueron los detonadores. LIPSIO persistió en su actitud de fiel católico hasta el final de sus días. Su última gran obra, editada en Amberes, sobre SENECA y el estoicismo romano, se la dedicará al Papa Pablo V. Aquí hay que destacar que esta última obra, reforzada con numerosos comentarios de su pluma contiene nu-

17. *Ibidem*. p. 325.

18. *Ibidem*. p. 327.

19. «Antiker Geist und moderner Staat bei J. LIPSIUS» (Op. cit. en nota 1) p. 20.

20. *Ibidem*, p. 21

merasas hipótesis de carácter hermeneútico que posteriormente han sido confirmadas <sup>21</sup>.

Fallecerá el 24 de marzo de 1606 en Lovania, a los 59 años de edad, indicando, al parecer que no es en la constancia estoica donde se encuentra la verdadera paciencia sino en la cruz, rectificando así también la parte de sus tesis teóricas <sup>22</sup>.

Una vida tan plagada de ambivalencias, una personalidad tan difícil de encasillar en esquemas simplistas no aparece, afortunadamente, todos los días. Su vida transcurrió en una continua y perpetua contradicción; por una parte predica la templanza, la rectitud de ánimo, la firmeza frente al peligro, la resistencia y la lucha, y por otra huye constantemente de ciudad en ciudad eludiendo conflictos con personas, ideas e instituciones. Por una parte dedica su vida a reflexionar sobre la moral estoica basada en virtudes como las reseñadas, aparte de la paciencia y la resistencia a la adversidad sin inmutarse, o sea, la negación de toda huida y evasión de la realidad, invitando a los ciudadanos a afrontar los hechos y los peligros sin resignarse a soportar la injusticia, y por otra se muestra indeciso a nivel personal, cambia y vuelve a cambiar de religión, escribiendo allí a favor lo que aquí escribe en contra <sup>23</sup>.

Esta característica lipsiana por excelencia, de íntima contradicción entre los ideales que preconiza y su propia vida real ha sido repetidas veces denunciada; ya en vida del autor, una año antes de su muerte, apareció reflejada en una severa crítica del obispo anglicano Joseph HALL, encabezando la introducción de la traducción de su obra «Constantia» al inglés <sup>24</sup>.

HALL le tilda de camaleón, comparándole también con la deidad mitológica de JANO, divinidad que, como es sabido, presenta dos rostros diferentes y contrarios en la cabeza. Y, sin embargo, más allá de toda crítica, en LIPSIO prevalece un aspecto esencial: El enorme deseo de conservar la vida por encima de toda ideología y de toda religión, actitud que le induce a adaptarse perfectamente en cada uno de los ambientes a donde la vida le lleva. Por ello parece dudosa la sinceridad de la propia creencia religiosa de LIPSIO para quien no era decisivo, en su época, tener una religión determinada o no tenerla <sup>25</sup>.

Las aportaciones de LIPSIO son múltiples; también aparecen reflejadas en su propia metodología. El autor consigue transformar los fines pedagógicos de la historia. Así, la historia se encontraba íntimamente vinculada

21. *Ibidem*, p. 23.

22. Dato del biógrafo Aubertus MIRAEUS. (Vid. *Antiker Geist*, etc. op. cit. p. 23).

23. «J. LIPSIUS als Universalgelehrter etc.» (Op. cit. p. 327).

24. Según R. KIRK, referido por OESTREICH en «*Antiker Geist... etc.*» (Op. cit.) p. 23, nota 1.

25. Con ello no creemos faltar el respeto a la memoria de LIPSIO. Únicamente, a juzgar por los hechos externos, nos permitimos este comentario con reservas de posible error sobre la rectitud de su conciencia, esfera impenetrable.



a la ética sino a la filosofía práctica (es decir la «política», como antes señalábamos) la materia que predominará en los estudios históricos. Todo ello, además, especialmente en lo tocante a temas directamente relacionados con la defensa, organización del ejército y su disciplinamiento<sup>26</sup>. Esta evolución, no obstante, únicamente aparece en las universidades dirigidas por protestantes; en las católicas, en cambio, regentadas por jesuitas, en las que éstos llegan incluso a suprimir la asignatura historia, lógicamente no podrá observarse este fenómeno<sup>27</sup>. He aquí nuevamente un aspecto que contribuirá a ofrecer la consabida dicotomía de su personalidad.

## II. HUMANISMO TARDIO, MACHIAVELISMO, RAZÓN DE ESTADO Y ABSOLUTISMO MODERADO

a) El neoestoicismo que aparece en Europa durante los S. XVI y XVII no lo hace sólo presentándose como movimiento filosófico, sino como movimiento esencialmente político, aunando tanto la ética, como la disciplina militar. Ambos aspectos son inseparable consecuencia de la situación real existente en la Europa de aquel entonces, firmemente conmovida por interminables guerras de religión, por guerras fratricidas entre cristianos en las que se intenta salvar las diferencias si no por argumentos teológicos, que a ningún bando paracen convencer, sí por la fuerza de las armas<sup>28</sup>.

Ante esta situación, LIPSIO se convertirá en el primer líder del estoicismo político de su tiempo, presentando en sus obras «Constantia» y «Política», —ambas íntimamente concatenadas— una ideología coherente, basada en fuentes romanas clásicas, de un modelo de Estado absolutista pero «moderado», que refleja la estructuración de la burocracia estatal y del ejército, la teoría legitimadora del poder soberano estatal y del príncipe, y las relaciones entre el Estado y la Iglesia (o Iglesias, pues en principio admite distintas religiones siempre que las no oficiales se limiten al culto privado y a quedar estrictamente controladas por el Estado)<sup>29</sup>.

Durante algún tiempo se considerará, ciertamente, el neoestoicismo como un movimiento puramente estético, una vuelta a las fuentes de la literatura clásica, incluso un modelo de conocimiento basado en consideraciones filológicas; sin embargo, en realidad y por encima de toda consideración estética el neoestoicismo —como proyección del denominado humanismo tardío (Späthumanismus) —se revitalizó en su época por tres razones fundamentales: 1) Por una progresiva concienciación de los valores clásicos

26. Vid. «Antiker Geist... etc.» op. cit. p. 219.

27. Ibídem, p. 219 y ss. (OESTREICH ofrece una amplia reseña de profesores alemanes que siguen el modelo lipsiano).

28. Vid. «Antiker Geist... etc.» op. cit. p. 184.

29. Ibídem.

inherentes a los textos usados como fuente de primera mano, es decir, los originales de los autores de la Stoa romana. 2) Por el progresivo distanciamiento por parte de los humanistas de la filosofía escolástica, fuertemente vinculadas al catolicismo dogmático (Sto. Tomás de Aquino) con el consiguiente acercamiento a una filosofía y a una ética de valores neutrales desde el punto de vista cristiano —pese a haber sido fuertemente cristianizada más tarde—, que permitiera argumentar sin necesidad de recurrir forzosamente a citas de la Sagrada Escritura, fuente de conflictos hermeneúticos entre cristianos de todo signo y credo. 3) Por la necesidad de afrontar cotidianamente una situación permanente de conflictos bélicos y de caos, y sus inevitables secuelas de miseria material, mediante el recurso de acudir a principios morales distintos de aquellos que de hecho (aunque sin pretenderlo, por supuesto) habían producido tales situaciones<sup>30</sup>.

Por todo ello, los humanistas tardíos, especialmente LIPSIO, acudirán a la Stoa Romana, (y, con él la mayoría de autores del movimiento neerlandés<sup>31</sup>) prefiriéndola a la originaria griega. El estoicismo romano de SENECA, así como los escritos de EPICTETO y MARCO AURELIO serán los hitos enmarcadores del movimiento. LIPSIO<sup>32</sup>, en concreto, y pese a citar también a otros estoicos, hará de SENECA y en especial de la filosofía moral, el eje de toda su doctrina, poniendo énfasis sobre todo en lo tocante a la insoluble cuestión del destino y a su repercusión en la vida de cada ciudadano. Precisamente éste será uno de los temas que se verá obligado (o mejor quizás invitado) a reformar, aconsejado por la Santa Inquisición<sup>33</sup>.

b) LIPSIO, al parecer, nunca se preocupó lo más mínimo de investigar la relación existente entre la ética estoica preconizada por SENECA en sus escritos y la vida real del estoico cordobés, limitándose a dar por bueno y real lo puramente literario. Posteriores investigadores españoles del S. XIX reseñan que parte de la vida de austeridad que trasluce en sus obras SENECA, tuvo una etapa posterior en la que vivió de forma radicalmente opuesta a la preconizada de austeridad, entregándose a todo tipo de desmanes<sup>34</sup>.

30. «Das politische Anliegen von J. LIPSIUS», (op. cit. en nota 1 del presente trabajo), p. 300.

31. Sobre el denominado «Movimiento neerlandés» (Niederlandische Bewegung) op. cit. en nota 1, y su respectiva bibliografía.

32. El interés de LIPSIO en SENECA y sus ideas aparece *passim* en «Antiker Geist... etc.» op. espec. en p. 28, nota 3.

33. Respecto al papel de la Santa Inquisición católica vid, págs 213 y ss, de su citada obra «Antiker Geist... etc.».

34. Se trata del biógrafo Rafael RAMÍREZ DE ARELLANO, cordobés como SENECA, quien en una de sus obras menciona la siguiente reseña biográfica del estoico SENECA: «...Tras contraer segundas nupcias con una joven patricia llamada Paulina\* (...) el alto cargo que se le había conferido a la educación del futuro emperador, el nombramiento de cónsul que obtuvo entonces en unión de Frebalio Máximo, y el halago del aura popular hicieron a Séneca olvidarse por completo de todas las teorías filosóficas que había aprendido y hasta entonces predicado, y se entregó en brazos del más escandaloso sibaritismo. Desde este momento sólo pensó en acumular riquezas, cuando había predicado la pobreza; en rodearse de un lujo extraordinario, habiendo aconsejado la sencillez, y en darse buena vida, como suele decirse, habiendo sido siempre partidario de la sobriedad y de la moderación»... Vid. «Ensayo de un catálogo biográfico de escritores de la pro-



A LIPSIO, no obstante, no le preocupa sino el concepto de «disciplina estoica», concepto que reflejará insistentemente en su «constantia». Respecto a EPICETO, tratará la similitud de su pensamiento con la faceta religiosa del cristianismo<sup>35</sup>. Igualmente, el concepto de cosmopolitismo que LIPSIO enfrenta al de nacionalismo, está tomado directamente de MARCO AURELIO y no de SOCRATES, a quien se atribuye la autoría<sup>36</sup>.

Respecto de su relación con MACHIAVELLO o, más propiamente, con el machiavelismo ético-político, LIPSIO volverá a mostrar una actitud ambigua, al aceptar en parte ciertas tesis y rechazar otras, rechazo que unas veces aparece motu proprio y otras por temor, consejo o puro oportunismo<sup>37</sup>. No obstante, dado que tanto LIPSIO como MACHIAVELLO escriben en contextos bien distintos, tanto por lo que respecta a épocas como a países, no cabría subsumirlos en una misma ideología —como algunos autores españoles han hecho—<sup>38</sup>.

LIPSIO acepta la tesis de separación y autonomía de Iglesia y Estado que aparece en MACHIAVELLO, y preconiza simultáneamente la decadencia de todo Estado en el que no exista un mínimo de ética (al contrario que MACHIAVELLO, quien afirma que incluso el veneno y el asesinato son buenos medios para conseguir siempre el poder), razón por la que se manifiesta en pro de asumir los valores estoicos. Si, por su parte, MACHIAVELLO mantiene la tesis de la necesidad de desvincular al príncipe o regente político de un Estado de toda moral cristiana, LIPSIO no sólo pretende impregnar de estoicismo ético al príncipe gobernante, sino incluso a todos y cada uno de los funcionarios del Estado, tanto los encargados del aparato burocrático-administrativo como del militar, es decir, a todo soldado integrante del ejército compuesto por ciudadanos<sup>39</sup>. Esta es la razón que ha convertido a LIPSIO en uno de los primeros teóricos del absolutismo militarista.

Ante tanta similitud y matización del pensamiento de MACHIAVELLO y el de LIPSIO, algunos de su coetáneos llegaron incluso a identificarlos, ac-

---

vincia de Córdoba, con descripción de su obra», del citado autor, Madrid, 1921. N.B.: *debido a la versión totalmente contradictoria de la vida de SENECA en LIPSIO y demás autores neoestoicos, guiados sólo por el SENECA literario, y de la aquí reseñada hemos creído oportuno transcribir entera esta amplia cita, posiblemente más realista debido a la debilidad de la naturaleza humana, que la literatura lipsiana.*

35. Especialmente la tesis de la igualdad ética de todo ser humano basada en el hecho de tener como padre al mismo Dios./OESTREICH G.: «Geschichte der Menscherechte und Grundfreiheiten im Umriss» (OP, cit. en nota 1), p. 1, in fine.

36. «Antiker Geist... etc.» (op. cit.) p. 35/Cfr. «Geschichte der Menschenrechte...» (op. cit. en nota 1) p. 15-18.

37. Sobre la relación MACHIAVELLO-LIPSIO vid. «Antiker Geist... etc.» op. cit. p. 176; OESTREICH refleja el criterio de LIPSIO sobre MACHIAVELLO en latín: *Unius tamen Machiavelli ingenium non contemno: acre, subtile, igneum.*/ Cfr. «J. LIPSIUS als Theoretiker des neuzeitlichen Machtstaates», en: *Historische Zeitschrift*, 1956, p. 41.

38. P. ej. el jesuíta español RIBADENEIRA en su obra: «Princeps christianus adversus N. Machiavellun ceterosque huius temporis politicos» (—clara en su contexto aunque críptica en su forma ésta alusión).

39. «Antiker Geist... etc.» op. cit. p. 176-177/Cfr. «J. LIPSIUS als Theoretiker... etc.» op. cit. en nota 1, *Historische Zeitschrift*, 1956, p. 41.

tuando precipitadamente, como por ejemplo, COORNHERT, extremo que se patentiza al emplear en su crítica y polémica contra la «Política» de LIPSIO la frase: «*Ille LIPSIUS Machiavellisat... Ille ad fraudes, homicida, perjurium Principi suo praeit*»<sup>40</sup>.

Por lo que respecta al principio «*Pacta sunt servanda*», desechado por MACHIAVELLO —para quien tanto el perjurio como el incumplimiento de la palabra dada se justifican por razón de Estado—, LIPSIO mantiene que si bien tal postura es condenable en principio, a veces, no obstante, debido a las argucias existentes en la vida política real, es conveniente y oportuno emplear artimañas semejantes en bien de la comunidad y del Estado. He aquí los motivos por los que no es de extrañar que posteriormente la Inquisición católica le obligue a suprimir las connotaciones relacionadas con MACHIAVELLO en posteriores ediciones de la «Política» a través de la censura<sup>41</sup>.

Los análisis lipsianos no se limitarán solamente a la polémica obra de MACHIAVELLO y a sus posteriores repercusiones de carácter ético-político. El movimiento de los protestantes franceses (Hugonotes) conocidos con la denominación de «monarcómacos» (o luchadores contra la monarquía, término formado del griego *μονή-αρχη - μαχέιν*) coincide con las tesis del monarcómaco alemán ALTHUSIO en lo tocante a su mútuo deseo de seguir vinculado al monarca a través de las teorías pactistas de la época en base tanto a derechos de tipo histórico como elaboraciones insnaturalistas<sup>42</sup>. Frente al incumplimiento por parte del monarca, esgrimen un derecho de resistencia (denominado *Widerstandsrecht* en ALTHUSIO), canalizado a través de los «Eforos» o representantes estamentales. El absolutismo monárquico, surgido a la sombra de la doctrina del «*legibus solutus rex*» de BODINO será duramente combatido por LIPSIO, quien preconiza el superior principio ético de «sumisión del monarca a la legislación»<sup>43</sup> estructurando así un absolutismo de cuño moderado. De esta forma LIPSIO puede considerarse como un eslabón de unión entre BODINO Y HOBBS<sup>44</sup>.

Ello se debe a haber formulado la posibilidad de una tercera vía entre monarcómacos y absolutistas, una vía ecléctica, mediante la creación de un absolutismo no dotado de representación estamental ciertamente, pero con participación popular a través de determinadas instituciones (como p. ej. el censo), y la vinculación del monarca con Dios, con la ley y con la «ética estoica» de su propia conciencia, consecuente con el susodicho absolutismo moderado<sup>45</sup>.

40. «*Antiker Geist... etc.*» Op. cit. p. 179/Vid. asimismo la cita núm. 5 del presente trabajo, donde aparece COORNHERT.

41. *Ididem*, p. 181.

42. Vid. las referencias a los monarcómacos en OESTREICH G.: «*Gerichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*» (Op. cit. en nota 1) p. 36.

43. «*Antiker Geist... etc.*» Op. cit. p. 158.

44. *Ibidem*. p. 2 (Einteitung).

45. «*Antiker Geist... etc.*» Op. Cit. p. 159.



c) La Religión es, en la época, uno de los temas más candentes en el más profundo sentido de la palabra. El absolutismo que plantea LIPSIO es igualmente moderado respecto a la tolerancia religiosa en la medida en que, a pesar de creer más prudente una sola religión en un solo reino, admite no obstante la existencia de otras, a condición de que se limiten al culto privado y no pretendan el proselitismo<sup>46</sup>. Con todo y con ello, en LIPSIO no aparece el principio de libertad religiosa; únicamente el de creencia en el foro interno.

Pese a todo, el autor va a tolerar a todos los disidentes de la religión oficial del Estado en la medida en que no representen un peligro para su estabilidad. Esta opinión, esbozada únicamente durante su estancia en territorio protestante podría haber sido considerada todo un éxito en la época, servata distantia, frente a quienes preconizaban en todo caso el patíbulo para los herejes, incrédulos o ateos y donde el aire olía todavía a la carne abrasada por inquisidores católicos y protestantes, como fue el caso de Giordano BRUNO y Miguel SERVET respectivamente<sup>47</sup>.

Las reflexiones reflejadas en las obras de LIPSIO no provienen únicamente de sus fuentes clásicas de referencia sino también de su propia vida y vivencias, es decir, de los valiosísimos intercambios de ideas, teorías y opiniones con personalidades del mundo intelectual de la época. Su enorme epistolario, en parte publicado y en parte todavía inédito, da buena prueba de ello. Allí podemos encontrar la razón de determinadas matizaciones en sus obras, interpoladas con posteriores ediciones. Se conocen más de setecientos autores contemporáneos con los que mantenía correspondencia. En su epistolario aparecen reunidos muchos de los mejores intelectuales de la época, como p. ej. Isaac CASAUBON, Marc-Antoine MURET, François PITHOU, Michel de MONTAIGNE (con quien le unía una profunda amistad) Heri ESTIENNE, Jacques-Augus de THOU, Joseph-Juste SCALIGER, Adrien TURBENE; los ingleses William CANDEM y Philip SIDNEY, el escocés William BARCLAY; los cardenales Cesar BARONIUS, Ascanius COLONNA, Ottavio FRANGIPANNI, Robert BELLARMIN, Feredico BORROMEUS, Paulo POSSEVINO; los alemanes Joachim y Ludwig CAMERARIUS, Marquard FREHER, Heinrich RANTZAU, Hugo BLOTIUS, Kaspar SCHOPPIUS, Marcus WELSER; y, cómo no, los españoles Arias MONTANO, Alfonso CHACON, Antonio COVARRUBIAS, el mismísimo QUEVEDO; los neerlandeses Janus DOUSA, Cornelius AERENSES, H. L. SPIEGEL, Abraham ORTELIUS, Carl CLAUSIUS, el jurista internacionalista co-fundador del Derecho Internacional Hugo GROCIO, Christoph PLANTIN, entre otros muchos que resulta ocioso nombrar y llenarían varios catálogos<sup>48</sup>.

---

46. *Ibidem*, p. 194.

47. *Ibidem*, p. 194.

48. «J. LIPSIUS als Universalgelehrter... etc.» *Op. cit.* en nota 1, p. 334.

LIPSIO es consciente del valor de su epistolario e intenta probablemente manipular su propia imagen ante la posteridad, al ordenar quemar selectivamente ciertas cartas comprometedoras, hecho que felizmente no se llevó a cabo por haberse negado el albacea, y que ahora permite a los investigadores recomponer tal cuál fue su vida, tras su publicación.

### III. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA LIPSIANA EN EUROPA. DIFERENTES VERSIONES.

a) La recepción del pensamiento de LIPSIO en Europa, transmitida repetidamente mediante las numerosísimas ediciones de sus escritos será asimilada de forma diferente según la versión que el propio autor preparó para cada país, en base a la religión oficial. De este modo nos encontramos con que en la Europa protestante, a saber, en el Norte de Holanda, en la Alemania luterana y la Inglaterra puritana se ha decantado un modelo de pensamiento lipsiano realmente distinto del existente en la Europa católica, es decir, el de Francia (la Francia católica), Austria, Italia (especialmente Venecia), Baviera, e incluso en algunos de los países hoy conocidos como integrantes del denominado Este de Europa, como Polonia y Hungría, donde también será recibido su pensamiento<sup>49</sup>.

Los monarcómacos, DE LA NOUE y DE LA PRIMAUDAYE se pueden considerar, por la forma en que redactan sus escritos, seguidores de la línea discursiva argumentativa de CALVINO, ya que todos ellos basan sus argumentos fundamentales en citas bíblicas, al igual que todos tienen en común su oposición y lucha contra MACHIAVELLO, persiguiendo a su vez fines políticos más o menos abiertamente<sup>50</sup>.

En Alemania, las ideas sobre soberanía absoluta de BODINO encuentran al principio un fuerte resistencia, mientras que los escritos de «Política» lipsianos sobre el absolutismo moderado son bien acogidos<sup>51</sup>. En este contexto queremos insistir en que, desde el punto de vista puramente sistemático, tanto las ediciones de «Constantia», como las de «Política» de LIPSIO, forman una inseparable unidad conceptual pese a haber sido redactada en diferentes épocas de la vida de su autor; la primera en la juventud y la segunda en la madurez. El fenómeno antes citado, de la recepción del pensamiento lipsiano en la Europa protestante y en la católica, se basa sobre todo en la asepsia o neutralidad de las fuentes de sus asertos, es decir en el uso de citas de autores estoicos, dato altamente significativo que se demuestra al comprobar que algunos de los seguidores lipsianos se hallan

49. Sobre la recepción de LIPSIO en Polonia, Hungría y Rusia vid. «J. Lipsius als Universalgelehrter... etc», Op. cit. en nota 1, p. 353 y ss.

50. Sin embargo RIBADENEIRA les acusa de machiavélicos, volviendo a generalizar./ Cfr. «Antiker Geist... etc», Op. cit. p. 173, nota 1.

51. En «Gebhart Handbuch der deutschen Geshichte», (op. cit. en nota 1).



en Estados de diferente religión: DU VAIR es obispo católico, mientras que John HALL lo es anglicano<sup>52</sup>.

LIPSIO, tras la primera edición de su «Constantia» va a verse en medio de un fuego cruzado de polémicas, siendo atacado tanto por católicos como por protestantes: La acusación de ambos bandos es idéntica. Se le acusa de no ser cristiano. Para salir al paso de ello, en la segunda edición de ésta se defiende esgrimiendo argumentos de SAN AGUSTÍN que justifican la recopilación de ideas filosóficas paganas, si tales ideas pueden ser conformes al cristianismo<sup>53</sup>. De esta sutil manera, y siempre tras retocar y rectificar el texto, publicará posteriores ediciones para uso de los católicos, una vez logrado el nihil obstat de la censura<sup>54</sup>.

Idéntica situación aparece con mucha más nitidez al contemplar las vicisitudes por las que también atraviesa su «Política»; LIPSIO la publicó en dos versiones distintas, la una para uso de los países católicos y la otra para el de los protestantes, una actitud imposible de no calificar de escandaloso oportunismo. Por lo demás, ambas versiones fueron publicadas casi paralelamente en diferentes lugares. El autor, —como anteriormente—, tras conseguir ciertas reformulaciones a gusto de la censura, tras suprimir e interpolar o corregir ciertos pasajes obtuvo nuevamente el nihil obstat del censor. Tras una atenta lectura se descubre que se trata de los pasajes del capítulo IV del libro IV relativos a la tolerancia de religiones distintas a la oficial (católica). Aquí LIPSIO, de acuerdo con la dogmática católica imperante, suprime toda matización de tolerancia y proclama (al contrario de lo afirmado en la versión protestante) abiertamente la necesidad de establecer un severo Tribunal de Inquisición y castigos ejemplares para los herejes, —una actitud que otrora abominaba—. Además, suprime igualmente cualquier alusión o connotación a MACHIAVELLO y su obra. Sobre esta versión, que publica en Lovaina, censurada, es sobre la que se basarán futuros autores católicos para criticar su tesis. La otra versión no retocada, la puramente protestante, la publica en la ciudad de Lich, ubicada en el condado de Solms (Estado de Hesse) —Alemania—, en 1604<sup>55</sup>.

b) Para comprender bien la envergadura del pensamiento lipsiano en todas sus variantes, —evitando la parcialidad de algunos autores que desconocen esta doblez de LIPSIO—, es imprescindible conocer el alcance cuantitativo editorial de sus obras en los diferentes países. Veamos un ejemplo: Hasta su muerte se publican veinticuatro ediciones en latín, —original de la «Constantia»—, así como catorce traducciones. De 1584 a 1705 aparecen otras cuarenta y tres ediciones en latín, a la que se suman versiones en francés, inglés, alemán, holandés, español, italiano y polaco. De este modo,

52. «Antiker Geist... etc.», Op. cit. p. 69.

53. *Ibidem*, p. 70.

54. *Ib.* p. 71.

55. *Ib.* p. 213-214./Cfr. TRUYOL SERRA, Op. cit. p. 125.

desde 1584 hasta 1615 aparecen doce ediciones en francés/latín publicadas en París y Lyon. Durante el S. XVIII se hacen nuevas traducciones al francés. Al alemán también se hacen tres versiones distintas desde el original latino, de las que resultan siete nuevas ediciones. Al inglés se hicieron asimismo cuatro traducciones distintas, en 1594, 1653, 1654 y 1670, y un largo etc. que sería ocioso reseñar aquí<sup>56</sup>.

La «Constantia» de 1605 ¡Pese a haber sido censurada! aparecerá en España incluida en el índice de obras prohibidas, con la reseña siguiente: «*Todo lo que dice sobre el destino deberá ser leído con sumo cuidado*»<sup>57</sup>.

La influencia de la obra lipsiana en España es de muy amplio espectro, al no limitarse a un solo campo del saber, sino al Derecho, la ética, la filosofía y la política. Autores como QUEVEDO reaccionarán ante sus tesis en sentido contrario<sup>58</sup>, actitud que también adoptará Jerónimo de la Cruz y el jesuíta RIBADENEIRA en su: «*Princeps christianus adversus MACHIAVELUS ceterosque huius temporis politicos*» con el que a todas luces se pretende aludirle, hecho que se evidencia al comprobar que RIBADENEIRA emplea como ejemplo de deberes del monarca los de cuño estoico, siguiendo de cerca el modelo lipsiano, como se colige del análisis comparado de los respectivos textos<sup>59</sup>.

Igualmente los moralistas españoles de tacitismo neoestoico del S. XVI, a saber, Juan Eusebio NIEREMBERG y Antonio LÓPEZ DE VEGA citan expressis verbis a LIPSIO, mientras que GRACIAN se sirve de todos los recursos del neoestoicismo lipsiano, pese a no reseñarlo nominalmente<sup>60</sup>.

Otro jesuíta español, Juan DE MARIANA, en su «*De rege et regis institutiones*», igualmente preparado para la educación de los príncipes, coincidirá con LIPSIO en lo tocante a su oposición a una soberanía limitada por parte de los monarcas, mientras que disentirá de éste en lo tocante a la justificación del derecho de resistencia frente a la tiranía, tesis que el jesuíta español admite mientras que LIPSIO la condena<sup>61</sup>.

Un fugaz repaso a la geografía europea nos puede dar la pauta de la importancia del influjo lipsiano: En SUECIA éste se manifiesta, a través del profesor SKITTE, a dos niveles; primero, en el campo de la educación general universitaria, y, finalmente, en el de la educación de los monarcas protestantes. Algo similar hallamos también en DINAMARCA: RANTZAU y MEURSIUS se encargan de la educación de los soberanos y de la universitaria respectivamente. En INGLATERRA será esta vez HOBBS quien nos advertirá de la

56. La bibliografía sobre LIPSIO aparece passim en todos los escritos de OESTREICH en la materia. Vid. p. ej. p. 73 de «Antiker Geist... etc.»

57. Ibídem/Cfr. «J. LIPSIUS als Universalgelehrter...» Op. cit. p. 343 y ss.

58. «J. LIPSIUS als Universalgelehrter...» Op. cit. p. 343.

59. Ibídem./Cfr. TRUYOL SERRA, op. cit. p. 129.

60. Ibídem, p. 60-61./ Cfr. SEGURA ORTEGA Manuel: «La filosofía jurídica y política en las empresas de Saavedra Fajardo», tes. doc. publicada por la Academia Alfonso X El Sabio y la Caja de Ahorros de Murcia en la Biblioteca de Estudios Regionales, 2, 1984, p. 193, sobre el engaño leve de LIPSIO.

61. «Antiker Geist... etc.» Op. cit. p. 332.



influencia lipsiana al señalar en su traducción de TUCIDIDES que sus ideas sobre historia provienen básicamente de tres fuentes, a saber, de la oratoria ciceroniana, de la historia como arte de LUCIANO, y de las notas de LIPSIO que aparecen en la obra titulada «Política». Mas no sólo fue HOBBS el único influido por el autor en dicho país; MILTON publicó bajo el pseudónimo «Raleigh» un auténtico plagio de la citada «Política» lipsiana<sup>62</sup>. En FRANCIA ya vimos que aparecieron los seguidores de DU VAIR y Pierre CHARRON. El primero escribe —parafraseando a LIPSIO— su propia versión de «Constantia» o «De la constance», y el segundo «De la sagesse», advirtiendo expresamente en el texto que sus reglas de política están calcadas de LIPSIO. CORNEILLE señala en sus tragedias rasgos estoicos lipsianos y otros de DU VAIR. René DESCARTES —que conoció a LIPSIO en el colegio de jesuitas de La Flèche— reseña en su célebre discurso del método algunos pasajes lipsianos de la obra estoico-filosófica más divulgada del autor: «Manuductio in stoicam Philosophia»<sup>63</sup>. En HUNGRIA, tras la traducción al húngaro de parte de sus obras, encontramos al mariscal poeta ZRINZY quien le cita expresamente en poemas y escritos militares. En POLONIA aparece nuevamente en el ámbito de la educación universitaria y el de la de los príncipes, tras haber sido traducido. En RUSIA aparecerá con retraso, durante el S. XVIII siglo en el que se traduce su obra «Monita et exempla» al ruso. En ITALIA el jesuita Robert BELLARMIN desarrolla un ética cristiana en base a principios estoicos, con motivo de la revisión oficial de las obras de LIPSIO. En BAVIERA y AUSTRIA, los autores VERBAUX y CONTZEN se sirven de los argumentos lipsianos concretamente de los reseñados en la «Política» al atacar al machiavelismo y al mostrarse partidarios de dar una educación católica a los príncipes<sup>64</sup>.

c) El pensamiento de LIPSIO formará *uno* de los sustratos ético-filosóficos que, debidamente asimilados y transformados, cimentarán el Derecho Internacional grociano, el iusnaturalismo racionalista protestante posterior (PUFENDORE, THOMASIO, y WOLFF) y los Derechos humanos incipientes de idéntico cuño. Para aceptar el pleno sentido de este aserto, para seguir este proceso, hay que partir de la relación que mantuvo en vida LIPSIO con el monarcómaco alemán ALTHAUS o ALTHUSIO. Si aquél pretende en su obras lograr por encima de todo la educación de príncipes y monarcas en los principios del estoicismo, tal y como él los había asimilado y elaborado, éste no sólo pretenderá dirigir la educación de la aristocracia sino incluso la de todo ciudadano del Estado. ALTHUSIO publica su «*Politica methodice digesta*» en 1603, enriqueciendo sus propios conceptos con múltiples alusiones lipsianas, reforzando incluso la autoridad de ciertas definiciones con el explicativo, «como

62. Ampliar aquí los datos sería innecesario; no obstante vid. «J. Lipsius als Universalgelehrter... etc.» Op. cit. en nota 1, p. 346-347.

63. Me limito sólo a los ejemplos más destacados. Para ampliar vid. «J. LIPSIIUS als Universalgelehrter... etc.» Op. cit. p. 352-353.

64. *Ibidem*.

dice LIPSIUS» (*Ut LIPSIUS dicit*); por otra parte, —como la más reciente investigación de OESTREICH ha puesto de manifiesto—, ALTHUSIO emplea en su obra no la metodología silogística propia de su época, de raigambre escolástica, sino la preconizada por LIPSIUS en sus escritos pedagógicos, basada en aforismos y sentencias<sup>65</sup>.

Para poner de manifiesto este aserto, relativo a la importancia del influjo lipsiano en ALTHUSIO, que llega incluso a manifestarse en un puro y simple calco conceptual, con referencia explícita del autor, bástenos un ejemplo tomado de una disertación oestreichiana; el tenor de la definición de LIPSIUS dice: «*Auctoritas est impressa subditis sive et exteris opinio reverens*» (LIPSIUS, III 9); mientras que ALTHUSIO, apoyado en la autoridad lipsiana expresamente afirma: «*Auctoritas est, ut LIPSIUS dicit, concepta et impressa subditis sive exteris opinio reverens*» (ALTHUSIUS, CAP XXV, *De Auctoritate*)<sup>66</sup>.

Esta evidente influencia lipsiana que aparece en ALTHUSIO implícita unas veces, subyacente otras, no llega, sin embargo, a suprimir o aglutinar a su propia personalidad; ALTHUSIO, contra toda opinión de LIPSIUS, permanece fiel seguidor de la tesis monarcómaco que justifica y legitima en ciertos casos el tiranicidio, acto que —como anteriormente expusimos— fue siempre enérgicamente rehusado por el autor neerlandés. He aquí pues uno de los puntos en donde aparece la discrepancia entre ambos autores. ALTHUSIO coincide en este extremo con los pensadores españoles de la Escuela de Salamanca del S. XVI, principalmente con VITORIA, si bien desde posturas iusfilosóficas diferentes<sup>67</sup>.

Hugo GROCIO, conocedor tanto de la obra lipsiana como de las de ALTHUSIO y de VITORIA, a la hora de fundamentar su Derecho Internacional preferirá, sin embargo —y pese a tratarse de un hecho poco usual en la época, siendo él calvinista, adoptar tesis católicas— las reseñadas por VITORIA, más profundas y equitativas que las pergeñadas por el monarcómaco alemán<sup>68</sup>.

d) Posteriormente, los profesores y catedráticos prusianos protestantes que forman la línea doctrinal denominada insnaturalismo racionalista (Samuel von PUFFERDORF, Christian THOMASIUS y Christian WOLFF), a la hora de fundamentar sus exposiciones sobre el iusnaturalismo (tal y como lo entendían en su época) acudirán a la doctrina de los «deberes» de cuño neoestoico, vinculando el iusnaturalismo con el absolutismo, —un absolu-

65. Se trata de la metodología lipsiana condensada en aforismos y breves sentencias. Para ampliar datos vid. «J. LIPSIUS als Universalgelehrter», op. cit. p. 336 y «Antiker Geist... etc.» op. cit. p. 244.

66. «Antiker Geist... etc.» Op. cit. p. 245.

67. OESTREICH G.: *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss* (Op. cit. en nota 1) p. 35/ Cfr. BARCIA TRELLES Camilo: «Francisco de VITORIA fundador de Derecho Internacional moderno». Univ. de Valladolid, Secc de Estudios americanistas, 1928, p. 13 y ss.

68. Vid. reseñas sobre VITORIA que el propio OESTREICH publica en Alemania en: mi tesis doctoral, citada en nota 1 del presente trabajo, p. 426. así como sobre Hugo GROCIO en la p. 429./ *Ibidem*, detallado, en p. 370.



lutismo 'moderado'; en línea con el preconizado por LIPSIO<sup>69</sup>. Sin embargo, es importante reseñar aquí que el propio LIPSIO nunca empleó en sus escritos el término «ius naturale» de forma explícita, aunque el contexto y de las connotaciones de sus obras, especialmente en lo relativo a la fundamentación ética de los deberes y obligaciones de súbditos y monarcas así se desprenda<sup>70</sup>.

El estoicismo, al subrayar la naturaleza racional del ser humano y al destacar con vigor el «deber ético» por encima de cualquier «derecho», ofrecía una inmejorable y sólida base para renovar las ideas, doctrinas o concepciones iusnaturalistas de la antigüedad. Esta renovación no se efectuó de forma monocausal sino acudiendo tanto a la teología cristiana en todas sus vertientes (es decir, tanto a la católica como a la luterana y calvinista), como a su propia escala de valores morales, es decir, la ínsita al estoicismo. J. LIPSIO sería el líder por antonomasia que logró elevar más que ningún otro autor el antiguo estoicismo romano convirtiéndolo en una nueva fuente, la de la «ética-del-deber» de su tiempo, que impregnó todo el movimiento neerlandés<sup>71</sup>.

El estoicismo subyacente en el iusnaturalismo racionalista prusiano antes mencionado será el factor decisivo de configuración del mismo, factor que vincula en todo momento los conceptos correlativos de deber-derecho, anteponiendo primero el deber, en estricto orden de prelación. Será PUFENDORF quien establecerá la vinculación deber-derecho de forma explícita al ensalzar por igual dos factores o facetas del ser humano: La 'dignidad natural' y la 'igualdad (estoica)', manteniendo que ello únicamente es posible si por una parte todos y cada uno de los súbditos respetan y cumplen recíprocamente sus derechos y deberes, mientras que por la otra los monarcas a su vez cumplen con su deber de respeto hacia aquéllos. Al mismo tiempo, y como garantía de la libertad e igualdad de los súbditos, PUFENDORF mantiene que los monarcas deben limitar moralmente sus poderes y actuar sólo conforme a la razón. La contrapartida de esta limitación del poder absoluto del monarca sería la negación del derecho de resistencia (*Widerstandsrecht*) de los súbditos, derecho que sustituye por otro menos conflictivo, a saber, por el derecho de emigración del súbdito (*Auswanderungsrecht*)<sup>72</sup>.

En esta misma línea de pensamientos prosigue su discípulo THOMASIUS, llegando a muy similares conclusiones. Al igual que su maestro niega el derecho de resistencia del súbdito (—en su conocida división de los derechos en 'iura perfecta' de los monarcas y 'iura imperfecta' de los súbditos—) en base a la doctrina de la denominada 'societas mixta', concepto ampliamente tratado tiempo atrás por LIPSIO en su obra «Politica». Como se puede ver, tanto PUFENDORF como THOMASIO argumentan en la misma línea

69. Gebhardts Handbuch der deutschen Geschichte; op. cit. en nota 1, p. 92-93.

70. «Antike Geist... etc.» Op. cit. p. 164.

71. OESTREICH G.: «Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss», (Op. cit. en nota 1), p. 35.

72. *Ibidem* p. 50.

que LIPSIO, al introducir factores o elementos de moderación en el poder absoluto del monarca, lo cual no viene sino a ser, en resumidas cuentas, la mera adopción de la postura lipsiana de un absolutismo monárquico 'moderado', por más retórica y circunloquios que se le dé.

WOLFF análogamente, tras tomar como base y punto de partido de su postura no ya el pretendido estado natural del ser humano (en su época aparecen en primer plano las doctrinas pactistas sobre el origen de la sociedad y el Estado), sino al ser humano en cuanto tal, dotado de su propia naturaleza personal, se fija, en primer lugar, en los actos humanos y en los deberes u obligaciones naturales, de los que para él derivarán, en segundo lugar, determinados derechos, reflejando su postura por el adagio: «*Ius oritur ex obligatione, sed obligatio prior est iure*») <sup>73</sup>.

WOLFF será también otro autor que, dentro de esta corriente discursiva, coloque en primerísimo lugar los «deberes», las obligaciones morales o éticas del ser humano para consigo mismo. Así, en sus escritos menciona en primer lugar el «deber de conservar y mantener la vida propia», piedra angular de donde derivará los derechos concretos de comer, beber, medicarse, vestirse, vivienda y similares, hasta concluir con el sumo de búsqueda de la felicidad (*felicitas*); a continuación, pero siempre en este mismo orden, tratará de los deberes hacia los demás y, finalmente, para con Dios <sup>74</sup>.

De este modo creemos que queda suficientemente demostrado que la ética neoestoica sirve de soporte subyacente y fundamenta junto a otros criterios de orden religioso el iusnaturalismo racionalista protestante prusiano, al igual que dicho iusnaturalismo sirve a su vez de soporte de los denominados ya por WOLFF derechos humanos (*Menschenrechte*, en su propia terminología asumida en Alemania), partiendo de la idea-eje del «deber-ético». Esta tesis vuelve a consolidarse al examinar la obra wolffiana y constatar que este autor estableció dos catálogos paralelos de derechos-deberes recíprocos entre monarcas y súbditos; el primero relativo a los «Derechos humanos» (*Menschenrechte*), y el segundo a los derechos del monarca o soberano (*Majestätsrechte*) <sup>75</sup>.

El hilo conductor que nos llevaría del pensamiento (lipsiano) neoestoico hasta los Derechos humanos más modernos que aparecen reflejados en textos constitucionales positivos decimonónicos alemanes se van haciendo cada vez más sutil y más difícil de seguir, debido a sus ramificaciones y posteriores elaboraciones. La figura de LIPSIO se diluirá cada vez más con el paso de tiempo, desapareciendo su labor recopiladora y reelaboradora del estoicismo. Paulatinamente se sumarán las aportaciones de otros autores, humanistas y iusnaturalistas de mayor renombre que dejarán al filólo-

73. *Ibidem* p. 51.

74. *Ib.* p. 52.

75.



go, filósofo y jurista LIPSIO relegado al olvido. LEIBNIZ, por ejemplo, se limita a citarle, en el contexto del movimiento neoestoico o neoestoicismo, únicamente a efectos pedagógicos. Sin embargo, es nuestro deber moral darle su justo puesto en la historia del pensamiento jurídico, del iusnaturalismo y de la fundamentación de los Derechos humanos con base filosófica, poniendo de relieve sus aportaciones. LIPSIO, no por no ser una figura creadora de nuevos sistemas de repercusión mundial, sino por haber sido el laborioso y paciente recopilador, reelaborador y divulgador de una gran corriente neoestoica de relevancia debe ser reconsiderado, retomando su expediente que yace sobreesido en los anaqueles polvorientos de la historia.

#### IV. CONCLUSIONES A MODO DE DECÁLOGO

Una vez concluidas las reseñas correspondientes a la vida y obra lipsiana, a sus diferentes versiones en función de los destinatarios y de la religión profesada oficialmente en determinados países europeos, vistas las relaciones y matices entre su obra y la de sus contemporáneos más destacados, las críticas de uno y otro bando a las que fue sometido, y la forma en la que actualmente perduran sus reelaboraciones doctrinales convendría quizás sintetizar los principales aspectos de su pensamiento y aportación en torno a un decálogo ficticio que nos puede reportar una gran utilidad como hipótesis o instrumento de trabajo:

1. LIPSIO merece ser tomado en consideración no sólo como figura de relleno o de pasada, sino como líder del amplio movimiento que surge en Holanda durante el S. XVI y se extiende al XVII, de carácter humanístico, denominado «Movimiento neerlandés».

2. La filosofía lipsiana, si bien carece de la nota de originalidad en sentido clásico de aportación de conceptos e ideología nueva y genuina, presenta no obstante ciertos caracteres propios que descansan en el planteamiento de una nueva metodología y en la reelaboración de los principios y sistemática del antiguo estoicismo, en vistas a su aplicación práctica a dos niveles; el de la educación del príncipe o monarca absoluto, y el de la de todos los funcionarios del Estado, tanto a nivel administrativo-burocrático como a nivel militar, incluyendo aquí a cada uno de los súbditos en cuanto soldados libres.

3. La personalidad de LIPSIO es contradictoria, polifacética, y muestra una enorme capacidad de adaptación al medio ambiente político dominante concreto. Ha conseguido desconcertar no sólo a sus críticos contemporáneos sino a la posteridad, al presentar distintas versiones paralelas de sus obras, que contienen matices incluso contradictorios, publicadas en diferentes países. Este dato, comunmente interpretado como oportunismo político, también podría entenderse en el sentido de que LIPSIO da al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. En todo caso, en su obra predomi-

nan unos u otros aspectos en relación con el lector destinatario católico o protestante. Es también una forma de quedar a salvo de las involuciones de tipo político.

4. La influencia que LIPSIO ejerció en Europa, tanto en la católica como en la protestante, es bastante mayor que las tradicionalmente supuesta; prueba de ello son las numerosísimas ediciones de sus obras y sus abundantes traducciones, así como la expansión territorial que abarcaron, llegando a parte de los países del Este e incluso a la misma Rusia dos siglos más tarde. En cada país suele destacar uno de los aspectos de su obra sobre los demás, predominando la pedagogía y la metodología lipsiana en obras de sus contemporáneos durante su vida.

5. El neoestoicismo lipsiano gira en torno a la idea del «deber-ético», la idea que prima sobre toda otra incluso jurídica, de forma que todo posible derecho de súbdito (derecho subjetivo decimos hoy) pasa a ocupar un lugar secundario en una escala de prelación deber y/o derecho. Por otra parte se considera que el derecho es la contrapartida del correspondiente deber. El puesto que correspondería a LIPSIO entre las figuras más destacadas del pensamiento en la Historia estaría entre BODINO y HOBBS, como puente o eslabón.

6. LIPSIO admite en parte y rechaza asimismo en parte el machiavelismo, postura ecléctica que le granjea enemistades y malentendidos en todos los bandos y países, especialmente entre los autores jesuitas españoles, especialmente en RIBADENEIRA. Análogas perspectivas aparecen frente al concepto de soberanía de BODINO.

7. Los autores que forman el denominado iusnaturalismo racionalista protestante prusiano (PUFENDORF, THOMASIO y WOLFF) fundamentarán los derechos naturales de los súbditos en el concepto ético del deber de cuño neoestoico, apelando asimismo al deber ético de los príncipes y monarcas de respetar voluntariamente tales derechos, limitando así moderadamente su poder absoluto.

8. La constatación de que LIPSIO no emplee en sus obras y escritos, principalmente en el epistolario, el término «ius naturale» no es óbice ni prueba de que el autor estuviese ajeno a las corrientes iusnaturalistas de su época, ya que un análisis sereno de sus textos, connotaciones y contextos patentiza que existen en ellos múltiples implicaciones al respecto.

9. La aportación lipsiana a la incipiente idea de los Derechos humanos que va abriéndose paso poco a poco, en germen, en su época podría circunscribirse al intento de conseguir un educación serena y equilibrada de príncipes y monarcas, mediante un talante neoestoico de tolerancia, como un primer paso para acabar con abusos de poder de todo tipo (arbitriedades, persecuciones por razones ideológicas, religiosas, políticas etc.), todo lo cual redundaría en beneficio del bienestar de los súbditos de forma indirecta. LIPSIO cree que el ideal del Estado o, si se quiere, que el Estado ideal es



aquél donde el monarca hace uso moderado de su poder absoluto, de forma que los súbditos pueden así gozar de su protección, y evitar la tiranía y los abusos.

10. La relación o hilo conductor entre LIPSIO, el iusnaturalismo racionalista protestante prusiano y los Derechos humanos puede establecerse de la siguiente forma: La elaboración del estoicismo romano o neoestoicismo (lipsiano) subyace en el citado iusnaturalismo racionalista en forma de principios éticos que configuran el deber en general, o los deberes y obligaciones correspondientes en concreto. El iusnaturalismo así fundamentado sirve a su vez de estructura o armazón ideológico de los Derechos humanos existentes en los territorios protestantes de la Alemania del Norte/Prusia, junto con otros factores de tipo religioso y doctrinal, como así se pone de manifiesto en el primer gran catálogo de Derechos humanos (*Menschenrechte*) que surge de la pluma de WOLFF paralelo a otro similar sobre los derechos del soberano (*Majestätsrechte*).





## Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia

Por FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ

Jerez de la Frontera

I) Tiempos inciertos: la inercia de una tradición. II) Los iniciadores del iusnaturalismo moderno. III) Gronovius-Van der Muelen: una síntesis imposible. IV) Los escolásticos que se acogen a Grocio. V) Huber y Vattel o la pureza del pensamiento democrático. VI) El pensamiento iusnaturalista: un derecho disminuído. VII) La negación del derecho de resistencia en la Ilustración. VIII) Kant o la perversión de la doctrina democrática.

Voy a tratar lo que se llama usualmente el «derecho de resistencia al poder» que algunos, con afán de mayor precisión, titulan «derecho de resistencia al poder que actúa injustamente». Por lo que se refiere a la Edad Media, este tema está estudiado por Schmidt-Lilienberg en su monografía, clásica, sobre *Die Lehre von Tyrannenmord*. Sobre este problema, en la Edad Moderna, disponemos del estudio de Treumann, *Die Monarchomachen*, igualmente clásico.

Sin embargo, Treumann centra su atención en los que pudiéramos llamar los autores comprometidos, es decir, en las obras de aquellos publicistas que mantienen abiertamente que es lícito oponer resistencia armada al gobernante que actúa injustamente; su estudio es, por esto, bastante sectorial, y nos deja sin la visión de conjunto acerca de lo que la Modernidad entendió acerca de este problema.

Los siglos XVII y XVIII constituyen la época que establece definitivamente el pensamiento democrático, y lo que parecería procedente es averiguar si las exigencias de libertad e igualdad típicas del iusnaturalismo moderno conllevan al derecho de oponer resistencia al gobernante que no respeta tal igualdad y libertad. Pero este tema, así planteado, es excesivamente simple —simplista, diríamos— porque no se ajusta al curso histórico de las ideas, y lo procedente, más bien, es ver cómo fue entendida esta capacidad de los ciudadanos para defender sus derechos según las diversas teorías sobre la democracia que se desarrollan en esta época.

Los publicistas del siglo XVII se encontraron ante un tema difícil, dado los condicionantes que imponía la tradición. Efectivamente, cualquier universitario sabe que los escolásticos españoles del siglo XVI y de comienzos del siglo XVII establecieron que los ciudadanos tienen el derecho de defenderse frente al Gobernante —el *Príncipe*, se decía entonces— que actúa contra la Justicia. Pero la doctrina que impone el iusnaturalismo de la Edad Moderna rechaza esta tradición escolástica, porque los escolásticos están aun bajo la influencia de la tradición medieval, tradición que entiende que existe un orden de «Justicia» o *aequitas* que está por encima, o es «anterior» al poder mismo del Gobernante. Naturalmente, esta forma de entender las relaciones entre las exigencias de la Justicia y el poder político no sirve para el pensamiento moderno democrático, porque esta doctrina típicamente moderna no considera al *princeps* medieval sobre el que teorizaron Tomás de Aquino o Bartolo de Saxoferrato, sino que tiene ante la vista al *Soberano* específicamente moderno, que es una figura que sólo es inteligible en la teoría acerca de la nueva forma de dominación que se desarrolla a lo largo del siglo XVII, y que llamamos *Estado*, a diferencia de la *república medieval*.

Los orígenes de la teoría sobre el Estado son complejos, por contradictorios. En efecto, de un lado, el pensamiento que propugna esta nueva forma de convivencia surge y se afianza de la mano de doctrinas genuinamente iusnaturalistas y democráticas, que parten desde el individuo aislado en el *status naturae* que pacta con los otros individuos la creación del poder político a fin de asegurar en la sociedad política o «civil» la libertad de que ya disfrutaba, y que se ve amenazada, por falta de seguridad, en este «estado». Por este camino, estos autores conciben una *societas*, en el sentido privatístico del término, que tiene como fin esencial el aseguramiento de cada libertad individual; lógicamente, toda la vida de la «sociedad» (que será llamada *Gesellschaft*, a diferencia de la *Gemeinschaft*, cuando el *ius naturale* pase a llamarse *Naturrecht*) está condicionada por la efectiva realización de este fin societario, de modo que, en principio, los socios estarían capacitados para deshacer la sociedad y exigir responsabilidades cuando la dirección incumpla el fin constituyente.

Sin embargo, el «Estado» que diseña Fernando Vázquez de Menchaca en 1560, con la publicación de sus *Controversias ilustres*, presenta también otra naturaleza, difícilmente compatible con la expuesta. Efectivamente, el pensamiento democrático entendió, desde sus orígenes, que los hombres libres e iguales (para el iusnaturalismo no existe otra instancia fuera de los individuos considerados aisladamente) crean un órgano legislativo que determinará qué es lo conveniente a la salud pública, es decir, a las libertades individuales. Este órgano legislativo siempre es entendido —aunque no se indique así expresamente en las obras que aparecen en el siglo XVII— como «soberano», ya que él, una vez que las *lucres* del siglo XVII han desechado el respeto, que entonces se consideraba supersticioso, hacia el Derecho romano y el *ius commune* medieval, dicta lo que ha de ser Derecho, *ius*. En consecuencia, este pensamiento es refractario a admitir que antes de la vo-



luntad de los individuos que se manifiesta en las leyes pueda existir un ordenamiento jurídico que vincule la voluntad de cada cual; admitir esta justicia anterior a la voluntad individual, hubiera supuesto desconocer la libertad «personal». Más bien serán estos individuos los que determinen qué ha de ser normativo, de tal modo que toda ley, lejos de mermar la libertad del individuo, aparezca, en tanto que una *communis reipublicae sponsio*, como una manifestación más de la libertad personal.

De este modo, también el *ius*, que ahora sólo se concibe como leyes, es creación de la voluntad comunitaria y soberana. Pero el problema que ahora se presenta es que, si bien el individuo queda eficazmente defendido contra otros individuos, permanece inerte, si embargo, ante la voluntad colectiva, suponiendo que tal voluntad pueda cometer alguna injusticia. Algunos autores, a los que aludiré más tarde, se plantearon con lucidez este tema, a saber, el de la suerte de los derechos de la minoría vencida en las votaciones. Este es el núcleo del problema: si a los ciudadanos que se consideran injuriados les corresponde un derecho a oponerse a las decisiones de la mayoría.

Para no distorsionar la Historia, es preciso advertir, sin embargo, que este planteamiento del problema, con esta nitidez, sólo se produce muy avanzada la Modernidad. Anteriormente, durante casi siglo y medio, la discusión en torno al «derecho de resistencia» es mucho más oscura y compleja, porque los tratadistas de Derecho político del siglo XVII y de buena parte del siglo XVIII tienen presente, simultáneamente, tanto al Gobernante democrático como a otras posibles formas de gobierno, monárquicas o aristocráticas; lógicamente, las exigencias y reglas que se les pueden plantear a unos no sirven para los otros. Por otra parte, y éste sería otro factor que enturbia más el problema, hasta que la doctrina jurídica y política no se seculariza plenamente -hasta el momento en que la Moral sustituye a Dios, según expresión de Carl Schmitt- los publicistas siguen teniendo presente una misteriosa, de hecho, Ley Natural que es preciso obedecer porque tiene un origen divino. Por esta razón, el parlamento no es soberano, porque está bajo la Ley de Dios, aunque este planteamiento, así hecho por los deístas del siglo XVIII, no pasaba de ser casi una cláusula de estilo.

Así pues, nos encontramos con dos antinomias en los estudios publicistas modernos: la que se produce entre el parlamento soberano y los derechos de los individuos, de una parte, y la que puede existir entre esta soberanía del órgano legislativo y la Ley Natural que procede de Dios.

## I. TIEMPOS INCIERTOS: LA INERCIA DE UNA TRADICION

La segunda mitad del siglo XVI y buena parte del siglo XVII constituyen, desde el punto de vista de la Historia del pensamiento jurídico, una época un tanto tenebrosa, fundamentalmente porque éste es un momento de transición, confuso, en el que los autores que escriben sobre la Filosofía

del Derecho<sup>1</sup> y el *ius naturale* que ya se insinuaba, polemizan entre sí sin saber muy bien qué es lo que atacan y, en consecuencia, qué pretenden defender. Es un momento, sin embargo, de gran vigor intelectual, en el que aparecen obras como las de los Hopper, Pierre de la Grégoire (más conocido como Gregorius Tholosanus) o Hugo de Roy, que marcan hitos difíciles de olvidar en la Historia del pensamiento jurídico. Quizá este tipo de obras, las de los teóricos del proceder prudencial y fronético en el Derecho, que ahora por primera vez se vuelve sobre sí mismo, de modo que los juristas del *ius commune* reflexionan sobre lo que ellos estaban haciendo, constituyen la aportación más apreciable para nosotros; los estudiosos de finales del siglo XX. El método axiomático-deductivo ya estaba muy extendido, desde mediados del siglo XVI; este método estaba esperando un autor que —como fue el caso de Grocio— obtuviera éxito allí donde los Hotmann, Corasius o Derrer habían pasado casi desapercibidos.

Se trata de un momento, pues, en el que la mayor parte de los autores, aun pretendiendo innovar, se encuentran todavía muy dependientes de la herencia de la Baja Edad Media, a la que los hermanos Hopper y Tholosanus, a finales del siglo XVI, habían llevado a su expresión teórica más alta. Tampoco es desdeñable el influjo que los escolásticos españoles ejercieron sobre el pensamiento jurídico de esta época. Si añadimos a este esbozo que en buena parte de las Universidades, los libros de texto eran los de los juristas medievales más importantes, Bartolo y Baldo especialmente, comprendemos que las ideas propiamente *iusnaturalistas* se desarrollan en medio de un panorama confuso que llevaba, casi necesariamente, a un cierto sincretismo. Por este motivo encontramos, a partir de la segunda mitad del siglo XVII, a una serie de autores que mezclan ideas de la Jurisprudencia entonces tradicional con tesis del recién nacido *ius naturale et gentium*.

Esta confusión y sincretismo a que aludo se nos muestra ejemplarmente en la *Epistolica dissertatio de principiis iusti et decori*, de Lambertus Velthuysius<sup>2</sup>. Esta es una obra «iusnaturalista» de un seguidor a medias de Hobbes, en la que su autor, Velthuysius, nos explica que «al magistrado no le es lícito privar a los ciudadanos de su libertad natural más allá de lo que es necesario, por lo que son inicuas todas aquellas leyes que temerariamente, y sin fruto, priven a los ciudadanos de su libertad»<sup>3</sup>. Aunque Velthuysius no alude expresamente al derecho de resistencia, parece deducirse de

1. Hermann Conring entendía que Joaquín Hopper había sido el primer «filósofo del Derecho» que había existido. Sobre él escribe: «Princeps (quod equidem sciam) imo unus, utilissimum 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 pravitare, plene imbuta animo». Cfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera jurisprudentia*. Helmstadii, 1653, pág. 146.

2. Fue publicada en Amsterdam, en 1651. Velthuysius distingue en esta obra entre los principios de lo honesto (Moral) y de lo justo (Derecho), distinción que usualmente se suele atribuir a Christian Thomasius, que escribió sobre este tema unos treinta años más tarde.

3. «Licet enim magistratus officium sit civis sua libertate naturali non privare, extra necessitatem: atque adeo omnes illas leges iniquae sint que temere, et sine fructu civium libertatem naturalem imminuunt». Cfr. *Epistolica dissertatio...*, pág. 20.



lo que él establece, que el Gobernante encuentra un límite a su poder más allá del cual su actuación no es lícita jurídicamente.

Johannes Felden —otro de los iusnaturalistas más citado a finales del siglo XVII y comienzos del XVIII— se inclina a mantener tanto que el «príncipe» está sometido a las leyes del reino como que puede ser castigado si efectivamente no las observa. El entendía que el *Rex* está sujeto a las leyes, de modo que la «suma potestad» existe en función de las leyes, no en función del Rey, y que éste está sometido coactivamente a estas leyes, pues «de nada sirve una ley si le falta fuerza coactiva»<sup>4</sup>. Teodoro Graswinckel, que polemiza con Felden, mantiene, en cambio, que el rey no está sometido a la fuerza coactiva de las leyes<sup>5</sup>. Esta polémica entre Felden y Graswinckel posee un cierto valor instructivo, porque en ella podemos comprobar cómo chocan dos mentalidades distintas, a saber, la de un publicista con mentalidad tradicional que pretende hacer «Derecho natural», y la de un *iusnaturalista* que, como era usual en las filas protestantes —el *ius naturale* fue, de hecho, obra de protestantes<sup>6</sup>— niega cualquier derecho de resistencia y, en general, cualquier sometimiento del Gobernante al pueblo. Graswinckel explica que Felden había sostenido que «si cesa el auxilio del magistrado (el particular) tiene un derecho a defenderse, en lugar de aquél». Por el contrario, Graswinckel mantiene que al particular no le compete en absoluto ningún derecho frente a la autoridad pública, de modo que, en lo que se refiere a la *defensa natural* que habían propugnado Vázquez de Menchaca y Felden, sería más exacto afirmar, sostiene Graswinckel, que *cedere iuri quod in nos habet publica societas*<sup>7</sup>.

Efectivamente, este valor ejemplar al que aludo se nos manifiesta en que, en su *Stricturae ad censuram Ioannis a Felden*, Graswinckel se opone a todas las tesis de Felden, comenzando por el aristotelismo de este último en la concepción misma del fundamento y orígenes de la sociedad. En estos años, citar a Aristóteles para mostrar que la sociedad «es natural» al hombre y que, por tanto, que el autor en cuestión no utilizará la hipótesis del «estado de naturaleza», suponía toda una declaración de principios que conllevaba, de hecho, la adscripción a los autores aristotélicos, que eran los católicos; en tal caso, ineludiblemente se volvía la vista hacia los autores aristotélicos más conocidos, es decir, los componentes de la «Segunda Escolástica», y se hacían propias la práctica totalidad de sus tesis, el derecho de resistencia entre ellas. Por el contrario, comenzar una obra con la hipótesis del *status naturae* implicaba adoptar una actitud radicalmente distinta a la de los es-

4. «Felden: Cum Rex legibus subiectus est, summa potestas penes leges est non penes Regem, et ita ratione legum populus ius superioritatis habere videtur, quatenus in illum animadvertere potest. Lex enim omnis frustranea est, nisi vis coactiva accedat» Cfr. *Stricturae ad censuram Ioannis a Felden ad libros H. Grotii De iure belli ac pacis*. Amstelodami, 1664, pág. 82.

5. «Grasw.: Verum non vere legi attribuitur summa potestas, ea non est nisi in persona... Si Rex iniustum committit, legibus teneri et quidem humanis fingamus: executioni subiectus non est». Cfr. *Stricturae...*, cit., pág. 82.

6. Vid. mi estudio *La Modernidad jurídica y los católicos*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», V (1988) págs. 383-410.

7. Vid. *op. cit.*, pág. 85.

colásticos, en todas sus facetas; esta actitud era la *iusnaturalista*, que partía siempre desde el «estado de naturaleza» y el contrato social, y que implicaba una cierta defensa de la democracia, aun cuando se negara el derecho de resistencia ante la injusticia. En este contexto de rechazo de la tradición en nombre de las nuevas ideas iusnaturalistas-democráticas, la doctrina que personifica Felden debe ser rechazada, según Graswinckel, porque no garantiza adecuadamente la libertad y la igualdad de los ciudadanos; efectivamente, si seguimos a Aristóteles —explica este autor alemán— y afirmamos que el hombre nace como una parte de la sociedad, de modo que el Rey «nace» Rey y el súbdito «nace» siendo súbdito, ¿cómo mantener la igualdad entre los hombres?<sup>8</sup>.

Es evidente que el iusnaturalismo malentendió a Aristóteles, porque éste, o los autores que lo representaban en el siglo XVI, nunca habían mantenido que el Rey es Rey «por naturaleza» o por designación divina; los escolásticos únicamente propugnaron que el *imperium* pertenece naturalmente al pueblo en su conjunto, que lo delega en uno o varios Gobernantes. Pero los iusnaturalistas entendieron —en la confusa mixtura de ideas típica de esta época acerca del origen divino de los Reyes, que Figgis historió magistralmente— que mantener la «naturalidad» del poder político equivalía a hacer propia alguna variante de la teoría de la designación inmediatamente divina de los Reyes. Frente a esta última doctrina, el iusnaturalismo estableció, como única realidad, a los individuos aislados en el *status naturae*, que creaban mediante un contrato el poder político, de modo que éste era una creación artificial de los hombres. Pero no entendió la doctrina aristotélico-escolástica, mucho más matizada.

De hecho, el mismo Felden, en tanto que publicista tradicional entrometido en el «iusnaturalismo» muestra unas ideas acerca del Derecho natural bastante pintorescas desde el punto de vista de la corriente iusnaturalista moderna. En efecto, Felden no sólo prescindió del andamiaje conceptual iusnaturalista —el individuo en el «estado de naturaleza», el contrato social, la libertad individual como principio sistemático inspirador del ordenamiento jurídico— sino que, en un sentido plenamente tradicional, escribía que el Derecho natural es sumamente útil porque producirá remordimientos de conciencia, *cruciatu conscientiae*, a los criminales que escapen de las penas y al tirano que no pueda ser castigado de hecho con las leyes penales existentes<sup>9</sup>. Y no era éste, evidentemente, el modo cómo el siglo XVII estaba entendiendo al *ius naturale*.

8. «Feldenus negat meri placiti esse in societatem coire, quia nascitur homo pars societatis: ideoque a natura hoc petendum. Respondeo: Est hoc alienum a veritate. An ergo Regum potestas a natura est? Si Regem nasci, et subditum nasci, utrumque a natura, unde discrimen erit inter utrosque». Cfr. *Stricturae...*, cit., pág. 87.

9. «Maxime ergo vim obligandi habet Ius Naturae. Nam poenas seu dolores quibus utuntur legumlatores in coercendis injustis actionibus, effugere improbi possunt... at cruciatu conscientiae improbos quovis in loco comitantur: quibus puniuntur Tyranni qui summam potestatem habentes nulli legum poenae subicii possunt». Cfr. *Elementa iuris universi*. Francofurti et Lipsiae, Pars I, capítulo X.



## II. LOS INICIADORES DEL IUSNATURALISMO MODERNO

Hugo Grocio tuvo éxito donde otros no lo tuvieron. Cabalmente, el *De iure belli ac pacis libri tres* que aparece en 1625 no es una obra que pueda ser llamada original, ni por el método que sigue<sup>10</sup>, ni por las tesis contenidas. Pero Grocio supo reunir magistralmente los estímulos e incitaciones que la época lanzaba a la Ciencia del Derecho. Podríamos decir que el *De iure belli ac pacis* fue un libro que apareció oportunamente, y sirvió fundamentalmente para que muchos juristas, tocados e influidos por las exigencias propias del Humanismo y del Renacimiento, tuvieran un punto de referencia gracias al cual fueran conscientes de su propia identidad. Efectivamente, como esta obra de Grocio era un libro *iusnaturalista*, y muchos juristas andaban detrás de un nuevo concepto o idea del Derecho que sustituyera al Derecho romano y al *ius commune*, una generación se reconoció a sí misma, esto es, a sus aspiraciones aun inconcretas, en esta obra del diplomático holandés.

Se trató, pues, de una cuestión de oportunidad, de ese tipo de oportunidad que hace posible, en ocasiones, el prestigio. A diferencia de Joaquín Hopper, por ejemplo, Grocio no hace apenas ninguna referencia expresa al Derecho natural. Pero la suya fue una obra plenamente *iusnaturalista* porque se desliga de la autoridad del Derecho romano y de los juristas anteriores, a los que cita con moderación; recurre, del mismo modo que muchos autores lo habían hecho anteriormente, a las citas de los literatos, historiadores y filósofos griegos y latinos; pretende proceder según un modo axiomático-deductivo; y sobre todo, parte de una noción del hombre que lo contempla como un individuo sin vínculos en el *status naturae*, que sólo se posee a sí mismo y a su voluntad indeterminable heterónomamente. Este individuo, así entendido, determinará su condición «civil» mediante un contrato por el que crea la sociedad y, posteriormente, estos individuos «libres» pactarán en cada caso para ir creando las normas generales que los vincularán en el futuro. Erik Wolf ya exclamaba, hace más de treinta años, que, a partir de un momento determinado, todo el Derecho se vuelve voluntario en Grocio. Más adelante nos ocuparemos de este problema.

Grocio es, sin embargo, un autor de transición. Ciertamente, él recoge los tópicos que estaban en el ambiente y que se nos manifiestan intermitente en escritos diversos, y los expone de un modo unitario. Pero él no desarrolló íntegramente las virtualidades contenidas en estos tópicos, a diferencia de lo que ya había hecho Fernando Vázquez de Menchaca o de lo que hará Pufendorf unos años más tarde. Porque si Grocio hubiera sido consecuente con sus puntos de vista, tendría que haber mantenido que, si unos hombres «libres» deciden reunirse para mantener más eficazmente sus derechos, esto es, su libertad, tal reunión o *coetus* no podría tener otra finali-

10. Acerca del método de esta obra de Grocio vid. mi estudio «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el Humanismo jurídico racionalista, en «*Ius Commune*» VI (1977) págs. 250 y ss.

dad que hacer posible, mediante la fuerza de la sociedad, esa libertad o igualdad originarias, con todas las exigencias que esta tesis conlleva.

En esta primera etapa del pensamiento iusnaturalista, se consideraba que el único derecho que posee el hombre «naturalmente» es el derecho a la igualdad y libertad. No se trataba aún de crear doctrinalmente una *societas* que defendiera las propiedades, porque bajo la influencia de la tradición romanística, entonces se entendía que la propiedad privada era «desconocida» por el Derecho natural, esto es, en el «estado de naturaleza». El primer autor que conozco que afirmó que la propiedad se fundamenta en el Derecho natural *primaevum*, y no en el Derecho de gentes secundario, fue el Cadenal de Lugo, en el primer tercio del siglo XVII<sup>11</sup>. Unos años más tarde Hugo de Roy recogió esta misma idea<sup>12</sup>, aunque fue Locke el que divulgó la idea de que el derecho a poseer propiedades es un derecho «natural» del hombre; de hecho, el tema de la fundamentación de la propiedad privada en el Derecho natural ha ido unido históricamente al hombre de John Locke.

De este modo, en estos iniciadores de la corriente iusnaturalista, el hombre es un ser aislado, sin vínculos jurídicos, que sólo posee un derecho sobre sí mismo, sobre su voluntad y sus actos, y que busca una *societas* que proteja eficazmente este derecho que le otorga el Derecho natural. Como siempre se ha entendido, también en aquella época, que la forma política que mejor conserva esta libertad «natural» es la democrática, estos autores defienden colectivamente la idea democrática bajo este prisma individualista, con la excepción de la tendencia eudemonista que sigue a Thomasius, que se puso al servicio del Despotismo ilustrado.

Sin embargo, Grocio, inconsecuentemente, no propugna ninguna democracia. En lo que se refiere a la forma política que debe existir, es bien sabido que el se remitió «a lo que pudo acaecer» (*quod accidere potest*) en la conclusión del contrato social, como ya puso de relieve Giorgio del Vecchio a comienzos de siglo. De forma igualmente inconsecuente con sus postulados

11. Juan de Lugo escribía que «Sed contra opponitur tertio: ergo divisio ipsa etiam est de iure naturae: nam ius naturale dictat, quod bona haec sint propria occupantis, nec possint ab eo sine iniuria auferri. Constat rursus, quia ius naturale praecipit ea, quae necessaria sunt ad hominum pacem, ad quam diximus necessaria esse omnino eiusmodi rerum divisionem; ergo haec est non de iure positivo, sed de iure naturae. Molina, tom. I, trad. 2, disp. 20 S Joannes Medina, et sequentibus respondet, lumen naturae dictare quidem potuisse, post lapsum necessariam esse divisionem, et obligatorem ad illam facendam; hanc tamen non potuisse fieri ab ipsa natura, sed debuisse intervenire vel consensum communitatis, vel Principis». Cfr. *De iustitia et iure*. Lyon, 1622, I, disp. 6, parágrafo 4.

12. Hugo de Roy escribía acerca de este tema, entre otras cosas, que: «Primo quidem quod dicitur rerum divisione, ac dominiorum discretionem ex iure Gentium profluxisse, atque indubitatum. At vero ob id non est putandum, dominium ipsum ex hoc Iure Gentium ortum suum habere; vel etiam initio generis humani rationem discretionis hominum latuisse: nam ex eo sequeretur dominium ab homine ortum habere, ac potestatem discernendi res humanas ab homine profluere quod dementissimum esset credere. Verum enim vero hoc dicendum est, quod dominium et potestatem de eo disponendi a Deo cum iure naturali rationali proditam esse... dicendum erit dominium ex Iure Gentium primario ortum habere sed ex secundario, de quo nunc agimus, discretionem fortiri, atque ex iure cuiusque gentis proprio, Civili scilicet de quo postea agamus, absolutam certitudinem accepisse». Cfr. *De eo quod iustum est*. Hildesii, 1653, Liber I, Titulus Quintus, parágrafo 1.



teóricos, Grocio niega cualquier «derecho de resistencia» que pudiera corresponder a los ciudadanos que sufren la injusticia del Gobernante. El lector puede encontrar el texto preciso en la obra citada de Grocio, Libro I, capítulo 4, párrafo 7.

En este mismo contexto, Johan Adam Osiander, uno de los teólogos más influyentes en el primer desarrollo del *ius naturale*, mantuvo, en 1671, que el poder político procede inmediatamente de Dios, de modo que el Rey actual lo es porque Dios así lo quiere expresa y directamente. Polemiza con los españoles del siglo XVI, y declara reiteradamente que el *imperium* no reside originariamente en el pueblo, sino en el Rey, según la multitud de citas bíblicas que él aduce<sup>13</sup>. Igualmente niega, citando a Grocio, cualquier derecho que pudiera corresponder a los súbditos para resistir a las leyes injustas del Gobernante; no proporciona ningún argumento especial: se limita a reiterar, una y otra vez, que los súbditos no tienen derecho a resistir al Soberano<sup>14</sup>. El testimonio de Osiander es bastante expresivo acerca de lo que estaba sucediendo en el *ius naturale*, pues esta corriente del pensamiento se desarrolló desde una matriz determinada, y Osiander estaba en el centro de ella.

El autor con quien comienza eficazmente la nueva etapa del «Derecho natural», que sustituyó definitivamente a la Jurisprudencia romanística, es Samuel Pufendorf. Este autor tampoco declara expresamente que la democracia es la única forma de gobierno admisible desde la naturaleza «libre» del hombre, pero concede tanta atención, dedica tantas páginas al tratamiento del régimen democrático, que sus lectores fueron influidos, sin duda alguna, a favor de esta tesis<sup>15</sup>. Además, Pufendorf exagera tanto el individualismo que encontramos en los iusnaturalistas anteriores, que su doctrina concluye naturalmente y sin esfuerzo en la afirmación de la forma democrática como la única concorde con la naturaleza libre del individuo. No es pensable, en el marco de ideas y vital que establece Pufendorf, un *regime paternale*.

13. «(populus), quia iuxta Navarrum et Bellarminum retinet potestatem in habitu, quod falsissimum... Alterum petiit ab exemplo Saulis, Davidis, qui non a populo, sed a Deo immediate principatum acceperunt... Tertium possumus addere ex dictis Scripturae, si eligamus e multis tantum duo; unum ex V.T., alterum ex Rom v. 1 et seqq. ubi dicitur: «Non est potestas nisi a Deo...». Particulare autem nisi excluditur omnis causa constituens, removetur populus, et solus Deus causa potestatis asseritur». Cfr. *Observationes maximam partem Theologicae in Libros tres De Iure Belli ac Pacis Hugonis Grotii*. Tubingae, 1671, pág. 469. Vid. también las páginas 721 y 878, en donde reitera esta misma idea.

14. «Quod dicit Grotius nempe resisti posse, et quidem si resistantiam accipiat de resistantia per arma, non videtur posse concedi: partim quia quod facit Rex in tali casu facit iure suo, partim, quia resistere nunquam summae potestati, subditus enim legitimum titulum non potest producere, ex quo constet talis facultas resistendi; partim quia si es ipsa Grotii sententia talis actus abalienationis ipso iure nullus est, Rex vi istius abalienationis non dejiciet sese a potestate sive maiestate, quia abalienatio illa nulla est; manebit itaque in pristino statu, erit Rex, gaudebit maiestate: qui autem Rex et caput est, nec non maiestate gaudet, illi nunquam a subdito resisti potest, sc. eo resistendi genere, quod est per arma». Cfr. *Observationes...*, cit., pág. 564. Vid. también página 565.

15. Vid., por ejemplo, el Libro II, cap. IV del *De Officio hominis et civis secundum legem naturalem libri duo*. He utilizado la edición de Trajecto ad Rhenun de 1728.

Sin embargo, Pufendorf es, también, inconsecuente, porque en el entorno de la relativa ortodoxia protestante en la que él se mueve, no podía conceder la posibilidad de un derecho de resistencia a los súbditos frente al Gobernante, y se ve forzado a denegarlo. Su línea argumentativa, a este respecto, es doble; por una parte explica, como Hobbes, que los súbditos, al concluir el contrato de dominación, no se reservaron este derecho, por lo que la *mortalium iurisdictio* compete exclusivamente al magistrado. Por otra parte declara, en una argumentación pintoresca, que «solamente los Reyes como tales gozan de esta santidad». La «santidad» a la que alude es la que él mismo ha establecido al titular este capítulo *De Sanctitate summi imperii civilis*<sup>16</sup>.

### III. GRONOVIVS-VAN DER MUELEN: UNA SINTESIS IMPOSIBLE

El tratado de Derecho natural más extenso que se publicó en la Escuela del Derecho natural moderno fue, junto con el Christian Wolf, el de Gronovius y van de Muelen, que apareció a modo de comentario del *De iure belli ac pacis* de Grocio. No ha sido una obra especialmente importante en el desarrollo histórico del iusnaturalismo moderno, pero es interesante traerla a colación porque tanto Guillermo van der Muelen como Federico Gronovius intentaron la síntesis de la Segunda Escolástica española con el pensamiento iusnaturalista de Grocio.

Los escolásticos españoles habían establecido que el *imperium* pertenece al pueblo en su conjunto originariamente, y que éste lo delegaba en alguno, o algunas personas, para que gobernara en su nombre, y extrajeron de esta tesis todas las consecuencias lógicas. La escolástica protestante, iusnaturalista, había hecho suya, por su parte, la tesis de *reges a Deo*, y fue igualmente consecuente. ¿Se pueden compatibilizar ambas actitudes?

Esta compatibilidad es la que intentan estos dos autores a los que me refiero y —lo adelanto desde ahora— todo lo que consiguieron fue exponer, en una misma obra, dos líneas de pensamiento contradictorias. Así, en primer lugar, en el Libro I, capítulo III, párrafo I, van der Muelen y Gronovius mantienen que Dios ha constituido directamente a los Gobernantes como tales, y es preciso resignarse, añaden, ante la Voluntad de Dios, por lo que si el Rey degenera en tirano y trata crudelísimamente al pueblo, éste ha de ejercitarse en la paciencia; para mantener este aserto se apoyan

16. «De Sanctitate summi imperii civilis: quia summum imperium non potest esse nisi a Deo obnoxium, satis intelligi, coëntium in civitatem hanc fuisse, ut adversus summam potestatem nihil sibi iuris relinquerent... quod non possit fingi legitima vocatio subditorum ad arma contra supremum magistratum capienda; cum nulli mortalium iurisdictio in talem magistratum competat». En el párrafo VIII escribe: «Caeterum ista sanctitate, quam hactenus adstruximus, cum gaudent nisi reges revera tales. Inde eadem non fruuntur, qui regium quidem nomen gerunt, populi tamen potestati subsunt». Cfr. *De iure naturae et gentium libri octo*. Edición de G. Mascovius. Frankfurt und Leipzig, 1759, Libro VII, capítulo VIII, párrafo VII.



en numerosas citas bíblicas<sup>17</sup>. Más adelante vuelven a tocar este tema, y explican que «Ninguna república, ninguna sociedad, ninguna familia puede subsistir sin orden, que es el que sostiene al mundo, de modo que toda la máquina celeste depende del orden perpetuo. En otro orden (de cosas) debe existir alguna subordinación, que no es otra cosa que una relación a lo superior (*relatio ad primum*), desde el que desciende por grados... Por lo que el magistrado inferior posee autoridad en la medida en que depende de la autoridad del príncipe... y, consecuentemente, el magistrado, por su derecho y dignidad, nunca puede resistir al gobernante, porque, con respecto a él, es siempre un inferior; porque la facultad de resistir presupone la igualdad, que no existe aquí por causa de aquella dependencia»<sup>18</sup>.

Estos autores, al igual que la mayor parte de los iusnaturalistas, parecen hacer de la «soberanía» o de la «dependencia» un concepto analítico, de modo que los súbditos deben obedecer siempre y en todo caso porque son súbditos, y el príncipe domina siempre porque es el príncipe. Es inútil buscar en ellos una explicación razonada de por qué se debe obedecer bajo cualquier circunstancia: tropezamos en última instancia con la tesis de *reges a Deo*, o bien con la analiticidad a la que aludo. De hecho, el razonamiento anterior, basado en la necesidad del orden, es una excepción.

La segunda línea de pensamiento a que aludía, que Gronovius y van der Muelen desarrollan mucho más extensamente, es la clásica aristotélico-escolástica, con una fuerte influencia del radicalismo y rigor lógico de Fernando Vázquez de Menchaca, al que citan expresamente. De este modo, estos autores explican, al comentar el texto de Grocio (Libro I, capítulo IV, párrafo 7) ya aludido, que la regla general es, ciertamente, la que establece Grocio, pero que el caso de tiranía supone una excepción, ya que implica un estado de «suma necesidad» (*summae necessitatis*) que destruye todo vínculo legal anterior y, con él, cualquier deber previo que existiera<sup>19</sup>. Porque

17. «Verum summum illud imperium... infinitam civibus seu populo universium sumpto obediendi obligationem imponere, ac omne prorsus in se imperium eripere, ut si Rex un tyrannum degenerare, et populum crudelissime, omnia divina et humana iura flocci faciens, habeat, patienter tamen ferendus sit, et consequenter non posse cēviri vel puniri a populo abutentem summo imperio... Quippe a Deo super populum constitutus et unctus, ut populi salutem securitatemque tueatur, cuiusmodi defensio et procuratio exigit, ubi ab eius consiliis et mandatis pendeat et obsequatur. Cfr. *Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libris tres cum commentariis Gulielmi van der Muelen. Et Authoris Annotata, ex postrema eius ante obitum cura nec non Joan. Frid. Gronovius Notae in totum opus*. Ultrajecti, 1696-1703, Ad. L. I., cap. III, párrafo 8 de la obra de Grocio.

18. «Nulla Respublica, nulla societas, nulla familia, subsistere potest sine ordine, quo et servatur mundus, totaque coelestis machina perpetuo pendet ab ordine. In omni autem ordine debet esse quaedam subordinatio, quae est relatio ad primum, unde ad cetera descenditur per gradus... Unde et magistratus inferior tamdiu magistratus est et dignitatem suam tueri potest, quamdiu pendet ex autoritate principis... et consequenter iure magistratus et dignitatis suae nunquam resistere potest imperanti, quia semper eius intuitu inferior est; resistendi vero facultas aequalitatem inducit, et propterea illam dependentiam tollit. Ex quibus perspicimus, cum in omni civitate et Reipb. forma ordo debeat servari, sine quo nequit subsistere». Cfr. obra de Grocio, pág. 278 del primer volumen.

19. «Quamvis Auctor summae et absolutae potestatis propugnator sit, ei nunquam resisti posse a civibus, etiamsi male habitis a summo imperante, in praecedentibus statuens, quosdam



las leyes naturales, prosiguen estos dos autores, han de ser interpretadas de forma que no sean nocivas para la sociedad humana o para alguno de sus miembros, y la ley natural primera y fundamental es la que ordena la conservación de sí mismo, porque sin la conservación de sus miembros singulares la sociedad humana no podría subsistir. «El derecho de resistir forma una parte importantísima de la defensa, que ninguna ley o constitución humana o divina puede prohibir, por lo que hay que concluir que no se puede derogar la ley de resistencia, sino, si acaso, restringirla a ciertos casos, de modo que no sea lícito echar mano de ella en cualquier momento»<sup>20</sup>. No es necesario esperar a una necesidad extrema (de injusticia); basta con que la razón nos dicte la necesidad de resistir<sup>21</sup>.

Estos autores prosiguen explicando que, dado que el poder proviene del pueblo, que ha conseguido delegarlo en una persona *Deo approbante*, es imposible concluir que los hombres han decidido constituirse en una sociedad y trasladar el poder para su daño; hay que suponer más bien que estos hombres buscan su conservación, y que se valen de las fuerzas conjuntas de todos para repeler las injurias<sup>22</sup>. Van der Muelen escribía, a este propósito, que «me convence más la sentencia de Vázquez que no la de Grocio, porque la *dignitas* no puede suprimir una facultad concedida por la Naturaleza, fundada en el Derecho natural, como es la de la propia defensa... porque el oponerse legítimamente es algo que corresponde a todos los animales, y esta facultad no se le puede negar al género humano si no es de

---

tamen, hic casus excipere videtur a communi regula, et primim quidem casum summae necessitatis, quam omne legis vinculum dissolvere et obligationem tollere saepius annotavimus». Cfr. *Hugonis Grotii...*, cit., comentario a L. I, cap. IV, parágrafo 7.

20. «et... ea etiam mente leges seruntur, ne noceant humano generi, sed ei prosint, ipsae leges naturales, quamvis moralem et perpetuam vim obligandi continentes, ita tamen semper interpretandae, ne noceant humanae societati, vel singulis eius membris, ad quorum conservationem, utilitatem, atque securitatem latae sunt, quatenus respiciunt dictam societatem: summa enim legum naturalium lex est, eaque prima et fundamentalis conservatio sui ipsius, quia sine singulorum membrorum conservatione universam societatem perire necesse est. Hinc cuique ius se tuendi adversus vim illatam et injuriam. Defensionis autem potissima pars ius resistendi, quae nulla lege aut constitutione divina nec humana tolli potest... ergo concludendum lege de non resistendo tolli non posse, sed quidem restringi ad certos casus, ita ut non omni tempore ea uti liceat». Cfr. *Hugonis Grotii...*, cit., comentario al L. I, cap. IV, parágrafo 7.

21. «quippe non semper summa necessitas expectanda, sed sufficit quod ratio nobis dicit resistendi necessitatem, in qua constituti sumus, ad suo iure utendi, sufficere». Cfr. *Ibidem*.

22. «Negamus ex divina voluntate eiusmodi rigidam obligationem derivandam: quippe quemadmodum omne imperium humanum, Deo approbante, profiscitur ex consensu hominum, qui coeunt in unam civitatem; ita et imperii tenendi atque exercendi modus seu ratio ex eodem deducenda, ut ante dictum et late demonstratum rationibus, ex recta ratione petitis, quae hic repetere supervacaneum foret; quamobrem imperii omnem vim in consensu obedientium consistere dicitur. Qui cum sibi nocere et injuriam inferre non praesumi possint, atque etiam scopus, cuius intuitu in societatem coalerunt, fuerit sui conservatio, et ut communibus viribus valerent eas injurias a se depellere, quibus resistere singuli in primaevio statu impares erant; hinc rectae rationi maxime repugnat eiusmodi voluntatis et consensus interpretatio, quae omnem civibus eriperet injuriam etiam superiorum repellendi facultatem. Quod autem ratione repugnat, nullam vim obligandi habet, quia nec factum vel actum fuisse praesumitur, sed de eo latius alibi in praeced». Cfr. *Hugonis Grotii...*, cit. vol. I, pág. 283.



forma impía, porque por su naturaleza es inmutable; ni mucho menos se debe tratar de persuadir acerca de que la caridad impone no usar de ella, siendo así que la caridad empieza por uno mismo. El mismo Cicerón atestigua que nadie es tan demente, o tiene tan poco aprecio de sí mismo, que prefiera la vida ajena a la suya... Vázquez entendió esto óptimamente»<sup>23</sup>.

Como podemos ver, no había modo de conciliar las tesis iusnaturalistas con las escolásticas. Ciertamente, desde los presupuestos desde los que partía la Escuela del Derecho natural se podía muy bien llegar a mantener el derecho de resistencia frente al poder que actúa injustamente, y de hecho, esto lo hicieron algunos autores que integran esta Escuela, como veremos más adelante; pero el *pedigree* protestante que domina al *ius naturale* desde sus inicios motivó la contraposición completa con las tesis escolásticas.

#### IV. LOS ESCOLÁSTICOS QUE SE ACOGEN A GROCIO

Hugo Grocio fue una persona de talante moderado; quizá, no en vano, era diplomático de profesión. Gracias a su moderación, él compuso una obra que, de hecho, se convirtió históricamente en un campo común de entendimiento para católicos y protestantes, aun cuando este holandés es un iusnaturalista relativamente radical. Aunque su libro citado fue incluido por la jerarquía católica en el *Index librorum prohibitorum*, a raíz de la publicación del *De iure Naturae et Gentium* de Pufendorf, que apareció unos años más tarde, los universitarios que seguían manteniendo una concepción tradicional del «Derecho natural» —esto es, que lo entendían a modo de una ley de origen divino, que se conoce naturalmente, más o menos inmutable y eterna— hubieron de acogerse a Grocio para seguir manteniendo sus ideas con el mínimo prestigio imprescindible para que pudieran seguir siendo oídos y leídos. Y es que la Universidad europea se había secularizado tanto en poco tiempo, que sonaba a ridículo seguir hablando, en pleno siglo XVII, de una Ley Natural que se deriva de la «Ley Eterna», etcétera.

La obra de Grocio no suscitó polémicas, y esto lo reconocemos en que los teóricos más destacados de la *iurisprudencia* o de la *civilis prudentia* en el siglo XVII, tales como Hugo de Roy o Hermann Conring, no la comba-

23. «Arridit mihi magis Vasquii, quam Grotii opinio, quoniam eiusmodi dignitas non potest auferre facultatem, a natura cuique tributam, nec tollere obligationem immutabilem, in iure naturae fundatam, qua cuique sui defensio injuncta et praecepta... cui legitimam resistendi atque sese opponendi leges tribuunt omnibus animantibus licentiam, ita ut non impium modo, verum nefas videri debeat, hanc facultatem adimere humano generi, ac tollere id, quod sua natura inmutabile est, neque suadere, multo minus praecipere eiusmodi personarum in suscipienda sui defensione charitatis adhibendam distinctionem, legem, quae si ordinata est, debet incipere a semetipso. Nemo tam demens est, tamque parum de se cogitans, qui alienam vitam magis, quam suam diligat, teste Cicerone... Optime itaque Vazquez... quandoquidem etiam toti Repb. se anteponere, suamque salutem, debet, quod sano sensu intelligendum, Vazquez dl., cuius opinionem tam iure naturali, quam divino convenientem, censeo». Cfr. *Hugonis Grotii...*, cit., L. II, cap. I, parágrafo 9, en el volumen II.

ten expresamente; Grocio fue incluido en el «Índice de libros prohibidos» no por su doctrina jurídica y política, sino por las heterodoxias teológicas que se encuentran en su *De iure belli ac pacis*. Samuel Pufendorf, en cambio, poseía un talante completamente distinto al de Grocio; su *De iure Naturae et Gentium* (los *Elementorum iurisprudentialis universalis*, obra de juventud, pasaron desapercibidos) se abre, ya en el Prólogo, con insultos a la Iglesia Católica, a la que designa con el nombre de *Regnum tenebrarum*. Algunos entienden que Pufendorf hubiera pasado a la Historia, si no por otra cosa, al menos por la riqueza de sus insultos, aunque es preciso reconocer que tales insultos los reparte equitativamente entre protestantes y católicos<sup>24</sup>. Este modo de ser, unido a la radicalidad de su doctrina jurídica, estrictamente individualista y polémicamente antijurisprudencial, motivó que los católicos y, en general, los juristas formados en el estudio del *Corpus Iuris*, se apiñaran en torno a Grocio para defenderse de los discípulos de Pufendorf.

Estos discípulos del pensador alemán — pensemos en Christian Thomasius, en Henricus Koehler y en el omnipresente Nicolás Jerónimo Gundling— acenturaron el anticlericalismo que se manifiesta más o menos larvadamente en Pufendorf, y ello hizo que los autores católicos, a lo largo del siglo XVIII, tomaron a Grocio como refugio progresista contra los seguidores de Pufendorf. De hecho, cuando los católicos reaccionan más o menos corporativamente contra el *ius naturale et gentium*, a mediados del siglo XVIII, Ignatius Schwarz, Agatopisto Cromaziano, Juan Francisco Finetti y Anselmo Desing, dirigen sus ataques contra Pufendorf, pero salvan a Grocio. De esta forma, el pensamiento de los católicos, y de algunos protestantes que se habían formado en el estudio jurídico prudencial, se manifestó en la Edad Moderna, especialmente a finales del siglo XVII y durante el siglo siguiente, bajo forma de comentarios al *De iure belli ac pacis* de Grocio; estas glosas les daban pie para seguir hablando de la Ley Eterna y de la Ley Natural como una *participatio* del hombre en la Ley Eterna; de este modo, bajo forma de una escolástica grociana, se produjo una contrasecularización abiertamente opuesta y enfrentada a la escuela que integraban los seguidores de Pufendorf, normalmente deistas.

Pero no perdamos de vista los condicionantes que gravitaban sobre esta época. La adscripción al bando católico implicaba, por muy seguidor de Grocio que un autor se manifestara, que era preciso rechazar la tesis de la designación directamente divina de los Reyes, y que era preciso mantener que el *imperium* reside originariamente en el pueblo, lo que conllevaba que, en caso de tiranía, el mismo pueblo tuviera derecho a reclamar ante el tirano el poder que le había delegado; y esto traía consecuencias directas para el tema que nos ocupa. Pero estos condicionantes eran, quizá, más onerosos para los protestantes, que mantuvieron colectivamente las tesis de *reges a*

24. Jaime Brufau comenzó, hace años, un catálogo de los insultos que se encuentran en las obras de Pufendorf; finalmente, el libro cambió de tema y apareció titulado «La actitud metódica de Pufendorf».



*Deo* y, en consecuencia, hubieron de negar el derecho que correspondería al pueblo a resistir al Gobernante injusto. Como tantas veces sucede en la Historia, se produjo un chantaje colectivo en el que no había lugar para actitudes matizadas; por esto, aunque ser *iusnaturalista* implicaba sostener una actitud fuertemente individualista, muy alejada de la teoría de la designación divina de los Reyes y de la negación del derecho de resistencia, lo cierto es que, históricamente, ambas actitudes fueron vitalmente unidas; sólo muy pocos autores fueron capaces de matizar, y pagaron su independencia —pensemos en Ulricus Huber— con el olvido.

Los que se acogieron a la escolástica que tomó a Hugo Grocio como bandera, pudieron afirmar con cierta facilidad —aun cuando opinaron de forma expresamente opuesta a la de Grocio— el derecho de resistencia contra el poder injusto. Así, Simon Heinrich Musaeus, tras sostener polémicamente que el Derecho natural no prescribe la sucesión hereditaria en la corona<sup>25</sup>, hace suya la vieja doctrina escolástica según la cual el magistrado que se excede en los términos de su mandato, se convierte en una persona privada más en aquello que se ha excedido, y cesa, por consiguiente, la obligación de obedecerle en esas cosas sobre las que dispone indebidamente<sup>26</sup>. Immanuel Proeleus, más moderadamente, también abordó lo que él llamaba la difícil cuestión de la obediencia a la orden injusta. Proeleus entiende que la doctrina más segura, en esta materia, es aquella que sostiene que si la ley del Gobernante se opone abiertamente a un mandato de Dios o de la Ley Natural, entonces es lícito, con segura conciencia, no obedecer, ya que el súbdito, antes que frente al Gobernante, es responsable ante Dios<sup>27</sup>.

Philip Reinhard Vitriarius tuvo una cierta importancia para este tema, dado el interés que mostró en su estudio. Este autor parte, sin más explicaciones, del postulado según el cual «cuando varios padres de familia se unen para formar un pueblo o una ciudad, y desean retener la libertad civil, eligen una forma de gobierno democrática»<sup>28</sup>. Ello no le impide ser un mo-

25. «In principatus nulla iure Naturae successio est.. Ratio cur in Principatus nulla iure Naturae sit successio est, quia summa potestas est dignitas quaedam, dignitatis autem sunt merita personarum, quae cum persona intereunt. Summa potestas consisti in administratione Reipublicae administratio vero non extra personam abit, quoniam regna non sunt a natura». Cfr. *Selectas ex iure naturali et controversias*. Kiloni, 1708, parágrafo 24.

26. «Magistratus qui notorius Imperii sui terminos excedit, quatenus excedit, privatus est, et eatenus cessat obligatio parendi». Cfr. *Selectas...*, cit., parágrafo 4.

27. «Das schwaresten in diesem Stücke ist, on ein Unterthan dem Befehl der Obrigkeit Gehorsam dürffe, wenn er weiss, dass die Sache, welche ihm befohlen wird, unrech ist... Es ist wohl das beste und deutlichste in dieser Sache, dass man genau untersuche, ob die Sache offenbar wider die göttliche und natürliche Gesetze sey. Wenn einem Unterthan diese gewiss bewusst ist, so kann et mit keinem guten Gewissen weder suo noch Magistratus nomine eine ungerechte Sache exequiren. Denn ein Unterthan ist vor allen Dingen schuldig Gott zu gehorsamen». Cfr. *Grundsätze des Rechts der Natur*. Leipzig, 1709, L. II, cap. 12, parágrafo 6.

28. «Quando plures patresfam, in unum populum ac civitatem coeunt, et libertatem civilem retinere cupiunt, seu eligunt formam regiminis democraticam...». Cfr. *Institutiones Iuris Naturae et Gentium ad methodum Hug. Grotii conscriptae*. Lugduni Batavorum, 1711, L. II, cap. V, parágrafo XXXIV.

nárquico convencido, que estima que la monarquía hereditaria se fundamenta con toda justicia en la voluntad presunta del pueblo<sup>29</sup>. En un marco de pensamiento titubeante, o por lo menos, no del todo congruente, él se decide, en lo que respecta al derecho de resistencia, por la solución más sencilla: el pueblo debe obedecer al Príncipe en todo aquello que no es opuesto al Derecho divino o natural<sup>30</sup>.

Samuel Christian Hollman hizo suya, con cierto ardor, la opinión que mantenía que el *imperium* político reside inmediatamente en el pueblo. Así, al filo de esta tesis, él entendía que mantener la designación divina de los reyes sólo era posible bien por superstición, o por ignorancia, o por un afán torpe de adular al poder, porque la *maiestas* sólo pudo haber tenido su origen en el consentimiento<sup>31</sup>. El entiende —siguiendo un pensamiento que más que clásico ya entonces era francamente antiguo— que tirano es aquel Gobernante que emplea el poder en beneficio personal y no del pueblo, por lo que esa persona gobierna sin ningún derecho<sup>32</sup>. A una persona así no le debe reverencia ni obediencia, aunque la prudencia —explica Hollmann— nos aconseja intentar aquellos medios que dejan salva a la república antes de ejercer una violencia abierta<sup>33</sup>.

Si queremos leer una definición del tirano que, aunque expuesta en 1773, es escolástica, y que, por este hecho, no tiene en cuenta la teoría iusnaturalista del «Estado de Derecho»<sup>34</sup>, podemos recurrir a Heinrich Gottfried Schei-

29. «Regna libero populi consensu facta haereditaria quomodo deferuntur? Ex praesumpta populi voluntate, quae videtur fuisse, ut observetur id quod maxime expedit». Cfr. *Institutiones...*, cit., L. II, cap. V, parágrafo XLI.

30. «... subditus enim in omnibus, quae non sunt contra ius divinum et naturae, majestati obedientiam debet». Cfr. *Institutiones...*, cit., L. II, Cap. V, parágrafo XXXVII.

31. «Quum haec ipsa ergo maiestas ab illorum, qui unius, vel plurium, imperium hoc modo se submiserint, consensu originem suam solum habeat; in hominum, vel supersticiosum, et rerum omnium ignorantia laborantium, vel turpiter saltem imperantibus supremis addulantium, censum referendos esse, quotquot, maiestatem a Deo immediate originem suam habere, contendet, satis patet: etsi in ipsis S. litteris praesidium stolidae suae persuasionis quarere nonnunquam soleant». Cfr. *Iurisprudentiae naturalis primae lineae*. Gottingae, 1751, Pars I, cap. I, parágrafo 294.

32. «Qui boni imperantis officis satis nullo modo fecerit, publicaeque adeo, et privatae, subditorum suorum salutis rationem nullam habuerit, quin ad privatam modo utilitatem suam, cum manifesto etiam subditorum damno, et interitur, dominatumque adeo suum inter eosdem solum stabiliendum, omnia retulerit; ille tyrannus, recepto fere hodie vocis significato, recte dicitur. Eiusmodi ergo tyrannus, si supremi in republica imperantis potestatem, vel vera exerceat, vel sibi saltem arroget, absque iure omni agere merito censetur». Cfr. *Iurisprudentiae...*, cit., Pars I, cap. I, parágrafo 351.

33. «Quodsi vel maxime vero ex omnium, quae a supremo quodam imperante proficiscantur, actionum consensu satis pateat, tyrannum ipsum vere esse, et agere, neque adeo ad reverentiam, et obedientiam, ipsi praestandam quanquam amplius esse obligatum; prudentiae tamen regulae vel maxime suadent, omnia potius tentare alia, quibus tuta praestari respublica ab eius moliminibus possit, quam vi aperta adversus ipsum agere». Cfr. *Iurisprudentiae...*, cit., Pars I, cap. I, parágrafo 354.

34. «Estado de Derecho», que es la traducción literal de la expresión *Rechtsstaat* no significaba en el siglo XVIII o en la primera mitad del siglo XIX lo que hoy entendemos con ella. En aquel tiempo, bajo «Estado de Derecho» se designaba el Estado creado mediante un «pacto social» a fin de defender los «derechos naturales» del hombre, a saber, la libertad, la igualdad y la propiedad. Vid., sobre tema, a J. C. Bluntschli, *Derecho público universal*. Madrid, s/f, tomo I, pág. 24.



demantel, quien escribía que «Es fácil distinguir a un buen gobierno de un gobierno tiránico, porque del mismo modo que aquel no puede permanecer escondido, éste se delata a sí mismo. El buen gobierno actúa según la razón y las buenas intenciones, y el malo según la avaricia y las pasiones; el primero se fundamenta en la prosecución del bienestar general según las circunstancias, en la medida en que éstas conducen al fin último, mientras que el otro sólo tiene presente la propia utilidad y el simple arbitrio; aquel toma a la Moral como medida de su actuación, mientras que éste pretende que sus malas costumbres se conviertan en leyes; el buen gobierno respeta la vida, el honor, la libertad y las propiedades de los ciudadanos, mientras que uno malo trata a éstos como si fueran propiedades suyas; aquél es amado por los súbditos, y es señor de sus corazones, mientras que éste solamente es reverenciado y temido por los serviles, al mismo tiempo que odiado»<sup>35</sup>.

## V. HUBER Y VATEL, O LA PUREZA DEL PENSAMIENTO DEMOCRÁTICO

Hubo autores que pudieron escapar a los condicionamientos que la época imponía a los publicistas, fueran éstos católicos o protestantes. Entre estos autores se pueden señalar, por su importancia, a Hermann Conring y Ulricus Huber. El primero de ellos fue el civilista más conocido de Centroeuropa en el siglo XVII que, a pesar de ser protestante y desarrollar, en condición de tal, una extensa teoría política sobre la naturaleza de la iglesia evangélica, nos ha dejado varios tratados, bajo el título de *Propolitica* y *Prudentia civilis*, que desarrollan una teoría de gran calidad acerca de la naturaleza prudencial de la ciencia de la Política y del Derecho; la editorial «Scientia», de Aalen, ha reeditado recientemente su *Opera*.

Ulricus Huber merece una mención especial, en razón tanto de la importancia de su obra, durante el siglo XVII y primera mitad del XVIII, como por el relativo desconocimiento que actualmente existe acerca de él. Huber fue el gran campeón de la democracia durante el siglo XVII, y una idea de lo leídos que fueron su *De iure civitatis* y las *Institutiones Reipublicae* nos la proporciona el hecho de que estos libros suyos se siguieron reeditando, ininterrumpidamente, hasta la segunda mitad del siglo XVIII; sin duda alguna ha sido uno de los autores más citados durante la Ilustración. La naturaleza de su doctrina aristotélica y no contractualista, determinó su olvido

35. «Eine gute Regierung is sehr leicht von der Tirannei zu unterscheiden und jene kan nicht lange verborgen bleiben, so wie letztere ihre eigene Verräterin ist. Jene handelt nach Vernunft und guten Absichten, dieser aber nach Eigenthum und Leidenschaften; erstere gründet sich auf das gemeinschaftliche Wolseyn und die Umstände, in so weit sie diesem Endzweck gemäs gelenkt werden könne, letztere folgt blosen Willkühr und eigenen Nutzen; erstere richtet ihre Sitten und Betragen nach guten Maasregeln ein, letztere will ihre bösen Sitten zum Gesetz machen; jene hält Leben, Ehre, Freiheit und Güter der Bürger für heilig, diese aber behandelt solche als Eigenthum; jene wird von den Untgerthanen geliebt und ist Herr von ihren Herzen, diese aber wird kneschtisch verehrt und gefürchtet, aber auch gehasst». Cfr. *Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker*. Jena, 1773, parágrafo 236.

en tiempos posteriores, cuando se impusieron exclusivamente las teorías que se basaban en el «estado de naturaleza» y en el contrato social.

Huber parte de la tesis según la cual el poder político tiene su origen en el pueblo: *Imperia ex consensu multitudinis originem habuere*<sup>36</sup>, por lo que los Gobernantes no pueden ser otra cosa que ministros o representantes del pueblo, hecho que ya indica —según Huber— el mismo lenguaje ordinario<sup>37</sup>. Al examinar la naturaleza de la *respublica*, el primer estado del poder civil (*primim statum Imperii*) es el democrático, que es aquel que en menor medida se aparta de la libertad natural, cuya forma es la unión de todos con todos, y está gobernado por la voluntad de la mayoría<sup>38</sup>. Una democracia, prosigue Huber, está compuesta de hombres libres, que se llaman «ciudadanos» (*cives* y no *subditi*), que son personas que obran en Derecho en razón de su felicidad, consociados con otros bajo un mismo poder político<sup>39</sup>. Aunque Aristóteles definió al tirano —explica este autor— como aquel Gobernante que dirige la actividad política en razón de su propia utilidad, él prefiere considerar como tiránico aquel poder que se excede de los términos del mandato que le ha sido dado<sup>40</sup>. El tirano no ha de ser necesariamente una persona física, porque puede suceder muy bien que la mayoría, en la democracia, cause una injuria a ciudadanos singulares<sup>41</sup>, de lo que sigue que no toda decisión mayoritaria es, sin más, justa. De este modo, si aquél o aquéllos que se comportan injustamente no corrigen su conducta, no tiene nada de inicuo o de absurdo el oponerles resistencia, de mismo modo que se hace con un loco o con un pródigo<sup>42</sup>.

Otro publicista que, a pesar de insertarse plenamente en la corriente iusnaturalista, mantuvo la posibilidad del derecho de resistencia frente al poder, fue Emerico de Vattel. El escribía que «cada ciudadano, al formar la sociedad, se ha obligado a procurar el bien, la tranquilidad y la seguri-

36. *Institutiones Reipublicae liber singularis*. Franquenae, 1698, cap. II, parágrafo 9.

37. «Alli, Imperantes nihil fere aliud quam ministros populorum (sic etiam loquuntur) reputantes». Cfr. *Institutiones...*, cit., cap. II, parágrafo 4.

38. «Nos, ut fundamentum naturamque huius rei clare detegamus, primo statum Imperii qui minime a naturali recedat, considerabimus; qui est Democraticus, in quo ius imperandi pene populum est universum. Forma eius est, foedus omnium cum omnibus, cuius summa sit, ut quae consensu maioris partis statuuntur, ea cunctos obligent...». Cfr. *Institutiones...*, cit., cap. II, parágrafo 30.

39. «Definiemus civem: quod sit homo liber, qui iuris fruendi vitaeque feliciter agenda gratia, cum aliis sub eadem summa potestate sociatus est». Cfr. *Institutiones...*, cit., Sectio II, cap. III, parágrafo 2.

40. «Erit igitur Tyrannus Aristotelicus, qui omnia dirigit and propriam utilitatem, populi vero commoda penitus negligit... Igitur pro nostro instituto Tyrannum exercitio, vocamus qui terminus summae potestatis sibi iure delatae notorie et praefractae egreditur». Cfr. *Institutiones...*, cit., cap. XXIII, párrafos 9 y 12.

41. «Plane ex his sequitur, civitatem, id est, maiorem populi partem, adversus singulos fieri posse ream injuriae». Cfr. *Institutiones...*, cit., cap. II, parágrafo 45.

42. «omnibusque tentatis remediis, nulla spes supersit emendationis, et Rempublicam pesum iure sit indubitatum, nihil in ea sententia videmus iniqui aut absurdi, quae resistendi facultatem tribuit subjectis... edem fere modo quo agitur cum furiosis atque prodigis». Cfr. *Institutiones...*, cit., cap. XXIII, parágrafo 39.



dad de los otros. Por ello, si la parte más numerosa comienza a oprimir a la más débil, ella viola sus compromisos y, consecuentemente, la otra parte queda desligada de los suyos»<sup>43</sup>. Más adelante prosigue indicando que «es necesario medir (limitar) el derecho de la parte mayor del pueblo, esto es, los derechos del Regente sobre la sociedad, según el pacto originario que les ha dado origen; y que la naturaleza de este derecho está determinada por el fin, o la finalidad, de la sociedad. Esto nos muestra evidentemente que se puede resistir al Poder público cuando él mismo destruye el fin de la sociedad»<sup>44</sup>.

Huber y Vattel —este último siguiendo las indicaciones de Christian Wolf— fueron los autores más conocidos que plantearon, con toda claridad, el tema del derecho de resistencia ante el poder que actúa injustamente, aun cuando estos juristas tienen talentos y puntos de vista teóricos muy distintos. Con Huber terminan los publicistas que tienen una visión más amplia, aristotélica, de la naturaleza y límites del poder político y, en consecuencia de los motivos que pueden inducir a desobedecer y a resistir al Poder. A partir de ahora, las explicaciones sobre la desobediencia civil serán estrictamente contractualistas, tomadas o calcadas de la doctrina privatista del Derecho de sociedades. Veamos algunos testimonios.

## VI. EL PENSAMIENTO CONTRACTUALISTA: UN DERECHO DISMINUIDO

Aun Emerico de Vattel había entendido que en todo contrato constituyente de cada sociedad política existe una cláusula inmanente o necesaria según la cual el conjunto de la sociedad se obliga a procurar el bien y la justicia para todos. Hoy diríamos que Vattel había hecho del contrato social una idea regulativa a priori y necesaria, si es que queremos usar la terminología kantiana, de modo que es preciso suponer o postular estas condiciones están en la base de toda sociedad política. Lo que no afirmó nunca Vattel es que, para conocer los derechos y obligaciones de los ciudadanos frente al Poder, es necesario remitirse al contenido fáctico del contrato histórico constituyente de la sociedad, porque era más que evidente que tal contrato no había tenido lugar históricamente.

Sin embargo, cuando el pensamiento contractualista alcanza su máxi-

43. «En quel cas la moindre partie n'est pas obligée de se soumettre a la pluralité. Chaque citoyen, en formant la société, s'est engagé à procurer le bien, la tranquillité et la sûreté des autres. Si donc la plus nombreuse partie entreprend d'opprimer et de perdre la plus foible, elle viole ses engagements, et par conséquent, l'autre est déliée des siens». Cfr. *Questions de droit naturel et observations sur le Traité du Droit de la Nature de M. le Baron de Wolf*. Berne, 1742, pág. 348.

44. «Il remarque très-bien encore, qu'il faut mesurer le droit de la partie majeure du peuple, ou du Régent de la société, par le pacte originaire qui lui a donné; et que la nature de ce droit est déterminée par la fin, ou le but, de la société. Voilà ce qui montre évidemment, que l'on peut résister à la Puissance, lors qu'elle-même détruit ce but de la société». Cfr. *Questions...*, cit., pág. 350.

mo prestigio, en el siglo XVIII, muchos autores explican la sociedad exclusivamente a tenor del esquema del Derecho privado de sociedades y, del mismo modo que una *societas* privada queda determinada a cumplir los fines que efectivamente se establecieron en el contrato fundacional, ellos mantienen que, en toda democracia, es preciso remontarse al contrato fundacional para conocer los derechos que realmente pueden enfrentar los súbditos al Poder. Se trataba, sin duda alguna, de una solución altamente farisaica, porque todos sabían que ningún Estado europeo del siglo XVII había sido creado por un contrato expreso; de este modo, al no conocerse el contrato fundacional, lo único que realmente existía era el poder omnímodo de los monarcas del siglo XVII, poder que —se postulaba—, puesto que existía efectivamente, debía de haber tenido su origen en el consentimiento tácito del pueblo. Y es que la corriente *iusnaturalista* se puso al servicio, a lo largo del siglo XVIII, del Despotismo ilustrado, como podemos observar ejemplarmente en Thomasius y sus seguidores.

Michael Heinrich Gribner fue, junto con Gundling, uno de los *iusnaturalistas* más agudos e inteligentes, e influyentes, del siglo XVIII. Tal como era usual en esta época, él no expone que la democrática sea la única forma de gobierno admisible por la Razón (admite teóricamente la aristocrática y la monárquica, como hacían entonces todos los publicistas), pero su doctrina es netamente individualista y contractualista y, por ello, «democrática». De hecho, cuando él comienza a tratar de las diferentes formas de gobierno, la primera de ellas que contempla, y a la que concede más atención, es a la democracia: *Formas rerumpublicarum et in primis de iure democratiae*<sup>45</sup>. Le parece la forma política más concorde con el individualismo desde que él parte porque es la que mejor conserva la «libertad natural»: *Multa in democratia libertatis naturalis sunt vestigia*<sup>46</sup>.

Tal como era frecuente a comienzos de siglo, él entiende que el pacto fundacional de la sociedad ha versado acerca de las «leyes fundamentales» (*leges fundamentales*) de la república, y estas leyes fundamentales han de prescribir, según postula él, que la decisión de la mayor parte de los ciudadanos es vinculante, de modo que quedan obligados a cumplirla, recurriendo a la fuerza si es preciso, todos los restantes ciudadanos; que obliga incluso a los ausentes; que los comicios deben ser frecuentes; que nadie puede arrogarse un derecho en nombre de otro, y que siempre hay que proceder con orden en las votaciones, evitando las confusiones y los tumultos<sup>47</sup>.

Sin embargo, este tono de necesidad y generalidad en la constitución de la comunidad política, desaparece al tratar el concepto de tirano. En efecto, Gribner declara, a este respecto, que «el príncipe está obligado según lo

45. Vid. *Principiorum iurisprudentiae naturalis libri IV*. Vitemberg (5 edición), 1724, L. II, cap. V, título del capítulo.

46. Vid. *Principiorum...*, cit., L. II, cap. V, párrafo 2.

47. «Formis rerumpublicarum et in primis de iure democratiae». Cfr. *Principiorum...*, cit., L. II, cap. V.



pactado», y que constituye una gravísima cuestión de determinar qué debe suceder cuando el príncipe viola las leyes fundamentales contenidas en el pacto<sup>48</sup>. En el libro II, capítulo 8 de esta obra, se zafa de la cuestión de la resistencia a la tiranía con una confusa declaración en la que parece dar a entender que, para que exista tiranía, es preciso que el *Rex* viole las condiciones contenidas en el pacto concluido con la república<sup>49</sup>. Es decir, que el tirano no se constituye en tal porque viole unos requisitos generales y necesarios, que siempre han de existir, sino porque procede contra lo «efectivamente» pactado.

Henricus Koehler fue el iusnaturalista que quizá sostuvo la doctrina más consecuente, sistemática y coherente dentro de la Escuela, desde el ángulo individualista y contractualista que caracteriza al *ius naturale* moderno. El realiza algunas declaraciones, más o menos literarias, acerca del tema que nos ocupa y, así, escribe que «el tirano por el ejercicio es aquel que causa lesiones enormes (en el sentido jurídico-romano del término *laesio*) de modo que, manifiestas éstas, da al pueblo causa justificada para hacer la guerra si, advertido él, no quiere corregirse»<sup>50</sup>. Planteado el tema de este modo, podría pensarse que Koehler propone una doctrina tradicional, escolástica, acerca del derecho de resistencia.

Sin embargo, cuando precisa más su pensamiento, él mantiene y parte siempre, sistemáticamente, de la regla que expresa diciendo que *In societate civili, iustum est, de quo inter eius socios conventum*<sup>51</sup>, esto es, que toda obligación o derecho que afecte a la sociedad, en general, ha de tener su origen, para que tal obligación pueda ser considerada «legítima», en un pacto. Podría pensarse, en una primera aproximación al pensamiento de Koehler, que él se refiere únicamente a las obligaciones que surgen desde las leyes ordinarias, pues estas leyes, tal como era tradición en la Escuela, no podían ser concebidas sino como un contrato o promesa entre todos los ciudadanos, como una *communis reipublicae sponsio*, como expresaba Vázquez de Menchaca siguiendo los textos romanos. En este sentido, escribe que «Las leyes civiles se originan desde el sumo imperio civil y, en consecuencia, desde un pacto entre el Gobernante y los ciudadanos que están sometidos a él. Por lo que podemos decir, siguiendo a Grocio, que los pactos constituyen la fuente

48. «Obligatio principis ex pacto est... Gravissima quaestio, cui competat cognitio causae, si princeps in leges fundamentales peccasse dicatur, sapius agitata». Cfr. *Principiorum...*, cit., L. II, cap. VIII, párrafo 5.

49. «Si Rex in limitato imperio leges fundamentales violet, condiciones, sub quibus imperium accepit, quicquid ab eo contra pactum cum republica initum suscipitur, nullum est, cives non obligat, iniustum est». Cfr. *Principiorum...*, cit., l. II, cap. VIII, párrafo 4.

50. «Tyrannus exercitio ob laesiones enormes, easque manifestas populo dat belli causam iustificam, si monitus ad saniolem mentem redire nolit». Cfr. *Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII*. Francofurti add Moenum. 1738, párrafo 704.

51. Vid., *Iuris socialis...*, cit., párrafo 588.

desde la que fluyen los derechos civiles»<sup>52</sup>. Pero Koehler extiende la exigencia del pacto expreso a todas las obligaciones y derechos que puedan corresponder a los ciudadanos o al *Rex*; o por lo menos, en ningún momento da a entender que existan unas condiciones necesariamente incluidas en todo contrato de dominación cuyo incumplimiento provoque la calificación de poder tiránico y disuelva el vínculo de subjección. Acerca de este punto, lo más preciso que encontramos en su obra es la declaración a tenor de la cual «si los gobernantes o los súbditos proceden contra el pacto concluido, o actúan en contra de la forma de sociedad estipulada, actúan injustamente»<sup>53</sup>. Para él, más bien, está presente en todo momento la doctrina que expone al comienzo de su obra, en la que mantiene que «si existen sociedades que no se han originado desde un pacto, éstas (sociedades) no son obligatorias en el foro interno..., pues las obligaciones perfectas y, con ellas los derechos de los socios, en tanto que tales, sólo pueden ser pacticias... Pues todo lo que es conforme a un pacto justo es, por este hecho, adecuado al Derecho natural y, consecuentemente, es justo... Los actos de aquellos que han pactado, que actúan contra lo convenido, violan el *summ cuique* y, en consecuencia, repugnan al Derecho natural externo, por lo que son injustas»<sup>54</sup>.

Koehler, como discípulo de Gundling, se inscribe en la línea gneoselógica que propugnaba Thomasius, muy insuficientemente expresada, pero que le lleva a entender confusamente que sólo existe una razón práctica que crea la Realidad al mismo tiempo que la constituye mediante acuerdos de voluntades. En consecuencia, no existe el Bien o el Mal en sí, fuera de nuestras voluntades (el relativismo ético es completo)<sup>55</sup>, sino que «toda esencia viene creada desde el fin de la sociedad humana»<sup>56</sup>, bien sabido que tal fin de las sociedades humanas únicamente se puede constituir mediante un contrato.

52. «Leges civiles oriuntur ex imperio civili summo, et consequenter ex pacto inter imperantis et cives subiectos. Unde cum Grotio pacta eiusmodi recte dicimus fontem, a quo iura civilia fluxerunt. Vid. 15 Proleg. de iur. Bell ac P». Cfr. *Iuris socialis...*, cit., parágrafo 736.

53. «Si imperantes vel parentes contra eiusmodi modum conventum, vel contra formam societatis stipulatam agant, illi injuste agunt». Cfr. *Iuris socialis...*, cit., parágrafo 591.

54. «Si dentur societates, quae nullo pacto nituntur, illae non sunt obligatoriae in foro externo .... sed omnia dependere debere a cuiuslibet membri arbitrio... Obligationes igitur perfectae, et iura sociorum, qua talium, non nisi pactitiae sunt... Omnia ea, quae pacto iusto conformia sunt, etiam iure naturali congruunt, et consequenter iusta sunt... Actiones paciscentium, quae pacto repugnant, violant to suum cuique, et consequenter iuri naturali externo repugnant, adeoque etiam injustae sunt... In societate iustum est, de quo inter socios conventum est». Cfr. *Iuris socialis...*, cit., párrafos 45-61.

55. Vid. mi estudio *Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho natural*, en «Persona y Derecho» 13 (1985) pág. 94.

56. «A fine societatum humanarum omnia essentia pendent». Cfr. *Iuris socialis...*, cit., parágrafo 64.



## VII. LA NEGACIÓN DEL DERECHO DE RESISTENCIA EN LA ILUSTRACIÓN

La imposición de la Escuela del Derecho natural determinó, en plena inconsecuencia con sus puntos de partida, la negación generalizada del derecho que correspondería a los ciudadanos para resistir al poder que actúa en contra del Derecho. No hubo razones doctrinales, esto es, derivadas desde el individualismo y contractualismo propios de esta corriente, para fundamentar esta negación del derecho de resistencia; por este hecho, cada autor recurrió a las ideas que tuvo a bien recoger para denegar esta posibilidad de los ciudadanos.

Esta falta de motivos razonados la encontramos en Caspar Ziegler, por ejemplo, que se limita a sostener que los súbditos no pueden ofrecer resistencia al príncipe en ningún caso; en este punto, indica Ziegler, *Grotius recte sensit*<sup>57</sup>. Gundling, siempre incoherente cuando se trata de determinar los límites y posibilidades de actuación del poder político, después de indicar que el príncipe no está vinculado por las leyes<sup>58</sup>, con lo que se priva de base a cualquier reclamación que pudieran plantear los ciudadanos, abre la caja de los truenos, usando prácticamente todas las posibilidades que ofrece la lengua latina: *scelera, fraudes, coniurationes aliaque nefaria*, para descalificar cualquier intento de los súbditos para resistir al Poder<sup>59</sup>. L. J. Fr. Höpfner, a pesar de ser uno de los iusnaturalistas con mayor vocación filosófica, por lo que cabría esperar de él una teoría más completa acerca de este problema, salva este tema espinoso remitiéndose, igual que Grocio, a aquello que se pactó efectivamente en el contrato fundacional de la sociedad. El proceso de progresiva trivialización de las exigencias de la justicia había llegado a tal punto —Höpfner publica en 1783— que este autor, culminando la dinámica voluntarista del iusnaturalismo moderno, no reconoce ninguna justicia en especial antes de un pacto; en consecuencia, él explica únicamente que el Gobierno puede ser un Gobierno limitado o ilimitado; es limitado si tiene puestos límites *arbitrarios*<sup>60</sup>. De este modo, toda cuestión referente a la justicia se disuelve en una decisión colectiva arbitraria, que procede, como explican cuidadosamente estos autores, del *Willkühr, arbitrium*.

57. Vid. *In Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libros*. Argentorati, 1706 (4 edición) págs. 163, 165, 177, 181.

58. «Nemo sibi ipsi obligationem imponit. Daher ist der Princeps a legibus suis solutus. Ein anderer kann ihm auch keine Leges vorschreiben, sonst hätte derselbe kein summum imperium». Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher De Officio hominis et civis*. Hamburg, 1744, L. II, cap. 9, parágrafo 3.

59. «Et omnes consentient, posse imperantes impedire, ne, sub obtentu religionis, scelera, fraudes, coniurationes, aliaque nefaria patrentur. Sed probe circumspiciendum, ne pro consociatione nefaria, aut scelera habeatur, quod tale elogium non meretur». Cfr. *Ius Naturae ac Gentium connexa ratione novaque Methodo elaboratum*. Halae Magdeburgicae, 1728 (2 edición) cap. XXXVI, parágrafo 84.

60. «Endlich ist die Oberherrschaft emtweder eingeschränkt oder unumgeschränkt (imperium vel limitatum, vel illimitatum, sive despoticum). Die erste hat willkürliche Grenzen, die letzte nicht». Cfr. *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*. Giessen, 1783, parágrafo 176.



Andrea Adam Hochster sí proporciona un argumento de más o menos valor. Según él, «dado que la paz y el orden son los fines indudables de la ciudad, es preciso entender que el derecho de resistencia (al Poder) está prohibido, porque, de otro modo, no se podría alcanzar esta finalidad»<sup>61</sup>. Johann Friedrich Rübél, en cambio, siguiendo ideas propugnadas por las Monarquías de aquella época, veía en el Príncipe a un padre, de forma que «cada uno puede ver por sí mismo que cuando un padre se comporta como padre, no puede haber lugar a ninguna resistencia contra él»<sup>62</sup>.

Johann Friedrich Weidler y D'Aube prefirieron hacer suya la teoría del origen divino de los Reyes. El primero de estos autores explica que la *maiestas* es el poder supremo en la sociedad, de forma que ésta ha sido constituida para ser gobernada por aquélla; dado que el origen de la majestad es el mismo que el de la ciudad, hay que afirmar que es la recta razón, así como las leyes divinas, las que nos ordenan crear las sociedades y obedecer a los Reyes. De todos modos, Weidler encuentra un argumento decisivo —así lo explica él— para mantener el poder omnímodo del Rey; este argumento consiste en considerar que Dios providente quiere nuestra felicidad, y ésta la alcanzaremos obedeciendo al Monarca<sup>63</sup>. D'Aube, siguiendo ideas similares a las de Burlamachi, explicaba que «Las pasiones hacen perder de vista a los hombres, frecuentemente, su verdadero interés ; todas las sociedades, tanto las más pequeñas como las más grandes, no pueden subsistir sin jefes, que siendo —o, al menos, debiéndose presumir— los más sabios, recuerdan a los miembros de estas sociedades los principios de la razón y de las leyes naturales, así como de las consecuencias que resultan de ellas»<sup>64</sup>. Más adelante, escribe que «sean cuales sean estos diferentes Gobiernos, ya sea que la administración se le haya confiado a un solo hombre o a varios, la Soberanía es siempre la misma, es decir, es siempre una Potencia absolu-

61. «Itaque cum pax et ordo sit fines civitatis, dubitando non est, quin voluerit Ius resistendi prohibitum, quoniam alias non posset finem suum consequi». Cfr. *Collegium Pufendorfanum super libris duobus de Officio hominis et civis*. Tubingae, 1710, Excercitatio XI, parágrafo LIX.

62. «Ob man sich defendiren kan wider einen Fürsten, ingleichen wider ein Vater, und wie weit die defension Statt findet, is leicht zu erachten, und kan auch ein jeder von selbsten so viel einsehen, dass, wo sich der Vater als Vater verhält, da gar keine Defension Statt finden kan». Cfr. *Das Gründlichbeweisene Recht der Natur*. Wittemberg, 1735, cap. II, parágrafo 367.

63. «Maiestas est suprema in civitate potestas, illius regendae tuendaeque causa instituta. Originem maiestas cum civitate communem habet, siquidem huic demum forma sua conciliatur, postquam uni vel pluribus imperium est delatum. Sed quoniam per dictamen rectae rationis, legemque adeo divinam, necessitas instituendae civitatis innotescit, et ipsa maiestas legum divinam custos est, et Dei in terris vicem obit, non possumus non tam perspicuis argumentis convinci, quod Dei in terris vicem obit, non possumus non tam perspicuis argumentis convinci, quod Dei omnipotentis munere, hoc felicitatis tuendae remedium mortalibus obuenerit». Cfr. *Institutiones Iuris Naturae et Gentium methodo geometricae digestae collatoque sparsim iure positivo illustratae*. Vitembergae, 1731, Capitis X, Sectio II, parágrafo I.

64. «Les passions ne faisant que trop souvent perdre de vue aux hommes leur veritable intérêt, les sociétés le plus petites aussi bien que les plus grandes n'ont pû, et n'ont pas dû subsister sans chefs, qui étant, ont devant être présumés les plus sages, rappellassent les différents membres de ces sociétés ceux principes des loix naturelles et de la raison, et aux justes conséquences qui en résultent». Cfr. *Essays sur les principes du droit et de la morale*. Paris, 1743, Partie I, parágrafo XXI.



ta, que sólo admite por encima de ella a Dios y a la razón, que puede ejercerse legítimamente sobre todas las familias asociadas... Ella es, del mismo modo que el poder paternal, una consecuencia necesaria de la ley natural, que proviene de Dios, que es el autor de la Naturaleza»<sup>65</sup>.

Este se había convertido, ya en el último tercio del siglo XVIII, en un tema difícil. Efectivamente, los revolucionarios franceses de 1789 habían llevado hasta sus últimas consecuencias las ideas contractualistas, y en las restantes Monarquías europeas, fuera de Francia, nadie quería ser considerado «revolucionario». Pero, por otra parte, la dinámica propia de las ideas iusnaturalistas llevaba a afirmar el derecho de resistencia contra la opresión política. ¿Qué podía hacer un jurista de la segunda mitad del siglo XVIII, momento en el que las doctrinas individualistas y contractualistas se han impuesto de forma más que generalizada? Quizá la actitud más prudente fue la que representa Achenwall, que resuelve este tema aludiendo únicamente a la responsabilidad en que incurre el súbdito que no cumple sus deberes con el Gobernante; a un súbdito así, *subditum maleficum id est inobedientem*, es preciso castigarlo<sup>66</sup>.

Fue Schrodt, ya muy tardíamente, el que se ocupó detenidamente de este problema e hizo como un resumen de los argumentos más usuales contra el derecho de resistencia. Según Schrodt, la primera obligación del súbdito con respecto al Gobernante, es la «obligación a la paciencia», *obligatio ad patientiam*, esto es, el derecho pasivo de no resistirle, y esta obligación se extiende tanto a las injurias que el Gobernante pueda inferir en su calidad de persona privada, como a las que produzca actuando como persona pública<sup>67</sup>. Al súbdito —explica Schrodt— no le corresponde un derecho a resistir contra el Gobernante, porque, en primer lugar, los súbditos no poseen el derecho de juzgar acerca de si el Gobernante comete una injusticia o no y, en segundo término, el Gobernante, cuando desconoce el derecho de los súbditos viola una obligación que es, para él, interna, por lo que a los súbditos no les corresponde un verdadero derecho para resis-

65. «Quels que soient ces différens Guovernemens, soit que l'administration en soit confiée à un seul homme ou à plusieurs, la Souveranité est toujours la même, c'est-à-dire, que c'est toujours une Puissance absolue, qui n'a au-dessus d'elle que Dieu et la raison, et qui peut légitimement s'exercer sur toutes les familles associées, et sur tout ce qui les regarde et leur appartient. Elle est, comme la puissance paternelle, une suite nécessaire de la loi naturelle et elle vient de Dieu, ainsi que la nature dont il est l'Auteur». Cfr. *Essay...*, cit., Partie I, parágrafo XXV.

66. «Si subditus obligationi suae erga imperantem non satisfacit, violat ius imperantis eumque laedit. In subditum laedentem imperanti competit ius cogendi, ut obligationi meae satisfaciat... Imperanti igitur vi imperii competit ius puniendi subditum maleficum, hinc est inobedientem». Cfr. *Ius Naturae in usum auditorium*. Gottingae, 1774 (7 edición), Pars II, parágrafo 40.

67. Praeterea obligatio subditorum intuitu summi imperantes ex idea et fine civitatis comprehendit obligationem and patientiam, seu ius passivum non resistendi summae potestati ob iniurias. Ubi vel sermo est de iniuriis privatis, quas imperans singulis extra administrationem imperii infert: vel de iniuriis publicis, quas imperans in administratione imperii committit». Cfr. *Systema iuris publici universalis*. Bambergae, 1780, Pars III, acp. I, parágrafo XII.

tirle<sup>68</sup>. Este autor termina su explicación acerca de este punto escribiendo que el derecho pasivo del súbdito de no resistir existe incluso cuando existe un peligro gravísimo y extremo para su vida, ya que al súbdito no le corresponde —reitera— un derecho de defensa violenta contra el príncipe agresor. En el caso de colisión, como éste, de dos derechos naturales (Schrodt parece entender que el Gobernante posee un derecho natural para maltratar a sus súbditos) hay que preferir al que protege un bien más elevado, y no cabe ninguna duda de que la vida del príncipe representa un bien más perfecto, ya que de ella depende la conservación de la república, que no la conservación de una persona privada<sup>69</sup>.

### VIII. KANT O LA PERVERSIÓN DEL PENSAMIENTO DEMOCRÁTICO

La *Rechtslehre* de Immanuel Kant, que apareció en 1796, como segunda parte de la *Metafísica de las costumbres*, es un tratado de «Derecho natural» plenamente fiel a los principios básicos de la Escuela. Ciertamente, Kant no fue nada original, en parte porque sigue los carriles de la Escuela del Derecho natural moderno, y en parte porque antes de que él redactara su *Rechtslehre* ya habían aparecido varios tratados de Filosofía jurídica escritos al filo de su filosofía «crítica».

En efecto, Kant enseñó «Derecho natural», en calidad de *Privatdozent*, durante más de veinte años, explicando el *Ius Naturae in usum auditorium* de Gottfriedus Achenwall; en consecuencia, su formación en la teoría jurídica vino de la mano de un autor *iusnaturalista*. A grandes rasgos, y de forma muy imprecisa, podría decir que la aportación más importante de Kant —aparte de rechazar el eudemonismo como criterio supremo de la Filosofía práctica, y proponer en su lugar un concepto de *obligatio* mucho más depurado, que ya había explicado extensamente, treinta años antes, B. Chr. Fr. Schott<sup>70</sup>— fue la labor de depuración de los conceptos jurídicos fundamentales de la Modernidad que, tras la reelaboración que sufren en sus

68. «Propter iniurias summi imperantis privatas ius subditorum non resistendi passivum facile evincitur argumentis. Nam 1. penes subditos singulorum in statu civitatis nulla residet facultas iudicandi, an summus imperans intendet iniuriam, vel non. Sed et 2. Imperans, inferendo iniuriam, contravenit obligationi tantum internae, cui ex parte subditorum nullum ius cogendi, seu resistendi correspondat». Cfr. *Systema...*, cit., Pars II, cap. I, parágrafo XIII.

69. «Atque hoc ius subditorum passivum non resistendi summo imparanti perdurat etiam in gravissimo et extremo vitae periculo. Quapropter subdito ius defensionis violentae contra principem, aggressorem vitae etiam iniustum, non competit. Nam in collisione legum naturalium, illa absque dubio est praeferendae, quae intendit bonum perfectius: sed lex de non resistendo principi intendit *perfectius* bonum (scilicet conservationem reipublicae, que a vita principis dependet), quam ea lex, quae praecipit conservationem *privatum* sui». Cfr. *Systema...*, cit., Pars II, cap. I, parágrafo XIV.

70. Vid. *Dissertationes iuris naturalis*. Erlangae, 1784. La *Dissertatio* III, titulada *De notione obligationis*, fue presentada en la Universidad de Tubinga en el mes de octubre de 1759.



manos y en las del medio centenar de «kantianos» que escriben en el cambio de siglos, resultaron mucho más afilados y precisos<sup>71</sup>.

Pero, aparte del carácter epigonal de la filosofía jurídica de Kant, por paradójico que parezca, antes de que fuera publicada la segunda parte de la *Metafísica de las costumbres*, ya habían aparecido casi una veintena de obras que trataban el *Naturrecht* —que ya comenzó a llamarse *Metaphysik des Rechts* o *Reine Rechtslehre*— desde el ángulo de la Filosofía crítica kantiana. Son tratados semi-kantianos, por ejemplo, los de Höpfner, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker* (2. edición de 1783), Adolph Dietrich Weber, *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit* (1784), Johann August Schlettwein, *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen* (1784), Johann August Eberhard, *Ueber die Freyheit der Bürger und die Principien der Regierungsformen* (1784), Gottlieb Hufeland, *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts* (1785), o el de Johann Georg Heinrich Feder, *Grundlehren zur Kenntniss des natürlichen Willens und der natürlichen Gesetze des Rechtsverhalten* (1789).

El año clave en la formación de la filosofía jurídica «crítica» es 1792, cuando aparece la primera edición del *Handbuch der Rechtsphilosophie* de Theodor Schmalz. Esta pequeña obra de Schmalz, que constituye el primer tratado de filosofía jurídica kantiana, desencadenó definitivamente la formación de la Escuela kantiana, *Die Kantianer*, y, en poco tiempo, aparecen las obras de J. Chr. G. Schaumann, *Wissenschaftliches Naturrecht* (1792), Johann Heinrich Abicht, *Neues System aus der Menschheit entwickelten Naturrecht* (1792), Johann Christoph Hoffbauer, *Naturrecht aus dem Begriff des Rechts entwickelt* (1793), Karl Heinrich Heydenreich, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien* (1794), Wilhelm Gottlieb Tafinger, *Lehrsätze des Naturrechts* (1794), la del ya citado Schaumann (1795), C. S. Zachariä, *Grundlinien einer wissenschaftlichen juristischen Encyclopädie* (1795), Carl Christian Schmid, *Grundriss des Naturrechts für Vorlesungen* (1795), etcétera. Varios de estos autores publican en este período de 1792-96 varios obras jurídicas distintas en las que explican, y crean al mismo tiempo, la filosofía jurídica kantiana desde diferentes ángulos.

De este modo, cuando Immanuel Kant se decide a redactar su tratado propiamente jurídico, disponía ya de bastantes estudios que explicitaban la teoría iusnaturalista desde la óptica de su Filosofía crítica. De hecho, Kant sigue, por lo general, muy estrechamente lo ya expuesto por los filósofos «kantianos» —valga la expresión— especialmente el tratado de Schmalz. Teniendo en cuenta estos datos, podemos comprender que la teoría jurídica kantiana fue una obra colectiva. Si atendemos a las recensiones que aparecieron a raíz de la publicación de la *Rechtslehre* personal de Kant, esta obra tardía del maestro defraudó, ya que no aportaba nada substancialmente nuevo y, al mismo tiempo, escandalizó por sus opiniones acerca de negación total y radical del *ius necessitatis* y del derecho de resistencia.

71. Estudié la escuela kantiana en *La Cabeza de Jano*. Universidad de Cádiz, 1989, 248 páginas.

En lo que hace más concretamente a nuestro tema, Kant escribía que «El origen del poder supremo es inescrutable —bajo el punto de vista práctico— para el pueblo que está sometido a él, es decir, que el súbdito no debe razonar prácticamente sobre este origen... (el pueblo) no puede ni debe juzgar de otra manera que como agrada al poder soberano existente (*summus imperans*).

Que haya tenido lugar un verdadero contrato primitivo de sumisión civil (*pactum subjectionis civilis*) a este poder, o que el poder le haya precedido y la ley no haya venido sino más tarde, todo esto, para el pueblo que ya está sometido a la ley civil, son disputas vanas, y peligrosas para el Estado»<sup>72</sup>.

En consecuencia, prosigue Kant, «si el súbdito que investiga hoy este origen quisiese resistir a la autoridad existente, debería ser castigado con toda razón, expulsado o desterrado como proscrito, *exlex*, en nombre de las leyes de esta autoridad»<sup>73</sup>. La razón de esta actitud reside en que «una ley es tan santa e inviolable que es un crimen ponerla en duda en la práctica y, por consiguiente, impedir su efecto un solo instante, y es concebida de tal modo que no debe ser mirada como procedente de los hombres, sino de algún legislador muy grande, muy íntegro, muy santo; y tal es el sentido de la máxima «Toda autoridad viene de Dios»; máxima que enuncia no ya un *principio* histórico de la constitución civil, sino una *idea* como principio de la razón práctica, a saber: que es necesario obedecer al poder legislativo actual, sea cual fuere su origen»<sup>74</sup>.

«De ahí el principio: el soberano no tiene hacia el súbdito más que derechos, no deberes (de coacción); por lo demás, si el órgano del soberano, el gobernante, obrase contra las leyes, por ejemplo, en materia de impuestos, de quintas, etc., contra la ley de la igualdad en la distribución de las cargas públicas, el súbdito podría oponer *quejas* (*gravamina*) a esta injusticia, pero jamás ninguna resistencia<sup>75</sup>». La razón de esta opinión tan radical es que «no puede haber en la constitución ningún artículo que conceda a un poder en el Estado el derecho de oponerse al Soberano en el caso de que éste violase la constitución»<sup>76</sup>.

«El soberano —prosigue Kant— obra despóticamente por medio de sus ministros, y el prestigio de dejar al pueblo representar por sus diputados el poder restrictivo (puesto que el pueblo no tiene propiamente más que el poder legislativo) no puede disimular el despotismo de tal manera que no sea visible por los medios que emplean sus ministros»<sup>77</sup>. «No hay, pues, contra el poder legislativo, soberano de la ciudad, ninguna resistencia legítima de parte del pueblo; porque un estado jurídico no es posible más que

72. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. Trad. de A. Córdova. México, 1978, pág. 149.

73. Vid. *op. cit.*, págs. 149-150.

74. *Ob. cit.*, pág. 150.

75. *Ibidem*.

76. *Ibidem*.

77. *Ibidem*.



por la sumisión a la voluntad universal legislativa; ningún derecho de sedición (*seditio*), menos aún de rebelión (*rebellio*), pertenecen a todos contra él como persona singular o individual bajo pretexto de que abusa de su poder»<sup>78</sup>. «La violencia ejercida en su persona, por consiguiente, el atentado a la vida del príncipe (*monachomachismus sub specie tyranicidii*) no está permitido. La más ligera tentativa de este género es un delito de *alta traición*, y un traidor de esta naturaleza debe ser castigado con la pena de muerte»<sup>79</sup>.

«La razón del deber —prosigue Kant— en que está el pueblo de soportar hasta el abuso del poder soberano declarado insoportable, consiste en que la sublevación contra el poder legislativo soberano debe siempre ser considerada como contraria a la ley, y aun subversiva de toda constitución legal. Para que la sublevación fuese permitida, sería preciso que hubiera una ley pública que la autorizase. Pero, entonces, la legislación suprema contendría en sí una disposición según la cual no sería soberana, y el pueblo, como súbdito, en un solo y mismo juicio se constituiría en soberano de aquél a quien está sometido, lo que es contradictorio»<sup>80</sup>.

En consecuencia, es preciso obedecer siempre y en todo caso al poder constituido, sea éste cual fuere. Si se produce una revolución y «se establece una constitución nueva, la injusticia de este principio y fin de esta constitución no puede dispensar a nadie de la obligación de someterse al nuevo orden de cosas como buenos ciudadanos, y no pueden dejar de obedecer a la autoridad soberana que está entonces en el poder»<sup>81</sup>.

Planteadas así las cosas, es comprensible que Feuerbach escribiera en su *Anti-Hobbes* de 1798: «¿En qué medida este Anti-Hobbes no debiera ser un Anti-Kant?»<sup>82</sup>. La observación, entre otras, más precisa es, quizás, la que hizo Schmidt: «Según el profesor Kant no es lícito en ningún caso ejercer fuerza contra el soberano legislador... Pero según el profesor Kant solamente puede ser adecuada al Derecho de una forma de gobierno democrática... de lo que se deduce que en una Democracia no se puede ejercer ninguna violencia —justificable jurídicamente— contra la voluntad popular o la soberanía popular... Pero no veo cómo es posible aplicar el principio del señor Kant a una monarquía. De la doctrina kantiana se desprende más bien lo contrario, a saber, que una constitución (política) que no asegure me-

78. *Ob. cit.*, págs. 151-152.

79. *Ob. cit.*, pág. 152.

80. *Ibidem*.

81. *Ibidem*.

82. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*. Erfuert, 1798, pág. 84.

diante leyes generales la libertad o los componentes esenciales de ella... es completamente contraria al Derecho, no puede subsistir, y en todo momento el pueblo puede oponerle resistencia»<sup>83</sup>.

---

83. «Nach Professor Kant darf gegen das gesetzgebende Staatsoberhaupt in keinem Falle Gewalt gebraucht werden... Nach Herr Professor Kant kann nun eine rechtliche seyn... Gegen den allgemeinen Willen, oder die Volkssouverainität lässt sich nun freilich in der Demokratie kein Rechtszwang möglich denken... Aber ich sehe nicht ein, wie man sich nach dem Princip des Herrn Professors Kant eine Monarchie gültig unterwerfen könne... Aus dem Kantischen Princip fließt vielmehr das Gegentheil, dass nämlich eine Verfassung, durch welche die Freiheit oder der wesentliche Bestandtheil derselben nicht nach einem allgemeinen Gesetze versichert... ganz und gar rechtswidrig sey, unmöglich bestehen könne, und somit alle Augenblicke wieder von dem Volke aufgehoben werden möge». Cfr. *Versuch einer Grundlage des Naturrechts*. Ausburg, 1801, parágrafos 48-52.



### 3. RETORNO ANGLOSAJON





## David Hume y el vocabulario político del escepticismo

Por JOHN CHRISTIAN LAURSEN

Schenectady, Nueva York

Está reconocido que la filosofía y pensamiento político y jurídico de David Hume ha creado un cambio de ondas en la historia de las ideas que ha tenido mucha influencia desde figuras diversas como Gibbon, Smith, y Kant en el siglo XVIII hasta Hayek, Popper, y Oakeshott en el siglo XX. Su doctrina de la artificialidad de la justicia, su crítica del entusiasmo y la superstición, y su consejo de moderación son elementos fundamentales de una política liberal y constitucionalista, anti-ideológica y secular, y por tanto moderna (para bien o para mal).

Lo que no ha sido reconocido suficientemente es el papel de su escepticismo filosófico en el desarrollo de su vocabulario político y jurídico. Este trabajo quiere sacar a la luz dos vocabularios políticos empleados y desarrollados por Hume que van a tono con su escepticismo y le permiten comprender y expresar ideas políticas y jurídicas sin caer en dogmatismo. En el sentido amplio utilizado aquí, «vocabulario» abarca palabras claves, sus conceptos asociados, y las estrategias de argumento en que pueden ser empleados.

Pocos dudan que Hume era una especie de escéptico porque él mismo dijo que era. Aunque se ha debatido qué tipo de escéptico era, pocas críticas han intentado mostrar exactamente cómo su escepticismo influye en su teoría política y jurídica, y ninguna que yo haya encontrado ha estudiado los vocabularios que van a aparecer aquí como reflexiones de su escepticismo<sup>1</sup>.

---

1. Dos fuentes de estudios de Hume en el contexto de la tradición escéptica son J. LaPorte, «Le scepticisme de Hume», *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, vol. 115, 1933, pp. 61-127 et. seq. y R. Popkin, «David Hume: His Pyrrhonism and His Critique of Pyrrhonism», *The Philosophical Quarterly*, vol. 1, 1951, pp. 385-407. Existen muchos estudios recientes del escepticismo de Hume, como D.F. Norton, *David Hume: Common-Sense Moralist, Sceptical Metaphysician* (Princeton, 1982); J.P. Wright, *The Sceptical Realism of David Hume* (Minneapolis, 1983); L. Turco, *Lo scetticismo morale di David Hume* (Bologna, 1984); D. Livingston, *Hume's Philosophy of Common Life* (Chicago, 1984); R. Fogelin, *Hume's Skepticism in the Treatise of Human Nature* (London, 1985); J. Fieser, «Hume's Pyrrhonism: A Developmental Approach», *Hume Studies*, Vol. 15, No. 1, 1989,

La falta de reconocimiento de que la política de Hume proviene en parte de su escepticismo es parte de un problema más grande, de la falta de reconocimiento de que mucha de la política moderna tiene raíces en la tradición del escepticismo filosófico. Por tanto, un estudio de las influencias escépticas en el pensamiento político de Hume llena un hueco en los estudios de influencias filosóficas en la política en general. Nos ayuda a comprender cómo hemos llegado a pensar como pensamos.

Los dos vocabularios que vamos a estudiar son sus vocabularios de «politeness and manners» [buena educación y maneras] y de «opinion and belief» [opinión y creencia]<sup>2</sup>. Aunque estos vocabularios no son normalmente reconocidos como vocabularios políticos y jurídicos, vamos a ver que sí que son, y que comprender su papel es comprender mejor la política de Hume. Empezamos con la manera en que «politeness and manners» y «opinion» y su vocabulario asociado son apropiados para una política escéptica.

Como prólogo metodológico, en este ensayo se parte de la base de que Hume era un historiador, comentarista político, *homme de lettres*, diplomático, y epistolario, además que el filósofo del *Treatise of Human Nature* y los *Enquiries*. Así que se sobreentiende que su filosofía política y jurídica está iluminada por una lectura de todas sus obras y cartas, y no sólo por las grandes obras filosóficas. Esta es una lectura histórica, y no una reconstrucción sistemática de lo que pensamos que Hume hubiera escrito si viviera hoy.

## 1. ESCEPTICISMO Y COSTUMBRE

La tradición del escepticismo filosófico incluye varios escepticismos, y los más famosos son el académico y el pyrrhonista. La *Academia* de Cicerón es nuestra fuente clave para el primero, y la obra de Sexto Empírico es la fuente más importante para el segundo. Aunque se ha debatido mucho si Hume era un académico o un pyrrhonista, aún en la antigüedad no queda claro si había mucha diferencia entre los dos. En ambos casos, el escepticismo no consiste en doctrinas o dogmas, sino más bien en un estilo, una metodología, o una manera de vida.

---

pp. 93-119; y W. E. Morris, «Hume's Scepticism About Reason», *Hume Studies*, Vol. 15, No. 1, 1989, pp. 39-60. Dos estudios recientes de la política de Hume atraen la atención a la influencia del escepticismo en su política, pero no específicamente a su influencia en su vocabulario político, y no desarrollan el tema como en este estudio: F. Whelan, *Order and Artifice in Hume's Political Philosophy* (Princeton, 1985) y N. Phillipson, *Hume* (London, 1989).

2. En su artículo, «La filosofía liberal de David Hume», *Revista de Estudios Políticos*, no. 210, 1976, D. Negro Pavón señala la importancia de opinión (p. 44ff) y «manners» (p. 50ff). Quiero reconocer aquí que yo adopté estas dos categorías después de conversaciones con J.G.A. Pocock, cuyos escritos tratan de ellas de una manera muy sugerente. Para opinión, véase el índice de *The Machiavellian Moment* (Princeton, 1975), y para «manners», *Virtue, Commerce, and History* (Cambridge, 1985), capítulo 2. F. Hayek señala la importancia de opinión en la filosofía política de Hume en su artículo, «The Legal and Political Philosophy of David Hume», *Studies in Philosophy, Politics, and Economics* (Chicago, 1967), p. 117, pero no lo desarrolla.



El estilo de los escépticos es el de la indagación o búsqueda sin llegar a conclusiones. La metodología incluye los famosos «modos» del escepticismo, una serie de argumentos para derribar cualquier dogma, y estrategias como la de combatir cualquier argumento con un argumento opuesto de la misma fuerza, para llegar a suspender el juicio. La manera de vida se deriva de lo procedente, pero también incluye unas reglas de cómo vivir, aunque éstas no son propuestas como dogmas, como dijo Sexto. Estas reglas incluyen una famosa directriz de vivir según las costumbres del lugar donde se vive. Se vive así sobre todo porque no se ha llegado a ninguna verdad o dogma que pueda guiar la vida. Se vive según las costumbres *faut de mieux*.

Que Hume pertenece a esta tradición queda claro. No hay más que costumbre en lo que se refiere a la filosofía: «According to my system, all reasonings are nothing but the effects of custom». Igual ocurre en asuntos políticos: el sentido de justicia «arises artificially, tho' necessarily from education, and human conventions». Y la propiedad es «a species of cause and effect», y por tanto un producto de costumbre<sup>3</sup>.

Los escépticos incluyeron las leyes establecidas en su concepto de costumbres, y por aconsejar obediencia a las costumbres ha ganado el escepticismo su fama de quietismo. Hume también tiene esta fama, pero quizás sin tanto fundamento. Los escépticos, como Hume, no aconsejan obediencia a las leyes porque sean buenas leyes, ni porque sean promulgadas por Dios o el Rey, ni por ninguna otra razón sino por ser simplemente costumbre. Hay más en las costumbres que simplemente leyes, y seguir una costumbre puede venir de romper otra; y así los consejos del escepticismo no resultan necesariamente quietistas.

Si no hay (o no podemos reconocer) verdades y no hay más que costumbres, ¿qué tipo de político vamos a poder hacer? No podemos tener una política de verdades religiosas, monárquicas, republicanas, o naturales, para nombrar algunas de las escuelas de pensamiento político prevalentes<sup>4</sup>. Otros escépticos en la historia de la filosofía han llegado a diferentes con-

3. David Hume, *A Treatise of Human Nature*, ed. L.A. Selby-Bigge, Second Edition (Oxford, 1978), pp. 149, 483, 506. Véase pp. 115, 118. Se puede ver este ensayo como una extensión y profundización de la idea expresada por F. Duque en su estudio preliminar a David Hume, *Tratado de la naturaleza humana* (Madrid, 1977), pp. 36-7, de que Hume quiso garantizar una convivencia entre los hombres basada en el hábito o la costumbre. Véase también la explicación del papel de la costumbre en la filosofía de Hume en S. Rábade Romeo, *Hume y el fenomenismo moderno* (Madrid, 1975), pp. 229-246. Rábade Romeo concluye que el escepticismo de Hume crea un imperativo de moderación (pp. 357ff.), pero no persigue su impacto en su vocabulario político.

4. Este estudio atrae la atención a aspectos del pensamiento político de Hume que han sido ignorados por escritores como D. Forbes, *Hume's Philosophical Politics* (Cambridge, 1975), que enfoca su atención en rasgos de la tradición de *jus natural* en Hume, y J. Moore, «Hume's Political Science and the Classical Republican Tradition», *Canadian Journal of Political Science*, vol. 10, 1977, pp. 809-839, que explora los elementos del humanismo cívico y republicano en su pensamiento. Para el debate sobre cuál de estos «lenguajes» políticos es más importante en Hume, véase Pocock, *Virtue, Commerce, and History*, capítulo 2, y M.M. Goldsmith, «Regulating Anew the Moral and Political Sentiments of Mankind», *Journal of the History of Ideas*, vol. 49, no. 4, 1988, pp. 587-606.

clusiones. Un siglo antes de Hume, Hobbes había concluido que si no tenemos verdades pero hay que tener una política unida, debemos todos conceder todo el poder político a un Leviatán. Pascal había concluido que debemos adoptar la política de la Iglesia Romana. Hume claramente rechazó estas propuestas e intentó construir una alternativa.

Un contemporáneo de Hume dividió las costumbres en dos categorías, las cuales han inspirado la división en este trabajo. Las costumbres, escribió John Brown, se dividen en «Habits of Acting» y «Habits of Thinking»<sup>5</sup>. Hume desarrolló una política y un vocabulario para estos dos tipos de costumbres. Los «Habits of Acting» incluían las costumbres de relaciones sociales, conocidas como «politeness and manners». Los «Habits of Thinking» incluían las costumbres de ideas, conocidas como «opinion and belief». El primero de estos vocabularios le ayudó a aclarar su juicio sobre los tipos de regímenes políticos, a defender el comercio británico contra sus críticas, y a describir las raíces de cambios históricos como la llegada de la libertad inglesa. El segundo le ayudó a expresar la dinámica de movimientos grandes en la historia, a explorar los fundamentos de los gobiernos, y a explicar el papel de la religión en la política.

## 2. LA POLITICA DE «POLITENESS»

Son «large and polish'd societies» las que necesitan un gobierno, escribe Hume<sup>6</sup>. El estudio de la historia nos enseña a «cherish with the greater anxiety that science and civility, which has so close a connexion with virtue and humanity», nos explica<sup>7</sup>. A los griegos y romanos antiguos les faltaba «delicacy of breeding, or that polite deference and respect, which civility obliges us either to express or counterfeit towards the persons with whom we converse», comenta<sup>8</sup>. Estos son sólo unos pocos ejemplos de un vocabulario ubicuo en sus obras que incluye palabras como «polished» y «politeness», «civility» y «complacence», «good breeding» y «refined manners», por un lado, y «rude», «rustic», y «savage» por el otro.

¿Por qué está usando este lenguaje de «good manners», y de dónde proviene? ¿Qué son sus implicaciones políticas? Estas son algunas de las preguntas que queremos explorar aquí. La respuesta más general es que Hume está usando este vocabulario para establecer unas metas y apelar a unos valores que sirvan para guiar una política en la ausencia de verdades, ya sean de la Iglesia, la república, la monarquía absoluta, o el derecho natural. Por tanto, es parte de una política escéptica.

5. J. Brown, *An Estimate of the Manners and Principles of the Times* (London, 1757), vol. i, p. 52.

6. Hume, *Treatise*, p. 543.

7. David Hume, *The History of England* (repr. Indianapolis, 1983ff.), vol. 2, p. 518-9.

8. David Hume, *Essays Moral, Political, and Literary* ed. E.F. Miller, Revised Edition (Indianapolis, 1987), p. 128.



La clave está en que para Hume la vida de letras era su gusto y su fin. En una carta de 1734, escribió que «from my earliest Infancy, I found alwise a strong Inclination to Books & Letters»<sup>9</sup>. En su autobiografía de 1776, escribió que «I... was seized very early with a passion for literature, which has been the ruling passion of my life»<sup>10</sup>. De manera que su política puede ser interpretada como una política de hombre de letras y una defensa de la compañía y conversación donde él pudiera lucir sus habilidades<sup>11</sup>.

En Francia desde hace tres siglos hay una tradición reconocida de dar importancia en el pensamiento político no sólo a las leyes formales sino también a los *moeurs* y *manières*, incluyendo *la politesse* y *la civilité*, que procede de figuras como La Bruyère y Nicole en el siglo XVII, pasa por las manos de Montesquieu y Voltaire en el XVIII, y llega a Tocqueville en el XIX. Investigaciones en los últimos años han mostrado que esa tradición estaba viva y creciendo en traducción al inglés en el Reino Unido al principio del siglo XVIII, sobre todo en los muchos libros traducidos del francés y en Shaftesbury, Addison y Steele, y Mandeville<sup>12</sup>. El vocabulario de Hume que hemos visto arriba seguramente proviene de esta tradición franco-inglesa, y hay que tener esto en cuenta cuando traducimos «politeness» y su vocabulario asociado con «buena educación», «cortesía», y semejantes palabras castellanas. Vamos a ver cómo Hume desarrolló este vocabulario.

Hume no tenía que obtener el vocabulario de buena educación y cortesía indirectamente de escritores, porque él pasó varias temporadas en Francia. Poco después de su llegada allí por primera vez en 1734, Hume demostró su interés en «politeness» en una carta. Le habían dicho, escribió, que aunque los ingleses tienen más «real Politeness of the Heart, yet the French certainly have a better way of expressing it». Su propia opinión fué «just the Contrary, viz that the French have more real Politeness & the English the better Method of expressing it».<sup>13</sup>

Para explicar, Hume dijo, «By real Politeness I mean Softness of Temper, & a sincere Inclination to oblige and be serviceable». Un buen ejemplo de verdadera buena educación francesa fué que «I have not yet seen one

9. David Hume, *The Letters of David Hume* ed. J.Y.T. Greig (Oxford, 1932), vol. 1, p. 13.

10. Hume, *Essays*, pp. xxxii-xxxiii.

11. Esta idea está elaborada en J. Christensen, *Practicing Enlightenment: Hume and the Formation of a Literary Career* (Madison, 1987) y Phillipson, *Hume*, capítulo 2. Véase también el intento instructivo de reconstruir el contexto histórico y las estrategias literarias de Hume en G. Carabelli, *Hume e la retorica dell'Ideologia* (Firenze, 1972).

12. Véase L. Klein, «The Third Earl of Shaftesbury and the Progress of Politeness», *Eighteenth-Century Studies*, vol. 18, no. 2, 1984-5, pp. 186-214 y L. Klein, «Liberty, Manners, and Politeness in Early Eighteenth-Century England», *The Historical Journal*, vol. 32, no. 3, 1989, pp. 583-605. Para una investigación de los múltiples niveles en que Hume se interesaba por la cortesía y las formas sociales, véase G. Carabelli, «Hume: lo stile dell'amicizia» en D. Bigalli, ed. *Ragione e «Civilitas»: figure del vivere associato nella cultura del '500 europeo* (Milano, 1986), pp. 293-321. Para un esquema sugerente de la importancia del contexto de la cultura de «politeness» en Hume, véase Phillipson, *Hume*, cáp. 2.

13. Hume, *Letters*, vol. 1, p. 20.

Quarrel in France, tho' they are everywhere to be met with in England». Expresiones de buena educación, por otro lado, consisten en «outward Deferences and Ceremonies, which Custom has invented, to supply the defect of real Politeness or Kindness». Aunque no suelen «pass for sincere», tienen beneficios sociales.<sup>14</sup>

Expresiones de buena educación «please by their Appearance, & lead the mind by its own Consent & Knowledge; into an agreeable Delusion». Los hombres «insensibly soften towards each other in the Practice of these Ceremonies. The Mind pleases itself by the progress it makes in such trifles, & while it is so supported makes an easy Transition to something more material», o sea, la armonía social<sup>15</sup>. Expresiones de buena educación conducen a la verdadera buena educación; la forma conduce a la sustancia.

La influencia de sus años en Francia se ve claro en sus ensayos de los años 1741 y 1742, sobre todo en sus comparaciones entre los gobiernos de Francia e Inglaterra. En su época, Francia se asoció con la monarquía absoluta e Inglaterra se consideraba casi una república. La crítica de Francia era una manera establecida de expresar valores republicanos, derivados de los escritos de James Harrington en el siglo XVII. Pero Hume dijo, «I abhor, that low Practice, so prevalent in England, of speaking with Malignity of France»<sup>16</sup>. Con su conocimiento «experimental» de Francia, Hume podía reevaluar los valores Ingleses, no sólo los del republicanismo puro, sino también los de «English liberty» en todas sus manifestaciones. Desde el punto de vista de un hombre de letras, Francia tenía mucho mérito.

En «Of Civil Liberty» de 1741, Hume comentó que las letras y la libertad estaban normalmente pero no necesariamente asociadas. Había una excepción importante: «the most eminent instance of the flourishing of learning in absolute governments is that of France, which scarcely ever enjoyed any established liberty and yet has carried the arts and sciences as near perfection as any other nation»<sup>17</sup>. En «Of the Rise and Progress of the Arts and Sciences» of 1742 observó que «it is impossible for the arts and sciences to arise, at first, among any people, unless that people enjoy the blessings of a free government», pero «though the only proper nursery of these noble plants be a free state, yet may they be transplanted into any government», y eso explica el caso de Francia<sup>18</sup>.

De hecho, Hume escribió, las artes pueden florecer mejor en una monarquía civilizada que en una república. Elaborando un tema de Saint-Evremond, explicó que la diferencia es que «in a republic, the candidates for office must look downwards to gain the suffrages of the people; in a monarchy they must turn their attention upwards, to court the good graces and favors of the great».

14. Hume, *Letters*, vol. 1, p. 21.

15. Hume, *Letters*, vol. 1, p. 21.

16. Hume, *Letters*, vol. 1, p. 194.

17. Hume, *Essays*, pp. 90-91.

18. Hume, *Essays*, pp. 115, 124.



La primera tiene que ser útil, por lo que quien conoce las ciencias resulta mejor. El último tiene que «render himself agreeable by his wit, complaisance, or civility» y demostrar «a refined taste», así que los que practican las bellas artes tienen ventaja<sup>19</sup>.

En los «Essays», Hume no reveló una preferencia personal por Francia o Inglaterra. Pero en sus cartas, sobre todo en las últimas décadas de su vida, expresó su ira contra el movimiento de Wilkes con su tendencia anti-escocesa. Sus preferencias siempre implicaban la perspectiva de la vida de letras. «Greater Honour is paid to Letters in France than in England», escribió en 1763, y repitió la idea muchas veces<sup>20</sup>. Londres era el hogar de «factious barbarians» y «Letters are there held in no honour»<sup>21</sup>. París, por el contrario, fué el «Center of Arts, of Politeness,... [y] good Company»; la corte francesa contenía «everything elegant and polite»<sup>22</sup>. En un momento determinado, él estaba tan enfadado como para «resolve never to set foot on English Ground» para el resto de su vida<sup>23</sup>.

En las monarquías civilizadas, «politeness or manners» se impulsa por «a long train of dependence from the prince to the peasant, which... is sufficient to beget in everyone an inclination to please his superiors». Cuando esto ocurre, y buena educación «flourishes, none of the liberal arts will be altogether neglected». Se podría contar con la cortesía de la mayoría de los escritores franceses porque un «French gentleman of rank could not fail of politeness»<sup>24</sup>.

¿Cómo puede Hume defender la dependencia, cuando él mismo insistía que nunca había intentado depender de un «Great Man» durante su carrera? Hume explicó que la civilización de una monarquía civilizada significa que la dependencia «is not great enough to render property precarious; or depress the minds of the people»<sup>25</sup>. Parece claro que está francamente dispuesto a sacrificar una fracción determinada de independencia política a cambio de la buena educación y cortesía que apoyan a las artes liberales.

Queda claro que Hume usó el vocabulario de «politeness and manners» para llevar a cabo esta revaluación. «The republics of Europe are at present noted for their want of politeness», escribió. Los «good manners of a Swiss civilized in Holland» fué una expresión francesa para rusticidad, reportó. «The English, in some degree, fall under the same censure» —quizás hasta el grado que Inglaterra es una república. Sin un interés en complacer a sus

19. Hume, *Essays*, p. 126.

20. Hume, *Letters*, vol. 1, pp. 415, 417, 436, 497.

21. David Hume, *New Letters of David Hume* ed. R. Klibansky y E.C. Mossner (Oxford, 1954), pp. 76, 131; Hume, *Letters*, vol. 2, pp. 11, 134, 186.

22. Hume, *Letters*, vol. 1, pp. 375, 343.

23. Hume, *Letters*, vol. 1, p. 491.

24. Hume, *Essays*, pp. 126-7; *Letters*, vol. 1, p. 259.

25. Hume, *Essays*, pp. 126-7.

compatriotas, a los ciudadanos independientes les falta un motivo para «assist the natural disposition» de cortesía<sup>26</sup>.

La buena educación fué la medida para la evaluación de la política antigua también. Entre los antiguos, el «scurrility», «vanity», y «common licentiousness and immodesty of their style» en obras escritas sugiere que las «arts of conversation» no estaban perfeccionadas. Incluso su lenguaje, en que «a Roman always named himself before the person to whom, or of whom, he spake», expresaba una «want of civility». El «illbred custom of the master of the family's eating better bread, or drinking better wine at table, than he afforded his guests, is but an indifferent mark of the civility of those ages»<sup>27</sup>. Si la libertad política no podía proveer la sociabilidad y educación que Hume quería, él estaba dispuesto a buscarla en las monarquías.

El papel social de buena educación y maneras sobresale en todos estos comentarios. Buenas maneras «render conversation, and the intercourse of minds more easy and agreeable». «Civility» y «mutual deference» nos lleva a «resign our own inclinations to those of our companion, and to curb or conceal that presumption and arrogance so natural to the human mind». De ello resulta la armonía social y política. «Wherever nature has given the mind a propensity to any vice, or to any passion disagreeable to others, refined breeding has taught men to throw the bias on the opposite side, and to preserve, in all their behavior, the appearance of sentiments different from those to which they naturally incline»<sup>28</sup>.

Su revaluación de la monarquía no era la única función del vocabulario de buena educación. También en «Of Refinement in the Arts» de 1752, Hume utilizó este vocabulario para rechazar la crítica del lujo de los republicanos y para defender la sociedad comercial. Siguiendo a Mandeville, sostuvo que el lujo es parte integral del espíritu de refinamiento que también incluye «laws, order, police, discipline; these can never be carried to any degree of perfection before human reason has refined itself by exercise, and by an application to... commerce and manufacture». Por tanto, lo «more these refined arts advance, the more sociable men become». «Taste in conversation» y «breeding» lleva a «an encrease of humanity, from the very habit of conversing together». «Thus, industry, knowledge, and humanity, are linked by an indissoluble chain, and are found... to be peculiar to the more polished, and more luxurious ages»<sup>29</sup>.

26. Hume, *Essays*, pp. 126-7.

27. Hume, *Essays*, pp. 127, 130, 132n.

28. Hume, *Essays*, pp. 132, 126, 132. L. Turco, *Lo scetticismo morale*, concluye que con este tipo de argumento Hume substituyó «un *sense* o *taste of morals* che va educato nelle compagnie eleganti e con le lettere raffinate» por «il *moral sense*» de Hutcheson, p. 201 (véase también pp. 192-3 sobre «buona educazione» como «uno straordinario ridimensionamento della benevolenza di Hutcheson»).

29. Hume, *Essays*, pp. 273, 271.



El lenguaje de buena educación es un elemento importante en esta revaluación del comercio. Ahora aparece sin referencia a la corte francesa, sino adaptado a la compañía y conversación británica del siglo 18, unido a su próspero comercio. El lenguaje de buena educación y cortesía ha sido adaptado de la corte al comercio.

Estas son las implicaciones políticas: como respuesta a los republicanos, Hume dice que «a progress in the arts is rather favorable to liberty». Los campesinos hechos ricos y los hombres de negocios «submit not to slavery». Todo el mundo reconoce que el House of Commons es el defensor de la libertad británica, y debe su poder a la riqueza de las clases que representa. «How inconsistent then is it to blame so violently a refinement in the arts, and to represent it as the bane of liberty and public spirit!», exclamó<sup>30</sup>.

Su interés en buena educación también se reflejó en puntos importantes de su *Historia de Inglaterra*, de 1754-1762 (y muchas veces revisado durante los siguientes años). En el primer volumen, Hume caracterizó la subida del absolutismo como basado en una «great revolution in manners which happened during the sixteenth and seventeenth centuries»<sup>31</sup>. Más tarde, lo explicó: en los días de la reina Isabel, los nobles «still supported, in some degree, the ancient magnificence in their hospitality, and in the numbers of their retainers». The Earl of Derby mantenía una “familia” de 240 sirvientes, y Burleigh «could reckon up twenty gentlemen retainers, who had each a thousand pounds a year». Entonces, un Derby o un Burleigh ejerció «an unlimited ascendant... over those who were maintained at his board», y podría llevarles al campo de batalla para luchar<sup>32</sup>.

La reina hizo proclamaciones limitando el número de dependientes de los nobles y también hizo visitas a sus sedes, que les costaban muy caras. Pero igual o más importante era el proceso en que «the nobility were, by degrees, acquiring a taste for elegant luxury; and many edifices, in particular, were built by them, neat, large, and sumptuous»<sup>33</sup>. Los nobles empezaban a poner su dinero en lujo en vez de en hombres.

Esto significó un «decay of the glorious hospitality of the nation», pero también «promoted arts and industry; while the ancient hospitality was the source of vice, disorder, sedition, and idleness». Así defendía Hume el comercio y lujo: «The habits of luxury dissipated the immense fortunes of the ancient barons; and as the new methods of expense gave subsistence to mechanics and merchants, who lived in an independent manner on the fruits of their own industry, a nobleman... retained only that moderate influence which customers have over tradesmen»<sup>34</sup>.

30. Hume, *Essays*, pp. 277, 278.

31. Hume, *History*, vol. 5, p. 80.

32. Hume, *History*, vol. 4, pp. 381-4.

33. Hume, *History*, vol. 4, p. 383.

34. Hume, *History*, vol. 4, p. 383-4.

El declive de los nobles dió a los reyes más poder en gran parte de Europa durante la siguiente época. Y, contra lo que mantenían los líderes de la oposición como Bolingbroke, Inglaterra siguió este patrón al principio, porque «the manners of the nation were agreeable to the monarchical government which prevailed». «High pride of family» reinaba, y dinero «had not, as yet, been able to confound all ranks of men». El poder que da el dinero es «solid and real», según Hume, y no depende de ceremonia y presunción. Los «distinctions of birth and title, being more empty and imaginary», por otro lado, dependen de tales formalidades, or «they will soon vanish, upon familiar access and acquaintance». El orgullo de familia tiene que estar expresado en pompa y ceremonia: las costumbres de la buena educación son simbólicas y por eso delicadas. Fué con «dignity and stateliness of behavior, that the gentry and nobility distinguished themselves from the common people». «Much ceremony took place, in the common intercourse of life, and little familiarity was indulged by the great»: mantenían su poder, en parte, por las reglas de buena educación<sup>35</sup>.

Estas ceremonias al menos tenían una influencia civilizadora. En Escocia durante la misma época, los reformadores religiosos habían «banished all rites and ornaments, and even order of worship». «The mind, straining for... extraordinary raptures,... rejecting all exterior aid of pomp and ceremony, was so occupied in this inward life, that it fled from every intercourse of society, and from every cheerful amusement, which could soften or humanize the character». Y estas costumbres tenían implicaciones importantes para la política: un «gloomy and sullen disposition established itself among the people; a spirit, obstinate and dangerous; independent and disorderly; animated equally with a contempt for authority»<sup>36</sup>.

En Inglaterra estas maneras se extendieron durante la Guerra Civil y el «Commonwealth». «No people could undergo a change more sudden and entire in their manners, than did the English nation, during this period», escribió Hume. «From tranquillity, concord, submission, sobriety, they passed, in an instant, to a state of faction, fanaticism, rebellion, and almost phrenzy». En la vida política, todo eso se reflejaba en la «violence of the English parties»: «No social intercourse was maintained between the parties; no marriages or alliances contracted»<sup>37</sup>. Vemos aquí la importancia que Hume dió a las formas sociales y ceremonias en la política.

La Restauración traía cambios de maneras. «By the example of Charles II, and the cavaliers, licentiousness and debauchery became prevalent in the nation. The pleasures of the table were much pursued. Love was treated more as an appetite, than a passion». El rey fué «a model of easy and gentleman-like behaviour», y «improved the politeness of the nation; as much as fac-

35. Hume, *History*, vol. 5, p. 132.

36. Hume, *History*, vol. 5, p. 68.

37. Hume, *History*, vol. 6, p. 141.



tion, which, of all things, is most destructive of that virtue, could possibly permit. His courtiers were long distinguishable, in England, by their obliging and agreeable manners»<sup>38</sup>. Y con estos cambios en buena educación vino también cambios en la política que hicieron posible la llegada de la libertad inglesa.

En los últimos volúmenes escritos de su *Historia*, Hume volvió al tema de las formas sociales frecuentemente, especialmente en los apéndices sobre «government and manners». «Manners» era una categoría de explicación de importancia parecida a la del derecho. Había diferencias en «laws, language, and manners» que separaban los territorios ingleses y franceses de los reyes de Inglaterra. Reafirmando lo que había dicho en los ensayos, Hume afirmó que el «rise, progress, perfection, and decline of art and science, are... intimately connected with a narration of civil transactions. The events of no particular period can be fully accounted for, but by considering the degrees of advancement, which men have reached in those particulars»<sup>39</sup>.

Finalmente, cito algo más que indica que el vocabulario de buena educación sirvió como lenguaje escéptico para Hume. Uno de sus últimos escritos, del año 1773, fue una reseña de un libro de Robert Henry. Al revisarlo, donde había escrito «profane letters», tachó «profane» y puso «polite»<sup>40</sup>. Para él, «polite» era una manera más refinada de describir maneras seculares y escépticas.

### 3. LA POLÍTICA DE «OPINION»

En la filosofía de Hume, los «Habits of Thinking» incluyen opiniones, principios, prejuicios, creencias, juicios, y a veces gusto y sentimiento. Manipula este vocabulario para explicar y comprender la política. Todos provienen de la costumbre: «According to my system, all reasonings are nothing but the effects of custom». Y opinión y sus cognados son todo lo que tenemos, porque no podemos reconocer verdades. Así que toda la política ocurre dentro de una historia de la opinión.

Muchas veces Hume usa estas palabras indistintamente, y todas son explicadas por su psicología filosófica. «Opinion or belief is nothing but a strong and lively idea deriv'd from a present impression related to it», escribió. La costumbre organiza todas las ideas que no son directamente basadas en sensaciones inmediatas. Afecta «the mind in invigorating an idea».

38. Hume, *History*, vol. 6, pp. 539-40.

39. Hume, *History*, vol. 1, p. 299; vol. 2, p. 519.

40. E.C. Mossner, «Hume as Literary Patron: A Suppressed Review of Robert Henry's *History of Great Britain, 1773*», *Modern Philology*, vol. 39, 1942, p. 382. Para seguir el desarrollo del lenguaje político de cortesía en la Ilustración escocesa durante el último tercio del siglo 18, véase J. Dwyer, «Clio and ethics: practical morality in enlightened Scotland», *The Eighteenth Century*, vol. 30, no. 1, 1989, pp. 45-72.

Confiere «a facility in the performance of any action or the conception of any object; and afterwards a tendency or inclination towards it»<sup>41</sup>.

A veces Hume distingue estas palabras. «Judgment» o juicio se refiere al sistema de percepciones «connected by custom, or if you will, by the relation of cause or effect». El juicio «peoples the world, and brings us acquainted with such existences, as by their removal in time and place, lie beyond the reach of the sense and memory»<sup>42</sup>. Nos da nuestras ideas políticas.

«Principles» o principios son opiniones que siguen reglas generales. Hume dedicó mucho esfuerzo a enseñar a sus lectores como disciplinar sus opiniones a la norma de regla generales. Pero también tenía que admitir que «Parties from principle, especially abstract speculative principle,... are, perhaps, the most extraordinary and unaccountable phenomenon, that has yet appeared in human affairs». «Prejudices» o prejuicios son principios «which we rashly form to ourselves», y por tanto son perniciosos<sup>43</sup>.

La política de Hume ha sido considerada una política de buen gusto. «Taste» y «sentiment» (gusto y sentimiento) se refieren claramente a veces a juicio y opinión. A veces se refieren a impresiones y sentidos en un sentido diferente de opinión, pero también Hume escribió que aún la creencia («belief») es «more properly an act of the sensitive, than of the cognitive part of our natures»<sup>44</sup>, así que una línea firme entre ideas y sentimientos no es fácil de trazar. Basta que gusto y sentimiento pueden afectar a la política igual que otros «Habits of Thinking».

#### a) *La dinámica de la opinión en la política*

«Ferment», «clamor», «currents and tides» y «torrents» son algunas de las palabras que Hume usa para describir cómo funciona la opinión en la política. La opinión tiene la peculiaridad de transferirse fácilmente de un individuo a otro. «So close and intimate is the correspondence of human souls, that no sooner any person approaches me, than he diffuses on me all his opinions, and draws along my judgment in a greater or lesser degree», escribe. Parece exagerado, pero de hecho, Hume piensa, «it is almost impossible for us to support any principle or sentiment, against the universal consent of everyone»<sup>45</sup>. Este fenómeno es un producto de la afinidad o simpatía en el sentido de Hume («sympathy»).

41. Hume, *Treatise*, pp. 105, 115, 422. Véase también *Treatise*, pp. 60-1, 133, 556. Sobre el papel de la opinión en la política de Hume, véase los comentarios iluminadores pero no sistemáticos en Whelan, *Order and Artifice* (véase índice) y Phillipson, *Hume*, pp. 59-60, 82, 99, 108, 112, 138.

42. Hume, *Treatise*, p. 108.

43. Hume, *Essays*, p. 60; Hume, *Treatise*, p. 146-7.

44. Hume, *Treatise*, p. 183. Véase P. Jones, *Hume's Sentiments: Their Ciceronian and French Contexts* (Edinburgh, 1982), pp. 98, 108, 203n.12.

45. Hume, *Treatise*, p. 592; David Hume, «A Dissertation on the Passions», *Essays Moral, Political, and Literary*, ed. T.H. Green y T.H. Grose (London, 1912), vol. II, p. 152.



La simpatía se puede definir como la transferencia de costumbres de un individuo o grupo a otros. El proceso es simple: primero, observamos los «external signs in the countenance and conversation» de otros, «which convey an idea of it». Esta «idea is presently converted into an impression and acquires such a degree of force and vivacity» como para igualar al del otro. Como todos los seres humanos son parecidos, «we never remark any passion or principle in others, of which, in some degree or other, we may not find a parallel in ourselves». Esta «resemblance must very much contribute to make us enter into the sentiments of others»<sup>46</sup>.

Hay muchas implicaciones políticas de esta transferencia de opiniones. Por ejemplo, Hume prefiere dividir la gente en grupos pequeños para hacer decisiones políticas. En grupos pequeños, «they are more susceptible both of reason and order» porque «the force of popular currents and tides is, in a great measure, broken». Pero la costumbre en sí misma también provee una solución a los problemas de estos movimientos de opinión: «it is to be hoped, that men, being every day more accustomed to the free discussion of public affairs, will improve in the judgment of them»<sup>47</sup>.

Fué en la *Historia* donde Hume utilizó su teoría del contagio de opinión de manera más convincente. Una «torrent of general inclination and opinion ran so strongly against the court» en 1640 que el rey no pudo defender su prerrogativa. El «spirit of mutiny and disaffection» fué «communicated from breast to breast». Tan «strong was the current for popular government in all the three kingdoms, that the most established maxims of policy were every where abandoned»<sup>48</sup>.

Londres, por ser una ciudad, fué un «furious vortex of new principles and opinions» cuando todavía el campo estaba en paz. El «force of popular currents over those more numerous associations of mankind... gave, there, authority to the new principles»<sup>49</sup>. Así Hume explicó lo que ya llamamos la opinión pública urbana.

La opinión pública podría girar de dirección. Elecciones para el Parlamento de la Restauración fueron «one of those popular torrents, where the most indifferent, or even the most averse, are transported with the general passion, and zealously adopt the sentiments of the community, to which they belong». Luego, el «Popish Plot» fué un «torrent» que «ran too strong to be controuled» y el rey «found it necessary to adopt the popular opinion, before the Parliament». «The torrent, indeed, of national prejudices, ran so high, that no one, without the most imminent danger, durst venture openly to oppose it; nay scarcely any one, without great force of judgment, could even secretly entertain an opinion contrary to the prevailing sentiments».

46. Hume, *Treatise*, pp. 317-8.

47. Hume, *Essays*, pp. 36, 604.

48. Hume, *History*, vol. 5, pp. 284, 294, 336-7.

49. Hume, *History*, vol. 5, pp. 378, 387.

Siguiendo su psicología filosófica, Hume explica que «the terror of each man became the source of terror to another»<sup>50</sup>.

Toda figura política tenía motivo para temer la opinión. Monárquicos en el Parlamento «were driven by momentary gusts or currents, no less than the populace themselves». Los jueces que condenaban a DeWitt estaban «either blinded by the same prejudices» o no se atrevían «to oppose the popular torrent». Soldados fueron «seized with the contagion» de simpatía para los seis obispos que apelaron a Jaime II<sup>51</sup>.

La opinión pública fué de interés especial para Hume como escritor y hombre de letras. Se pueden interpretar muchos de sus escritos como un esfuerzo de defender la vida de letras contra las políticas hostiles. Como hemos visto, Hume juzgó las formas de gobierno en parte por su protección al hombre de letras, y eso incluye protección contra la opinión hostil. En un gran imperio como La China, «the authority of any teacher, such as Confucius, was propagated easily from one corner of the empire to the other [and] none had the courage to resist the torrent of popular opinion», pero en Europa las autoridades intelectuales estaban limitadas por el «mutual jealousy» de los diferentes países, y así el «contagion of popular opinion spreads not so easily»<sup>52</sup>.

#### b) *La opinión como fundamento del gobierno*

Antes de Hume, Hobbes había escrito que «the world is governed by opinion», y Pascal había escrito que estaba de acuerdo con el título de un libro italiano: *Dell'opinione regina del mondo*. Pero Sir William Temple había desarrollado esta idea más extensamente en un libro de 1672. El «force of custom or opinion» es el «true ground and foundation of all Government», escribió. Distinguió entre poder y fuerza de autoridad, y dijo que poder, «arising from Strength, is always in those that are governed, who are many: But Authority arising from opinion, is in those that Govern, who are few»<sup>53</sup>. La opinión es más fuerte que el poder o las armas, porque puede inspirar al pueblo o a los soldados mismos a expulsar a sus líderes.

En uno de sus primeros ensayos, Hume siguió a Temple, observando que «as force is always on the side of the governed, the governors have nothing

50. Hume, *History*, vol. 6, pp. 135, 348, 347, 333.

51. Hume, *History*, vol. 6, pp. 268-9, 491.

52. Hume, *Essays*, pp. 120-22.

53. Sir William Temple, *An Essay upon the Original and Nature of Government* 1680 ed. R.C. Steensma (Los Angeles, 1964), pp. 54, 73. J.A.W. Gunn, «Public Opinion», en *Political Innovation and Conceptual Change* eds. T. Ball, J. Farr, y R. Hanson (Cambridge, 1989), pp. 247-265, menciona otras fuentes de la idea de la importancia de la opinión en la política como Henry Peacham, John Selden, Mathew Prior, y Barnaby Rich, pero minusvalora demasiado la contribución de Hume, y no reconoce la relación entre opinión y la tradición de escepticismo. E. Noelle-Neumann, *Die Schweigespirale: Öffentliche Meinung - unsere soziale Haut* (München, 1980), a pesar de su superficialidad histórica, tiene el mérito de relacionar las ideas de Hume sobre opinión con ideas nuestras del siglo veinte.



to support them but opinion. It is, therefore, òn opinion only that government is founded». Como Temple, reconoció que un sultán o un emperador puede mandar a la mayoría de sus súbditos por la fuerza, pero «he must, at least, have led his mamelukes, or praetorian bands, like men, by their opinion»<sup>54</sup>.

Y Hume extendió el análisis, distinguiendo la opinión política en «two kinds, to wit, opinion of interest, and opinion of right». Opinión de interés es «the sense of general advantage which is reaped from government; together with the persuasion that the particular government, which is established, is equally advantageous with any other that could easily be settled». Opinión de derecho se divide en dos tipos, sobre poder y propiedad. «Upon these three opinions, therefore, of public interest, of right to power, and of right to property, are all governments founded»<sup>55</sup>.

i) «*Opinion of interest*»

Opinión de interés es diferente de «self-interest», explica Hume. «Self-interest» se refiere a la expectativa de pensiones y patronazgo. Esto puede añadir fuerza a un gobierno, pero no puede darla al principio, porque ningún gobierno puede dar pensiones a todo el mundo. Los que no reciben pensiones u otras recompensas tienen que pensar que el gobierno sirve como «general protection» y «general advantage», o sea para el interés común<sup>56</sup>.

En el *Treatise* Hume había explicado que el interés general del gobierno es que mantiene la propiedad, «well-being and happiness» y «order and concord in society»<sup>57</sup>. En su ensayo de unos años después, puso el énfasis en no sólo en que el gobierno sirve para estos intereses, sino en que la gente opina que sirve. De esa forma decir que el gobierno depende de las opiniones de interés, y no sólo interés en sí, es decir que el gobierno depende de la variabilidad y falibilidad de los juicios de los hombres. Cuando cita el argumento de un partido que «even interest itself, and all human affairs, are entirely governed by opinion», parece que Hume estaba de acuerdo<sup>58</sup>. El mundo político depende radicalmente de los movimientos de la opinión.

ii) «*Opinion of right to power*»

La opinión sobre el derecho al poder es el origen de la autoridad. Normalmente, se deriva de la adhesión a «ancient government, and even to those names, which have the sanction of antiquity». Es «custom» o «long possession» que «gives authority to all the most establish'd governments of the

54. Hume, *Essays*, pp. 32-3.

55. Hume, *Essays*, pp. 33-4. Muchos autores, como Negro Pavón, «La filosofía liberal...», p. 71, escriben como si Hume pensara que el gobierno se funda en tres tipos de intereses, y no, como Hume dice, en tres tipos de opinión de interés. Veremos la importancia de esta distinción.

56. Hume, *Essays*, pp. 33-4.

57. Hume, *Treatise*, pp. 544-6.

58. Hume, *Essays*, p. 51.

world without exception». Como otras costumbres, viene de repetición, «operating gradually on the minds of men». Por tanto, «time and custom give authority to all forms of government»<sup>59</sup>.

El consejo de Hume es que un «wise magistrate» debe «bear a reverence to what carries the marks of age» y «adjust his innovations, as much as possible, to the ancient fabric, and preserve entire the chief pillars and supports of the constitution». Legisladores «must take mankind as they find them, and cannot pretend to introduce any violent change in their principles and ways of thinking»<sup>60</sup>. El consejo es maquiavélico, pero tiene sus raíces en la teoría de opinión de Hume.

La teoría de la opinión del derecho al poder no es completamente conservadora. La costumbre puede justificar retroactivamente los cambios y nuevas opiniones. Cuando un cierto tiempo y costumbre autorizan a un gobierno en el presente, la mente «does not rest there; but returning back upon its footsteps, transfers to their predecessors and ancestors that right... The present king of France makes Hugh Capet a more lawful prince than Cromwell; as the establish'd liberty of the Dutch is no inconsiderable apology for their obstinate resistance to Philip the second»<sup>61</sup>. La opinión más antigua no es necesariamente la mejor.

En su *Historia*, Hume se refiere frecuentemente a la influencia de la opinión sobre el derecho al poder. Contradiciendo a Bolingbroke, escribe que la reina Elizabeth fué «the most popular sovereign that ever swayed the sceptre» porque «the maxims [of absolute royal authority] of her reign were conformable to the principles of the times, and to the opinion generally entertained with regard to the constitution». «So thoroughly were these principles imbibed by the people, during the reigns of Elizabeth and her predecessors, that opposition to them was regarded as the most flagrant sedition»<sup>62</sup>.

La familia Stuart debía casi todo su poder a la opinión del derecho al poder. Su «authority was founded merely on the opinion of the people, influenced by ancient precedent and example. It was not supported, either by money or by force of arms». Su habilidad o falta de ella en lo que se refiere al reconocimiento del origen de su poder decidió su suerte. Cuando la opinión abandonó al segundo Stuart, este perdió su vida; cuando apoyó al tercero, ganó el trono otra vez; cuando abandonó al cuarto, perdió el trono; y la última (Anne) accedió al trono con nada más que opinión<sup>63</sup>.

### iii) «Opinion of right to property»

«A noted author [James Harrington] has made property the foundation of all government; and most of our political writers seem inclined to

59. Hume, *Treatise*, pp. 556, 566.

60. Hume, *Essays*, pp. 513, 260.

61. Hume, *Treatise*, pp. 566-7.

62. Hume, *History*, vol. 4, pp. 145, 368.

63. Hume, *History*, vol. 5, p. 128.



follow him... This is carrying the matter too far; but still it must be owned, that the opinion of right to property has a great influence in this subject», escribió Hume<sup>64</sup>. Revisó a Harrington en dos maneras: reduciendo la propiedad a sólo uno de varios factores en el fundamento del gobierno, y tratando la propiedad como asunto de derecho y opinión.

Su teoría de la opinión ayudaba a Hume a explicar por qué Harrington estaba tan equivocado al insistir que no podía haber una Restauración. Un «government may endure for ages, though the balance of power, and the balance of property do not coincide. This chiefly happens, where any rank or order of the state has acquired a large share in the property; but from the original constitution of the government, has no share in the power. Under what pretence would any individual of that order assume authority in public affairs?»<sup>65</sup>. La propiedad solamente no daría la justificación ya que esta tendría que surgir de la opinión.

La definición de propiedad como «a species of cause and effect» la hace una especie de creencia u opinión. Esto enfatiza la idea de que la propiedad depende de las ideas de los hombres, y no sencillamente de las leyes escritas. Así que no puede ser arreglado por fiat legislativa. Entonces, Hume razonó, si una ley agraria como la que propuso Harrington fuera instituida, los hombres «will soon learn the art of... concealing their possessions» bajo los nombres de otros, y sus opiniones lo justificarían<sup>66</sup>.

La teoría económica de Hume también trata la propiedad como asunto de opinión. Nada «can restrain or regulate the love of money, but a sense of honor and virtue», explicó. Los diferentes gobiernos distribuyen los honores en diferentes maneras, y eso va a influir en la vida económica. «Birth, titles, and place, must be honored above industry and riches» en una monarquía, porque depende de «subordination of rank». «Commerce, therefore, in my opinion, is apt to decay in absolute government, not because it is there less secure, but because it is less honourable»<sup>67</sup>. En una república moderna, los hombres trabajan siempre por más dinero, pero en una monarquía, trabajan hasta cuando pueden comprar tierra y jubilarse. Nada sobre la propiedad es diferente, pero la opinión sobre su valor ha cambiado.

### c) *El papel de la opinión religiosa en la política*

Si bien es verdad que los gobiernos se fundan en los tres tipos de opinión ya mencionados, también es verdad que hay un cuarto tipo de opinión que funciona para disolver esas opiniones. La opinión religiosa fué un tipo de opinión espantosa y difícil de comprender para Hume. «We know not to what length enthusiasm, or other extraordinary movements of the hu-

64. Hume, *Essays*, p. 33-4.

65. Hume, *Essays*, p. 35.

66. Hume, *Treatise*, p. 506; *Essays*, p. 515.

67. Hume, *Essays*, pp. 276, 93.

man mind, may transport men, to the neglect of all order and public good», escribió<sup>68</sup>.

La superstición y el entusiasmo fueron los dos «corruptions of true religion» que formaban la mayoría de las manifestaciones de la religión. La superstición se causaba por «unaccountable terrors and apprehensions», que aplacamos con «ceremonies, observances, mortifications, sacrifices, presents», y más. El entusiasmo es una «unaccountable elevation and presumption, arising from prosperous success, from luxuriant health, and from strong spirits, or from a bold and confident disposition», que llega al punto en que «the inspired person comes to regard himself as a distinguished favourite of the Divinity»<sup>69</sup>.

La superstición favorece el poder de los curas y es enemiga de la libertad civil, y el catolicismo es el ejemplo mayor, nos dice. El entusiasmo desprecia a los curas y ceremonias, y facilita el espíritu de la libertad; Quakers, Independents, y Presbyterians contienen grados diferentes de este fenómeno. La superstición «steals in gradually and insensibly» pero algún día «the priest, having firmly established his authority, becomes the tyrant and disturber of human society, by his endless contentions, persecutions, and religious wars». El entusiasmo es «more furious and violent» cuando empieza, pero nunca se institucionaliza, y pronto se baja a «the greatest remissness and coolness in sacred matters»<sup>70</sup>.

La opinión religiosa, «in most countries, is commonly found to be a very intractable principle». Como otros semejantes «principles or prejudices», puede «frequently resist all the authority of the civil magistrate; whose power, being founded in opinion, can never subvert other opinions, equally rooted with that of its title to dominion»<sup>71</sup>.

Hume trató sobre el papel de la opinión religiosa en la política especialmente en su *Historia*. La influencia de la opinión religiosa en la historia de Inglaterra fué sobresaliente, pero fué difícil de predecir. «It is an observation, suggested by all history... that the religious spirit, when it mingles with faction [o sea, la política], contains something supernatural and unaccountable; and that, in its operations upon society, effects correspond less to their known causes than is found in any other circumstance of government»<sup>72</sup>.

La opinión religiosa tiene el poder de «counterbalance... power and riches, the usual foundations of distinction among men». Los «raptures and ecstasies» de las sectas religiosas «bestowed a character» en el sectario que fué «in his own eyes... much superior to what forms and ceremonious insti-

68. Hume, *Essays*, pp. 528-9.

69. Hume, *Essays*, pp. 73-4.

70. Hume, *Essays*, pp. 76-8.

71. Hume, *Essays*, p. 40.

72. Hume, *History*, vol. 5, p. 67.



tutions could alone confer». Su «extreme zeal for their opinions... was well qualified to make proselytes, and to seize the minds of the ignorant multitude», llevando a una revolución que Charles I no pudiera haber esperado. Y no sólo las masas fueron afectadas: también las opiniones religiosas de James II le cegaron a las realidades políticas<sup>73</sup>.

La antipatía de Hume por la influencia de la religión en la vida política estaba clara. Pero tenía que admitir, como ironía de la historia, que la religión fué responsable de una de las cosas más importantes en la historia de Inglaterra. A pesar de su irracionalidad, o quizás por ello, la opinión religiosa había asistido al desarrollo de la libertad inglesa. El «precious spark of liberty had been kindled, and was preserved, by the puritans alone; and it was to this sect, whose principles appear so frivolous and habits so ridiculous, that the English owe the whole freedom of their constitution»<sup>74</sup>. La oposición al absolutismo bajo Elizabeth y sus predecesores no produjo «that public praise and approbation which can alone support men under such dangers and difficulties as attend the resistance of tyrannical authority». Pero en la siguiente generación, «the noble principles of liberty took root, and, spreading themselves under the shelter of puritanical absurdities, became fashionable among the people»<sup>75</sup>.

Si es verdad que Hume hablaba mucho de lo inconcebible de la religión, también hizo grandes esfuerzos por concebirla. Como especie de costumbre, la explicó con su teoría de la opinión, basado en su psicología filosófica. Explicó sus límites, y las razones para su inexplicabilidad. Dió reglas generales del entendimiento para ayudar a los lectores a no caer en los mismos errores. Y la lectura de su *Historia* puede haber sido una manera de inculcar opiniones escépticas y racionales en sus lectores. La ciencia política de hoy día todavía no puede explicar todos los movimientos de la opinión religiosa.

### Conclusión

« 'Tis interest which gives the general instinct» para obedecer a un gobierno, dice Hume, «but 'tis custom which gives the particular direction»<sup>76</sup>. Es lo mismo en cuanto a las reglas de propiedad: «That there be a separation or distinction of possessions... is absolutely required by the interests of society... [pero] What possessions are assigned to particular persons... is often determined by very frivolous views and considerations»<sup>77</sup>. Cuando la mayoría de los estudios tratan de lo que dice Hume sobre la «particular direction» de obediencia y los «particular persons» que van a tener po-

73. Hume, *History*, vol. 5, pp. 251-2, 260, 285.

74. Hume, *History*, vol. 4, p. 145-6.

75. Hume, *History*, vol. 4, p. 368.

76. Hume, *Treatise*, p. 556.

77. David Hume, *Enquiries concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals*, ed. P.H. Nidditch, Third Edition (Oxford, 1975), p. 309n.

sesiones, centran su atención en su psicología asociacionista con la que Hume explica estas reglas en el *Treatise*. Pero hemos visto arriba que existen dos otros vocabularios que subrayan la importancia de las costumbres y las opiniones frívolas que determinan la obediencia y la propiedad en su particularidad.

Los vocabularios de «manners» y opinión le ayudaban a Hume a situar su pensamiento político y jurídico en la historia<sup>78</sup>. Cuando vemos cuestiones de obediencia en el contexto de su explicación de la importancia de opinión como fundamento de gobierno, del papel de la opinión religiosa, y de su revaluación de la monarquía civilizada, las entendemos mejor. De la misma manera entendemos mejor cuestiones de propiedad en el contexto de los grandes cambios de la historia desde la sociedad feudal a la sociedad de lujo comercial y de libertad<sup>79</sup>. Los vocabularios de «manners» y opinión proveían a Hume con una alternativa escéptica a los vocabularios políticos de la monarquía absoluta, el derecho natural, y el republicanismo clásico.

---

78. Livingston, *Hume's Philosophy of Common Life*, tiene el mérito de atraer la atención a la importancia de la historia en toda la obra de Hume.

79. Quizás los vocabularios estudiados aquí pueden sugerir una respuesta a la pregunta de G. López Sastre en cuanto a las reglas de propiedad: «¿no es posible llegar a un consenso de otra manera o a partir de un fundamento diferente [de lo que explica Hume en el *Treatise*]?» («Sobre la posibilidad y el contenido de la filosofía política en el pensamiento de David Hume» en Q. Racionero, ed., *Metafísica y filosofía política en el mundo de la Ilustración* [Madrid, 1990]). Hume mismo indica cómo pueden cambiar los consensos de opinión, y pone el estandar de buena educación y la vida de letras para guiarlo.

El autor de este estudio quiere dar las gracias a la Dra. Teresa Toscano por su ayuda a traducirlo al castellano, y a Dres. María Elósegui y Gerardo López Sastre por sus consejos sobre la literatura secundaria en castellano.



## El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume, Smith y la ilustración escocesa\*

Por MARIA ELOSEGUI

Glasgow

El objetivo que me he propuesto en este artículo es llamar la atención sobre un modo de análisis que conecta el ideal de libertad política y la igualdad con el análisis del derecho a la propiedad, teniendo en cuenta el contexto histórico específico en el que éste se desarrolla. Esto contribuye o es una de las causas por las que el ideal de igualdad adquiere en el pensamiento de la ilustración escocesa unas características propias, no asimilables al ideal de libertad propugnado por la revolución francesa. Sin embargo Hume y Smith, apoyados en las bases que pusieron otros pensadores escoceses que les precedieron, originan una revolución de pensamiento en la cultura europea.

David Hume es una figura central en la historia de la filosofía europea, un escritor cuyos puntos de vista han tenido una profunda influencia en nuestra interpretación de muchos problemas filosóficos. Pero Hume fue también un teórico de la política y de la literatura, un economista y un historiador. Algunos estudios recientes de su obra han mostrado que uno de sus intereses estuvo fundamentalmente relacionado con la ciencia de la naturaleza humana que desarrolló en el *Treatise*. Otros estudios tratan de situar el pensamiento de Hume en relación con el contexto filosófico e intelectual de su época, y también mostrar las conexiones entre sus puntos de vista y los posteriores desarrollos políticos y sociales, en dos aspectos: teórico (Ej., la teoría económica de Adam Smith) y actual (Ej., la Revolución de América y la constitución americana).

---

\* Quiero hacer constar aquí mi agradecimiento al Ministerio de Educación y Ciencia por la beca que me ha proporcionado para realizar esta investigación postdoctoral en la Universidad de Glasgow (Escocia). Igualmente agradezco al Dr. Alexander Broadie, al Profesor Andrew Skinner y a Sathosi Niimura sus continuas sugerencias.

La dicotomía entre libertad-obediencia al estado cobra auge en la Ilustración, continuando esta polémica vigente en el siglo XIX y resucitando con fuerza en estas fechas con la celebración del bicentenario de la Revolución francesa. Aquí pretendo abordar el problema desde las coordenadas históricas que constituyen el punto de partida de la filosofía de la Ilustración escocesa. En el siglo XX, como una herencia del racionalismo ilustrado, se presentaba la alternativa libertad-obediencia al estado con un carácter antitético. El análisis de la noción de libertad en Hume se presenta desde dos perspectivas; primero su teoría de la libertad psicológica, en la que se analiza si es posible aplicar el principio de causalidad a las acciones humanas y el significado de la voluntad como propiedad del sujeto o del yo; y en segundo lugar se estudia la doctrina de la libertad social, que plantea cuestiones como la conjunción de autoridad y libertad, justicia y libertad, etc. Las posibilidades de elección requieren a su vez, un marco social que facilite su desarrollo en la convivencia entre los individuos. Este marco social tiene un doble aspecto, por una parte aumenta y enriquece las posibilidades de acción individual, y, por otra limita las intervenciones que coarctan la libertad individual. Esto justifica la necesidad del estado, del gobierno y de la justicia como salvaguarda de la libertad individual; en este marco aparece la necesidad de la moral y del derecho, que son desarrolladas dentro de las teorías de Hume y Smith; libertad bajo la ley, *liberty under the law*. La libertad consta de dos esferas; una la autonomía individual y otra la libertad social. Se trata de conciliar la libertad individual con la necesidad de someterse a las leyes que la sociedad nos impone. La libertad social se contempla como necesaria para la libertad individual. Se explicita la posible contradicción que cabría dislumbrar entre la libertad individual, como hacer lo que uno desee y la obediencia a unas reglas sociales y al estado. Esto conduce a la discusión de cuestiones como cuál es el origen de la obligación de obedecer al estado, cuál es el origen del gobierno y de la sociedad, existe o no un contrato social, existe una fundamentación de la norma social, etc. Temas complejos que siguen abiertos desde el inicio de la filosofía moderna y que no admiten una respuesta fácil.

El análisis de ciertos paradigmas nacidos a la luz de la Ilustración escocesa pueden ser ilustrativos en la actualidad, por ejemplo, la idea de participación política en el ámbito de una sociedad comercial. La crítica a los derechos absolutos de los monarcas, la soberanía popular, la secularización de la educación, el desarrollo cultural de Escocia como afirmación de su independencia y autonomía frente a Inglaterra después del decreto de Unificación, la creciente acentuación de lo público frente a lo privado, la igualdad ante la ley, la igualdad de hombre y mujer en la educación, la importancia del principio de simpatía, la crítica de la esclavitud, la crítica del



individualismo y la insistencia en la prioridad del bien común, la creación de un ámbito público, la insistencia en la responsabilidad cívica<sup>1</sup>.

Por su parte Adam Smith, filósofo y economista, insiste en la estrecha relación que existe entre libertad y economía. El derecho a la elección de los propios representantes en el Parlamento, estaba unida hasta el inicio de la sociedad comercial a la posesión de tierras. Sólo los propietarios (*landowners*) tenían derecho al voto. Con la aparición de la sociedad comercial, se crea la clase media. Esto conlleva una revolución en el concepto de participación en la vida política, ya que este derecho va a ser ejercitado por más ciudadanos. Aunque todavía deberá pasar dos siglos hasta alcanzar el derecho al sufragio universal.

Para abordar este problema hay que situarse en el contexto inmediato social y cultural del siglo XVIII en Escocia. Después del tratado de unión con Inglaterra, Escocia sacrifica sus instituciones en áreas de una mejora económica, pero como contraste, se esfuerza en no perder su autonomía, su identidad cultural y su libertad política<sup>2</sup>. Esto se hace notar en el rápido desarrollo económico, junto con el auge cultural que se aprecia en el desarrollo de las universidades, publicación de periódicos, creación de numerosos clubs culturales, y un ambiente general de libertad de pensamiento<sup>3</sup>.

Las teorías políticas de Hume y Smith presentan aspectos relacionados con la tradición escocesa, y a su vez destacadas novedades; continuidad por un lado y cierta ruptura por otro<sup>4</sup>.

1 En los últimos diez años ha habido un resurgir de estudios sobre la Ilustración escocesa. Algunas de las obras más significativas son las siguientes: CAMIC, C. *Experience and Enlightenment. Socialization for Cultural Change in Eighteenth Century Scotland*. Chicago. 1983.

CAMPBELL, R. H. and SKINNER, A. *The Origins and Nature of the Scottish Enlightenment*. Edinburgh. Edinburgh University Press. 1982.

DWYNER, J. *Virtuous discourse; Sensibility and Community in late Eighteenth century*. Edinburgh 1987.

HOUSTON, R. A. *Scottish Society 1500-1800*. Cambridge. Cambridge University Press. 1989.

LENNAN, B. *Integration, Enlightenment, and Industrialization. Scotland 1746-1832*. London. Edward Arnold. 1981.

MITCHISON, R. *Lordship to Patronage; Scotland 1603-1745*. London Edward Arnold. 1983.

PHILLIPSON, N. and MITCHISON, R. *Scotland in the Age of Improvement Essays in Scottish History in the Eighteenth Century*. Edinburgh. Edinburgh University Press. 1970.

RENDALL, J. *The origins of the Scottish Enlightenment*. London. Macmillan. 1978.

SHER, R. *Church and University in the Scottish Enlightenment*. Edinburgh. 1985.

2 ROBERSTON, J. «Scottish Political Economy Beyond the Civic Tradition». *History of Political Thought*. Vol. IV, n.º 3, (1983), pp. 451-482.

ROBERSTON, J. «The Scottish Enlightenment at the Limits of the Civic Tradition». En *Wealth and Virtue. The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*. Editado por I. Hont y M. Ignatieff. Cambridge. 1983.

3 La importancia de estas entidades ha sido destacada entre otros por Nicolas Phillipson. Véase PHILLIPSON, N. «Towards a Definition of the Scottish Enlightenment». En *City and Society in the Eighteenth Century*. P. Fritz y D. Williams eds. Toronto, 1973, pp. 125-247.

4 HUME, D. *Hume's Essays Moral, Political and Literary*. Editado por Eugene Miller, 2.ª edición, Classic Liberty, Indianapolis, 1987. Citado como *Essays*.

HUME, D. *Hume's Writings on Economics*. Editado por Eugene Rotwein, Edinburgh, 1955. Citado como EW.

## LIBERTAD POLITICA COMO INDEPENDENCIA ECONOMICA

Aunque el problema de la libertad política, pueda entenderse como un tema puramente teórico, al margen de los problemas económicos, no es así como lo vieron estos filósofos ilustrados.

El cambio conceptual en el concepto de ciudadanía e igualdad está inexorablemente unido al cambio en la estructura social y económica. Si el derecho a la ciudadanía y a la participación en la vida política estaba unido a la posesión de tierras, el cambio en el concepto de ciudadanía implicaba un cambio en el concepto de propiedad. La revolución política necesitaba de una revolución económica. Y ésta se produjo con la aparición de la sociedad comercial. Anteriormente sólo los propietarios de tierras «*landowners*» poseían el derecho a participar en la vida política. Hume y Smith quieren hacer extensivo este derecho a todos los ciudadanos. Por una parte el concepto de propiedad se define de un modo más amplio, es decir no circunscrito a la materialidad de ser propietario de tierras, por tanto la autosuficiencia económica implica disfrutar de suficientes ingresos y no el hecho de tener propiedad en tierras. Por otra parte esto es posible gracias a la aparición del comercio.

La libertad política, entendida como derecho a participar en el gobierno de los asuntos públicos, nace como consecuencia de la independencia económica. A su vez, Hume y Smith conciben que libertad y propiedad son conceptos estrechamente relacionados, se comprende la repercusión que esto tendrá en el derecho a la participación política. En cuanto que este derecho no es universal ni se extiende a todos los ciudadanos, sino sólo a los que disfrutaban de propiedad.

La primera libertad o el primer derecho es el de la propia defensa o propia seguridad. Ferguson en *Principles of Moral and Political Science* había justificado el derecho a la participación del siguiente modo: El fin del estado es la seguridad del individuo y en consecuencia el individuo es el primer interesado en intervenir en las tareas del estado para protegerse su derecho<sup>5</sup>. A su vez la creación del estado está justificada por su finalidad y ésta consiste en proporcionar seguridad y paz, mostrándose de acuerdo en este punto Ferguson, Hume y Smith.

Hasta entonces los pobres eran excluidos de la participación en los asuntos públicos, no tenían libertad en un sentido positivo del término. A partir de este momento la palabra libertad adquiere un sentido activo. Y por pri-

---

SMITH, A. *The Theory of Moral Sentiments*. Edición de la Universidad de Glasgow, en Liberty Classic, Indianapolis. Editado por D. D. Raphael y A. L. Macfie, 1976. Citado como TMS.

SMITH, A. *Lectures on Jurisprudence*. Edición de la Universidad de Glasgow, en Liberty Classic, Indianapolis. Editado por R. L. Meek, D. D. Raphael y P. G. Stein., 1978. Citado como L. J.

SMITH, A. *The Wealth of Nations*. Edición de la Universidad de Glasgow, en Liberty Classic, Indianapolis. Editado por R. H. Campbell, A. S. Skinner y W. B. Todd, 1976. Citado como WN.

5 FERGUSON, A. *Principles of Moral and Political Science*. New York. AMS Press. 1973.



mera vez se contempla la posibilidad de participación política de la clase trabajadora.

Hume y Smith introducen conceptos fundamentales como el de independencia económica, en el que se va a apoyar la independencia jurídica. La clase trabajadora (*labouring class*) pueden participar en la vida social (*juridical independence*) si son materialmente autosuficientes (*material self-sufficiency*).

Para ello se precisa también una justificación racional de las ventajas de una sociedad comercial. Uno de los méritos de Hume y Smith consiste en destacar el valor y las ventajas de una sociedad comercial y del consiguiente desarrollo económico que se deriva de ella. A partir de este momento, el interés en el desarrollo del comercio será contemplado como parte de las obligaciones del buen ciudadano. En un régimen feudal es imposible que determinados ciudadanos adquieran esa independencia, ya que trabajan para otro. Sólo con la aparición de una sociedad comercial, y una nueva clase social va a ser esto posible<sup>6</sup>. Esta nueva actitud supone una ruptura con algunos de los pensadores anteriores que contemplan el naciente desarrollo del comercio como una corrupción, y consecuentemente como un vicio.

En Hume y Smith se da una clara defensa del derecho a la propiedad porque la solución para llegar a la igualdad y por tanto a la libertad política no es suprimir la propiedad, sino al contrario posibilitar que cada individuo disfrute de un mínimo de propiedad. La solución no viene dada por la idea de substituir el poder de los *landowners* por el poder de un estado propietario, sino convertir a cada ciudadano en propietario.

En definitiva, no se puede desligar el análisis político del análisis económico, aunque no sea el único factor que influya en la organización política. Los anteriores análisis del pensamiento de Hume se habían hecho sin tener en cuenta sus escritos económicos, y en el caso de Smith podríamos decir lo contrario, se había tratado su teoría económica con independencia de las implicaciones que ésta tiene en su pensamiento político y sin ver sus conexiones con el planteamiento moral expuesto en *La teoría de los sentimientos morales*<sup>7</sup>.

## IGUALDAD EN LA PARTICIPACION POLITICA

Como punto de partida se precisa distinguir dos niveles de discurso en los sistemas tanto de Hume como de Smith:

6 La defensa que Hume hace del comercio se puede encontrar en los siguientes ensayos; HUME, D. *Of Commerce, Of Refinement in the Arts, Of Taxes, Of the Jealousy of Trade, Of public Credit* en *Hume's Essays Moral, Political and Lterarty*.

7 Comparto aquí el punto de vista de A. Skinner que defiende la tesis de que la obra WN debe ser leída en continuidad con la TMS, constituyendo ambas partes de un sistema completo de pensamiento y no dos obras aisladas. Véase SKINNER, A. *A System of Social Science. Papers Relating to Adam Smith*. Clarendon Press. Oxford. 1979. SKINNER, A and WILSON, T (eds). *Essays on Adam Smith*. Oxford. 1975. Introducción.

— A nivel teoría o abstracto, Hume y Smith defenderán una igualdad en la especie humana, en cuanto que todos participamos de una misma naturaleza humana, *common human nature*.

— A nivel de descripción o de hechos, *facts*, el desarrollo de esa igualdad no existe. Primero porque no todos nacen con las mismas oportunidades y los que podrían tener unas mismas oportunidades no las aprovechan del mismo modo. A esto se une la existencia de diversidad de capacidades. Todo ello contribuye a la creación de desigualdad económica, porque en cuanto aparece la propiedad se crea la desigualdad. En este sentido la igualdad, *equality*, es entendida como igualdad de oportunidades, pero no de resultados, siendo identificada especialmente con la similitud en la oportunidad de adquirir riqueza. En el siguiente texto de Steuart queda bien reflejada la actitud que tanto Hume como Smith adoptan ante el tema de la igualdad; «La riqueza llega a ser igualmente distribuida; por igualmente no quiero decir que cada individuo llega a tener una participación igual, sino una igual oportunidad, es decir una certeza de hacerse rico en proporción a su trabajo»<sup>8</sup>.

Sin embargo un grado igual de participación en la vida política no implica o no está necesariamente apoyado en la igualdad económica sino en la independencia económica que nace en la sociedad comercial, como analizaremos a continuación.

Hume considera que como consecuencia del desarrollo del comercio, se sigue una mayor igualdad entre los ciudadanos. Cada persona debe disfrutar del fruto de su trabajo, con una completa posesión de todas las cosas necesarias, y muchas de las ventajas de la vida humana. Nadie puede dudar dirá, en su ensayo sobre el comercio, de que esta igualdad es la más conveniente para la naturaleza humana<sup>9</sup>.

La mejora económica depende de la capacidad del gobierno para proveer la seguridad para que los miembros de la sociedad logren su interés. Pero no es suficiente que el gobierno asegure la propiedad privada y salvaguarde la libertad individual bajo la ley, sino que es necesario tener en cuenta la capacidad política de los ciudadanos y sus expectativas, reconociendo su libertad para participar en los asuntos públicos<sup>10</sup>.

Según Hume la división de la sociedad en la clase de hombres libres y no libres pertenece a antiguas y pobres sociedades, pero es propio de la sociedad comercial la aparición de una clase media, formada por granjeros, hombres de negocios y comerciantes. Hume afirma en su ensayo *Of Refine-*

8 STEUART, J., *Sir James Stewart, Principles of Political Economy* (1767). Editor Andrew Skinner, 1966. 1805, ii. 156. y SKINNER, A. *David Hume: Precursor of Sir James Stewart?* Comunicación en Hume Conference. Lancaster. Agosto 1988. Inédito.

9 Cfr. HUME, D. *Of Commerce*, pp. 296-297. En *Hume's Essays Moral, Political and Literary* citado por ROBERTSON, B. «The Scottish Enlightenment at the Limits of the Civic Tradition». En *Wealth and Virtue. The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*. p. 158.

10 Idem.



*ment in the Arts* que el desarrollo económico da autoridad y consideración al rango intermedio de hombres que son la mejor y más firme base de la libertad política<sup>11</sup>.

Sin embargo Hume no piensa que la sociedad comercial vaya a abolir todas las divisiones sociales. La igualdad a la que se refiere en el ensayo sobre el comercio no es una igualdad absoluta<sup>12</sup>. Cada individuo está interesado en actuar como un verdadero ciudadano y en ocuparse de la ciudad en cuanto que está interesado en proteger sus propios bienes o intereses. La libertad bajo la ley permite a cada individuo lograr su interés con seguridad y así adquirir independencia material, que es la precondition para disfrutar de la libertad de participación en la vida cívica.

Para Hume, la igualdad perfecta ni existe, ni es deseable, siendo además impracticable. Suponiendo la posibilidad de ofrecer a todos los hombres una igualdad de posesiones, en breve espacio de tiempo los diferentes grados de arte, cuidado y diligencia romperían inmediatamente con esa igualdad. Y lo que es peor, cualquier intento de restringir esas diferencias en el talento humano destruiría los incentivos y reduciría así la sociedad a su más extrema indigencia<sup>13</sup>.

Pero mientras que Hume no establece distinción entre las distintas clases sociales, Adam Smith es el primero que introduce la idea de división de clases, como producto de la división del trabajo, entre clase trabajadora (*labour class*) y clase capitalista (*capitalist*).

Según el análisis de Smith la sociedad ha atravesado diferentes etapas; caza, pastoreo, agricultura y comercio. Sólo en la segunda de ellas aparece la propiedad y con ella la distinción entre ricos y pobres. Esto origina una dependencia económica del pobre con respecto al rico y consecuentemente una dependencia política, porque el poder está en manos del rico. Así el pobre depende del rico que es a su vez quien posee el poder político. Esta situación se prolonga en el estado feudal, basado en un sistema agrario.

Con la aparición de la sociedad comercial, cuarta etapa, este tipo de relación basado en la dependencia económica desaparece. Por primera vez todas las clases sociales pueden ser independientes respecto a terceros, dependiendo económicamente de su trabajo. Esta es la característica de una

11 HUME, D. *Hume's Writings on Economics*. p. 28.

12 ROBERTSON, B. «The Scottish Enlightenment at the Limits of the Civic Tradition». En *Wealth and Virtue*. p. 158.

13 HONT, I. and IGNATIEFF, M. *Wealth and Virtue. The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*. Cambridge. Cambridge University Press. 1983. p. 25 y HUME, D. *Enquiry Concerning the Principles of Moral*. Editado por L.A. Selby-Bigge y revisado por P. H. Nidditch. Oxford University Press. 1988. p. 194; «Render possessions ever so equal, men's different degrees of art, care and industry will immediately break that equality'. Worse, any attempt to restrain these differences in human talent would destroy incentives and thus 'reduce society to the most extreme indigence'. Instead of preventing starvation and beggary, the equal partition of possessions would render it unavoidable to the whole community». El texto de Hume empieza del siguiente modo; «... however specious these ideas of perfect equality may seem, they are really, at bottom, impractical; and were they not so, would be extremely pernicious to human society».

sociedad de mercado, en la que se da un intercambio de productos y dinero<sup>14</sup>.

Sin embargo la paradoja es que en este tipo de sociedad las desigualdades aumentan. Para Smith sólo en la primera etapa en la que no existía propiedad privada había una verdadera igualdad e independencia; mientras que en la segunda y tercera, a la desigualdad se sumó la dependencia política; en la sociedad comercial se puede recuperar la independencia, pero no así la igualdad económica, más bien al contrario la desigualdad aumenta progresivamente. Podemos expresar esquemáticamente esta interdependencia del siguiente modo:

1	2	3	4
HUNTERS	SHEPHERDS	FARMERS	MERCHANTS
EQUAL	INEQUALITY	INEQUALITY	INEQUALITY
INDEPENDENCY	DEPENDENCY	DEPENDENCY	INDEPENDENCY

Según Smith la clase trabajadora debe ser:

- materialmente o económicamente suficiente.
- jurídicamente independiente.

Como Robertson señala: «La clase trabajadora debe añadir a la autosuficiencia material independencia económica: para Smith —como para Hume— éstas fueron precisamente las dos condiciones para una plena participación en la vida pública»<sup>15</sup>.

Por una parte, Smith destaca la ignorancia de la clase trabajadora y la mutilación mental causada por las consecuencias negativas que la división del trabajo propia de una sociedad industrial tiene sobre la clase trabajadora, en cuanto que limita el desarrollo de las capacidades mentales y mecaniza al hombre<sup>16</sup>. Esto hace que la clase trabajadora se vuelva lo más estúpida e ignorante que puede ser posible en una criatura humana. Smith sugiere que el hombre de condición humilde se encuentra a sí mismo, en el contexto de una gran fábrica o ciudad, inmerso en la oscuridad<sup>17</sup>. Incapaz de un juicio justo en las obligaciones de la vida privada, es bastante incapaz de juzgar los intereses del País, o de defenderlo en la guerra; «The torpor of his mind renders him, not only incapable of relishing or bearing a part in any rational conversation, but of conceiving any generous, noble, or tender sentiment, and consequently of forming any just judgement concerning many events of the ordinary duties of private life»<sup>18</sup>.

14 SMITH, A. *Lectures on Jurisprudence*. LJ(A), iv, 1-74 y LJ(B), 18-36.

15 ROBERTSON, J. «Scottish Economy Beyond the Civic Tradition: Government and Economic Development in the *Wealth of Nations*». *History of Political Thought*. Vol. IV, n.º 3, (1983), p. 463.

16 SMITH, A. WN. V. i. f. 60.

17 SMITH, A. WN. V. i. g. 12.

18 SMITH, A. WN. V. i. f. 50.



Pero por otra parte, destaca también las ventajas de las que la clase trabajadora disfruta en una sociedad comercial. Compartiendo el beneficio general, participa no sólo de los bienes imprescindibles para la vida, sino también de otros muchos. El principal es el de disfrutar con libertad del fruto de su propio trabajo y unida a la libertad económica, la libertad política<sup>19</sup>.

Al mismo tiempo Smith sigue a Hume en la suposición de que el progreso del comercio, proporcionando suficiencia e independencia a todos los rangos, incluidos los inferiores, debe a la larga universalizar la capacidad moral y política. Smith reafirma la convicción de Hume de que en condiciones de opulencia todos en último caso son libres de participar en la vida política. Smith, más claramente que Hume, insiste en la consecuente interdependencia de las formas de libertad en una sociedad comercial. Es el establecimiento de una libertad universal bajo la ley, una forma de libertad jurisprudencial, la que hace posible el cultivo general de las virtudes de la justicia y benevolencia, requeridas para la definitiva universalización de la libertad tradicional cívica de participación. En definitiva, la libertad bajo la ley se volverá completamente segura sólo bajo el universal ejercicio de la libertad de participación: asegurando un balance de influencias sobre el gobierno<sup>20</sup>. «Sin medidas positivas para asegurar la libertad de todos a participar, en pocas palabras, no será posible asegurar un máximo de libertad para todos bajo la ley»<sup>21</sup>.

Según Smith el estado debe intervenir en algunos aspectos relacionados con la distribución de la riqueza, pero la autoridad central es incompetente en decidir una propia distribución de los recursos, porque la libertad económica se apoya en la libertad de elección por parte del consumidor y en la creencia de la eficiencia de la libertad por parte del productor: «That security which the laws in Great Britain give to every man that he shall enjoy the fruits of his own labour, is alone sufficient to make any country flourish, notwithstanding these and twenty other absurd regulations of commerce; and this security was perfected by the revolution, much about the same time that the bounty was established. The natural effort of every man to better his condition, when suffered to exert itself with freedom and security, is so powerful a principle, that it is alone, and without any assistance, not only capable of carrying on the society to wealth prosperity, but of surmounting a hundred impertinent obstructions with the folly human laws too often encumbers its operations»<sup>22</sup>.

Smith insistió en la necesidad de que se obligara a recibir educación tanto en las clases altas como bajas, porque esto era un requisito imprescin-

19 Cfr. ROBERTSON, J. p. 463.

20 Idem, p. 465.

21 Idem.

22 Cfr. SKINNER, A. «Adam Smith: Liberalism and Education». Stevenson Lecture on Citizenship, impartida en la Universidad de Glasgow el 12 de enero de 1990. p. 21. Basada en el artículo del mismo título publicado por The David Hume Institute, n.º 9, 1988 y SMITH, A. WN, IV, V. b. 43.

dible para poder participar en la vida pública. «An instructed and intelligent people... besides are always more decent and orderly than an ignorant and stupid one. They feel themselves, each individually, more respectable, and more likely to obtain the respect of their lawful superiors. They are more disposed to respect those superiors. They are more disposed to examine, and more capable of seeing through, the interested complaints of faction and sedition, and they are, upon that account, less apt to be misled into any wanton or unnecessary opposition to government. In free countries, where the safety of government depends very much upon the favourable judgement which people may form of its conduct, it must surely be of highest importance that they should be disposed to judge rashly or capriciously concerning it»<sup>23</sup>.

#### EL DERECHO A LA IGUALDAD EN ADAM FERGUSON

Es significativo el hecho de que la idea de igualdad, como igualdad de oportunidades se encuentra claramente en Adam Ferguson. Considero que su pensamiento puede ser utilizado como un referente o punto de comparación para observar como Hume y Smith asimilan parte de la tradición de otros pensadores escoceses. Ferguson distingue entre un igual derecho a la autodefensa y una igualdad real de posesiones; mientras que el primer derecho existe, el segundo es una utopía<sup>24</sup>.

El único aspecto en el cual todos los hombres continúan siempre siendo iguales, es el igual derecho que cada hombre tiene a autodefenderse; sin embargo esto implica una fuente de gran desigualdad en relación con las cosas que cada uno puede tener derecho a defender. Como cada uno tiene originalmente derecho a preservarse a sí mismo en el justo uso de sus órganos y facultades, tiene también derecho a lo que estos pueden justamente procurar para él; tiene derecho a sí mismo en cualquier contrato, y a estipular por sí mismo cualquier situación favorable, tiene derecho a adquirir por medio de su trabajo cualquier materia desposeída, o cualquier materia poseída, con el consentimiento de su primer poseedor. En el ejercicio de estos derechos, las condiciones del hombre, bien con respecto a sus mutuas concesiones o reclamos de servicio, puede convertirse en desigual en una justa cantidad; y no es posible prevenir la desigualdad de la condición en las fortunas de los hombres, sin violar el primero y común principio de derecho de la manera más flagrante (PMP, p. 462-63).

23 SMITH, A. WN. V. i. f. 61.

24 FERGUSON, A. *Principles of Moral and Political Science*. New York. AMS. Press. 1973. p. 462. Citado como PMP. Véase FORBES, D. La introducción a *History of Civil Society* de Ferguson, A. Edinburgh, 1966.



Y continúa Ferguson: admitimos, entonces, que todos los hombres tienen un igual derecho a defenderse a sí mismos, no debemos tomar esto por una asunción de que todos los hombres tienen cosas iguales para defender, o que la libertad deba consistir en despojar a los trabajadores y los preparados, que pueden haber adquirido mucho, para enriquecer a los perezosos y prodigados, que quizá no hayan adquirido nada, o que quizá hayan perdido todo lo que podrían haber ganado. Es imposible restringir la influencia de una habilidad superior, de propiedad, de educación, o de hábitos. Es imposible prevenir que estos se vuelvan en cierto grado hereditarios; y como consecuencia es imposible, sin violar los principios de la naturaleza humana, evitar cierta permanente distinción de rangos. Y si esto fuera posible, está lejos de la práctica en las circunstancias de la vida humana. En estas desigualdades encontramos el primer germen de subordinación y gobierno tan necesario para la seguridad de los individuos y la paz de la humanidad; y en éstas encontramos también un continuo incentivo para el trabajo y para la práctica de las artes lucrativas (PMP, p. 463).

Ni siquiera admitiré la posibilidad de un momento inicial, en un estado de naturaleza de un utópico igualitarismo. Así escribe: Se nos ha enseñado que todos los hombres fueron originalmente iguales. Esto, en relación con la propiedad, puede significar tan sólo que cuando nadie tenía nada, todos los hombres eran igualmente ricos: pero incluso esto no es más que una imaginaria igualdad en un sólo punto. En relación con el sexo y la edad, la fuerza del cuerpo y la mente, los individuos están destinados a la desigualdad desde su nacimiento; y, casi en las primeras etapas de la sociedad, se producen las distinciones que diligencia y coraje proporcionan en los diferentes hombres, creando todas las variedades de profesión y fortuna (PMP, p. 462).

Sin embargo las diferencias de rango no deben de influir en un diferente grado de participación en la vida política; «Upon this ground, liberty seems to require that every member of the commonwealth should have access, before the law is enacted, to guard himself against any wrongs to which he may be exposed from the admission of any partial regulation; or, in other words, that the people of every separate order or rank, however distinguished by fortune, should each have an active share in the legislature of their country» (PMP, p. 467).

En definitiva la desigualdad económica, no debe engendrar desigualdad en la participación activa en la vida política. Por otra parte al ser interés de todos el alcanzar seguridad y paz, a todos les afecta el gobierno de la ciudad porque el alcanzar seguridad es la esencia de la libertad, y si la seguridad se obtiene sólo bajo una organización política, también sólo así se puede obtener libertad. Así la libertad es el fruto genuino de la organización política (PMP, p. 461). El ejercicio de esta libertad precisa del establecimiento de las instituciones políticas; la existencia de un gobierno justo es lo más esencial para la libertad (Cfr., PMP, p. 459).

## LOS DOS PARADIGMAS DE CAMBRIDGE

Pocock inaugura estas interpretaciones; el paradigma del humanismo cívico y el paradigma de la jurisprudencia, como modelos de interpretación de la Ilustración escocesa, intentando compaginar ambos; «A thesis which presents Scottish political economy as the effective alternative to the nostalgias of agrarian republicanism; at the same time there has come forward a counter-thesis which argues that Scottish thought involved largely outside the maxims and language of the paradigm»<sup>25</sup>. Estudia más la tradición que arranca de Maquiavelo que la aristotélica<sup>26</sup>. Después de él, Phillipson es un representante de la interpretación de la *civic tradition*<sup>27</sup>. Robertson critica la estricta teoría de la *civic tradition*, aunque a su vez la sigue porque considera que la interpretación de la jurisprudencia no presta ninguna atención a la influencia del humanismo cívico en Escocia. A su vez Robertson intenta relacionar los aspectos morales, políticos y económicos<sup>28</sup>. El pensamiento de Hont también presenta variantes sobre la tradición de la jurisprudencia, aún perteneciendo a ella, en cuanto que tiene más en cuenta la política<sup>29</sup>.

El intento de encuadrar a los propios pensadores escoceses en alguna de estas tradiciones presenta bastantes dificultades, sobre todo en el caso de Hume y Smith. Ferguson, Hutcheson, tienen un ideal de República basado en el humanismo cívico. Sin embargo curiosamente Carmichael, profesor de Hutcheson en Glasgow presenta un pensamiento político más avanzado. El introdujo los estudios de Pufendorf en el curriculum de las universidades escocesas<sup>30</sup>. Para algunos como Phillipson, Hume y Smith siguen la tradición sin romper con ella; para Robertson van más allá de ella, pero sin contradecirla; para otros, como Harpham, luchan contra ella<sup>31</sup>.

Según mi punto de vista en todas ellas hay algún aspecto de verdad. Pienso que Hume y Smith crean un nuevo sistema utilizando elementos presentes en la jurisprudencia de Hobbes, Pufendorf y Locke<sup>32</sup> y que al mismo tiempo

25 POCOCK, J. G. A. «Cambridge Paradigms and Scotch Philosophers». En *Wealth and Virtue*. p. 240. POCOCK, J. G. A. «Virtue, Rights and Manners: a Model for Historians of Political Thought». *Political Theory*. 9, (1981).

26 POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment*. Princenton. 1975.

27 PHILLIPSON, N. «Adam Smith as Civic Moralist». En *Wealth and Virtue*. pp. 179-202. PHILLIPSON, N. *Hume. Historians on Historians*. Weidenfeld and Nicolson. London 1989.

28 ROBERTSON, B. o.c.

29 HONT, I and IGNATIEFF, M. *Wealth and Virtue. The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*. Cambridge. Cambridge University Press. 1983.

30 MOORE, J and SILVERTHORNE, M. «Gershom Carmichael and the Natural Jurisprudence Tradition in Eighteenth-Century Scotland». En *Wealth and Virtue*. pp. 73-89.

31 HARPAM, E. J. «Liberalism, Civic Humanism and the Case of Adam Smith». *American Political Science Review*: Vol. 78, (1984), pp. 764-773.

32 HAAKONSEN, K. *The Science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge. 1981.

FORBES, D. «Natural law and the Scottish Enlightenment». En *The Origins and Nature of the Scottish Enlightenment*. Editado por R. H. Campbell y A. S. Skinner. Edinburgh. 1982. FORBES, D. «Sceptical Whiggism, Commerce and Liberty». En *Essays on Adam Smith*. o.c.

FORBES, D. *Hume's Philosophical Politics*. Cambridge. 1975.



responden a problemas desde la perspectiva de un ideal de república presente en la Escocia de sus días. Efectivamente asumen en parte esa tradición, aunque vayan más allá de ella.

Considero acertado el punto de vista de Robertson, que explica la política en relación con la economía. También destaca el uso de los conceptos jurisprudenciales en Smith, como la idea de la libertad bajo la ley, junto con un nuevo modo de entenderla en cuanto participación activa de los ciudadanos en la vida política. El concepto de libertad adquiere una dimensión más positiva y más amplia, en cuanto que se extiende a todos los ciudadanos. Las circunstancias históricas contribuyeron positivamente a este cambio de actitud. Las consecuencias del tratado de unión eran en parte positivas, mejora económica y en parte podían resultar negativas, pérdida de independencia. Con el fin de evitar esto último se incrementa la participación en la vida política y el interés de conservar la propia identidad, para evitar asumirse a Inglaterra. Después del Tratado de Unión de 1707, Escocia contempla un rápido florecimiento económico y a su vez debe cambiar parte de sus instituciones y leyes. Esto proporciona una nueva oportunidad para reflexionar sobre el modo de mejorar las instituciones sociales, las leyes y el gobierno. Se tiene que aceptar como un hecho ya evidente que la unión había contribuido a la mejora económica. Cesan las discusiones anteriores, que se movían a nivel de hipótesis. Fletcher había sido un banderado en contra de la unión, no por motivos nacionalistas, como lo interpretaron algunos, sino porque su espíritu pertenecía a una férrea tradición cívica y veía en la mejora económica un peligro de opulencia y de corrupción. Por eso seguía asentado en la defensa de una sociedad agraria que pertenecía ya al pasado, y temiendo el comercio como una fuente de males.

#### EL PARADIGMA DEL HUMANISMO CÍVICO O LA REPÚBLICA AGRARIA

Según Pocock, después de 1688 nace en Inglaterra una forma puramente

WINCH, D. «Adam Smith's Enduring Particular result'; a political and cosmopolitan perspective». En *Wealth and Virtue*. pp. 253-270.

WINCH, D. *Adam Smith's Politics: An Essay in Historiographic Revision*. Cambridge. 1978.

BERRY, C. «Adam Smith: Commerce, Liberty and Modernity». En *Philosophers of the Enlightenment*. Edinburgh University Press. Edinburgh. 1989.

Las distintas posturas pueden quedar reflejadas en el siguiente esquema;

POCOCK

JURISPRUDENCE TRADITION	CIVIC TRADITION	ANTI-CIVIC TRADITION
FORBES WINCH HAAKONSSSEN	PHILLIPSON	HARPHAM
HONT (Nuevo punto de vista)   ROBERTSON (Intenta unir economía y política)		

secular de crítica social, relacionada con la economía; se levanta sobre la tradición del humanismo cívico del Renacimiento Florentino<sup>33</sup>.

La función de la propiedad era asegurar la autonomía de cada ciudadano individual en el cumplimiento de sus obligaciones, constituyendo la propiedad el fundamento sobre el que se construía la personalidad cívica del individuo y la correspondiente virtud cívica<sup>34</sup>.

En este modelo, se utiliza la idea de virtud entendida como la práctica de la *ciudadanía* en el sentido clásico o Greco-romano del término, siguiendo la tradición clásica de la idea de República. La igualdad ciudadana, *civic equality*, y la virtud cívica consiste en el mantenimiento del bien público, *public good*, que se identifica a su vez con la comunidad política, es decir la *polis* o *república* en sí misma. La naturaleza del hombre se define en relación a su carácter social y político o público. La práctica de la ciudadanía es contemplada como una virtud activa, que implica la participación en los asuntos públicos o *res publica*.

A su vez la igualdad y ciudadanía viene definida por los siguientes términos; ser el amo o cabeza de una casa (*household*), poseer armas propias, es decir poderse autodefender y ser poseedor o propietario (de tierras), lo que a su vez garantizaba la participación en su propio gobierno.

Estos conceptos definían la comunidad política primero y sobre todo como la posesión de una constitución regular, bajo la cual las instituciones del gobierno civil y una milicia aseguraban la libertad de todos los ciudadanos en la participación en la vida política y la defensa de la comunidad<sup>35</sup>.

Según el modelo griego de democracia o república, sólo una parte de los componentes de la *polis* eran considerados como ciudadanos, por ejemplo los esclavos, las mujeres y los extranjeros estaban excluidos. A su vez en la república o democracia griega sólo los *ciudadanos* tenían derecho a elegir a sus representantes mediante voto, de manera que una gran parte de la población quedaba excluida de la participación en la vida política.

El paradigma del ideal del humanismo cívico se constituyó como una crítica contra los ideales de la oligarquía *whig*, que defendía: un sistema de crédito público, estabilizar el gobierno, la expansión del comercio, aumento del poder militar y naval en Europa, un aumento del crédito y del ejército, restricción de la actividad política, creación del Reino de Gran Bretaña. El aumento del comercio favorecía a la oligarquía<sup>36</sup>.

33 HARPAM, E. J. «Liberalism, Civic Humanism and the Case of Adam Smith», p. 764.

34 Idem.

35 ROBERTSON, B. «Scottish Economy Beyond the Civic Tradition: Government and Economic Development in the *Wealth of Nations*. p. 452.

36 En este tiempo la oligarquía o aristocracia se presenta como equivalente a la burguesía.

WALPOLE	OPPOSITION
WHIG (OLIGARCY) COURT	TORY AND OLD WHIG COUNTRY
JURISPRUDENCE	CIVIC HUMANISM (REPUBLICAN)



Hasta entonces se veía en el incremento del comercio un foco de corrupción. Se entendía por corrupción la negligencia en la participación política; «La corrupción es una fuerza destructiva y dinámica que constantemente pone en peligro el entero edificio de la comunidad política. Disolviendo la obligación de los ciudadanos a participar, conduce a descuidar las instituciones y a la consecuente pérdida de libertad política»<sup>37</sup>. La corrupción implica una pérdida de interés por los asuntos públicos y una vuelta al *self-interest*. Considerando a su vez que quienes se ocupaban del comercio se desentendían de los asuntos públicos.

Como contraste en la naciente nueva actitud defendida por Hume y Smith, se defiende que es precisamente el comercio el que proporciona libertad, al poner las bases para una verdadera independencia económica y por tanto posibilitar la participación política. La idea de *polis* es reemplazada por la de educación (*politeness*) y el término *oikos* por el de economía. Los nuevos conceptos claves serán: sentimiento, simpatía, pasión, educación, gusto y transacción. Nuevos paradigmas reemplazan a los antiguos así: el ideal del hombre trabajador y comerciante (*Homo faber et mercator*), la división y especialización del trabajo con el consiguiente nuevo ideal de libertad y virtud, substituye al ideal del antiguo propietario de su tierra, su casa y sus armas, que identifica la virtud con la austeridad, al modo estoico. «There was an alternative ideal of liberty and virtue, in which property and specialization were protected by authority and law, more appropriate to the commercial stage of history and perhaps ranking higher in the human scale»<sup>38</sup>. No se da un criticismo de la aristocracia sino una reivindicación de ésta en su forma *whigh*. Frente al paradigma clásico que establecía una propiedad agraria, un neo-estoicismo y la idea de República (virtud contra corrupción), los *whigh* proponían *patronage*, crédito y el comercio. (Ya hemos señalado que aristocracia y burguesía no eran términos contradictorios).

Pocock pone en entredicho la idea de que la ideología del comercio deba su origen a la epistemología individualista de Hobbes y Locke. Los motivos que contribuyeron al desarrollo del comercio son de índole político-económica. Resulta claramente discutida la clásica tesis de Macpherson<sup>39</sup>.

---

Forbes ha creado una distinción entre dos tipos de *Whig*; *Vulgar Whig* y *Sceptical or scientific Whig*. Cfr. «Sceptical Whiggism, Commerce and Liberty». En *Essays on Adam Smith*, o.c. Hume y Smith pertenecerían a esta última categoría; ambos atacan a los *Whig* que utilizan la teoría del contrato de Locke para justificar la Revolución de 1688.

Se da una oposición entre el comercialismo propuesto por los *Whig* y los *Tory* o *Viejos Whig* que defienden un republicanismo neoclásico. Ya no se da la clásica oposición entre Corte (*Court*) y Campo (*Country*). Los *Tory* y *Viejos Whig* atacan a la oligarquía *Whig* porque ésta defiende un sistema de patronaje político, control del Parlamento y un incremento del comercio y el crédito público. Cfr. POCOCK, J.G.A. «Cambridge Paradigms and Scotch Philosophers». En *Wealth and Virtue*. p. 236.

37 ROBERTSON, B. *Wealth and Virtue*, p. 138.

38 POCOCK, J.G.A. p. 243.

39 Véase MACPHERSON, C. B. *The Political Theory of Possesive Individualism*. 1.<sup>a</sup> edición, 1962. Traducción española *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Editorial Fontanella, S. A. 1970. La ideología comercial como fundada sobre las frías, mecánicas filosofías de Hobbes, Locke, Newton y Hume. POCOCK, J.G.A. «Cambridge Paradigms and Scotch Philosophers». En *Wealth and Virtue*. p. 243.

El pensamiento social escocés apoya una teoría de la diversificación de la personalidad contra el ideal clásico de una personalidad unificada en la práctica de la virtud cívica. Pocock presenta a los escoceses creando una nueva ciencia de economía política contra el humanismo cívico o la política de un republicanismo clásico<sup>40</sup>. Por otra parte, los pensadores escoceses responden a la tradición de la jurisprudencia, con una nueva teoría modernizada de la ley natural en un intento de establecer los principios de la vida social mediante un descubrimiento empírico de los principios de la naturaleza humana; una ciencia del hombre y de la sociedad, fundamentada en la unidad de la naturaleza humana a través de la diversidad de la historia humana<sup>41</sup>.

El otro paradigma alternativo al del humanismo cívico considera el crecimiento del pensamiento social escocés en el siglo XVIII como una evolución dentro de la jurisprudencia civil que Escocia comparte con Europa y no con Inglaterra. Esto permite conectar a Escocia con toda la tradición del pensamiento europeo; Tomás de Aquino, Ockham, Suarez, Grotius, Hobbes, Locke, Pufendorf, Hume.

Pocock defiende que se pueden compaginar ambas tradiciones, a pesar de la discontinuidad de lenguaje entre *Civic Humanism* y *Civil Jurisprudence*. Mientras que los republicanos hablan de virtud (*virtus*), la jurisprudencia habla de derecho (*ius*). Pero la importante transformación será que la virtud, en un estricto sentido político, se convierte en una cualidad de las relaciones entre personas iguales en ciudadanía, y entre ellas y la república, *polis* o vida civil, que es la forma de esa igualdad, mediada por la propiedad como precondition de la virtud. La virtud no nace ahora de las relaciones entre personas, sino de la posesión, distribución y administración de cosas. La virtud de la justicia se define como dar a cada uno lo suyo, *suum cuique*, es decir de acuerdo con la propiedad. Cabe una interpretación en tensión, de oposición y otra de reconciliación en la que la virtud se compagina con el comercio y con el derecho. Algunos aspectos del pensamiento social escocés en el siglo XVIII continuarán respondiendo al paradigma del humanismo cívico, mientras que otros producen mejor resultado si se tratan bajo el paradigma de la jurisprudencia<sup>42</sup>.

#### TRADICION DE LA JURISPRUDENCIA NATURAL o *Natural Jurisprudence*

La principal idea es la insistencia en la existencia de libertad bajo un sistema legislativo, *liberty under the law*. Los pioneros de esta línea de pensamiento serían Hobbes, Pufendorf, Grotius, y Locke. Algunas de sus princi-

40 POCOCK, J.G.A p. 246.

41 Idem.

42 Idem. p. 249-250.



pales características son la existencia de un acuerdo o contrato para crear la ley y el gobierno, la necesidad de un orden social para crear el desarrollo del comercio, y la riqueza como principal objetivo a lograr en este proceso.

En el *Tratado de la naturaleza humana* de Hume podemos observar todos estos elementos: primero, la aparición de la justicia mediante *consent, contract o convention*, segundo, la creación de la ley y el gobierno, *law and government*, tercero, el desarrollo del comercio, y finalmente la riqueza o prosperidad económica<sup>43</sup>.

Del mismo modo Smith desarrolla este proceso, explicando de un modo original las cuatro etapas por las que atraviesa la humanidad, correspondientes a diversos grados de desarrollo económico; caza, pastoreo, agricultura y por último comercio. En Smith la aparición del comercio permite el establecimiento de la ley; aunque existe una estrecha interrelación y auto-implicación. A cada una de estas etapas corresponde un tipo de gobierno, sólo en el último es posible que la participación de los ciudadanos en la vida política se universalice. Smith en sus *Lectures on Jurisprudence* y *The Wealth of Nations* criticará seriamente la teoría del contrato social<sup>44</sup>. A pesar de las divergencias, esta crítica coincide en algunos puntos con la de Hume.

En el *Tratado*, Hume considera la idea de convención como esencial, aunque a su vez critique la teoría del contrato de Hobbes o Locke. Lo que Hume niega es la idea de basar el nacimiento del gobierno en el contrato, haciendo en su lugar de la utilidad el origen del gobierno. Pero esto no impide que exista cierto tipo de *acuerdo*<sup>45</sup>. Todavía en el *Enquiry* mantiene este principio, citando directamente a Grotius en el apéndice III, a pie de página<sup>46</sup>.

En los *Ensayos políticos* aunque la idea clásica de convención permanezca presente, ahora es considerada como una especie de compromiso, necesario sólo en la aparición del primer gobierno, y que desaparece posteriormente.

43 HUME, D. A. *Treatise of Human Nature*. Editado por L. A. Selby-Bigge y revisado por P. H. Nidditch. Oxford university Press. 1987. 2.<sup>a</sup> edición. Y *Of Civil Liberty* en *Essays*.

44 SMITH, A. LJ. V. 112.

45 Sobre este punto véase mi artículo, *Revolution, Freedom and Law on David Hume*. Aberdeen University Press, Vol, (1990). En prensa.

46 HUME, D. *Enquiries Concerning the Principles of Moral*. Editado por L.A. Selby-Bigge y revisado por P.H. Nidditch. Oxford University Press. 1988. App, III, 258. Cfr. MONTÓYA, J. «Hume y la teoría del contrato». *Quaderns de Filosofia i Ciència*, n.º 9/10, (1986), pp. 425-432.

Mientras que en Smith el origen del gobierno se debe claramente a dos factores; utilidad y autoridad [LJ(A), iv, 1-74 y LJ(B), 18-36], en Hume existen tres elementos; convención, utilidad y autoridad. En una primera etapa los individuos se unen, hacen una promesa, escogen magistrados, determinan su poder y les prometen obediencia, motivados por *private interest*. En una segunda etapa, basta el interés público (*public interest*), y por último en *Of the objects of allegiance*, Hume establece cinco fuentes de autoridad, *long-possession, present, possession, conquest, sucession, positive laws* (T, p. 556, 557, 558, 559, 561, respectivamente). T, p. 542; «At first grafted on the obligation of promises, and be for some time supported by that obligation, yet it quickly takes roots of itself, and has and original obligation and authority, independent of all contracts» Y T, p. 562; «Where the public good does not evidently demand a changer; tis certain, that the concurrence of all those titles; original contract, long possession, present possession, sucession, and positive laws». Aquí introduce la idea de contrato en lugar de la de conquista.

La novedad de los *Ensayos* es que Hume desarrolla la idea de la importancia del comercio, estableciendo una interrelación entre comercio y libertad, como lo hará Smith más tarde, y acentúa la influencia del progreso económico en el incremento de libertad política.

En el nuevo paradigma presentado por Hume y Smith, en parte derivado de la jurisprudencia, la necesidad del gobierno y la necesidad de participar en la vida pública viene dada por la necesidad de proteger la propiedad.

Para Hume es prioritario el interés privado sobre el público. De ahí que el gobierno deba velar en primer lugar por la seguridad del individuo y de su propiedad, salvaguardando su personal libertad<sup>47</sup>. Evidentemente este planteamiento difiere de la idea del humanismo cívico que proponía como propio de la virtud cívica el logro del bien común. En Hume se da un cambio con respecto al concepto de la virtud cívica (*civic virtue*).

#### COMERCIO Y LIBERTAD

La visión que tanto Hume como Smith tienen del comercio se aproxima más a la tradición de la jurisprudencia, separándose totalmente del paradigma del humanismo cívico. La visión de una sociedad comercial y la idea de libertad política en Smith, según Harpham están en contra de la *civic humanism tradition*<sup>48</sup>.

Aunque el humanismo cívico perseguía el ideal de libertad, éste se entendía como preocupación por lo público, convirtiéndose a su vez en virtud. Este concepto de virtud, se ve en contraposición con la idea de riqueza y con el desarrollo del comercio. Aunque Hume y Smith contemplan la idea de una libertad bajo la ley, esto no les impide compaginar los binomios riqueza-virtud (*wealth-virtue*), promoviendo el ejercicio de la virtud en una sociedad comercial. Hume contribuye a un gran cambio de mentalidad, destacando que comercio, virtud y libertad no sólo son compatibles sino que se autoimplican. Smith no trata de justificarlo, lo toma como algo ya demostrado. Acepta el concepto de Hume y lo aplica a su teoría económica. Así se entiende la relación que existe entre las dos obras de Smith, *The Theory of Moral sentiments* y *The Wealth of Nations*, tema que ha originado numerosas controversias, tan sólo recientemente resueltas. El tratamiento de la virtud y el de la riqueza están claramente entrelazados (*virtue and wealth*) en *La teoría de los sentimientos morales* y *La riqueza de las naciones*.

La consecuencia de la aparición de seguridad y libertad originadas por el comercio, contribuye a la destrucción del feudalismo. Anteriormente a la aparición de la sociedad comercial, la sociedad estaba dividida en dos

47 ROBERTSON, B. «Scottish Economy Beyond the Civic Tradition: Government and Economic Development in the *Wealth of Nations*». p. 454.

48 Cfr. HARPHAM, E. J. «Liberalism, Civic Humanism and the Case of Adam Smith».



clases; los labradores (*farmers*) y los propietarios de tierras (*landowners*). Los primeros dependían a todos los efectos de los segundos, pero esta sujeción y dependencia se rompe cuando, debido a la creación de la sociedad comercial, aparece la división del trabajo. Los agricultores se convierten en poseedores de sus propias tierras y aumenta su independencia y libertad. Así el comercio destruye el poder de los antiguos propietarios de tierras.

Este cambio es esencial a ojos de Hume y Smith ya que la libertad política requiere un clima de seguridad y la seguridad depende en gran parte de la propiedad, *security means property*. Hume destaca el papel que el comercio juega en la aparición de seguridad, libertad, propiedad y de las instituciones políticas; «When law and government are established then liberty and security are possible».

Según Harpham, Smith está en contra de pensamiento del humanismo cívico del siglo XVII y XVIII en los siguientes aspectos: Primero, en su visión de la sociedad comercial; segundo *what holds its together*; tercero, *his insight into what threatens to undermine*; cuarto la cuestión de las relaciones entre comercio y libertad; quinto el problema de una mano de obra deshumanizada; sexto, *public debt issue*; séptimo, la controversia sobre una *standing army*, a diferencia de la defensa de la milicia, típica de la tradición del humanismo cívico<sup>49</sup>.

Smith mismo sostiene que Hume era el primer escritor moderno que había entendido las relaciones entre comercio y libertad. Hume disiente en este punto de las ideas del humanismo cívico: El interés de Hume en el comercio estaba motivado por una perspectiva filosófica, como es la de demostrar que el comercio había promovido, en lugar de minar, la libertad en el mundo moderno. La noción de libertad que se encuentra en los escritos políticos y económicos de Hume está en contra de la actitud del humanismo cívico. Para Smith y Hume, el comercio y las manufacturas hacen al ciudadano libre del sistema feudal, aunque esto no lleva consigo necesariamente la creación de las condiciones económicas necesarias para participar en la actividad política. Es más bien un pre-requisito. El mercado libera al individuo de la inmediata esclavitud personal, pero no le hace ni autónomo, ni un ciudadano independiente<sup>50</sup>.

La originalidad de Smith se presenta en varios aspectos; uno de ellos en su crítica al mercantilismo con la consiguiente defensa del comercio ex-

49 Idem. La diferente concepción sobre la defensa basada en la milicia o en un ejército profesional es uno de los puntos claves que separa a los republicanos de la tradición de la jurisprudencia. Según los primeros todos los ciudadanos deberían de estar preparados para ir a la guerra, constituyendo el cultivo de las virtudes marciales una de las principales obligaciones del *ciudadano*. Para los segundos, la defensa del país debe estar en manos de un ejército profesional, mantenido económicamente por los demás ciudadanos. Esta es la idea de Smith, quien considera que en una sociedad comercial, los ciudadanos no tienen tiempo para enfrentarse para la guerra y es preferible que esta misión sea llevada a cabo por una *standing army*, es decir, un ejército profesional. Esta es una de las consecuencias, entre otras, de la división del trabajo.

50 Cfr. HARPAM, E.J. o.c.p. 766.

terior e intercambio. La política del sistema mercantilista consistía en promover la exportación y prohibir la importación. Smith considera antinatural invertir capital en el comercio extranjero, en lugar de mejorar el propio país. Esto hacía que el comercio exterior fuera el sector más improductivo dentro de la economía<sup>51</sup>.

Como conclusión diremos que para Hume y Smith el comercio es una precondition para la virtud<sup>52</sup>.

#### UNA INSUFICIENTE FUNDAMENTACION DEL DERECHO A LA PARTICIPACION POLITICA

En estas últimas líneas quiero destacar lo que según mi modo de ver es el talón de Aquiles de las teorías de Hume y Smith hasta aquí expuestas; en primer lugar considero insuficiente hacer depender el derecho a participar en la vida política del derecho de propiedad y en segundo lugar Hume y Smith hacen de la propiedad tal derecho inalienable que excluyen de él la obligación de la distribución. En este segundo aspecto comparto la interpretación de Istvan Hont y Michael Ignatieff en su artículo «Needs and justice in the *Wealth of Nations*: an introductory essay»<sup>53</sup>.

Hume y Smith vieron con razón que el derecho a participar en la vida política debía ser universal y extendido a todos. Como ha quedado claro en la exposición de su razonamiento, pensaron que el logro de este derecho dependía de la propiedad. Según los mencionados autores, extendiendo la propiedad, se hace posible el derecho a la participación en la vida política. En mi opinión este planteamiento nace con un defecto de base. Por una parte por supuesto que estoy de acuerdo en que el derecho a la propiedad, es un derecho que debe ser respetado, y que hay que perseguir su efectiva realización, pasando del nivel teórico al nivel empírico. Pero, a su vez mantengo que la libertad política es un derecho independiente del primero y que debe poder ejercitarse con independencia del primero. Por otra parte, la igualdad de derechos no puede reducirse a una igualdad económica por-

51 Algunos intérpretes han querido ver en Adam Smith un defensor del *laissez-faire*, y de una economía propia del liberalismo, precisamente por su oposición al mercantilismo, sin embargo en la última década, se ha insistido en la idea de que Smith tenía un programa moral y político, que no ha sido suficientemente destacado. El descubrimiento y publicación de las *Lectures on Jurisprudence*, inéditas hasta 1978, han sido una de las principales causas de este cambio en la interpretación del sistema de Smith.

52 Podemos resumir el cambio de paradigma del siguiente modo;

	Wealth	Virtue	
17 century;	Land	Civic Virtue	Liberty
Hume y Smith;	Commerce	Virtues	Liberty

53 HONT, I and IGNATIEFF, M. «Needs and justice in the *Wealth of Nations*: an introductory essay». En *Wealth and Virtue. The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*. Cambridge. Cambridge University Press. 1983, pp. 1-44 y HONT, I. «The 'Rich country-poor country' debate in Scottish classical political economy». Idem. pp. 271-316.



que el derecho a la propiedad es un derecho más, pero no previo a los otros derechos, sino paralelo. Si mantenemos el razonamiento de Hume y Smith, hacemos de la igualdad política una utopía. El silogismo sería el siguiente: la igualdad política depende de la igualdad económica, si la última es irrealizable, también lo será la primera. Se me puede objetar aquí que Hume y Smith no hablaron de igualdad económica, sino de independencia económica; adelantándome a ello, diré que la lógica del razonamiento no cambia. En definitiva la libertad política no puede depender de la independencia económica. Tanto los individuos como los pueblos tienen derecho a la participación política, con independencia de su situación económica. Por ejemplo, cualquier país conserva su derecho a la autogestión política, con independencia de su grado de desarrollo económico. Si efectivamente la verdadera igualdad económica es en muchos casos una utopía, el derecho a la libertad política puede no serlo si se desliga del primero.

Como bien criticó Reid<sup>54</sup>, Hume reduce todos los derechos al derecho de propiedad, no sólo porque éste sea el primero, sino porque parece ser el único. Otra vez insistiré en que los derechos, incluido el derecho a la participación política, no aparecen con la propiedad, sino que son previos o simultáneos a la existencia de ésta.

Además la afirmación de que el origen del estado se cifra en la protección de la propiedad así como el admitir que en algún punto inicial de la historia no existió propiedad privada son presupuesto que los Hume y Smith admiten sin previa discusión. La función esencial del gobierno es proteger la propiedad de la indignación de los pobres; «Sólo bajo el establecimiento de un magistrado civil, el poseedor de una propiedad valiosa, que es adquirida con el trabajo de muchos años, o quizá con el de sucesivas generaciones, puede dormir una sola noche con seguridad»<sup>55</sup>.

El segundo punto de crítica, derivado en cierto modo del primero, es que la posición de Smith excluye la 'justicia distributiva' de las funciones propias de un gobierno en una sociedad de mercado<sup>56</sup>. Smith insiste en que la única función propia de la justicia es la conmutativa. La justicia distributiva no está en los dominios de la ley, sino en los de la moralidad. El programa de lograr la igualdad queda desplazado al campo de la caridad

54 Cfr. REID, T. *The Works of Thomas Reid*. 6.<sup>a</sup> edición. Edinburgh 1863. Vol II. *The Active Powers of Man. Of Justice*.

55 SMITH, A. WN, V. i. b. 2.

56 HONT, I and IGNATIEFF, M. «Needs and justice in the *Wealth of Nations*: an introductory essay». p. 24. Y p. 25; «Pero aún negando que la necesidad de los pobres constituya un reclamo del derecho contra la propiedad del rico, Smith no excluye de su economía política la cuestión de la justicia. Al contrario transpasa la cuestión desde el terreno de la jurisprudencia y de la teoría política al de la economía política, usando un modelo natural para demostrar que aumentando la productividad de la economía, la sociedad comercial podría proveer adecuadamente a las necesidades del asalariado, *wage-earner*, sin tener que recurrir a ninguna forma de redistribución en la propiedad de los particulares. La antinomia entre necesidades y derechos desaparecería con el crecimiento de la libertad natural».

y no al de la economía. Smith distingue entre dos tipos de economía; una economía política y una economía moral. Hume y Smith trasladan de la primera a la segunda la obligación por lograr la equidad. Así el sistema de Smith es un programa para justificar la desigualdad que se crea en una sociedad comercial.

Siguiendo en su análisis a Stvan Hont y Michael Ignatieff, digamos que el punto clave que proporciona a Smith su justificación se halla en la distinción que establece entre;

PERFECT RIGHTS > > > > > > PRIVATE PROPERTY

IMPERFECT OBLIGATION > > > > > > CHARITY AND MORAL DUTY

Según el sistema ético-económico de Hume y Smith, basta con respetar la propiedad para cumplir con la obligación legal, no existe obligación de distribuir la propiedad. El pago de las tasas y de los impuestos está justificado por *self-interest*. En las anteriores concepciones, la justicia distributiva pertenecía al ámbito del derecho, es decir era una obligación y no una opción.

A la hora de establecer las reglas para la distribución de la propiedad, Smith distingue entre 'perfect rights' como el derecho a la propiedad que debe ser reforzado por la ley, e 'imperfect obligations', como la caridad, que es una obligación moral que no posee un respaldo legal. Esta distinción entre justicia y benevolencia tiene como consecuencia el negar que los pobres tengan un perfecto derecho a la caridad de los ricos. Esta idea es claramente una de las injusticias que se derivan del sistema de Smith y Hume.

La justicia distributiva es una parte necesaria de la justicia que no puede quedar relegada a la benevolencia. Hume y Smith consideran como parte de la virtud de la benevolencia aspectos que pertenecen a la justicia. Si los seres humanos hubieran sido dotados de una ilimitada generosidad y benevolencia hacia sus semejantes, la institución de la propiedad no hubiera sido necesaria. Pero debido a la limitada benevolencia humana, junto con una natural escasez, fue necesaria la creación de las leyes de propiedad. Esta es una de las razones por las que ambos piensan que la justicia podría no haber sido necesaria. Punto que fue también criticado ampliamente por su contemporáneo Thomas Reid<sup>57</sup>.

Para finalizar recurriré a la gráfica descripción de Hont e Ignatieff, según la cual para Smith, la ley no nos puede obligar a ser benevolentes, la benevolencia se debe ejercitar libremente porque sino no sería una virtud. El campo propio de la justicia es el *suum cuique*, a cada uno lo suyo, como las reglas de propiedad. Estas reglas son necesarias para el mantenimiento de la sociedad, como la benevolencia lo es para la existencia de amor y afectación por los otros en una sociedad comercial o de mercado. Smith, como Hume, cree que en una sociedad comercial la piedad y compasión hacia

57 REID, T. o.c.



el desafortunado proporciona naturales motivos para la acción. Es a estos sentimientos a los que hay que acudir para remediar la necesidad del pobre. La finalidad del análisis de *La riqueza de las naciones* fue el intento de demostrar que estimulando la producción agraria en un sistema competitivo de mercado, la adecuada asistencia a la clase trabajadora dejará de ser un asunto tanto de benevolencia como de drástica justicia en casos de grave necesidad. Ni la generosidad de los particulares, ni la intervención del magistrado será requerida<sup>58</sup>.

El hecho de fundamentar los derechos en la propiedad, resulta insuficiente, a pesar de haberse ampliado el concepto de libertad. El derecho a la participación en la vida pública no puede estar fundamentado en la independencia económica. Aunque indudablemente sea ésta una de las metas que debe proponerse el estado en general y cada individuo en particular.

---

58 HONT, I and IGNATIEFF, M. «Needs and justice in the *Wealth of Nations*: an introductory essay». p. 24.





## Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud

Por ANGELA APARISI MIRALLES

Valencia

¿Puede decirse que es justo esclavizar a un hombre por ser negro? ¿El pelo corto y ondeado como la lana en lugar del pelo de cristiano... favorecerá ese argumento? ¿Puede extraerse alguna deducción lógica de una nariz chata, de una cara larga o corta? Nada mejor puede decirse a favor de un comercio que es la más agravante violación de la ley de la naturaleza, que tiende directamente a disminuir el concepto del inestimable valor de la libertad y convierte a cada traficante en un tirano...

James Otis, 1764.

### I. INTRODUCCIÓN

Dentro del estudio de la Revolución americana y de la Declaración de Independencia de 1776 ofrece un especial interés el tratamiento del tema de la igualdad aplicada a la situación histórica concreta de la esclavitud de la raza negra en Norteamérica. Como se tratará de mostrar, esta cuestión encierra una de las mayores contradicciones entre la realidad vivida y mantenida, y el texto de una de las más importantes Declaraciones de derechos, entre lo manifestado como verdad evidente por sí misma, y la verdadera actitud de la sociedad.

Dada la amplitud del tema que se pretende desarrollar y la gran variedad de enfoques que éste puede adquirir, se centrará la cuestión en el especial punto de vista de Thomas Jefferson sobre el referido problema. Se justifica la elección en razón de que fue él quien, en 1776, recibió la asignación de la tarea de redactar el borrador de una Declaración formal de Independencia de Gran Bretaña. En junio de 1776 encabezó el comité formado por John Adams, Dr. Franklin, Roger Sherman y Robert D. Livingstone, al cual se encomendó la elaboración del citado texto. A pesar de ser el más joven, se le asignó la tarea de redactar el documento por razones políticas, y

porque tenía reconocido un «peculiar acierto de expresión»<sup>1</sup>. Tras un debate en el Congreso, frase por frase, se excluyeron algunos pasajes en los que las censuras al pueblo de Inglaterra aparecían más duras y, en relación al tema de nuestro estudio, se eliminó la cláusula que enérgicamente reprobaba la esclavitud de los habitantes de Africa, «cediendo a Carolina del Sur y Georgia, que nunca habían intentado reprimir la importación de esclavos y, por el contrario, deseaban continuarla»<sup>2</sup>. No por ello la Declaración deja de ser casi completamente obra de Jefferson y, por lo tanto, plasmación de su pensamiento político.

La persona de Thomas Jefferson se convirtió, sobre todo a raíz de la redacción de la Declaración de Independencia Americana de 1776, en todo un símbolo político. El pueblo americano lo honró como al máximo exponente de la libertad. El propio presidente Franklin Roosevelt, en un discurso pronunciado en 1943, lo llamó «apóstol de la libertad» y continuaba afirmando que:

Le juzgamos por la aplicación de su filosofía a las circunstancias de su vida. Pero, al hacer tal aplicación, llegamos a entender que su vida fue entregada en aras de aquellos valores más profundos, que persisten a través de todos los tiempos»<sup>3</sup>.

Criticado y exaltado, no puede negarse que, entre los fundadores de la nación, era de los que más profundamente se había comprometido con el destino de la democracia americana<sup>4</sup>, y así ha llegado a nuestros días. Queda por demostrar si las afirmaciones de Roosevelt coinciden exactamente con la realidad histórica.

El mismo Jefferson fue consciente en su época de la importancia del documento que redactaba, ya que lo incluyó como una de las tres obras que deseó se recogieran en su epitafio:

«Aquí fue enterrado  
Thomas Jefferson  
Autor de la Declaración de Independencia americana,  
del Estatuto de Virginia para la libertad religiosa  
y padre de la Universidad de Virginia»<sup>5</sup>

La elaboración del Estatuto de Virginia para la libertad religiosa fue la plasmación en un documento político de una de las mayores aspiraciones

1. PETERSON, Merril,, «Thomas Jefferson: Resumen Biográfico», en Lally Weymouth, *Thomas Jefferson, el hombre... su mundo... su influencia*, trad. J.B. Zimmermann, edit. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 21. Jefferson, «Autobiografía», en *Biografía y otros estudios*, trad. A. Escotado y M. Saenz de Heredia, edit. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 21.

2. Jefferson, «Autobiografía», en *Autobiografía y otros estudios*, op. cit., pág. 23;

3. Discurso pronunciado en la ceremonia de la entrega del mausoleo construido por la nación americana, en Leonard Levy, «Jefferson como libertario cívico», en *Thomas Jefferson, el hombre... su mundo... su influencia...*, en op. cit., pág. 225.

4. Merril Peterson, «Thomas Jefferson: resumen biográfico» en *Jefferson, el hombre... su mundo... su influencia*, op. cit. pág. 15.

5. Citado en Fleming, T., *The Man From Monticello*, William Morrow and Company, Inc., New York, 1969, pág. 385.



de Jefferson. En este punto, libertad religiosa y separación Iglesia-Estado, toda su vida mantuvo una estricta coherencia con las ideas que proclamaba<sup>6</sup>. También ocurrió lo mismo con su confianza ilimitada en la educación, lo que le llevó a fundar la Universidad de Virginia, de lo cual siempre se sintió muy orgulloso. Queda por demostrar si tal coherencia también se predicó de los principios de libertad e igualdad humanas proclamados en la Declaración de Independencia como verdades evidentes en sí mismas. Mientras que la Declaración y, sobre todo en su redacción original, condena exhaustivamente el trato otorgado a los negros, el cual entiende que lesiona el principio de igualdad y los derechos a la vida y a la libertad, algunos aspectos de su vida y, sobre todo, otros escritos, parecen contradecir, si no el derecho a la libertad, sí el principio de igualdad. Dado que sus manifestaciones en la Declaración de Independencia no son el único camino para acceder al conocimiento de sus ideas acerca del problema de los derechos de los negros, tras realizar un breve repaso al citado documento y a sus fundamentos básicos, acudiremos a algunos de sus escritos. De este modo se podrá comprobar la existencia de verdaderas contradicciones en sus planteamientos teóricos, sobre todo en el punto relativo a la igualdad esencial de todos los seres humanos.

## II. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA Y LOS DERECHOS DEL HOMBRE

La Declaración de Independencia americana de 1776, que perseguía manifestar a Inglaterra y al resto del mundo, las causas que impulsaban a los Norteamericanos a separarse del Parlamento inglés, se convirtió en una verdadera encarnación de los derechos inalienables del hombre, adelantándose a la Declaración de derechos francesa de 1789 e incluso impulsándola<sup>7</sup>.

El texto de la Declaración se apoya en dos pilares fundamentales: la idea de convenio o pacto como acto fundador de las sociedades y la noción de derechos del hombre. En el sistema político-filosófico de la Declaración, la preservación de la natural igualdad y de los derechos naturales es el fin de todo gobierno, de modo que éste, legitimado por el consenso, no se justifica

6. Vid. «Proyecto de Ley para el Establecimiento de la Libertad Religiosa» (1779), «Notas sobre religión» (1776) «Carta de fecha 13 de marzo de 1815», en Pancake, John S., *Thomas Jefferson, Revolucionario & Filósofo*, trad. M. Vazquez Alonso, Ediciones 29, 1987, Barcelona. Vid. tb. LEVY, L., «Jefferson como libertario cívico», en op. cit., pág. 210 y ss. y KOCH, A., *The Philosophy of Thomas Jefferson*, Columbia University Press, New York, 1943, pág. 7 y 23 y ss.

7. Señala el propio Jefferson que «parece haber sido la revolución americana lo que primero despertó de modo general a la parte pensante de la nación francesa del sueño despótico donde se hallaba sumida...» (Jefferson, «Autobiografía», en *Autobiografía y otros estudios*, op. cit., pág. 76). No cabe, sin embargo, en este punto desdeñar la opinión de Jellinek con respecto a la Declaración de Independencia Americana y a la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776. El citado autor sostiene que la primera y verdadera Declaración de Derechos es la de Virginia, y que fue ésta, y no la redactada por Jefferson, el modelo de la de 1789 (Jellinek, Jorge, *La Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*, trad. A. Posada a la segunda edición alemana, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1908).

en sí mismo, sino sólo asegurando la permanencia de los derechos. Dejando de lado el primer punto, relativo al origen contractual del gobierno, para un posterior trabajo, procede centrar la atención en el segundo de los mencionados, el reconocimiento de los derechos del hombre.

La Declaración de Independencia manifiesta considerar como algo evidente en sí mismo («selfvident») que todos los hombres son creados iguales, poseyendo una serie de derechos inherentes a su naturaleza humana. La existencia de estos derechos es previa a las relaciones sociales, políticas y jurídicas inherentes a todo hombre. Las expresiones «every individual», «all mankind» o «every member of society» son los sustantivos a los que se aplica todo el sistema de derechos, destacando entre ellos la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Además, el texto contiene referencias a otros derechos: el de autogobierno, al afirmar la posibilidad de alterar, abolir, e instituir un nuevo gobierno en el supuesto de que el constituido ponga en peligro los derechos fundamentales del hombre, el derecho a voto, el derecho a la inmigración y emigración, al sometimiento a una jurisdicción propia y a un juicio con jurado, a un libre comercio, el derecho a que la propiedad no sea incautada ni confiscada, etc...

Es interesante hacer notar que la plasmación en un documento político de una serie de derechos fundamentales, que el Estado debía reconocer y asegurar, no se halla en parte alguna antes de la Revolución americana<sup>8</sup>. Existe una separación abismal entre la Declaración de Independencia Americana de 1776 y cualquier Ley inglesa. Estas no reconocían un derecho eterno, natural, sólo aquellos que provenían de las generaciones pasadas, los derechos del pueblo inglés. En la Magna Charta y en el Bill of Rights de 1689, como su mismo nombre indica, nos hallamos ante concesiones de derechos, restricciones impuestas a la corona<sup>9</sup>.

Por el contrario, la Declaración de Independencia proclama principios directamente extraídos de la naturaleza humana, aplicables a todos los hombres, cualquiera que sea su nacionalidad o época en la que se desarrolle su existencia. Jefferson alude a «...los derechos que Dios y las leyes han otorgado igual e independientemente a todos»<sup>10</sup>. No se trata de las Leyes del Imperio Británico, ni tampoco las de la historia, sino que son las leyes de la naturaleza las que dan derecho a los norteamericanos a exigir igualdad y libertad. Tales derechos no son en absoluto regalos de su primer magistrado. Se trata de un modo distinto de enfocar la relación individuo-Estado. Si antes de la revolución americana encontramos límites al poder del soberano, éstos son ahora derechos positivos de todo ser humano, no dimanantes de ningún tipo de concesión. Se confirma algo ya preexistente, todo un sistema de derechos que se encuentra por encima del legislador ordinario.

8. Jellinek, Jorge, *La Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*, op. cit., pág. 175.

9. JELLINEK, Jorge, op. cit., pág. 58.

10. JEFFERSON, «Visión sucinta de los derechos de la América británica», en *Autobiografía y otros escritos*, op. cit., pág. 301.



Tales ideas no eran novedosas. Se encontraban ya en la sociedad cuando Jefferson las plasmó y él mismo afirma que no consultó ni libros ni panfletos y que toda la autoridad de la Declaración «descansa en los sentimientos armonizados de la época, expresados, bien en conversaciones, bien en cartas, ensayos impresos, o en los tratados fundamentales de Derecho público...»<sup>11</sup>.

La misma Declaración de Independencia comienza manifestando que la igualdad humana, al igual que la libertad, son verdades evidentes en sí mismas. En concreto, la igualdad aparece en primer lugar, adelantándose al derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. La Declaración de Independencia, además, en su redacción original, contenía un párrafo muy ilustrativo sobre la posición de Jefferson en relación al problema de los negros... Este párrafo fue suprimido en la aprobación final por el Congreso, cediendo ante las posiciones de Carolina del Sur y de Georgia. En el texto suprimido se establecía que Gran Bretaña:

«Ha declarado cruel guerra a la misma naturaleza humana, *violando sus más sagrados derechos a la vida y a la libertad* en las personas de distantes gentes que jamás la habían ofendido, capturándolas y conduciéndolas a otro hemisferio para someterlas a esclavitud o haciéndolas sufrir la más miserable de las muertes durante su transporte hacia aquí. Esta guerra pirática, oprobio de las potencias INFIELES es la guerra del rey CRISTIANO de Gran Bretaña. Resuelto a mantener abierto un mercado donde se compran y venden hombres, ha prostituido su derecho de veto reprimiendo toda iniciativa legislativa encaminada a prohibir o restringir tan execrable comercio. Y para que semejante cúmulo de horrores no carezca de rasgo distintivo alguno, ahora incita a esas mismas gentes a alzarse en armas contra nosotros, comprando la libertad que él les robó con el asesinato del pueblo a quien les impuso, y redimiendo así los crímenes que antes cometió contra las LIBERTADES de un pueblo, instándole a cometer crímenes contra la VIDA de otro»<sup>12</sup>.

La repulsa hacia la esclavitud se inscribía dentro de la lógica de todo el pensamiento revolucionario. La esclavitud era el principal mal político, el mal por antonomasia. Para los norteamericanos suponía «esclavitud» la posición que ellos mismos ocupaban con respecto a las tiranías de Gran Bretaña. John Dickinson escribía: «A nosotros se nos cobran impuestos sin nuestro consentimiento otorgado por nosotros o por nuestros representantes. Somos, por lo tanto... ESCLAVOS»<sup>13</sup>. Y John Adams matizaba: «la más despreciable clase de esclavos»<sup>14</sup>. El mismo Jefferson también afirmaba que «...una serie de opresiones, iniciadas en un período determinado y continuadas inalterablemente durante sucesivos cambios de ministerios evidencian con claridad meridiana un plan deliberado y sistemático para reducirnos a la esclavitud»<sup>15</sup>. En el mismo sentido, un editorialista del «New York Evening

11. Carta de Thomas Jefferson a Henry Lee (8 de mayo de 1925) en Jefferson, T., *autobiografía y otros escritos*, op. cit., pág. 772.

12. Las mayúsculas pertenecen a la redacción original de JEFFERSON, las palabras en negrita son del autor de este trabajo. El texto está extraído de JEFFERSON, T., «Autobiografía», en *Autobiografía y otros escritos*, op. cit., pág. 26.

13. DICKINSON, J., «Letter from a Farmer in Pennsylvania», en Morison, S.E., *Sources and Documents illustrating the American Revolution, 1764-1788*, Oxford University Press, 1977, pág. 34.

14. ADAMS, John, «Novanglus» en Morison, S.E., *sources and documents illustrating the American revolution*, op. cit.

15. JEFFERSON, Th., «Visión sucinta de los derechos de la América Británica», en *Autobiografía y otros escritos*, op. cit., pág. 307.

Post», el 16 de noviembre de 1747 afirmaba que la «esclavitud» consistía en «una fuerza ejercida sobre la naturaleza humana y por medio de la cual un hombre es obligado a actuar, o a no actuar según la arbitraria voluntad y complacencia de otro hombre»<sup>16</sup>.

Sin embargo, en la Norteamérica de la época prerrevolucionaria no toda clase de esclavitud era considerada como tal por la mayoría de los ciudadanos. En principio, tal término sólo se aplicó a la falta de libertad en el ámbito político. En el período prerrevolucionario la aceptación de la situación de esclavitud a la que se veían sometidos los negros africanos eran raramente discutida. Fue con la incubación de las ideas que impulsaron la revolución cuando surgió el tema y sólo algunas voces críticas se hicieron notar. Cuando la controversia alcanzó sus cotas más altas y las relaciones con Inglaterra se hicieron insostenibles, algunos autores de la época plasmaron en sus escritos la terrible incongruencia existente: por un lado la demanda de libertades políticas, por otro el mantenimiento de la institución de la esclavitud. Realmente, en un contexto de lucha por la libertad, aceptar la servidumbre de la raza negra era la más absurda de las incoherencias. No podía por un lado admitirse, como afirmaba Stephen Hopkins, que «La Libertad es el mayor bien del que el hombre puede disfrutar y la esclavitud la situación más degradante para la naturaleza humana»<sup>17</sup>, y por otro obviar el tema de los negros. Si se definía la imposición de tributos sin representación como una forma de esclavitud y se luchaba decididamente por los ideales de la libertad, no cabía eludir el tema del tráfico y explotación de seres humanos. Como señala Bailyn «la identificación entre la causa de las colonias y la de los negros condenados a la servidumbre llegó a ser ineludible»<sup>18</sup>.

Sin embargo, para la mayoría los intereses económicos de la época justificaban un abierto contraste entre lo que los colonos reclamaban para sí y lo que imponían a otros semejantes. Era evidente que la economía, sobre todo en el Sur, estaba basada en el trabajo de los negros. Abolir la institución podía suponer incluso la ruina de muchos propietarios. Ante esta tesitura algunos recurrían al conocido e insuficiente argumento de Locke, quien entendía que la esclavitud no causaba perjuicio alguno a aquel que, por su propia culpa y mediante un acto merecedor de la pena de muerte, había perdido el derecho a su propia vida y había sido perdonado por sus captores<sup>19</sup>. La argumentación que sostenía que los esclavos negros habían perdido el derecho a su vida en Africa era realmente burda. Sin embargo, aún

16. New York Evening Post, 16 noviembre, 1747, citado por Bailyn, B., los orígenes ideológicos de la Revolución Norteamericana, trad. A. Vanaslo, edit. Paidós, 1972, pág. 215.

17. HOPKINS, S., «The Rights of Colonies Examined» in Hyneman, Ch. S.; Lutz D. S., *American Political Writing during the Founding Era, 1760-1805*, Volume I, Liberty Press, Indianapolis, 1983, pág. 45.

18. BAILYN, B., *Pamphlets of the American Revolution*, general introduction, volume I, the Belkna P. Press of Harvard university Press, Cambridge, Massachusetts, 1965, pág. 142.

19. LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, trad. A. Lázaro, edit. Aguilar, pág 20.



entre los habitantes de Virginia más ilustrados, pocos deseaban manifestar, como Jefferson, que los derechos humanos se hallaban «profundamente lesionados por esta infame práctica» y «que la abolición de la esclavitud doméstica es el gran objetivo anhelado en estas colonias, en las que fue lamentablemente introducida en su temprana edad»<sup>20</sup>. Para muchos, los sentimientos contrarios a la esclavitud eran derivaciones que se alejaban del pensamiento revolucionario, algo ajeno a éste.

Pero poco a poco, la necesaria conexión entre libertad frente a Inglaterra y libertad de la raza negra se fue estableciendo. En las colonias del Norte y del centro se hicieron oír, cada vez más, argumentos en contra de la esclavitud. James Otis, en 1764 en su conocido panfleto «Rights of the British Colonies» desarrolla la idea de que todos los hombres, y concreta, «blancos y negros», por ley natural «nacen libres»<sup>21</sup>. Samuel Cooke, en el sermón que pronunció con motivo de las elecciones de Massachusetts, en 1770 afirmaba que al tolerar la esclavitud de los negros «nosotros, defensores de la libertad, hemos infamado el nombre de cristianos y rebajado la naturaleza humana casi hasta el nivel de las bestias sin alma» y, tras señalar que «Dios no distinguía a unos hombres de otros» pedía a la asamblea de los dirigentes de Massachusetts que tomaran iniciativas en esta causa contra los oprimidos, tan afín a su propia causa más inmediata<sup>22</sup>.

### III. JEFFERSON Y LA ESCLAVITUD

Respecto a la opinión de Jefferson sobre el punto que nos ocupa, la esclavitud y los derechos de los ciudadanos negros, vamos a distinguir el tratamiento del tema de la igualdad del de la libertad, ilustrando acerca de sus aportaciones prácticas al problema.

a) *Jefferson y el derecho a la libertad.* Ya se ha reseñado el párrafo de la Declaración de Independencia contra la servidumbre de los negros y el comercio de esclavos, el cual fue suprimido tras su paso por el Congreso. Evidentemente en el mismo caben pocas dudas sobre el sentido de las expresiones utilizadas. Se trata de una dura condena a la esclavitud y a la negación de la libertad de los negros. En este punto podemos señalar que Jefferson siempre condenó la esclavitud como institución. De acuerdo con las ideas de la Ilustración, la consideró como una violación del orden natural de las cosas —«Todas las relaciones entre dueño y esclavo constituyen un perma-

20. JEFFERSON, Th., en «Visión sucinta de los derechos de la América Británica» en op. cit., pág. 313.

21. OTIS, James, «Right of the British Colonies», en *The Annals of America*, The Bicentennial Edition, Volume 2, 1755-1783, Encyclopedia Britannica, Inc. pág. 107.

22. COOKE, S., «A sermon Preached at Cambridge», Boston, 1770, en Bailyn, B., op. cit., pág. 219.

nente ejercicio de las más violentas pasiones, del más cruel despotismo de una parte y de sumisiones degradantes por la otra»—<sup>23</sup>, y de los derechos de la naturaleza humana —...«profundamente heridos por tan infame práctica»—<sup>24</sup>.

Sus intentos se dirigieron fundamentalmente a frenar la importación, ya que entendía que ahí se hallaba el origen del mal. Pero, de cualquier modo, siempre confió en una futura abolición de la esclavitud —«nada hay escrito con más certeza en el libro del destino que el que estas gentes han de ser libres»—<sup>25</sup>, aunque nunca concibió la posibilidad de convivencia entre las dos razas. Para Jefferson no era posible que blancos y negros vivieran bajo un mismo gobierno. Era absolutamente contrario a la mezcla entre las dos razas, circunstancia que se basaba fundamentalmente en su creencia en la inferioridad de los negros. En sus «Notes on the State of Virginia», afirmaba:

«Entre los romanos la emancipación sólo requería un esfuerzo. Una vez manumitido el esclavo podía mezclarse sin manchar la sangre de su amo (ya que fundamentalmente se trataba de esclavos blancos). Pero, entre nosotros hace falta un segundo esfuerzo, desconocido para la historia. Una vez liberado, debe ser desplazado más allá de la posibilidad de una mezcla...»<sup>26</sup>.

Jefferson llegó incluso a prever un proceso de deportación semejante al de la expulsión española de los moros, aunque entendía que este precedente se les quedaría corto<sup>27</sup>. Este es el sistema que sigue su proposición de ley sobre esclavos de 1779, al establecer en la misma la obligación, para aquellos que hubieran conseguido la libertad, de abandonar el país en el plazo de un año bajo pena de quedar al margen de la Ley. En el mismo texto establecía la obligación de toda mujer blanca que tuviera hijos de personas negras o mulatas de abandonar la Comunidad en el plazo de una año, conjuntamente con los hijos habidos de tal relación. En caso contrario Jefferson disponía que «la mujer quedará al margen de la ley, y el hijo o hijos serán internados en un Orfanato por orden de los Alguaciles del condado...»<sup>28</sup>.

Como Leonard Levy señala, recientemente se ha acusado a Jefferson de ser uno de los racistas más destacados de su época, cuyas ideas, en palabras de Winthrop Jordan constituyeron «la formulación más intensa, amplia y extremada de un ideario antinegro...»<sup>29</sup>. Estas afirmaciones nos parecen inexactas, aunque intentaremos matizarlas en páginas posteriores. De cualquier modo, realmente no se puede negar que Jefferson fue en su tiempo uno de los que más esfuerzos realizó por mejorar la situación de los negros. Podemos

23. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 285.

24. JEFFERSON, Th., «Visión sucinta sobre los derechos de la América Británica» en op. cit., pág. 313.

25. JEFFERSON, Th., «Autobiografía», en op. cit., pág. 55.

26. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia» en op. cit., pág. 268.

27. JEFFERSON, Th., «Autobiografía», en op. cit., pág. 55.

28. Proposición de Ley sobre Esclavos (1779), en PANCAKE, J., *Thomas Jefferson, Revolucionario & Filósofo*, en op. cit., pág. 282-283.

29. LEVY, Leonard, «Jefferson como libertario cívico», en *Thomas Jefferson, el hombre... su mundo... su influencia...*, op. cit., pág. 222.



señalar que ya en 1769, siendo miembro de la Cámara de representantes de Virginia, elaboró un proyecto de ley, el cual no fue aprobado, que autorizaba a los propietarios para liberar a sus esclavos. El mismo señala que «en este estamento hice un esfuerzo para conseguir la emancipación de los esclavos, que fue rechazado»<sup>30</sup>. También en el debate que tuvo lugar los días 30 y 31 de julio y 1 de agosto de 1776 en el Congreso Continental, en el cual se discutieron los artículos que iban a determinar la proporción o cuota de dinero que cada Estado debería suministrar al Tesoro común, intentó, con sus propuestas, desanimar al máximo la importación de esclavos. El mismo otoño, al volver a la Asamblea de Virginia, propuso inmediatamente la aprobación de una ley para acabar allí con la importación de esclavos, y dos años más tarde, en 1779, el proyecto fue aprobado sin oposición, consiguiendo, según sus propias palabras, «detener el incremento del mal»<sup>31</sup>. Este proyecto, al que ya se ha hecho referencia, prohibía hacer esclava a una persona desde esa fecha en adelante, con exclusión de los descendientes de los que ya lo fueran en el momento de aprobarse tal disposición. El texto, sin embargo, no hundía sus cimientos en la idea de la igualdad. Entre otras cosas preveía la pena de azotes para cualquier negro que abandonara las propiedades de su dueño sin poder acreditar la posesión del salvoconducto que le otorgaba la libertad, negaba el derecho a ser testigo ante los Tribunales a cualquier persona negra o mulata por el simple hecho de serlo, y prohibía cualquier asamblea o alocución de gentes de color, aún siendo libres, castigando tal actividad con la pena de azotes<sup>32</sup>.

Ya a nivel nacional, y como presidente del comité del Congreso para regular el gobierno de los territorios occidentales tras las montañas Allegheny, intentó introducir en las Ordenanzas de 1784 una cláusula que prohibiera la esclavitud en aquellos territorios a partir del año 1800, siendo derrotada la propuesta por un sólo voto. En una carta dirigida a Demeusnier comentaba que:

«...el voto de un sólo individuo... habría impedido que ese abominable crimen se extendiera por el país. Así vemos que el destino de millones de seres no nacidos pende de la voz de un solo hombre, y el cielo permaneció callado en tan trascendental momento»<sup>33</sup>.

Tres años más tarde, en 1803, las Ordenanzas noroccidentales, destinadas a todo el territorio situado al norte del río Ohio, incluirán el principio que Jefferson quiso aplicar en el Oeste<sup>34</sup>.

30. JEFFERSON, Th., «Autobiografía», en op. cit., pág. 6.

31. JEFFERSON, Th., «Autobiografía», en op. cit., pág. 43.

32. Proposición de Ley sobre Esclavos (1779), en PANCAKE, John, op. cit., pág. 283.

33. Citada en COMANGER, H.S., «Jefferson y la Ilustración», en *Thomas Jefferson, el hombre... su mundo... su influencia*, op. cit., pág. 62.

34. COMANGER, H. Steele., «Jefferson y la Ilustración», en *Thomas Jefferson, el hombre... su mundo... su influencia...* op. cit., pág. 63.

La Constitución de los Estados Unidos admitió la esclavitud hasta el año 1808, fecha en la que se autorizaba al Congreso para abolirla, pero no de modo obligatorio. Para hacer justicia a Jefferson, en aquel momento presidente de la Nación, debe mencionarse que solicitó del Congreso que:

«...apartara a los ciudadanos de los Estados Unidos de cualquier posterior participación en esas violaciones de los derechos humanos, que han sido realizadas durante tanto tiempo contra los inofensivos habitantes de Africa, y cuya proscripción ha sido procurada tan largamente por la moralidad, la reputación y los mejores intereses de nuestro país»<sup>35</sup>.

El Congreso accedió a los deseos del presidente, lo cual supuso la libertad de muchos habitantes negros, y dada la mayor escasez, un trato más favorable para los que siguieron en esclavitud.

Ya en edad avanzada, en 1825, Jefferson continuaba afirmando que el tema de la esclavitud había constituido una de sus mayores preocupaciones. En una carta dirigida a Frances Wright, sin embargo, sostenía que el trabajo debía delegarse en otras generaciones justificando de algún modo, el no volver a tomar parte en intentos para conseguir la total abolición<sup>36</sup>. A pesar de todo, y esto revela una gran contradicción, Jefferson poseía unos 180 esclavos en 1776, aumentando su número hasta los 260 que tenía en el momento de su muerte.

b) *Jefferson y la igualdad de los negros*. A pesar del ya mencionado cambio que sufrió el texto original de la Declaración de Independencia de 1776, existen pocas dudas acerca del sentido de la expresión «creados iguales». Jefferson empleó la frase buscando su significado más literal y así lo rubricaron sus compañeros en el Congreso<sup>37</sup>. Según las ideas difundidas por la Ilustración y asumidas en la Declaración de Independencia, todos los hombres nacen iguales. Las subsiguientes diferencias no tienen su origen en la naturaleza, sino en la sociedad, en el gobierno, o en la ley. La naturaleza no impone distinción de clases sociales, ya que fundamentalmente los hombres nacen iguales en todas las épocas y lugares. Por ello, aplicando iguales condiciones de educación, cultura, salud, etc..., los resultados serían distintos. Se trataría tan sólo de un problema de educación. En este sentido podremos reiterar la preocupación de Jefferson por la educación como base imprescindible para el desarrollo de los derechos del hombre. Ya se ha señalado también que tal problema le comprometió hasta el punto de llevarle a fundar la Universidad de Virginia.

A pesar de la rotundidad con la que se manifiesta al resto del mundo el principio de igualdad radical de todos los hombres no hace falta indagar mucho en la historia para comprobar que la Declaración de Independencia no mejoró en absoluto la situación de los negros. En este sentido Thomas Hutchinson criticaba que la afirmación «todos los hombres son creados

35. LEVY, Leonard, «Jefferson como libertario cívico» en op. cit., pág. 224.

36. Carta a Frances Wright de 7 de agosto de 1825, en PANCAKE, J., op. cit., pág. 293-294.

37. COMMANGER, H. Steele, «Jefferson como libertario cívico» en op. cit., pág. 224.



iguales» no significara precisamente lo que dice: todos los hombres, blancos o negros<sup>38</sup>.

De cualquier modo, tampoco el propio autor de la Declaración de Independencia creía totalmente en aquello que manifestaba se trataba de una verdad evidente y un pilar básico en todo su sistema de derechos. En algunos de sus escritos y cartas podemos llegar a descubrir a un Jefferson que no sólo sospechaba la desigualdad de las razas, sino que lo manifestaba abiertamente, e incluso se muestra partidario de evitar al máximo la mezcla entre blancos y negros. Su vida, por otro lado, tampoco fue excesivamente ejemplar ya que, como se ha señalado, en el momento de su muerte poseía unos 260 esclavos.

Precisamente la sospecha de la desigualdad condujo a Jefferson, como hombre ilustrado, a indagar racionalmente sobre el tema, aunque era consciente de la dificultad que conllevaba, entre otras cosas debido al peculiar objeto de estudio. De cualquier modo, puso también de manifiesto que desconocía el habitat natural de los negros y dejó constancia de su temor a hacer afirmaciones demasiado rotundas. Comprendía la gravedad de marcar para siempre a toda una raza: «...nuestra conclusión privaría a toda una raza de hombres del rango que quizá les dió su Creador en la escala de los seres»<sup>39</sup>.

La calificación de Jefferson como racista se ha basado fundamentalmente en su «Notes on the State of Virginia» (1787), aunque también en su Proposición de Ley sobre Esclavos de 1779, ya citada. Las «Notes on the State of Virginia» son el resultado de una serie de respuestas a las preguntas que sobre Virginia le había hecho el Marqués de Marbois, secretario del consulado francés en Virginia. Las observaciones que Jefferson realizó sobre el clima de su país, sus recursos naturales, su flora, su fauna, etc... se recogen en esta obra. Aunque directamente no se le consultó sobre el problema de los derechos de los negros, quizá para no plantear un tema claramente conflictivo, el propio Jefferson, en la Cuestión XIV, y bajo el epígrafe «La administración de justicia y la descripción de las leyes» expone sus ideas acerca del tema de la igualdad. Para justificar sus opiniones favorables a una deportación futura de los negros alega «las verdaderas diferencias hechas por la naturaleza y otras muchas circunstancias...»<sup>40</sup>. A partir de ahí expone lo que él entiende se trata de diferencias a nivel puramente físico y diferencias a nivel intelectual. Entre las físicas destaca sobre todo el color y afirma que tal circunstancia no carece de importancia, sobre todo de cara a una futura mezcla de razas que, según él, es del todo inconveniente:

«¿No son las delicadas combinaciones de rojo y blanco, las expresiones de cualquier pasión por mayor o menor afluencia de color, preferibles a esa eterna monotonía que reina

38. HUTCHINSON, Thomas, *Strictures upon the Declaration of the Congress at Philadelphia...*, Londres, 1776, pág. 11.

39. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 267.

40. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 261.

en los semblantes, de ese inamovible velo de negrura que cubre las emociones de la otra raza? Añádase a ello... el propio juicio de los negros en favor de los blancos, declarado por sus preferencias, tan uniformes como la preferencia del orangután por la mujer negra sobre las hembras de su especie. Si se considera que la circunstancia de una belleza superior se toma en cuenta en la propagación de nuestros caballos, perros y otros animales domésticos, ¿por qué no en la propagación del hombre?»<sup>41</sup>.

En el mismo texto, al lado de las diferencias de color, Jefferson hace referencia al distinto funcionamiento de las glándulas sebáceas, lo cual determina «un olor muy fuerte y desagradable» y a su mayor inclinación al sueño debido, sobre todo, a que su existencia «parece participar más de la sensación que de la reflexión... y un animal cuyo cuerpo descansa y no reflexiona debe sin duda hallarse dispuesto al sueño»<sup>42</sup>.

En cuanto a las diferencias en el plano intelectual, al lado de la ya referida poca inclinación a la reflexión, Jefferson distingue entre memoria, razón e imaginación. Si bien entiende que en cuanto a la memoria las facultades de los negros son semejantes a los blancos, no es así con la capacidad de raciocinio. En este aspecto encuentra a los negros muy inferiores —«creo difícil encontrar uno sólo capaz de seguir y comprender las investigaciones de Euclides»—, al igual que en el punto relativo a la imaginación, por lo que designa a los negros como «romos, sin gusto y anómalos»<sup>43</sup>. Entiende que «su imaginación es salvaje y extravagante, escapa sin cesar a las restricciones de la razón y el gusto y, en el curso sus merodeos, deja un rastro de pensamiento, tan incoherente y excéntrico como la trayectoria de un cometa a lo largo del cielo»<sup>44</sup>. Aunque es consciente de que la mayoría de los habitantes negros de América se han visto confinados a tareas agrícolas afirma que «muchos han estado en posición de aprovechar la conversación de sus amos, muchos fueron también instruidos en artes manuales... algunos han recibido educación liberal... todos han vivido en países donde las artes y las letras se cultivan en grado considerable, y todos han tenido a la vista muestras de los mejores libros hechos fuera»<sup>45</sup>. Además, para justificar más convincentemente sus nociones, Jefferson efectúa en el mismo texto la comparación entre las facultades que la naturaleza ha otorgado a los indios americanos y las que ha negado a los negros. Alude a la sublime oratoria de los indios, lo cual es una prueba de la fuerza de su razón y de la altura de su imaginación, mientras que, con respecto a los negros afirma que «no he podido encontrar hasta ahora a un negro que exprese un pensamiento por encima del nivel más prosaico, o el más elemental rasgo de pintura o escultura»<sup>46</sup>.

Es interesante también, en el mismo sentido, la referencia que Jefferson, como buen conocedor de la época clásica romana, hace a la situación de

41. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 261-262.

42. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», op. cit., pág. 262.

43. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 263.

44. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 264.

45. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 263.

46. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 263.



los esclavos en tal sociedad en sus «Notes of the State of Virginia». Tal referencia se utiliza, por un lado, para justificar que no es la circunstancia de la esclavitud la que determina la inferioridad de condiciones, ya que «entre los romanos sus esclavos eran los artistas más exquisitos», que sobresalían también en las ciencias, sino que se trata de diferencias impuestas, como él mismo afirma, por la misma naturaleza. Además, y por otro lado, esta referencia trata también de atenuar las críticas a la esclavitud en Norteamérica. Jefferson explica la mayor dureza con la que se trataba a los esclavos romanos, frente a «ciertas delicadezas» en el trato que reciben los americanos»<sup>47</sup>.

En definitiva, Jefferson afirmaba la no igualdad entre las dos razas. Llegó a manifestar que «los negros son inferiores, a los blancos, tanto en cuerpo como en mente» y que la naturaleza «ha sido con los negros menos generosa con los dones de la cabeza»<sup>48</sup>. Constatava además un progreso mental y corporal de los negros al mezclarse con los blancos, lo cual entendía era la prueba de su inferioridad y no sólo efecto de sus condiciones de vida<sup>49</sup>. Para Jefferson, del mismo modo que existen graduaciones entre las razas animales y distintos estadios en la evolución, los negros eran notablemente inferiores a los blancos, sin dejar por ello de ser seres humanos.

Pero, a pesar de todas estas nociones, Jefferson se hallaba en cabeza de los sentimientos antiesclavistas en Virginia. Frente a la gran parte de la población, entendía que tanto blancos como negros eran seres humanos, con una dignidad inherente. Esta dignidad fue lo que le hizo repudiar la esclavitud como institución. No puede, además, perderse de vista que Jefferson era un hombre del Sur, aristócrata, y que el sistema le condicionaba. Había nacido y convivido con la esclavitud y su modo de vida dependía absolutamente de ella.

#### IV. CONCLUSIÓN

La declaración que pretendía manifestar a Inglaterra y al resto del mundo las causas que justificaban su independencia del Parlamento inglés, y que basaba tales causas en los derechos inalienables del hombre, contenía en sí una gran contradicción. Excluía del nuevo orden democrático y de derechos a toda una parte de la población, la negra. Era una dura ironía afir-

47. «Sabemos que entre los romanos, hacia la era de Augusto especialmente, la condición de sus esclavos resultaba mucho más deplorable que la de los negros del continente americano. Los dos sexos se hallaban confinados en zonas separadas, porque criar a un niño costaba a un amo más que comprarlo... Pero en nuestro país los esclavos se multiplican tanto como los habitantes libres... El propio Catón, basándose en un principio de economía, vendía siempre a sus esclavos enfermos y viejos... Los esclavos americanos no pueden incluir esto en el cuadro de agravios y ofensas que padecen... Entre los romanos, el método habitual de interrogar a los esclavos cuando intervenían como testigos era someterlos a tortura. Entre nosotros se ha considerado mejor no recurrir nunca a ellos como testigos... (Jefferson Thomas, «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 265-266).

48. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 266-267.

49. JEFFERSON, Th., «Notas sobre Virginia», en op. cit., pág. 265.

mar que «todos» nacen libres e iguales, con derecho a la vida y a la búsqueda de la felicidad, y aplicar ese «todos» tan sólo blancos. En definitiva, no se llegaron a aceptar las implicaciones individualistas de la doctrina de los derechos naturales y ésto supuso el primer gran fracaso de la democracia norteamericana, fracaso cuyas secuelas aún perviven hasta nuestro días.

La realidad venció a la teoría, o mejor los intereses económicos a los derechos inalienables del hombre. La «búsqueda de la felicidad» que proclamaba la Declaración fue entendida en un sentido puramente económico e interpretada como conservación y aumento del bienestar conseguido. Eso supuso una reacción contra todo cambio estructural en una sociedad en la que gran parte de su riqueza se basaba en el trabajo de miles de seres humanos negros. Fue necesaria toda una guerra civil para acabar con la terrible lacra, la cual, para muchos no dejaba de ser un tema ajeno a la revolución. La sociedad americana prefirió mantener su status a costa de la libertad de miles de negros africanos.

La esclavitud decididamente fue una sombra en la teoría de los derechos inalienables de Jefferson. El autor de la Declaración de Independencia no fue coherente con las nociones que proclamó en 1776. Contrario a la esclavitud, sin embargo aceptó voluntariamente las leyes que la permitían y cuando tuvo posibilidades de abolir todo signo de desigualdad de todos los seres humanos no lo hizo. No estaba convencido de la igualdad de todos los seres humanos y nunca estuvo dispuesto a aceptar una convivencia entre las dos razas. Pese a sus rotundas manifestaciones, «libertad» e «igualdad» no querían expresar precisamente lo que significaban.



## Una teoría utilitaria de la justicia

Por LOURDES GORDILLO

Murcia

Al inicio del capítulo V sobre *El Utilitarismo*, la conocida obra de J. Stuart Mill, se analizan las relaciones existentes entre Justicia y Utilidad.

Los intentos de Mill por elaborar una teoría de la Justicia que tenga fundamento en la utilidad, no han pasado desapercibidos a la filosofía anglosajona actual. La corriente utilitarista sigue marcando pautas de comportamiento y exigiendo que la justicia se justifique en la praxis social utilitaria.

No sería acertado por mi parte, considerar este tema como una pretensión estéril y de fácil solución. La obra de Mill abre una polémica siempre actual para la Filosofía jurídica sobre un asunto que debe afrontar distintas aportaciones e interpretaciones indicando que estamos ante un tema siempre abierto a soluciones nuevas.

Si la justicia nunca ha sido un tema baladí o accesorio a la filosofía, en este caso, en un autor como Stuart Mill adquiere especial importancia y se encuentra ligado a otros muchos aspectos de su filosofía y de la moral.

Pretendo con este estudio plantearme el problema de la justificación utilitaria de la justicia y de su aplicación. Teniendo en cuenta, la justicia en Mill hay que entenderla a la luz de toda su obra filosófica, aunque los textos más interesantes se encuentran recogidos en *El utilitarismo*.

No es mi intención hacer un análisis exhaustivo sobre la concepción de la justicia en Mill<sup>1</sup>, debo advertir que me interesa especialmente en este trabajo indagar los fundamentos que sustentan el gran edificio de la justicia. Por esta razón me he referido sólo a algunos aspectos sobre la justicia que me facilitaban la llegada a la fundamentación de la misma como punto de destino.

---

1. Me remito a otros trabajos míos sobre este tema, examinado desde distintas perspectivas. *Stuart Mill ante la encrucijada: Libertad-Determinismo*, Nau Llibres 1988, (vid. cap. sobre la justicia). «Justice and Liberty», presentada en el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho de Edinburgo 1989 (próximo a publicar).

Tanto el sentimiento de justicia como el de obligación y responsabilidad abocan en una solución utilitaria que Mill intenta justificar y conjugar con la idea de bienestar social.

### *Sentimiento de justicia*

Una primera observación es la insistencia de Mill por mostrar que la justicia existe en la naturaleza como algo absoluto<sup>2</sup>. Parece querer indicar que se trata de algo evidente y que por tanto, la base de la justicia es la evidencia. No es extraño por eso encontrar textos de Mill donde reafirma la importancia de la evidencia de nuestros sentidos. Es la seguridad de lo visto la que hace brotar la evidencia en nosotros<sup>3</sup>.

La relación entre evidencia de los sentidos y justicia como perteneciente a la naturaleza expresan que lo natural pertenece a las facultades adquiridas del hombre. Difícilmente se podría sostener una concepción de la justicia basada en la naturaleza humana. Creo que es importante comenzar con esta precisión para no confundir la terminología milliana con una interpretación iusnaturalista de la justicia.

Cuando Mill remarca que el sentimiento de justicia debe ser natural, y, además, instinto poderoso, no se sigue de aquí que apunte a una inherente cualidad de las cosas. «El sentimiento de justicia podía ser un instinto peculiar y, sin embargo, podría exigir como todos los demás instintos el control y la luz de una razón superior»<sup>4</sup>.

Este instinto peculiar puede entenderse como amor a sí mismo que es el motivo original que hace brotar la justicia en la existencia, acompañado de la simpatía que es necesaria para explicar cómo se convierte en una virtud. Porque la simpatía unida al interés público es la que nos hace aprobar la práctica de la justicia y esta aprobación la convierte en virtud<sup>5</sup>.

Evidentemente la justicia debe a la simpatía su existencia y no sólo su dignidad moral.

Así pues, Mill asocia nuestro egoísmo y nuestros sentimientos no egoístas en la generación de la justicia. Añade a esto que el intelecto que nos demuestra que en la defensa de los intereses de los demás estamos defendiendo nuestros propios intereses. Pero el intelecto nos enseña que existe el sentimiento natural de venganza al cual llegamos también por la simpatía, ya que las injurias hechas a cualquier hombre repercuten en nosotros.

2. Cfr. STUART MILL, J.: *El Utilitarismo*, Ed. Aguilar Buenos Aires 1980, (6.<sup>a</sup> ed., trad. Ramón Castiella). vid. cap. V.

3. Cfr. STUART MILL, J.: *An Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, Collected works. IX, Univ. of Toronto Press. Routledge Kegan Paul ed. J.M. Robson. p. 126. No es el momento, porque no es la finalidad de este artículo detenerme a considerar el concepto de lo *natural* en Mill. Aunque me parece muy interesante, aquí sólo quiero dejar constancia que el concepto de naturaleza milliano es un «cúmulo de sensaciones», que nada tiene que ver con una concepción sustancialista de la misma. Mill desarrolla este tema en *De Nature*.

4. STUART MILL, J.: *El Utilitarismo*, ed. cit., pp. 87-88.

5. PLAMENATZ, J.: *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford 1949. p. 143.



La justicia se convierte así en el producto de dos sentimientos naturales: el instinto de la propia conservación y el sentimiento de simpatía; ambos iluminados por el intelecto que hace también brotar el sentimiento de venganza.

La preocupación de Mill por evitar los principios egoístas del utilitarismo benthamista se ven paliadas por ese sentimiento de simpatía que nos hace cooperar al bien común. Toda persona que tiene un sentimiento moral genuino siente que al afirmar una regla lo hace para el beneficio de los demás y para el suyo propio<sup>6</sup> y esto viene dado por la simpatía.

El sentimiento de justicia se ha moralizado al hacerse social gracias a la simpatía que concierne al bien de todos.

El problema surge cuando hay que encontrar la clase de actos que son llamados justos e injustos. Para descubrirlos y aplicarlos esta categoría deben conducir a excitar el sentimiento asociado con esos nombres. Pero, el sentimiento no es de suyo moral, se hace realmente sentimiento moral en función del beneficio que produce, es decir, se moraliza cuando se hace social.

Aquí ya encontramos ciertos presupuestos utilitaristas que buscan la promoción del «bien común»<sup>7</sup>. Conforme a esto el problema que se suscita es demostrar que el sentimiento de justicia puede ser apto en un sistema utilitario.

Sin embargo, las palabras de Mill en *El Utilitarismo*, aclaran las bases utilitarias de la justicia cuando dice: «Considero que la justicia se basa en la utilidad como parte más importante y mucho mucho más inviolablemente obligatoria que ninguna otra de la moral... Justicia es el nombre que se da a la clase de reglas morales que más íntimamente conciernen a lo esencial del bienestar humano y, por lo tanto, obligan de un modo más absoluto que todas las otras reglas de conducta de la vida»<sup>8</sup>.

El enlace entre justicia y bienestar humano responde a una conducta que será justa cuando procure aumentar dicho bienestar en términos utilitarios.

Pero, algunas interpretaciones críticas del utilitarismo mantienen el peligro de permitir el total sacrificio de la persona por el bien de todos.

Porque, si el utilitarismo se convierte en método para resolver el relativismo de las cuestiones prácticas que plantea la justicia, entonces se hace patente que el precio que debe pagarse para conseguir el bienestar de todos en la vida práctica, puede suponer muchas veces la dejación de derechos personales más vitales pero que de alguna manera obstaculizan el bienestar común.

---

6. Cfr. BERGER, F.R.: *Happiness, Justice and Freedom*. The moral and political Philosophy of J. Stuart Mill. University of California Press, Berkeley, p. 129.

7. El bienestar natural o «bien común» no es aquí sinónimo del bien común tradicional. Estaría más acorde con la teoría del Estado del Bienestar que Mill desarrolla en su *Economía Política*.

8. STUART MILL, J.: *El Utilitarismo*, ed. cit., p. 117.

La referencia que hace Mill a lo esencial del bienestar no resuelve el problema de los criterios de preferencia de cada individuo en la práctica que deben adecuarse o coincidir con los de la mayoría.

La justicia presenta siempre dos lados imposibles de armonizar y cualquier decisión, basada en la utilidad, puede ser arbitraria. Por eso afirma Mill que «Sólo la utilidad social puede decidir la preferencia»<sup>9</sup>. Entonces, la única forma de salvar las confusiones planteadas por la preferencia individual es recurrir al método utilitario y a la experiencia mayoritaria.

Curiosamente la justicia se origina con un impulso egoísta y se resuelve en las consecuencias de las acciones, consideradas como elemento moral decisorio.

Así pues, el planteamiento de Mill tiene como punto de partida un impulso egoísta que se hace cooperativo y se fundamenta en la utilidad, con una fuerza obligatoria que dimana de sus reglas, y, que apunta hacia el bienestar de la humanidad. Pero esta obligación ¿se resuelve también en la utilidad?

### *Obligaciones de Justicia*

Ciertamente que si la justicia se resuelve, en último término, en la utilidad, los deberes de justicia tienen su base en las consecuencias de las acciones. Esto conduce al mayor bien, la suma de bien producido. Pero el consecuencialista es indiferente al hecho de la distribución de las utilidades, a no ser que estas afecten al todo total producido.

Sin embargo —como afirma Berger— ignorar los *principios* supone que en muchos casos el utilitarismo se ve requerido a actuar de formas injustas necesarias para la distribución del bien.

Cuando Mill reconoce en *El Utilitarismo* «...apenas ninguna clase de acción puede ser establecida firmemente como obligatoria siempre o condenable siempre. No hay ningún credo ético que no atempere la rigidez de sus leyes, dándoles cierta amplitud que, bajo la responsabilidad moral del agente, las acomode a las peculiaridades de las circunstancias»<sup>10</sup>.

Se registra aquí una ambigüedad que se resuelve en la responsabilidad del agente, siempre y cuando este entienda que «Si la utilidad es la última fuente de la obligación moral, la utilidad puede ser invocada para decidir entre aquellos cuando sus demandas son incompatibles»<sup>11</sup>.

Los derechos se vinculan así a producir las mejores consecuencias. Uno recibe beneficios por el sacrificio de otros. Aunque hay obligaciones que no conllevan derechos, como por ejemplo la obligación de ser generosos que no sería obligación de justicia. Porque la obligación de justicia lleva correlativamente obligaciones y derechos. Teniendo en cuenta que las obligaciones de justicia implican intereses comunes.

9. STUART MILL, J.: *El Utilitarismo*, ed. cit., p. 115.

10. STUART MILL, J.: *El Utilitarismo*, ed. cit., p. 59.

11. *Ibidem*.



Se plantea aquí un problema de difícil solución: ¿por qué se respetan y guardan las obligaciones de justicia?. Mill trata de dar una explicación apelando a que el sentimiento de justicia no es enteramente racional, sino que hay también un elemento animal que es la venganza. Pues bien, la intensidad del sentimiento, como su justificación moral, deriva del hecho de que el interés protegido por la justicia es el más vital de todos: *la seguridad*<sup>12</sup>.

La justicia mantiene y protege nuestro interés de seguridad. Las obligaciones reforzadas por la justicia postulan la urgente necesidad de toda la gente por la seguridad.

De este modo, las reglas de justicia especifican los derechos y las obligaciones. Determinan lo que uno debería hacer, cómo basar la acción en los derechos. De ahí, que la posesión de un derecho sea un caso de regla de justicia.

Cualquier demanda de bien común se convierte en obligación de justicia. Análogamente se puede demandar un derecho sólo si este es el camino de promocionar un bien positivo, en cuyo caso se convierte en una *obligación*. Hay una obligación general de promover el bien positivo.

De la misma manera se entiende que la recepción de cualquier beneficio por parte de la sociedad, obliga a uno a retornar los mismos beneficios. Esto es una parte de la justicia natural de devolver bien por bien.

No podemos olvidar que hacer el bien o el mal forma parte de la conducta voluntaria. Razón por la cual la teoría de la libertad de Mill es de hecho una rama de su teoría de la justicia y se entiende mejor como un derecho del agente a actuar de modo autónomo. La teoría de la justicia es una aplicación práctica de la libertad<sup>13</sup>.

Desde aquí se puede entender el naturalismo de Mill al concebir la naturaleza humana como determinante de la obligación moral, a través del sentimiento de simpatía que nos lleva a cooperar con el bienestar social.

Sin duda, esto crea una confusión para el utilitarismo como tal que no lo reconoce como básico. Porque si se reconocen reglas que imponen obligaciones y correlativas con derechos, esto sólo se da cuando ellos protegen esos intereses a los que antes aludíamos.

Por otra parte, esto sería ciertamente si se incluye la libertad del agente. No obstante, si tenemos en cuenta la teoría de la libertad de Mill resulta que el hombre se hace más libre minimizando sus obligaciones hacia las personas únicamente a sus «conexiones cercanas», esto es a su familia. A este respecto, el resultado es el establecimiento de relaciones con el bien común, cada vez más tenues y con el mundo que está más allá de sí mismo<sup>14</sup>.

12. Cfr. BERGER, F.R.: ed. cit. p. 130.

13. BERGER, F.R.: ed. cit.: p. 200.

14. Siguiendo el concepto de libertad de Mill de «hacer lo que uno desea», el sentido de las relaciones con los demás se debilita. Esto repercute en las relaciones con el bien común. vid. Cfr. SCHNEEWIND, J.B.: *Mill*, a collection of critical essays, Macmillan 1968.

Por consiguiente, sería caer en la ambigüedad, a la que antes me refería, si en último término, como dice Mill, todo estuviera bajo la responsabilidad del agente. El derecho a actuar autónomamente es una forma de aplicar la justicia, a través de la teoría de la libertad.

Si la obligación crea dudas respecto de su obligatoriedad natural<sup>15</sup>, no es menor la responsabilidad del agente en base a su doctrina utilitaria.

### *Justicia y Responsabilidad*

Resulta evidente que la responsabilidad legal se produce por la efectiva sujeción al poder de la sanción legal, como infringida ante el tribunal que esta puesto por la ley<sup>16</sup>.

Ahora bien, hay que entender que para Mill responsabilidad significa castigo. Nosotros tenemos aquí una regla sobre cuando no castigar al agente con sanciones legales o morales. Pero siempre nos estamos refiriendo a acciones que tienen que ver con los otros, las llamadas por Mill acciones «other-regarding». Son las acciones morales o sociales que vinculan a la libertad con el bien de todos.

Lo que nos interesa destacar aquí es que la libertad de acción tiene mayor utilidad. Porque, según Mill, nosotros nunca sabemos que somos capaces de hacer algo excepto cuando lo hemos hecho o algo igual o parecido<sup>17</sup>.

Es así, que sólo sabemos por *experiencia* de lo que somos capaces y este conocimiento cuando se hace familiar es a menudo confundido con lo que llamamos *conciencia*<sup>18</sup>. Ser consciente de la voluntad libre significa ser consciente antes de haber decidido. Pero, si la conciencia es únicamente deseo de hacer lo recto, parece lógico que responsabilidad se identifique con castigo.

El sentimiento de responsabilidad de nuestras acciones nos lleva a la idea de poder ser castigado por ellas.

Ahora bien, el sentimiento de castigo tiene para Mill dos acepciones. La primera como expectación ante una forma determinada de condiciones que lleva irremisiblemente al castigo, bien efectuado por los demás o por un Supremo poder. En segundo lugar el castigo puede ser el conocimiento que nos hace pensar en la idea de castigo por hacer mal. Este conocimiento puede venir por nuestra educación, religión, intereses, o porque hemos sacado esa conclusión por razonamiento o por experiencia de la vida. Pero, esto no es conciencia<sup>19</sup>.

La cuestión real que se plantea es de justicia: se trata de comprender la legitimación de la retribución o el castigo.

15. Este tema de la obligatoriedad de la obligación lo trato en un artículo «justice and Liberty en J. Stuart Mill», próximo a publicar por la Univ. de Edinburgo.

16. HALEVY, E.: *The growth of philosophic Radicalism*. Faber Limited 1928. p. 411.

17. Cfr. STUART MILL, J.: *An Examination...*, ed. cit., p. 449.

18. *Ibidem*.

19. STUART MILL, J.: *An Examination...*, ed. cit., p. 454.



El castigo proviene de la asunción de que la voluntad está gobernada por los motivos. Si el castigo no tiene poder de actuar sobre la voluntad, entonces, será ilegítimo. Porque el castigo debe ser capaz de actuar sobre los motivos.

El error y el castigo se asocian en la mente, independientemente de las consecuencias. Esta asociación se produce desde la infancia y se trasmite por la educación.

Pero el derecho a castigar no procede de una conveniencia, es más bien, como asegura Mill, una rama de derecho universal de defensa propia<sup>20</sup>.

Para entender esto debemos apoyarnos en la libertad, porque sólo la culpa conlleva castigo, como ya hemos indicado las acciones están en función de promocionar el bienestar de todos. Por ello, como apunta Berger, el problema es el riesgo que corre el utilitarismo de castigar al inocente si no maximiza el bienestar general<sup>21</sup>. Porque lo común que tienen los juicios de justicia e injusticia es la idea de castigo. Esta idea de castigo entra ya en la idea de deber general, no sólo en deber de justicia. Es la responsabilidad por el bien general.

En Mill el sentimiento de responsabilidad es paralelo a sus discusiones sobre la noción de conciencia. Sentirse moralmente responsable es sentirse obligado o digno de castigo.

El deseo de castigo deriva de dos sentimientos «naturales»: el impulso de la propia defensa y la simpatía. Porque a nosotros nos repele naturalmente el dañarnos a nosotros y a aquellos con los que simpatizamos.

De esta forma, la simpatía junto con la inteligencia revela una comunidad de intereses con otros.

Desde aquí, se entiende que el castigo refleja nuestro respeto por cualquier violación de los derechos de la persona, siempre que se trate de una elección libre de un agente moralmente responsable. De ahí que la violación de un derecho sea consecuencia natural de la responsabilidad moral.

La responsabilidad está en función de los otros, esto es el individuo no actúa *rectamente* si sólo persigue su bien propio. Es un intento del utilitarismo para que el agente base sus acciones en principios *racionales*, mejor que en sus propios sentimientos. Teniendo en cuenta, que los límites sociales controlan la conducta individual y configuran de alguna forma los sentimientos.

Hemos llegado al punto que nos interesa destacar, porque lo paradójico es que esos principios racionales, a los que se refiere Mill, son *generalizaciones de la experiencia* que marcan las reglas de conducta. Sólo desde aquí tiene sentido hablar de una justicia utilitaria.

---

20. Cfr. STUART MILL, J.: *On Punishment*, (1834), ed. cit., p. 79.

21. Cfr. BERGER, F.R.: ed. cit., p. 126.

Debemos abordar ahora cómo la Utilidad se convierte en fundamento de justicia o al menos intenta justificarla, siendo al mismo tiempo principio y término de las acciones libres del individuo. No es posible hablar de principios *racionales* a priori, sino más bien de principios *utilitarios* que surgen de la experiencia generalizada de la conducta.

### *Utilidad fundamento de la Justicia*

Lo que nos interesa es mostrar cómo la utilidad justifica el principio de justicia. El argumento que va a utilizar Mill descansa en el principio de imparcialidad.

Ahora bien, si cada uno quiere maximizar su propio bienestar, la única regla equitativa que distribuya el bienestar es el principio de imparcialidad que es un principio moral que se deriva de la utilidad<sup>22</sup>.

Hemos dicho antes que la justicia tiene que invocar a la seguridad como un aspecto peculiarmente importante de la Utilidad que atañe a todos, y así, la justicia es una división de la utilidad.

Sin embargo, la imparcialidad va más allá de la utilidad, implica el principio de no discriminación sin relevantes razones para ser aducidas.

Pero, como bien indica Ryan, es una forma de confundir igualdad e imparcialidad.

Por otra parte, Mill admite que, aunque la imparcialidad no puede ser nunca dictado de la justicia, porque somos ciegos si no mostramos alguna parcialidad a nuestra familia, amigos, etc.. Esto ya no sería un caso de parcialidad, sino más bien una preferencia hacia algunas personas para hacerles el bien. Sólo les damos lo que es debido, ya que «..se admite universalmente que la parcialidad es incompatible con la justicia... La imparcialidad cuando se trata del derecho, es naturalmente obligatoria, pero entonces está comprendida en la obligación más general de dar a cada uno lo suyo»<sup>23</sup>.

Pero, es aquí donde surge el problema radical de la justicia utilitaria. La dificultad reside en reconciliar los dictados de la utilidad con lo que parece claro son los derechos morales, pero basados en consideraciones de justicia.

Los requerimientos de la justicia aparecen en algunos casos como irrelevantes para las consecuencias de los actos.

Pienso que esto se debe al abstracto principio de justicia que refiere al conflicto de utilidades como último principio. Dicho de otro modo, acudir a la utilidad para resolver las cuestiones prácticas es diferente que establecer los principios de la justicia.

22. Cfr. RYAN A.: *The Philosophy of John Stuart Mill*, Macmillan Press 1987 (1ª ed. 1970) p. 224.

23. STUART MILL, J.: *El Utilitarismo*, ed. cit., p. 93.



Así pues, como dice Robson, Mill no puede aceptar la justicia natural o el derecho natural como elementos básicos de conciencia o ser consciente, porque él tiene que explicar la justicia en términos utilitarios, a través de la asociación<sup>24</sup>.

Pues bien, la teoría de la justicia de Mill es en último término una parte central de su teoría moral. Tiene una concepción de derechos y justicia fundamentados en la utilidad. Aunque Mill intenta dar un soporte *racional* al principio utilitario, a través de la asociación, con el fin de demostrar la derivación de la moral desde conceptos no morales que le ayuden a dar una dirección a la futura filosofía desarrollada por el utilitarismo<sup>25</sup>.

Sin embargo, esto no se puede conseguir, porque a mi juicio, la derivación de la moral desde principios no morales hace imposible encontrar un fundamento último a una moral que no confunda lo natural y lo normativo. Desde esta perspectiva se entiende también que la justicia no pueda más que justificarse en la moral utilitaria, la única capaz de dar un soporte «legal» a las acciones de los individuos. Si los principios racionales derivan de las consecuencias, es lógico pensar que la utilidad se convierta en el árbitro del bienestar.

Creo también que el consecuencialismo ético, en el cual Mill debe basar su utilidad, no le permite diferenciar los principios racionales que no se vean afectados por la *praxis*. Si estos principios nacen de la utilidad ¿cómo fundar una teoría de la justicia que marque principios y que, al mismo tiempo, sean los fundamentos de la utilidad?

La justicia fundada en la utilidad no deja de ser la parte más importante e incomparablemente la más sagrada, de toda la moral utilitaria. En cualquier caso, desde estos presupuestos, el problema de la justificación utilitaria de la justicia queda sin resolver.

---

24. Cfr. ROBSON, J.M.: *The Improvement of Mankind*. The social and Political thought of J.S. Mill., University of Toronto Press. Routledge Kegan Paul 1968, p. 13.

25. Entramos dentro de la famosa falacia naturalista que desarrollo ampliamente en mi libro ya citado sobre: Stuart Mill ante la encrucijada Libertad-Determinismo. No obstante, creo que el movimiento desde la naturaleza es un proceso ético que requiere asumir el elemento normativo. Por el contrario en Mill hay una identificación de la prueba dada por los sentidos y la prueba necesaria en ética como normativa. Hay más bien una confusión contra la defensa de lo que *es* y lo que *debería ser*. Esto es entre el elemento natural y normativo que permite hablar de principios.





## La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H.L.A. Hart

Por JOSE MARIA RODRIGUEZ PANIAGUA  
Madrid

Herbert L.A. Hart nació en Inglaterra, de padres judíos, en 1907. Fué profesor de Ciencia Jurídica General (*Jurisprudence*) en la Universidad de Oxford desde 1953 hasta 1968. Su primer libro lo publicó en colaboración con A.M. Honoré en 1959: *Causation in the Law* (La causalidad en el Derecho)<sup>1</sup>; pero su obra más importante es *The Concept of Law* (El concepto de Derecho), publicada por primera vez en 1961<sup>2</sup>. En 1962 dió Hart tres conferencias en la Universidad de Stanford, que a partir de 1963 se han publicado como libro con el título de *Law, Liberty and Morality* (Derecho, Libertad y Moral)<sup>3</sup>. Los restantes libros de Hart son colecciones de artículos: *Punishment and Responsibility* (Pena y responsabilidad) (1968); *Essays on Bentham* (1982); y *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983).

En uno de los artículos recogidos en la obra últimamente mencionada distingue Hart tres grupos de problemas como pertenecientes a la filosofía del Derecho: los referentes a definiciones y análisis, al razonamiento jurídi-

---

1. H.L.A. HART-A.M. HONORE: *Causation in the Law*, Oxford (University Press), 1959. De este libro dice M. Jori que «motivos evidentes de congruencia filosófica y estilística le han inducido a atribuir también a Hart todas las argumentaciones del libro, en especial las filosóficas».— M. JORI: «Hart e l'analisi del linguaggio», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX, n.º 1 (junio, 1979), Génova (Istituto di Filosofia del Diritto), p. 208, nota 83. Sin embargo, en contra de esto, J.R. PARAMO: *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1984, p. 74, nota 215: «Los seis primeros capítulos, de contenido más filosófico y teórico, fueron escritos por Hart». Personalmente me ha manifestado que lo sabía por el propio Hart, aun cuando no me podía confirmar si se trata en realidad de los seis primeros, o tan sólo de los cinco primeros capítulos, que son los que constituyen la primera parte del libro.

2. H.L.A. HART: *The Concept of Law*, Oxford (University Press), 1961. (Citaré en adelante esta obra con las siglas CL.) La traducción castellana, *El concepto de derecho*, es de G.R. CARRIO, Buenos Aires (Abeledo-Perrot), 1963. (La citaré con las siglas CD.)

3. H.L.A. HART: *Law, Liberty and Morality*, Oxford (University Press), 1963 (a partir de 1968 en la serie *Oxford Paperbacks*).

co, y a la crítica del Derecho<sup>4</sup>. Aún cuando se niega a tratar de las relaciones entre la filosofía del Derecho y la ciencia jurídica (*jurisprudence*) y la teoría del Derecho (*legal theory*), parece que los problemas que mejor encajarían en estas dos últimas serían los pertenecientes a los dos primeros grupos: los de definiciones y análisis y los del razonamiento jurídico. En todo caso, serán los que centrarán nuestra atención, ya que han sido estos temas los que le han valido a Hart la gran atención que le han prestado los teóricos y filósofos del Derecho de esta segunda mitad de nuestro siglo.

Su nombramiento para la cátedra de Oxford podía parecer sorprendente, y él mismo lo califica de «poco ortodoxo» en cuanto a los títulos o méritos que entonces tenía para obtenerlo<sup>5</sup>. Había ejercido la abogacía durante ocho años antes de la guerra, pero sin ningún título universitario específico de Derecho; después de la guerra venía enseñando filosofía en Oxford, pero sin ninguna especialización o concentración especial en la filosofía del Derecho<sup>6</sup>. Sin embargo, estas dos actividades (el ejercicio de la abogacía y la enseñanza de la filosofía), que a primera vista pudieran parecer tan alejadas, tenían un punto de confluencia: el lenguaje común u ordinario, de que no solo se sirven una y otra, sino que además constituía el punto focal de atención de la filosofía de Oxford de esa época; de donde resultaba una especial capacitación y una posible especialización filosófica para Hart: el análisis del lenguaje de los juristas.

En realidad no era solo la filosofía de Oxford la que se centraba en el análisis del lenguaje corriente, común, ordinario o cotidiano. También en Cambridge desde unos años antes había un grupo, dirigido o inspirado nada menos que por L. Wittgenstein, que ponía el mayor énfasis en el estudio de ese tipo de lenguaje. No están muy claras las influencias de un grupo sobre otro. Parece que Wittgenstein se desentendía de lo que se hacía en Oxford, e incluso llegó a afirmar que Oxford era «un desierto filosófico»<sup>7</sup>. Pero es inconcebible que los de Oxford pudieran hacer algo parecido con él. En efecto, Wittgenstein había pasado bastante tiempo en Cambridge, ya antes de la guerra, protegido y admirado por las dos grandes figuras filosóficas de allí: B. Russell y G.E. Moore; y, con un prólogo del primero, había publicado en edición bilingüe, de original alemán y traducción inglesa, en 1922, su *Tractatus Logico-Philosophicus*. En los años 1933-35 las enseñanzas de Wittgenstein en Cambridge se difundieron a través de unos cuadernos de apuntes de sus discípulos, el *Cuaderno azul* y el *Cuaderno marrón* (llamados así por el color de sus pastas), y algunas copias de ellos llegaron a Oxford<sup>8</sup>. En los años 1944-48 había reanudado su docencia, que se había

4. H.L.A. HART: «Problems of the Philosophy of Law» (1967), en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford (Clarendon Press), 1983, pp. 88-89.

5. H.L.A. HART: *Essays...* (cit. nota ant.), p. 2.

6. Fuera de un artículo, «The Ascription of Responsibility and Rights», publicado en *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948-49), pp. 171-94.

7. Cfr. A.J. AYER: *Wittgenstein*, trad. cast. de J. SEMPERE, Barcelona (Crítica), 1986, p. 29.

8. A.J. AYER: *Op. cit.*, p. 20.



interrumpido en 1940, y, aún cuando la versión definitiva de su filosofía del lenguaje, adelantada por los *Cuadernos*, no se conoció hasta el año 1953, dos años después de su muerte, con la obra *Investigaciones filosóficas*, no se puede pensar que su figura y sus ideas pasaran desapercibidas, especialmente para aquéllos que prestaban atención preferente al estudio del lenguaje. En concreto, no pasaron desapercibidas para Hart, de quien sabemos que había conocido una de las copias del *Cuaderno azul*<sup>9</sup> y que posteriormente reconocerá en las *Investigaciones filosóficas* una de sus principales fuentes de inspiración<sup>10</sup>.

Uno de los puntos principales de la doctrina de Wittgenstein, y que Hart tiene en cuenta, es el de que las palabras o términos lingüísticos, no solo no tienen un significado independiente de la frase o proposición en que se usan<sup>11</sup>, sino que además ese significado y el sentido de la frase depende de las diversas modalidades en que se emplean. La diversidad de algunas de esas modalidades es obvia: así las de aserción (afirmación o negación), interrogación y mandato o imperio. Pero no son solo estas, ni tampoco se pueden señalar de antemano las diversas modalidades posibles, sino que estas aparecen (y desaparecen o se olvidan) en la actividad humana, con la vida: «La expresión» «juego de lenguaje» debe poner de relieve aquí que *hablar* el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida». Los juegos son también una actividad, una forma de vida y, por tanto, las diversas modalidades del lenguaje pueden representarse como «juegos del lenguaje»<sup>12</sup>: las diversas modalidades de los juegos representan las del lenguaje. La unidad del vocablo puede sugerir la unidad de la realidad, la uniformidad de los diversos juegos, la comunidad de caracteres. Sin embargo, cuáles serían estos caracteres? Hay que pensar en los juegos de tablero, de cartas, de pelota, de lucha o competición... ¿Qué tienen de común? ¿Acaso el entretenimiento? — Pero ¿qué clase de entretenimiento? — Parecen ser muy distintos a este respecto. ¿Acaso el ganar y perder? — Pero ¿qué ocurre entonces con los solitarios? ¿O con un juego de pelota cuando juega uno solo? ¿La habilidad? ¿O la suerte? — Son muy distintas y desempeñan un papel muy distinto en unos juegos y en otros. Y los juegos de corro ¿en qué coinciden con los anteriormente mencionados? Podemos decir que lo que explica que se designe a todos como juegos son ciertos parecidos o semejanzas, unas veces a gran escala y otras veces en detalle. Esos parecidos se superponen y entrecruzan, y no hay mejor expresión para caracterizarlos que la de «parecidos de familia»; «pues así es como se superponen y entre-

9. Cfr. N. MACCORMICK: *H.L.A. Hart*, Londres (Edward Arnold), 1981, p. 15.

10. Cfr. las citas en *CL*, pp. 234 y 249, y la larga referencia al final del trabajo sobre Ihering, en *Essays...* (cit. nota 4), pp. 274-7.

11. Esto ya lo había dicho en el *Tractatus*, 3.3: «Sólo la proposición tiene sentido; sólo en la trama de la proposición tiene un nombre significado».

12. L. WITTGENSTEIN: *Philosophische Untersuchungen*, I, 23.— Utilizo la edición, bilingüe, del Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM), con la traducción castellana, *Investigaciones filosóficas*, de A. GARCIA SUAREZ y U. MOULINES, Barcelona (Edit. Crítica), 1988.

cruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etc.»<sup>13</sup>. Los vocablos, pues, los términos lingüísticos pueden no tener los contornos bien delimitados; y, sin embargo, se utilizan. Podríamos delimitar esos contornos, trazar límites precisos para su utilización, por una razón especial, para una determinada finalidad. Pero generalmente no se hace, o tan solo de acuerdo a reglas, mediante reglas, que son a su vez poco precisas y que pueden modificarse, cambiarse, sobre la marcha. Es en el uso, en su empleo correcto donde los vocablos suelen precisar, configurar su significado<sup>14</sup>.

En conexión con estas ideas está la de F. Waismann<sup>15</sup>, de que el significado de los conceptos empíricos, es decir, de los que se refieren a la realidad conocida por experiencia, está en relación con esta, depende de lo que hayamos comprobado o verificado en la realidad a que se refieren. Supongamos que alguien nos dice que tiene un perro inteligente o capaz de pensar: comprendemos lo que nos quiere decir cuando nos relate los hechos, los comportamientos que le llevan a utilizar esa expresión. Si nos dijera que ladra, que corre o que es juguetón lo entenderíamos sin más, porque conocemos los hechos a que esas expresiones se refieren cuando están usadas de manera *normal*. Si los hechos, si las experiencias presupuestas no son las normales, necesitamos que se nos aclaren, y en relación con ellas entendemos el significado. De la misma manera que, en relación con ellas y con lo que esperamos que suceda en adelante, utilizamos cada uno de nosotros los términos de que nos servimos para comunicarnos con los demás. En los casos dudosos o indefinidos, modificamos el vocablo o término utilizado, a medida que lo verificado confirme que se trata de uno u otro objeto; y, al hacerlo, modificamos las expectativas de comportamiento que estamos designando: es decir, que no solo el vocablo, sino su significado viene determinado por las experiencias previas, por lo previamente verificado. Si conociéramos exhaustivamente los objetos, y lo mismo estos que las circunstancias en que actúan permanecieran sin cambios, podríamos predecir con seguridad el comportamiento posterior, fijar las expectativas de comportamiento, es decir, asignar a los conceptos un significado invariable, un uso fijo y determinado. Pero es claro que ninguna de esas dos condiciones se puede lograr, o por lo menos no es fácil de lograr de manera plena: ni el conocimiento exhaustivo de los objetos, ni la invariabilidad de su comportamiento. Esto quiere decir que el significado de los conceptos está abierto a sufrir modificaciones, a configurarse con distinto contenido: en la termi-

13. L. WITTGENSTEIN: *Op. cit.* (nota ant.), I, 66-67.

14. L. WITTGENSTEIN: *Op. cit.* (nota 12), I, 68-85.

15. F. Waismann fue uno de los pocos afortunados con quienes Wittgenstein accedió a discutir de filosofía, e incluso durante cinco años (1930-5) estuvo trabajando en la preparación de un libro que habría de dar a conocer las nuevas ideas de Wittgenstein; pero éste interrumpió su trato con él en 1935; y cuando en 1938 se vino a Inglaterra huyendo de los nazis, Waismann pasó a engrosar el grupo de Oxford, ya que su presencia en Cambridge molestaba a Wittgenstein.— Cfr. A.J. AYER: *Wittgenstein* (cit. nota 7), pp. 18 y 21-2.



nología de Waismann, que Hart recoge, quiere decir que son «porosos», o tienen una «(con) textura abierta» (*open texture*)<sup>16</sup>.

Otra de las doctrinas de Wittgenstein que Hart incorpora o tiene en cuenta, también en este caso a través sobre todo de la elaboración o ulterior desarrollo por parte de uno de sus seguidores, es la de la importancia de las reglas para explicar y comprender la vida social, y en especial el Derecho. Esta idea podemos verla incluso en la breve referencia que hemos hecho anteriormente a la filosofía de Wittgenstein en su última época. En efecto, veíamos su predilección por el estudio del lenguaje bajo la forma de «juegos de lenguaje», y claro está que en los juegos las reglas desempeñan un papel primordial. Pero además se nos decía que «la expresión “juego de lenguaje” debe poner de relieve aquí que *hablar* el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida»: forma parte, por consiguiente, está en relación con esa actividad o con esa forma de vida; actividad o forma de vida que tiene que ser social, puesto que el lenguaje es esencialmente comunicativo y no tiene sentido (al menos para Wittgenstein) como algo «privado». Además veíamos que el significado de las palabras recibe la precisión de su uso o utilización a través de reglas; reglas que, por consiguiente, equivalen a convenciones, acuerdos para entendernos con los demás.

Apoyándose en las sugerencias de Wittgenstein, el que desarrolló la tesis de la importancia de las reglas para entender la vida social fue Peter Winch<sup>17</sup>. Según él (de acuerdo con Wittgenstein) «la pregunta: ¿qué implica que una palabra tenga un significado? lleva a la pregunta: ¿qué implica que alguien siga una regla?»<sup>18</sup>. En consecuencia, llega a la conclusión de que «toda conducta significativa debe ser social, dado que solo puede ser significativa si está regida por reglas, y estas presuponen un medio social»<sup>19</sup>. Pero hay que distinguir entre reglas y hábitos. Estos presuponen

16. F. WAISMANN: «Verificabilidad» (publicado por primera vez en 1945), en G.H.R. PARKINSON (ed.): *La teoría del significado*, traduc. de P. VILLEGAS, Madrid (FCE), 1976, pp. 57 y ss. Las referencias de Hart a este artículo en *CL*, p. 249 y *Essays...* (cit. nota 4), pp. 274-5.

17. Con su libro del año 1958, P. WINCH: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, traducción castellana, *Ciencia social y filosofía*, de M.<sup>a</sup> R. VIGANO, Buenos Aires (Amorrortu), 1972. Aun cuando se refiere a la vida social en general, no deja de advertir la especial significación de las reglas para el Derecho. (Cfr. p. 60). Sobre la importancia de la influencia de Winch en Hart cfr. las citas de éste en *CL*, pp. 242 y 249, y J.R. PARAMO: *Op. cit.* (nota 1), pp. 87 y ss.

18. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 32. Recuérdese la doctrina de Wittgenstein, a la que ya nos referimos anteriormente, de que el significado de una palabra sólo puede ser fijado por reglas que determinen cómo se va a usar.

19. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 108. La proposición de que una conducta «sólo puede ser significativa si está regida por reglas» se deriva de lo dicho en la nota anterior, aun cuando hay una ampliación o trasposición a la conducta en general de lo que anteriormente se decía sólo de las palabras del lenguaje; pero en cuanto significativos, en cuanto a tener un significado, pueden funcionar como equivalentes (lenguaje y conducta en general). La otra proposición, que las reglas «presuponen un medio social», es algo en lo que tanto Wittgenstein como Winch insisten: se podría decir que forma parte de su concepto de regla; y esto es válido, al menos en el sentido estipulativo, de informarnos acerca de cómo lo entienden, de cómo usan ellos ese concepto. Según Winch, «la noción de seguir una regla es, lógicamente, inseparable de la noción de *cometer un error*. Si existe la posibilidad de decir que alguien está siguiendo una regla, esto significa que se puede preguntar si está haciendo las cosas correctamente o no... Un error es una contravención de lo



solamente una explicación causal: el perro (amaestrado) que responde de determinada manera a ciertos estímulos lo hace así «a causa de lo que le ocurrió en el pasado». Así no se puede explicar la acción humana social, que, en términos de M. Weber, exige que «el sujeto o los sujetos enlacen a ella un *sentido* (*Sinn*) subjetivo». Esto es lo que hace a la acción «comprensible», es decir, no solo explicable desde el punto de vista causal, sino captable también desde el punto de vista de los «motivos» que le sirven de fundamento, que son la razón de su realización (y que nosotros mismos podemos representarnos o reproducir en nuestro interior). Pero una acción así, que procede de motivos, no de causas inexorables o constantes, es «relevante para nuestra conducta actual solo porque las acciones humanas ejemplifican reglas», es decir, porque son la realización de pautas de conducta que pueden seguir realizándose<sup>20</sup>. Estas pautas, a diferencia de los hábitos, implican que, de una manera u otra, se pueda evaluar la conducta, que se tenga una idea de lo que se hace y de lo que en cambio se podía haber hecho, al menos en el sentido de que esto «pueda» ser representado, pueda ser puesto ante la mente, es decir, que se tenga «posibilidad de reflexión». Lo cual tiene como consecuencia que el sujeto «puede defender lo que hizo cuando le argumentan que debía haber hecho algo diferente»<sup>21</sup>.

Winch se enfrenta a la tendencia de los que tratan de conocer la vida social sin tener en cuenta las ideas de los que participan en ella, de los agentes<sup>22</sup>; o bien tratan de estudiar «las proposiciones y las teorías» como «hechos experimentales», «desde fuera»<sup>23</sup>. Esta tendencia puede desde luego remontarse a la primera regla del método sociológico de E. Durkheim: «Considerar a los hechos sociales como cosas». Pero también alguna vez M. Weber, a pesar de que esto es contrario a su método de la «comprensión», «adopta el punto de vista externo y olvida tomar en cuenta el «sentido subjetivamente mentado» de la conducta que considera»<sup>24</sup>.

La atención a Wittgenstein y a sus continuadores no ha de hacernos olvidar que Hart era uno de los filósofos del grupo de Oxford, en el que ejercía una especie de dirección o liderazgo John Langshaw Austin. La influencia de este ha de darse, pues, por descontada; Hart la destaca al men-

---

que se ha *establecido* como correcto... El hecho de establecer una norma no es una actividad que se pueda adscribir a cualquier individuo completamente aislado de otros, ya que sólo el contacto con estos últimos posibilita el control de las propias acciones, control inseparable de una pauta establecida... No tiene sentido suponer que haya alguien capaz de establecer una norma de conducta puramente personal, si nunca tuvo alguna experiencia de la sociedad humana con sus reglas socialmente establecidas». — P. WINCH: *Op. cit.*, pp. 35-36.

20. P. WINCH: *Op. cit.*, pp. 46-61. La frase entre paréntesis está tomada de un texto de M. Weber que Winch no cita, pero que me ha parecido que puede ayudar a entender lo que él mismo quiere decir. El texto es de M. WEBER: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen (Mohr), 1973, p. 67.

21. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 63. Cfr. también los textos de nota 19.

22. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 90.

23. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 102.

24. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 108-109.



cionarle en el breve prólogo de su obra principal<sup>25</sup>. Las doctrinas de Austin concuerdan en buena parte con las de Wittgenstein. Así coinciden en señalar que el significado de las palabras ha de buscarse en las frases o proposiciones de las que forman parte<sup>26</sup>; y en llamar la atención sobre los «diferentes usos del lenguaje»<sup>27</sup>. También coinciden en centrar su atención sobre el análisis del lenguaje ordinario, común o cotidiano, evitando en la medida de lo posible la contaminación o infección de este por la «jerga de las teorías extintas»<sup>28</sup>. Asimismo parece que coinciden en la conciencia y orgullo de estar haciendo «una gran revolución en filosofía y, dirían muchos, la más saludable»<sup>29</sup>.

Pero las diferencias no dejan de ser notables. El lenguaje que le interesa a Wittgenstein es el lenguaje, diríamos, «en acción», formando parte de la actividad y de las formas de vida, en las que se constituye y manifiesta, al mismo tiempo que puede servir para descubrir y manifestar esas formas de vida, en especial las sociales, las de la vida social; porque es el lenguaje de los agentes, de los que actúan y participan en esa vida social (como destacó especialmente P. Winch). El lenguaje a que se refiere Austin diríamos en cambio que es el lenguaje ya constituido, aun cuando desde luego no se trata de una cosa muerta, que no sea capaz de una ulterior transformación y acomodación. Las palabras son instrumentos o «herramientas», pero para la «percepción de los fenómenos», para el conocimiento de la realidad, que podemos ver captada en ellas y por ellas y para cuya captación podemos seguir agudizando esas herramientas. Y en general hemos de pensar que las distinciones y conexiones que sea conveniente hacer o establecer en la realidad habrán ya tenido acogida en el lenguaje a través de la vida de muchas generaciones; y esas distinciones y conexiones «seguramente es de esperar que sean más numerosas, más razonables, dado que han soportado la larga prueba de la supervivencia del más apto, y más sutiles, al menos en todos los asuntos ordinarios y razonablemente prácticos, que cualesquiera que plausiblemente usted o yo excogitásemos en nuestros sillones durante

25. Aun cuando J.L. Austin publicó muy poco en vida (tan sólo siete artículos) siendo todos sus libros publicados después de su muerte (1960), Hart podía conocer todas sus doctrinas, ya que asistía regularmente a las reuniones filosóficas que tenían lugar los sábados por la mañana bajo la dirección de Austin.— Cfr. N. MACCORMICK: *H.L.A. Hart* (cit. nota 9), pp. 15-16. Sobre la influencia de Austin en Hart cfr., además, aparte del Prólogo y la página 253 de *CL, Essays...* (cit. nota 4), pp. 274 y ss.

26. «Hablando con propiedad, lo único que tiene significado es una oración... El sentido en que una palabra... 'tiene un significado' es derivativo...: decir que una palabra... 'tiene significado' es decir que hay oraciones en las que ocurre que 'tiene significado'... Todo lo que el diccionario puede hacer cuando 'consultamos el significado de una palabra' es sugerir ayudas para la comprensión de las oraciones en las que ocurre. De aquí que parezca correcto decir que lo que 'tiene significado' en sentido primario es la oración».— J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, traducción de A. GARCIA SUAREZ, Madrid (Revista de Occidente), 1975, p. 72.

27. Cfr. sobre esto *Op. cit.* (nota ant.), cap. 10, «Emisiones realizativas», pp. 217 y ss.; así como también J.L. AUSTIN: *Cómo hacer cosas con palabras*, traducción de G. CARRIO y E.A. RABOSI, Barcelona-Buenos Aires (Paidós), 1982.

28 J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, p. 175.

29 J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, p. 218.



una tarde»<sup>30</sup>. Es muy posible que esa percepción de la realidad que nos proporciona el lenguaje ordinario, con sus distinciones y conexiones «no sea la mejor forma de ordenar las cosas si nuestros intereses son más amplios o más intelectuales que los ordinarios», o si se ha plasmado sin tener en cuenta los recursos que proporcionan los nuevos descubrimientos o instrumentos científicos, «el microscopio y sus sucesores». «Y debe añadirse también que la superstición y el error y la fantasía de todos los géneros se han incorporado al lenguaje ordinario e incluso a veces soportan la prueba de la supervivencia (sólo que cuando lo hacen, ¿por qué no habríamos de detectarlo?). Ciertamente, pues, el lenguaje ordinario *no* es la última palabra: en principio en todo lugar puede ser complementado y mejorado y suplantado. Pero recordemos, *es la primera palabra*»<sup>31</sup>.

Las dos tendencias, pues, no obstante coincidir en su interés por el lenguaje común u ordinario, lo estudian de distinta manera. Pero esto no quiere decir que ambos modos no puedan combinarse o acumularse: tal parece ser el caso de Hart; sin que por lo demás podamos esperar que nos indique cuándo está siguiendo en concreto uno u otro.

Tampoco hemos de pensar que estas doctrinas mencionadas sean las únicas que influyen o están a la base de la teoría hartiana del Derecho. Así, por ejemplo, pudiéramos pensar que la concepción de Wittgenstein y Winch sobre el papel de las reglas en el lenguaje y en la vida social es la que explica el papel central que Hart les asigna en su análisis del Derecho; y, sin embargo, hay motivos para pensar que el influjo de juristas como Kelsen o Ross fue más decisivo<sup>32</sup>. Como Kelsen, entiende, frente a Austin (el jurista), que

30 J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, p. 174.

31 J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, p. 177. A continuación Austin añade en una nota: «Y olvidémonos, por una vez y por un momento, de esa otra curiosa pregunta: '¿Es verdadero?' ¿Podemos?». En esto, de nuevo vendría a coincidir con Wittgenstein.

32. El influjo de Kelsen aparece ya expresamente mencionado en la «Introducción» a la obra de J. AUSTIN: *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres (Weidenfeld and Nicholson), 1955, p. XI. (Sobre la fecha de publicación de esta obra, por parte de Hart, cfr. J.A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid (Tecnos), 1989, p. 172, nota 14). En la «Introducción» a *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983) reconoce Hart que comparte con Kelsen «la convicción de que una de las tareas primordiales de la filosofía jurídica es la de explicar la fuerza normativa de las proposiciones del Derecho» (p. 18). Hay que advertir que la obra de Kelsen que Hart cita habitualmente es la *General Theory of Law and State* (1945), y que en esta obra Kelsen presta una particular atención a la crítica de la teoría de Austin, del Derecho como mandato o imperativo. Cfr. H. KELSEN: *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de E. GARCIA MAYNEZ, México (UNAM), 1969, pp. 36 y ss. y 72 y ss. Como ha advertido P.M.S. HACKER, en cambio en la *Teoría Pura del Derecho* (2.<sup>a</sup> edic. alemana de 1960) esa posición está «limitada y oscurecida de distintas formas».— P.M.S. HACKER: «Hart's Philosophy of Law», en P.M.S. HACKER-J. RAZ (eds.): *Law, Morality and Society*, Oxford (Clarendon Press), 1977, p. 10, nota 15. Creo que con más razón hay que decir que esa postura, sobre todo en cuanto crítica de la teoría imperativa o del mandato, se desvanece en H. KELSEN: *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien (Manzsche Verlags— und Universitätsbuchandlung), 1979; cfr. especialmente pp. 2 y ss. y p. 24. El influjo de los juristas escandinavos sobre Hart puede deducirse de la atención que éste les prestó, con varias recensiones de sus obras. Así, del libro de A. HÄGESRSTRÖM: *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, en *Philosophy*, 30 (1955), pp. 369-373; y del libro de A. ROSS: *On Law and Justice*, en *Cambridge Law Journal*, 17 (1959), pp. 233-240 (artículo recogido en *Essays...* (cit. nota 4), pp. 161-169). Este influjo se confirma por las múltiples referencias a ellos (los juristas escandinavos, en especial Ross) en diversas obras. Cfr. especialmente *CL*, pp. 10-11 y 233. Sobre esta cuestión cfr. E. PATTARO: *Elementos para una teoría del Derecho*, traducción de I. ARA PINILLA, Madrid (Debate), 1986, pp. 144 y ss.



el concepto de imperativo o mandato no es el apropiado para indicarnos lo que es el Derecho: que ese concepto debe ser sustituido en cuanto clave para la explicación del Derecho por el de regla o norma (*rule*). Y, como Ross (y también Kelsen), entiende, frente a los realistas americanos, que el Derecho no se explica adecuadamente en términos de predicciones o adivinaciones de lo que harán los tribunales y demás funcionarios encargados de aplicar el Derecho, sino en términos de proposiciones normativas, que influyen de hecho en las decisiones de esos funcionarios como guías de su conducta y en las que se ve la razón y justificación para esas decisiones.

En cambio, el influjo de la filosofía lingüística parece haber sido decisivo en su explicación de lo que ha de entenderse por regla o norma (*rule*). A este propósito Kelsen<sup>33</sup> había insistido en que una norma es un deber ser, que simplemente significa que «algo debe suceder», o que «alguien debe proceder de cierta manera», o incluso que «una norma es una norma» y nada más que una norma<sup>34</sup>. Por el otro lado, Ross proponía una reinterpretación de ese concepto en términos de la «ciencia empírica moderna», reduciéndolo a «hechos sociales», a «hechos empíricamente verificables»<sup>35</sup>. Frente a estas dos posiciones, Hart nos va a explicar lo que entiende por reglas o normas, pero sin incidir en ninguna reinterpretación científica ni filosófica. Va a seguir el lema dado por Wittgenstein para la filosofía lingüística: dejar las cosas como están, no interferir con el uso efectivo del lenguaje, sino sólo describirlo<sup>36</sup>.

Lo primero que hay que hacer es distinguir las reglas de los simples hábitos (se entiende sociales). Coinciden en ser prácticas generales, es decir, que se realizan por la mayor parte de los componentes del grupo (en las ocasiones en que hay lugar para esa realización). Pero se diferencian en que la regla (a diferencia del hábito), 1.º) lleva consigo que las desviaciones de la conducta exigida sean vistas de manera general como fallos o faltas expuestas a la crítica, y las posibilidades de desviación se encuentren con una presión en favor de la conformidad. 2.º) Esas desviaciones se consideran en general como buenas razones para la crítica, y ésta como justificada o legítima, lo mismo que las exigencias de fidelidad a la regla frente a las amenazas de incumplimiento. Es más, excepto una minoría de recalcitrantes, esas críticas y exigencias se consideran en general como legítimas, es decir, como fundadas en buenas razones, incluso por parte de los mismos que las reciben. 3.º) Algunos, al menos, han de ver en la conducta exigida una pauta general del comportamiento del grupo. Esto exige una «actitud crítica

33. Independientemente de lo que haya que pensar de su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (cit. nota ant.).

34. Como relata Hart, en un sugestivo artículo sobre su discusión pública con Kelsen en la Universidad de California: «recalcando a voces que 'una norma es una norma' y nada más que una norma».— H.L.A. HART: «Kelsen Visited», en *Essays...* (cit. nota 4), p. 287.

35. Cfr. H.L.A. HART: «Scandinavian Realism», en *Essays...* (cit. nota 4), especialmente pp. 162 y 164.

36. L. WITTGENSTEIN: *Investigaciones filosóficas*, I, 124.

reflexiva» con respecto a esa pauta de conducta; y podemos designar a eso como el «aspecto interno» de las reglas, que está conectado con los dos caracteres anteriores, porque, a su vez, se despliega o manifiesta en ellos: en las críticas y exigencias y en el reconocimiento de su justificación. Todo lo cual tiene su expresión característica en la terminología normativa de «deber», «tener que», «haber de», «correcto» e «incorrecto»...<sup>37</sup>.

Hart se refiere expresamente a la postura de Winch como «similar» a la suya. Quizá sea oportuno subrayar que esta similitud se observa especialmente en el tercer punto, en el «aspecto interno» de las reglas. Esta similitud se acentúa en el ulterior desarrollo del contraste entre ese «aspecto interno» de las reglas y el «externo»; distinción que es de «gran importancia para entender, no sólo el Derecho, sino la estructura de cualquier sociedad». Al primero corresponde el que podemos llamar «punto de vista interno», que es el que adopta el miembro del grupo que «acepta y utiliza» las reglas como guías de conducta. Mientras que al segundo corresponde el «punto de vista externo» que es el propio de un «mero observador que no las acepta». Este, si adopta la postura «extrema», no podrá observar más que regularidades, tanto en la conducta que, efectivamente, es concordante con las reglas, como en las reacciones que provocan las conductas discordantes. A lo más que puede llegar es a relacionar esas reacciones con las conductas discordantes, también sobre la base de la regularidad con que unas siguen a otras. Este «extremo punto de vista externo» no puede explicar o dar cuenta del modo como ven su propia conducta los miembros del grupo que aceptan las reglas. En realidad, el que pretenda ser fiel a este punto de vista no podrá hablar propiamente de reglas, sino tan sólo de las regularidades de la conducta, predicciones, probabilidades y señales que pueda observar. Es decir, dejará de ver «toda una dimensión de la vida social de aquéllos a quienes observa». Esta es la dimensión propia del punto de vista interno, la de los que ven las reglas como tales (no como simples prácticas o hábitos). Hay un tercer punto de vista, intermedio entre los dos anteriores: el de quien, sin necesidad de aceptar las reglas él mismo, se refiere a que el grupo las acepta y al modo como son entendidas por los que las aceptan, desde el punto de vista interno<sup>38</sup>. Se trata de un punto de vista «no comprometido» con la aceptación de las reglas, sino «desentendido» (personalmente) de su aceptación o rechazo. Este es el punto de vista que puede adoptar, y es propio que adopte, un jurista, o un teórico del Derecho, cuando informan de normas vigentes, que se supone que son aceptadas por algunos o por muchos (y entre los cuales puede estar él mismo). Al hablar de esas normas puede perfectamente utilizarse el lenguaje normativo de «deber», «tener que», etc., que antes hemos visto que utilizaban los comprometidos con la aceptación de las reglas o el punto de vista interno<sup>39</sup>.

37. CL, pp. 54-56; CD, pp. 69-72.

38. CL, pp. 86-87; CD, pp. 110-112.

39. En la explicación de este tercer punto de vista he seguido a J. RAZ: *The Authority of Law*.



Desde luego, el esclarecimiento de lo que es el punto de vista interno requiere una explicación de lo que se entiende por «aceptar», de lo que entienden por aceptar las reglas los que las ven desde el punto de vista interno. Pero esa explicación tiene que ser diferente, según las distintas especies de reglas.

Una primera y decisiva diferenciación de éstas es la que distingue entre reglas obligatorias y no obligatorias. Hart no nos dice cuáles son estas últimas ni en qué consisten. Se limita a mencionar dos ejemplos: las reglas de la etiqueta y las del lenguaje. Por etiqueta no parece se haya de entender las reglas de la urbanidad en general, sino los convencionalismos establecidos en distintos ámbitos o ambientes sociales, más o menos distinguidos o elegantes. Entendidas de este modo, serían fórmulas o formulismos bastante definidos, lo mismo que son bastante definidas las reglas del lenguaje. Pueden considerarse como no obligatorias en cuanto tienen ante todo un carácter técnico. Son reglas, y por eso pueden usarse como fundamento para las críticas de los comportamientos incorrectos y expresarse estas críticas en lenguaje normativo: «debes quitarte el sombrero», «es incorrecto decir 'tú estar'»... Pero induciría a confusión decir en esos casos que se tiene una obligación o un deber.

Las reglas obligatorias incluyen en su concepto: 1) la exigencia general de atenerse a ellas es insistente y la presión ejercida sobre los que no lo hacen o amenazan con no hacerlo es considerable; 2) se las considera importantes para el mantenimiento de la sociedad o algún rasgo importante de ella; 3) pueden interferir con los deseos de la persona obligada, de modo que incluso puede considerarse como característica suya ésta de llevar con-

---

Essays on Law and Morality, Oxford (Clarendon Press), 1979, pp. 155-159. Puesto que Hart ha admitido expresamente esta rectificación a su doctrina y esta terminología, me ha parecido que lo adecuado era incorporarlas, aun cuando esto suponga apartarse de la exposición de su obra principal, a la que me atengo en general de forma fundamental.— Cfr. H.L.A. HART: *Essays on Bentham*, Oxford (Clarendon Press), 1982, pp. 154-155; y *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (cit. nota 4), p. 14. En este último pasaje dice también Hart: «Desde luego, los que hacen esos enunciados 'desentendidos' (o no comprometidos) tienen que entender el punto de vista de uno que acepta la regla, y así su punto de vista bien podría llamarse 'hermenéutico'». Con esto parece que está aludiendo a la crítica de N. NACCORMICK: *H.L.A. Hart* (cit. nota 9), pp. 36-40. Pero esta crítica va más allá de la referencia a los términos normativos de los juristas y su correspondencia con ese tercer punto de vista intermedio. Alude al intento de Hart (expresado en el prólogo a *CL*) de hacer también (aparte de una «teoría del Derecho») una «sociología descriptiva», e indica que esto tiene que ver con esa distinción entre los distintos puntos de vista, insinuando que el tercer punto de vista, es decir, el que MacCormick llama «hermenéutico», es importante también para el estudio (sociológico) de la sociedad. En cualquier caso, en otro lugar (pp. 29-30) este mismo autor conecta expresamente la «nueva vía para la explicación de las reglas sociales» seguida por Hart con el método «hermenéutico» y, consiguientemente, con la obra de Winch y, a través de ella, con la sociología de M. Weber. Y sobre esto quisiera por mi parte llamar la atención: que ese tercer punto de vista, el «hermenéutico», que, desentendiéndose de tomar posición, está referido al punto de vista interno o las actitudes internas de otros, tiene mucho que ver con el método de la sociología comprensiva de M. Weber: de representar o reproducir (*nacherleben*) en nuestro interior los motivos de las acciones que queremos estudiar (comprender).— Cfr. *supra*, nota 20.



sigo la idea de sacrificio o renuncia. Y, desde luego, la obligación no ha de entenderse en el mero sentido de «tener que» hacer algo o «verse obligado» a hacer algo. Estas expresiones son apropiadas cuando nos referimos a nuestra situación frente a un atracador; pero no sería apropiado decir que teníamos una «obligación» de entregarle el dinero<sup>40</sup>.

Estas reglas obligatorias o normas<sup>41</sup> presuponen la sociedad, la vida social<sup>42</sup>; pero nada más que la sociedad; pueden, por consiguiente, ser normas meramente consuetudinarias. Una sociedad que no conociera una ulterior diferenciación de las normas, que contara con normas sólo en este sentido de obligaciones sostenidas o apoyadas en la presión social, estaría en una situación «prejurídica»; o tal vez pudiéramos decir que contaría con un «Derecho rudimentario», porque no es fácil distinguir una situación de otra<sup>43</sup>; pero no estaríamos ante lo que Hart entiende propiamente por Derecho y que él quiere describir y analizar, atendiendo primordialmente a la «estructura característica de los sistemas jurídicos nacionales»<sup>44</sup>. Estos están esencialmente constituidos por normas de dos tipos: las meramente sociales, a las que Hart denomina «normas primarias» o «normas primarias de obligación», y las que denomina «normas secundarias». En una primera aproximación, por contraste de los caracteres más llamativos de unas y otras, puede decirse que las del primer tipo, «que bien puede ser considerado como el tipo básico o primario, requieren a los hombres para que realicen o se abstengan de realizar ciertas acciones, tanto si lo desean como si no. Las normas del segundo tipo son, en cierto modo, parasitarias o secundarias con respecto a las del primero; porque establecen que los hombres pueden, mediante ciertas palabras o acciones, introducir nuevas normas del tipo primario, o modificar o extinguir otras anteriores, o determinar sus efectos y controlar su actuación de diversas maneras. Las normas del primer tipo imponen deberes; las del segundo confieren poderes, públicos o privados. Las normas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo prevén actos que no acarrear simplemente movimiento o cambio físico, sino la creación o modificación de deberes u

40. CL, pp. 79-85; CD, pp. 102-109.

41. Puesto que el término *rule* utilizado por Hart significa lo mismo regla obligatoria que no obligatoria, hemos mantenido hasta ahora esta significación indiferenciada. Pero en castellano resulta poco apropiado hablar de reglas obligatorias, porque la palabra regla tiene más bien un sentido de regularidad, próximo al de los hábitos, o bien un sentido técnico; por eso, en adelante, para referirnos a las «reglas obligatorias» emplearemos la palabra «norma(s)».

42. Hart no desconoce la moral crítica, ya al escribir CL, y hace múltiples referencias a ella (Cfr., por ejemplo, CL, pp. 165, 178-180, 181, 252...); pero, desde luego, en su teoría del Derecho, que expresamente se declara «analítica», no crítica, no le interesa directamente esa modalidad de la moral, sino tan sólo la moral social, la vigente en la vida social. Por eso, no me parece correcta la opinión de R.N. Moles, de que el «punto de vista interno» no es otra cosa que la confusión de las dos clases de moral que Austin había distinguido (la moral positiva y la propiamente dicha a la que se refiere la ética); y que el propio Hart viene a reconocerlo «al reintroducir la distinción de Austin, en *Law, Liberty and Morality*.— R.N. MOLES: *Definition and Rule in Legal Theory. A Reassessment of H.L.A. Hart and the Positivist Tradition*, Oxford (Basil Blackwell), 1987, p. 236.

43. CL, pp. 91 y 84.

44. CL, p. 17.



obligaciones»<sup>45</sup>. En otro lugar, Hart reduce el contraste entre unas y otras a un solo criterio, diciendo que las normas secundarias «están en un nivel distinto que las primarias, porque todas ellas son *referentes* a esas normas; en el sentido de que, mientras las normas primarias se ocupan de las acciones que los individuos han de hacer o no, todas estas normas secundarias se ocupan de las mismas normas primarias»<sup>46</sup>.

Desde luego, no se ha de pensar que Hart pretenda establecer conceptos perfectamente definidos, con los contornos bien delimitados, para que no quepa duda de su significado fijo de antemano: no cabe esperar esto de quien se adhiere a la filosofía lingüística de Wittgenstein y de Austin, en particular en este punto concreto, del significado de las palabras o de los conceptos<sup>47</sup>. Cabe suponer más bien que lo que pretende es darnos una orientación, el «aire de familia» de uno y otro tipo de normas. Pero tampoco en esta línea ha estado muy afortunado, porque ha sido demasiado tajante, en especial en la contraposición «imponen deberes» - «confieren poderes», ya que al menos alguna de las normas que señala como secundarias impone también deberes<sup>48</sup>. Parece, pues, más indicado que insistir en la caracterización general, atender al sentido de las normas secundarias con respecto a las primarias y a las distintas funciones que cumplen, que es lo que determina los distintos tipos de normas secundarias que pueden distinguirse a su vez.

45. CL, pp. 78-79; CD, p. 101. Aun cuando el párrafo está antes de que Hart haya establecido la distinción entre reglas obligatorias y no obligatorias, he empleado en la traducción la palabra «normas», porque el contexto está referido al Derecho, y en este campo es habitual entre nosotros (todavía) hablar de normas y no de reglas.

46. CL, p. 92; CD, p. 117. N. Bobbio está de acuerdo con esta última caracterización, mientras que encuentra «más discutible» la que prevalece a lo largo del libro de Hart, y en particular la que se basa en que unas normas establecen obligaciones y otras atribuyen poderes.— N. BOBBIO: *Studi per una teoria generale del Diritto*, Torino (Giappichelli), 1970, p. 185; en *Contribución a la teoría del Derecho*, edic. de A. RUIZ MIGUEL, Valencia (F. Torres), 1980, p. 324. También J. Raz critica especialmente esta última caracterización.— Cfr. J. RAZ: *The Concept of a Legal System*, Oxford (Clarendon Press), 1970, pp. 147 y ss.; y *The Authority of Law* (cit. nota 39), pp. 91 y ss. Otros critican el conjunto de la diferenciación por parte de Hart. Así N. MACCKORMICK: *H.L.A. Hart* (cit. nota 9), pp. 103 y ss.; J.R. PARAMO: *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho* (cit. nota 1), pp. 231 y ss.; P.M.S. HACKER: «Hart's Philosophy of Law» (Cit. nota 32), pp. 19-20. Este último termina por declararse partidario de considerar la distinción entre normas primarias y secundarias como una «distinción por enumeración».

47. Sobre Wittgenstein y su influencia en Hart, concretamente en este punto, cfr. CL, p. 234. Sobre Austin, cfr. J.L. AUSTIN: «El significado de una palabra», en *Ensayos filosóficos* (cit. nota 26), pp. 71 y ss.; y la coincidencia de Hart puede apreciarse por el texto de CL, p. 15.

48. Cfr. sobre esto en particular J. RAZ: *Op. cit.* (nota 46), p. 199; y P.M.S. HACKER: *Op. cit.* (nota 32), p. 23. Con posterioridad Hart ha reconocido explícitamente que la norma de reconocimiento (no obstante ser norma secundaria) «impone un deber».— Cfr. HART: «El nuevo desafío al positivismo jurídico», en *Sistema*, 36 (1980), p. 7. Esta cuestión de si las normas secundarias confieren sólo poderes, sin imponer obligaciones, puede plantear el problema de si hemos de denominarlas «normas»; pero, como ya hemos señalado (en nota 45), en el campo del Derecho parece más propio hablar (en todo caso) de normas, y no de reglas. De cualquier modo, con respecto a la «norma de reconocimiento», la cuestión está resuelta, especialmente por esta manifestación de Hart a que acabamos de aludir.

El sentido general de las normas secundarias es el de ser un complemento de las primarias. Porque es claro que ese régimen de normas meramente sociales sólo puede dar buenos resultados en una comunidad pequeña y estrechamente trabada por lazos de parentesco, o por sentimientos y creencias íntimamente compartidos, y contando con que las circunstancias ambientales permanezcan sin grandes cambios. En cualquier otra situación, la vida de una sociedad humana sin normas oficiales sería insostenible a la larga, porque estaría abocada a graves inconvenientes. El primero sería el de la *incertidumbre* con respecto a las normas mismas que habrían de regir en esa sociedad. No estaría claro ni cuáles serían esas normas, ni menos el alcance de cada una de ellas. Otro inconveniente sería el de la *inmovilidad*. Los únicos procedimientos de cambio serían, por un lado, la lenta introducción de conductas que primero serían opcionales, luego habituales y, finalmente, obligatorias; y, por otro, el lento proceso de abandono de normas, cuyas infracciones primero serían severamente tratadas, luego toleradas y, finalmente, admitidas. Un tercer inconveniente sería el de la *ineficacia*. Esta estaría provocada, en primer lugar, por la dificultad de determinar en cada caso si las normas han sido o no violadas; y, en segundo lugar, por la dificultad de administrar los debidos correctivos a los que las violaran, tanto si se piensa en que sean los propios perjudicados los que los administren como en que sea el grupo en general.

El remedio para cada uno de estos tres inconvenientes son las tres clases de normas secundarias que Hart distingue, y que considera como otros tantos pasos para la constitución del «mundo jurídico»; sólo cuando se han dado los tres puede hablarse indiscutiblemente de un sistema jurídico. Y esa unión de normas primarias y secundarias es la que permite ver mejor el carácter propio del Derecho: es «la clave de la ciencia general del Derecho»<sup>49</sup>.

Al inconveniente de la *incertidumbre* pone remedio la *norma de reconocimiento*, que determina cuáles son las normas que se han de aplicar, las normas que se han de admitir como normas del grupo. Esta determinación puede llevarse a cabo de maneras muy diferentes. Una forma primitiva, que de hecho se ha practicado en muchas sociedades, es la de fijar por escrito, o gravándolos en un monumento público, bien el texto, bien una lista de las leyes. En los sistemas jurídicos desarrollados las normas de reconocimiento adoptan formas más complejas: «por referencia a alguna característica general de las normas primarias. Esta puede consistir en el hecho de haber sido promulgadas por un cuerpo especial, o en su prolongada vigencia consuetudinaria, o en su relación con las decisiones judiciales». Naturalmente, en el caso de ser varias las características, puede establecerse un orden de preferencia, como suele ocurrir habitualmente con la subordinación de la costumbre a la ley.

---

49. CL, pp. 89-91; CD, pp. 113-117 y pp. 101-102.



Para remediar la *inmovilidad* se establecen *normas de cambio*. La forma más simple que éstas pueden revestir consiste en autorizar a una persona o corporación para introducir nuevas normas o suprimir las anteriores. Pero puede esa autorización modificarse por diversos medios, entre ellos el de señalar el procedimiento que se ha de seguir para esa introducción o eliminación de normas. En esta tarea pueden intervenir también los individuos privados, modificando su particular situación con respecto a los efectos de las normas a las que están sometidos: con testamentos, contratos, etc. Esto, al fin y al cabo, no viene a ser sino un perfeccionamiento, bajo los cauces legales, de las posibilidades de compromiso y, por consiguiente, de creación de poderes o facultades, que entrañaba ya, aunque sólo con sanción moral (de la moral social), la institución de las promesas.

Finalmente, a la *ineficacia* de las normas meramente sociales o consuetudinarias hacen frente las normas de *decisión judicial*<sup>50</sup>. Lo primero que tienen que remediar es la dificultad de determinar si las normas han sido infringidas o violadas en un caso concreto; y el procedimiento mínimo para lograrlo consiste en atribuir a determinados individuos el poder de decidirlo autoritariamente, imponiendo su autoridad. En la mayor parte de los sistemas jurídicos se ha atendido también a los inconvenientes de la aplicación privada de las sanciones, remediándolos por medio de la «centralización de la presión social». En estos casos, se ha determinado también (al menos dentro de ciertos límites) por ulteriores normas («de decisión judicial»), las penas que corresponden por esas violaciones y se «ha encomendado a los jueces, en los casos en que han comprobado el hecho de la violación, el poder exclusivo de dirigir la aplicación de las penas por parte de otros funcionarios»<sup>51</sup>.

Hart presta una especial atención a la norma de reconocimiento. Tal vez por su importancia. En efecto, ella se refiere, no sólo a las normas primarias, sino a todas las normas del Derecho (primarias y secundarias). Las afirmaciones de Hart que pudieran interpretarse en el primer sentido, las de que las normas secundarias se refieren a las primarias, han de entenderse no en sentido exclusivo, sino sobrentendiendo «en último término»<sup>52</sup>. De modo que la norma de reconocimiento es la decisiva para constituir la unidad, el *sistema* del Derecho, lo que determina, entre otras cosas, una clara

50. Creo que estoy proponiendo una nueva traducción para la expresión «rules of adjudication». Lo corriente es utilizar la palabra castellana más parecida a la inglesa, no sólo con respecto a «rules», sino también con respecto a «adjudicación». Así G.R. Carrió (CD) y J.R. Páramo (obra cit. nota 1). Me parece, sin embargo, que esa palabra castellana («adjudicación») suscita, al menos primordialmente, una significación distinta de la inglesa y del sentido que, en concreto, le quiere dar Hart. Otra traducción muy diferente es la de «reglas de enjuiciamiento». Así, J.A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid (Tecnos), 1989, p. 123. A mi modo de ver, esta última traducción tiene el inconveniente de que la palabra «enjuiciamiento», especialmente entre los juristas, va demasiado asociada al «proceso» judicial, lo cual es sólo una parte del sentido de Hart.

51. CL, pp. 92-95; CD, pp. 117-121.

52. Así, H. ECKMANN: *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H.L.A. Harts*, Berlin (Dunker-Humboldt), 1969, p. 65.

o definida diferenciación de sus normas de las de otro tipo (entre ellas las morales)<sup>53</sup>. Y si la combinación o unión de las dos clases de normas (primarias y secundarias) constituye «la clave de la ciencia general del Derecho»<sup>54</sup>, la norma de reconocimiento ha de ser la clave de la clave.

Esto no debe llevarnos a interpretarla en el sentido de la «norma fundamental» de Kelsen. El propio Hart nos advierte que esto sería «desorientador»<sup>55</sup>. Y, desde luego, cuando se pone a explicarnos la diferencia entre su norma de reconocimiento y la «norma fundamental» de Kelsen le sobran razones<sup>56</sup>. «Si se quiere buscar un correlato o paralelo de la norma de reconocimiento en la teoría del Derecho de Kelsen, no es la norma fundamental, sino la Constitución en sentido material la que hay que tener en cuenta»<sup>57</sup>. En esta línea está claramente la forma en que la norma de reconocimiento se presenta por primera vez en la obra de Hart<sup>58</sup>. Y en esta línea están también los antecedentes de la doctrina, que él mismo ha señalado<sup>59</sup> o que han puesto de manifiesto los que la han estudiado<sup>60</sup>.

Pero también sería desorientador asimilar la norma de reconocimiento de Hart a la Constitución escrita o a disposiciones similares a ella, como las del Título Preliminar de nuestro Código Civil referentes a las fuentes del Derecho. A esto puede llevar fácilmente la perspectiva de los países de Constitución escrita y de Derecho codificado<sup>61</sup>. Pero ésta no es la perspectiva de Hart. Para él la Constitución escrita no será más que una parte de los criterios para identificar el Derecho (al lado, por ejemplo, de la promulga-

53. *CL*, pp. 93 y 165.

54. *CL*, p. 79.

55. *CL*, p. 105.

56. *CL*, pp. 245-246; *CD*, pp. 310-311.

57. Así, H. ECKMANN: *Op. cit.* (nota 52), p. 125.

58. H.L.A. HART: Introducción a J. AUSTIN: *The Province of Jurisprudence Determined* (cit. nota 32), p. XII. Sobre las diversas exposiciones hechas por Hart antes y después de *CL*, cfr. J.A. RAMOS PASCUA: *Op. cit.* (notas 32 y 50), pp. 139 y ss.

59. El indica que su postura se parece más que a la norma fundamental de Kelsen a los «principios jurídicos últimos» de Salmond.— *CL*, p. 245; *CD*, p. 310. Estos principios últimos de Salmond «son, como la regla de reconocimiento y a diferencia de la *Grundnorm*, Derecho positivo, esto es, normas cuya existencia se puede verificar empíricamente».— Así, J.A. RAMOS PASCUA: *Op. cit.* (nota ant.), p. 136. Pero no comprendo cómo después de esta afirmación se pueden sostener las de la página siguiente: «La doctrina de la regla de reconocimiento es la auténtica heredera de la *Grundnorm*...» El argumento aducido, de que Hart «debilita su anterior afirmación» al proceder a «justificar por qué ha utilizado una terminología distinta de la kelseniana (en vez de explicarnos por qué utiliza una terminología distinta de la de Salmond)», no me parece válido: Hart necesitaba explicarnos las diferencias de su concepción con respecto a la de Kelsen, no porque efectivamente se asemejara más a ella que a la de Salmond, sino porque podía parecerlo y, sobre todo, porque es consciente de que la fama de Kelsen es muy superior a la de Salmond, por lo que resulta más oportuno dar explicaciones de la relación con la doctrina de aquél que con la de éste.

60. Me refiero a la estrecha conexión, tal vez incluso de origen, entre la doctrina de Hart y la de Hägerström a este respecto, puesta de manifiesto por el propio RAMOS PASCUA: *Op. cit.* (nota ant.), pp. 137 y ss. y por E. PATTARO: *Op. cit.* (nota 32), especialmente pp. 153 y ss.

61. Es lo que parecen sugerir las indicaciones de N. BOBBIO: *Op. cit.* y trad. cit. (nota 46), pp. 185 y ss. y pp. 324-325.



ción por un cuerpo legislativo y de los precedentes judiciales)<sup>62</sup>. «En su mayor parte» (*for the most part*) —nos dice— la norma de reconocimiento ni siquiera está formulada (*stated*), «sino que su existencia se *muestra* en la forma en que se identifica las normas particulares»<sup>63</sup>; se trata del «uso de normas no formuladas de reconocimiento, por parte de los tribunales y otros, al identificar normas particulares del sistema»<sup>64</sup>; «su existencia tiene que consistir en una práctica real»<sup>65</sup>. Se trata de una «cuestión empírica, aunque compleja, de una cuestión de hecho». «Si se lo controvirtiera, lo que queda así presupuesto pero no expresado podría ser establecido recurriendo a los hechos, esto es, a la práctica efectiva de los tribunales y funcionarios del sistema». Se puede llamar a eso Constitución, pero entendiéndola como «realidad viviente», como la Constitución que «es aceptada y efectivamente existe»<sup>66</sup>.

Desde esta posición hay que explicar la noción de validez jurídica y los problemas que plantea. Este es uno de los temas para los que la norma de reconocimiento es la clave inmediata. Porque decir que «una norma es válida no es más que reconocer que satisface todos los requisitos establecidos por la norma de reconocimiento y que es, por lo tanto, una norma del sistema»<sup>67</sup>. Las cuestiones de validez, según Hart, sólo se plantean «*en el interior* de un sistema de normas», y ahí precisamente es donde la norma de reconocimiento da la respuesta, porque proporciona los criterios con los que hay que juzgar «el status de una norma como miembro del sistema». Hacia el exterior, es decir, para juzgar el conjunto del sistema, incluida la norma de reconocimiento, no necesitamos la palabra «validez» ni la usamos «comunmente». En todo caso, Hart no está dispuesto a que se plantee la cuestión de la validez en esa dirección: «No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia norma de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta»<sup>68</sup>.

Qué sea esto de la aceptación es algo que ya comenzamos a ver a propósito de las reglas en general. Dijimos entonces que era la actitud que corresponde al que las ve desde el punto de vista interno, entendido éste en el sentido más estricto, de «comprometido». Pero dijimos también que el esclarecimiento de lo que es el punto de vista interno y la aceptación debería hacerse teniendo en cuenta las distintas clases de reglas. En efecto, antes, o independientemente, de la constitución de los sistemas jurídicos, la aceptación de las normas obligatorias (que son las reglas que más directamente nos interesan) tenía que ser muy distinta de la que tiene lugar una vez esta-

62. CL, p. 98.

63. CL, *Ibid.*

64. CL, p. 99.

65. CL, p. 108.

66. CL, p. 245; CD, pp. 320-311.

67. CL, p. 100; CD, p. 129.

68. CL, p. 105; CD, p. 135.

blecidos esos sistemas. No habiendo nada que las unificara, las normas tendrían que ser aceptadas independientemente o por separado, y los disidentes, es decir, los que no las cumplieran más que por miedo a la presión social, no podrían ser muy numerosos, porque, de otro modo, esa presión social desaparecería<sup>69</sup>. Con la constitución de los sistemas jurídicos la situación cambia. La aceptación de la norma de reconocimiento supone aceptar indirectamente las demás, y, por consiguiente, éstas no tienen que ser aceptadas una por una. Además, el ejercicio de la presión social se ha reforzado y especializado por las normas de cambio (o legislación) y, sobre todo, por las de decisión judicial. La aceptación o adhesión interna a las normas ya no tiene que ser tan general, ni tan intensa, como si no existieran esas instituciones. Pueden incluso la mayor parte de los individuos adoptar una actitud más bien pasiva, o la de no obedecer a las normas más que por temor al castigo. Basta con que la desobediencia no sea general. Por lo demás, la misma adhesión (interna) al Derecho puede no estar motivada por razones morales, sino también por «cálculos de intereses a largo plazo, o por una preocupación desinteresada por los demás; o por una actitud heredada o tradicional no reflexiva; o el mero deseo de obrar como obran los demás»<sup>70</sup>.

La situación de los funcionarios es distinta. Los que (como tales) usan y aplican las normas y, en especial, la norma de reconocimiento, no sólo utilizan continuamente el lenguaje propio del punto de vista interno, sino que tienen que estar efectivamente comprometidos con ese punto de vista y aceptar las normas de una manera más activa, que no puede describirse adecuadamente con la palabra «obedecer». Para que la norma de reconocimiento exista «tiene que ser considerada, desde el punto de vista interno, como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. Si bien los tribunales del sistema pueden, en ocasiones, apartarse de estas normas, en general tienden a apreciar críticamente tales desviaciones como deficiencias respecto a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes o públicos. No se trata solamente de la salud o eficacia del sistema jurídico, sino de una condición lógicamente necesaria para que podamos hablar de la existencia de un determinado sistema jurídico<sup>71</sup>. En cuanto a los motivos personales en los que se apoya esa actitud, no tienen por qué ser distintos de los que determinan la adhesión (interna) de los particulares. De hecho, Hart, cuando se refiere a esos motivos de los funcionarios, en concreto de los jueces, o los equipara a los de los particulares<sup>72</sup>, o bien señala otros similares<sup>73</sup>.

69. CL, pp. 89 y 113-114.

70. CL, pp. 109-199, 226; CD, pp. 140-146, 249-251, 285-286; *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (cit. nota 4), p. 69; *Essays on Bentham* (cit. nota 39), pp. 145-147, 156-158, 160-161.

71. CL, pp. 99, 109-114; CD, pp. 127-128, 140-146.

72. Así en *Essays on Bentham* (cit. nota 39), pp. 160-161.

73. «Los jueces pueden explicar o justificar su aceptación de las leyes promulgadas por los legisladores diciendo que ellos simplemente pretenden continuar con una práctica establecida, o que al asumir el cargo juraron continuarla, o que al aceptar el cargo de juez se comprometieron tácitamente a actuar de ese modo». — H.L.A. HART: *Essays on Bentham* (cit. nota 39), p. 265.



Se confirma, pues, por las explicaciones de lo que se ha de entender por aceptación de las normas y, en concreto, de la norma de reconocimiento, que la existencia de ésta es una «cuestión de hecho», aunque implique la referencia a normas y a actitudes interiores con respecto a ellas; se manifiesta en una «práctica real», una «práctica efectiva de los tribunales y funcionarios». Resulta así muy distinta de la «norma fundamental», que empezó siendo una «hipótesis» y terminó siendo más bien una «ficción» (en las propias palabras de Kelsen). Pero ambas se diferencian también en la función. La norma fundamental se presupone (en un sentido o en otro) para fundamentar o explicar la validez de todo el ordenamiento en su conjunto, mientras que Hart ni siquiera se plantea esta cuestión, se niega a plantearla: hacia el interior del sistema la validez (de las diversas normas) se explica por la norma de reconocimiento; hacia el exterior, no nos planteamos, no es necesario plantearse la cuestión. Podría tal vez pensarse, suponerse, que Hart aprendió de Kelsen a no repetir el intento, vistas las complicaciones (y el fracaso) que a éste le supuso. Pero se trata de una mera suposición (mientras no se sepa que Hart tuvo efectivamente eso en cuenta); y además de una suposición innecesaria, porque la actitud de Hart se puede explicar perfectamente por su conexión con la filosofía lingüística del lenguaje común u ordinario. En esa dirección apunta su indicación de que, para el conjunto del ordenamiento o sistema jurídico, ni necesitamos ni usamos «comunmente» la «palabra 'validez'». Esa podría no ser una razón definitiva desde la postura de Austin, ya que para éste el lenguaje ordinario es tan sólo «la primera palabra», y su horizonte puede ampliarse, «si nuestros intereses son más amplios o más intelectuales que los ordinarios». Pero recordemos que la posición de Wittgenstein es más radical: «La filosofía no puede, en modo alguno, interferir con el uso efectivo del lenguaje; puede, a la postre, solamente describirlo. Pues no puede tampoco fundamentarlo. Deja todo como está<sup>74</sup>. Claro que es posible que Hart fuerce un poco las cosas al atribuir eso al lenguaje ordinario (la despreocupación por la cuestión de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto). Pero aun así, aun suponiendo que Hart no pudiera contar con ese apoyo, no le faltarían otros, en la propia filosofía de Wittgenstein, que irían en la misma dirección (de desentenderse de esta cuestión de la fundamentación del sistema jurídico en su conjunto).

Estamos hablando del sistema jurídico, dando por supuesto que Hart, con su norma de reconocimiento, haya realmente logrado fundamentar eso, la reducción del Derecho a sistema. Sin embargo, la verdad es que también en ese punto no deja de tener problemas. Ya hemos visto que da por supuesto que en los Estados modernos la norma de reconocimiento es compleja; consta de varios criterios, generalmente al menos estos tres: Constitución escrita, promulgación legislativa, y precedentes judiciales. En otros casos, se tiene en cuenta la costumbre; en otros, como en Norteamérica, «los crite-

---

74. L. WITTGENSTEIN: *Investigaciones filosóficas*1, 124.

rios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales»<sup>75</sup>. Para que, a pesar de esta complejidad, se logre la unidad del sistema, esos criterios tienen que ser reducidos a unidad, al menos mediante la supremacía o jerarquía de unos sobre otros, y en último término de uno sobre los demás<sup>76</sup>. Pero esto no siempre se logra, ni en abstracto o en general, ni menos en concreto, en los casos concretos. Hart es consciente de la dificultad, hasta el punto de que es oscilante en utilizar el singular o el plural para la norma de reconocimiento: generalmente utiliza el singular, y expresamente dice que prefiere el singular, pero, no obstante, con frecuencia la palabra aparece en plural (*rules*)<sup>77</sup>. Realmente, dado «el énfasis en los órganos de aplicación del Derecho»<sup>78</sup> que caracteriza a la teoría de Hart (en especial en este punto de la concepción de la ley de reconocimiento) y dada la diversidad de esos órganos, la diversidad de materias a que atienden y las dificultades y la problematicidad de las soluciones que adoptan, parece difícil de rechazar la posibilidad de que, dentro de lo que se considera un ordenamiento jurídico, vengan a constituirse diversas normas de reconocimiento que no puedan ser reducidas a unidad; tanto más, cuanto que esas normas de reconocimiento no tienen por qué ser estables o permanentes, sino que pueden estar sometidas a variaciones u oscilación. Esta tesis cobra aún más vigor, si se tiene en cuenta la doctrina de Hart, que deriva de la de Waismann que expusimos anteriormente, de la «(con)textura abierta» de los conceptos y de las normas, que también afecta a la norma de reconocimiento.

Que a las normas se les haya de aplicar esa teoría de Waismann se deriva, en primer lugar, de que emplean conceptos empíricos, a los que hay que atribuir la condición que aquél les atribuía: que no pueden ser conocidos exhaustivamente, y menos de antemano, con anticipación, los significados que les corresponden, o les van a corresponder; y, en segundo lugar, se deriva de que el mismo propósito o finalidad de la ley está en relación con la determinación de ese significado. Por ejemplo, si en un parque se prohíbe la circulación de vehículos, es claro que lo que se quiere es preservar la paz o la tranquilidad; pero, a su vez, el grado en que ésta quiera preservarse depende de los vehículos que se han tenido en cuenta: si luego, por nuevas invenciones, o por lo que sea, se presenta la cuestión de si la prohibición es aplicable a objetos que no habían sido tenidos en cuenta,

75. CL, p. 199; CD, p. 252.

76. CL, pp. 98, 102... *Essays on Bentham* (cit. nota 4), p. 360.

77. P.M.S. HACKER (Op. cit. nota 32) cita un sólo caso: CL, 113; J.A. RAMOS PASCUA (Op. cit. nota 50, p. 175, nota 88) cita también CL, p. 63. Pero hay más. Sin salir de CL, por lo menos también pp. 93 y 99. Pero tal vez sea más significativa la expresa confesión de indecisión por parte de Hart, en la Introducción a *Essays on Bentham* (1982) (cit. nota 39), p. 18, y la misma concesión que hace en la discusión con Raz (a fin de facilitar la polémica), en la misma obra p. 155. Por su parte, tanto HACKER (Op. cit., p. 24), como J. RAZ (Op. cit. nota 39, pp. 95 y ss.) dos de los discípulos más próximos a Hart, optan decididamente por admitir que un sistema jurídico puede tener *más de una* norma de reconocimiento.

78. J. RAZ: *The Authority of Law* (cit. nota 39), p. 89.



no sólo es dudosa la aplicación a esos objetos del significado del término utilizado de «vehículos»; es dudosa también la finalidad o el propósito de la ley con respecto a esos objetos, si la paz o la tranquilidad que se quiere preservar se ha de considerar perturbada por el uso de esos objetos, por ejemplo, automóviles eléctricos de juguete.

Hart trata de poner límites a las consecuencias de esta teoría, distinguiendo entre «un núcleo de certeza y una penumbra de duda», tanto en el significado de los conceptos, como en el alcance de las normas<sup>79</sup>. Si esas zonas de «significado definido» y «casos discutibles» pudieran delimitarse de antemano por «la coincidencia en el uso convenido del lenguaje», tendríamos mucho conseguido con esas condiciones. Pero eso no se puede sostener, porque para usos especiales cambia el significado de los términos, lo mismo que cambia también en relación con el propósito de la norma. Resulta, por tanto que, en definitiva, no pueden reputarse «casos claros», es decir, de «significado definido», pertenecientes al «núcleo de certeza», más que los que obtienen un «acuerdo general de que pertenecen al ámbito o alcance de una norma»<sup>80</sup>. Queda así aclarado, o desechado, el sentido de expresiones más optimistas, que hablaban de «amplias áreas de conducta que son satisfactoriamente controladas *ab initio*, no mediante un *standard* variable, sino mediante normas que exigen conductas específicas, y que sólo presentan una zona de (con)textura abierta»<sup>81</sup>. Se confirma, en cambio, que es más bien la práctica, la interpretación *a posteriori* la que determina cuáles son «los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación»: «son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general»<sup>82</sup>.

Esto lleva consigo, a su vez, que la aplicación de las normas generales se asemeje mucho a la aplicación de la analogía y de los precedentes judiciales. Porque se trata fundamentalmente de ver si el caso en cuestión «se asemeja 'suficientemente' al caso claro en los aspectos 'relevantes'»<sup>83</sup>. Lo cual quiere decir que el margen de discrecionalidad que le queda al intérprete en la aplicación de las normas puede ser «muy amplio». De manera que el hecho de aplicar la norma puede ser calificado como «elección»<sup>84</sup>.

Estas complicaciones se extienden a la(s) propia(s) norma(s) de reconocimiento, que, como Hart admite reiteradamente, participa(n) de la condición de «(con)textura abierta». La situación en ciertos casos puede parecer «paradójica», porque el llamado a resolver las dudas de una norma de reconocimiento derivada de la Constitución puede ser un tribunal que, a su vez,

79. CL, pp. 119-132; CD, pp. 152-169.

80. H.L.A. HART: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (cit. nota 4), pp. 7-8, 62-68 y 106.

81. CL, p. 130; CD, p. 166.

82. CL, p. 123; CD, p.158.

83. CL, p. 124; CD, p. 159.

84. CL, *ibid.*; CD, *ibid.*

deriva su competencia de la misma Constitución. Sin embargo, hay que suponer, y podemos suponer, que no todo es dudoso; «es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, que no toda norma sea dudosa en todos los puntos. La posibilidad de que haya tribunales que, en cualquier momento dado, tengan autoridad para decidir estas cuestiones límites referentes a los últimos criterios de validez, depende meramente del hecho de que, en ese momento, la aplicación de dichos criterios a una vasta área del Derecho, que incluya las normas que confieren aquella autoridad, no origine dudas, aunque sí las originen su preciso ámbito y alcance»<sup>85</sup>. Pero, es posible que no todas las decisiones tomadas por esos tribunales estén cubiertas por una delegación previa de autoridad para tomarlas. Es más bien el éxito, el resultado, el que cuenta. Y «es posible que se acepte sin protestas una pieza muy sorprendente de creación judicial de Derecho relativa a las propias fuentes de éste. Cuando tal ocurre, a menudo se dirá *retrospectivamente*, y puede parecer auténtico, que los tribunales tuvieron en todo tiempo «inherente» una potestad de hacer lo que hicieron. Esta, sin embargo, puede ser una ficción piadosa, si la única prueba a su favor es que la cosa tuvo éxito»<sup>86</sup>.

Cabe preguntarse, después de esto, qué queda de la norma de reconocimiento, no ya de su unicidad, sino de su virtualidad, de su función de dar unidad al sistema jurídico y explicar o fundamentar la validez de sus normas (dentro del conjunto, en su interior). La respuesta parece que tiene que ser que la norma de reconocimiento no logra plenamente su función. Pero, al menos, es la expresión del conjunto de las fuentes formales<sup>87</sup> que deben ser y son tenidas en cuenta, de manera primordial, en la solución de las cuestiones jurídicas, especialmente por los órganos de aplicación del Derecho. Estos deben prescindir en general, como de hecho prescinden, de atender al contenido de las normas y a la valoración crítica que merecen. La norma de reconocimiento las convierte en «razones perentorias» para la decisión, es decir, en motivos o fundamentos que «cortan la deliberación, el debate o la argumentación», porque tienen un valor en sí mismas, independientemente del análisis de su contenido<sup>88</sup>.

Pero, como en la configuración de la norma de reconocimiento ha puesto tanto «énfasis en los órganos de aplicación del Derecho»<sup>89</sup>, en la práctica de los jueces y demás funcionarios encargados de aplicarlo, no es extraño que Hart reconozca que la distinción entre las «fuentes formales» del Derecho y las «materiales», o «históricas» o «causales» «puede hacerse

85. CL, p. 149; CD, 189.

86. CL, pp. 149-150; CD, 190-191.

87. Cfr. CL, p. 246; CD, p. 312.

88. Ver especialmente el capítulo con que se cierra *Essays on Bentham* (cit. nota 39), escrito, al parecer, en torno a la misma fecha de publicación de esa obra (1982), especialmente, pp. 253 y ss.

89. Las palabras entre comillas son de Raz (cfr. nota 78), referidas a él mismo, pero también, explícitamente a Hart.



borrosa en la práctica efectiva». Esto se debe, en primer lugar, a la «considerable libertad en la interpretación» de los textos legales que tienen los tribunales. «Pero, a veces, el juez tiene mucho más que libertad de interpretación. Cuando él considera que ninguna ley u otra fuente formal del Derecho determina el caso a decidir, puede fundar su fallo, por ejemplo, en un texto del Digesto, o en la obra de algún jurista... El sistema jurídico no lo *obliga* a usar estas fuentes, pero está aceptado como cosa perfectamente correcta que lo haga. Ellas son, por tanto, más que meras influencias históricas o causales, pues tales textos son reconocidos como «buenas razones» para los fallos. Quizás podríamos llamar a tales fuentes jurídicas 'permisivas'<sup>90</sup>.

No está muy clara la situación de estas «fuentes permisivas», porque si lo decisivo en la configuración de la norma de reconocimiento es la práctica efectiva en la aplicación del Derecho, y esa práctica las admite o las aplica de hecho, ¿por qué no considerar a tales fuentes como auténticas fuentes jurídicas o formales? Naturalmente, con ejemplos particulares o concretos como los alegados en el texto anterior sería difícil configurar el contenido de la norma de reconocimiento. Pero se puede operar también con categorías generales referentes a los elementos o factores que, de hecho, tienen en cuenta los tribunales en sus decisiones. La más importante de estas categorías sería la de la moral. Ya vimos anteriormente que Hart considera que, en los Estados Unidos, la norma de reconocimiento «incorpora explícitamente principios de justicia y valores morales»<sup>91</sup>. En otra ocasión nos dice que no hay ninguna razón por la que la norma de reconocimiento «no pudiera identificar directamente ciertos principios por su *contenido* y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica. Tal referencia al contenido de los principios podría ser realizada en términos generales, por ejemplo, como principio de moralidad o de justicia, o en términos específicos, por ejemplo, el que a ningún hombre se le debería permitir beneficiarse de su propio mal proceder»<sup>92</sup>. Sin embargo, en otro lugar había precisado que lo que puede restringir el contenido de la norma de reconocimiento no es la lógica: «por lo que hace a la 'lógica' podría disponer explícita o implícitamente que los criterios que determinan la validez de las leyes subordinadas deben dejar de ser considerados como tales en el caso de que se compruebe que son objetables moralmente las leyes identificadas de acuerdo con ellos». Lo que habría que oponer a esto, se dice luego, no serían razones de orden «lógico», «sino la gran indeterminación de tales criterios de validez jurídica. Las Constituciones no invitan al alboroto adoptando esta forma»<sup>93</sup>. Esta última afirmación y la referencia

90. CL, pp. 246-247; CD, p. 312.

91. Cfr. *supra* nota 75.

92. H.L.A. HART: «El nuevo desafío al positivismo jurídico», traducción de L. HIERRO, F. LAPORTA y J.R. PARAMO, en *Sistema*, 36 (1980), p. 8.

93. H.L.A. HART: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (cit. nota 4.), p. 361.

que anteriormente hace a la cláusula del «debido proceso»<sup>94</sup> parecen precisar en qué sentido admite Hart que la norma de reconocimiento en los Estados Unidos incorpora principios de justicia: no en general, sino con un determinado contenido.

Pero, aparte de lo que la norma de reconocimiento puede incorporar, todavía quedan casos que no se pueden solucionar de acuerdo a lo que Hart considera como Derecho. En esos casos admite él mismo que «el juez debe, algunas veces, salir fuera del Derecho y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión». «Los poderes legislativos de los jueces son «intersticiales», y sujetos a muchas restricciones. A pesar de ello, tales restricciones desaparecerán en aquel punto en que el Derecho existente no acierte a imponer alguna decisión como la decisión correcta. En este punto el juez, para decidir el caso, debe ejercer su poder de creación de Derecho, aunque no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador consciente, decidiendo según sus propias creencias y valores»<sup>95</sup>. Estas «razones generales» y estas «creencias y valores» podrían precisarse en el sentido que Hart explica, en otro lugar, que han de tomarse las «razones para las decisiones» de los jueces, en los casos en que han de ejercer una «actividad creadora»: «intereses sociales e individuales, aspiraciones sociales y políticas, y pautas generales (*standards*) de moral y de justicia». Todo esto «puede formularse en términos generales como principios, directrices políticas (*policies*) y pautas generales de conducta (*standards*)»<sup>96</sup>. Pero esto ya no es el mundo en que se mueve la teoría del Derecho de Hart. Lo suyo es el campo de las normas, acotadas por la norma de reconocimiento. Esto otro, el mundo de los principios, las directrices políticas y los *standards*, es en cambio el terreno en el que prefiere moverse su sucesor en la cátedra de Oxford, el norteamericano Ronald Dworkin.

---

94. Se refiere sin duda a la cláusula del «due process of law», de la 5.<sup>a</sup> Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

95. H.L.A. HART: ¿«El nuevo desafío...» (cit. nota 92), pp. 8-9;

96. H.L.A. HART: *Essays...* (cit. nota 4), pp. 106-107.



**III**  
**NOTAS**





## El derecho como observador

Por JESUS IGNACIO MARTINEZ

Zaragoza

En los últimos desarrollos de la teoría de sistemas de Luhmann, y consecuentemente también en su sociología del derecho, la noción de observación (*Beobachtung*) ha adquirido una importancia decisiva, contribuyendo a potenciar eficazmente el carácter dinámico y la fuerza de abstracción de este pensamiento que se califica a sí mismo de neomoderno<sup>1</sup>. La sociología se convierte en teoría de la observación de la sociedad incorporando puntos de vista de la llamada cibernética de segundo orden que se ocupa de los *observing systems*, de los sistemas que observan y se observan<sup>2</sup>. Se va así más allá de muchos de los planteamientos más conocidos en la sociología del conocimiento. Y el derecho, como cualquiera de los demás sistemas sociales, resulta ser ante todo un observador que puede ser observado.

Cualquier realidad se considera como tal en tanto que es objeto y resultado de una observación, y no como si fuera imaginable como entidad independiente. Tras el kantismo se sabe que observar no es nunca algo pasivo y unidireccional, un mero percibir *brute facts*. Pero aquí no sólo se habla de observación, sino también de observación de observaciones (observación de segundo grado), de observación de observadores y de autoobservación. Hay un rechazo a la ontología clásica —que aún pervive con mucha fuerza en el mundo jurídico— en una propuesta que se define como postontológica y que privilegia la observación en vez de centrarse en la realidad. Por

---

1. Cfr. por ejemplo N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Alfred Metzner Verlag, (Frankfurt am Main 1986), 47 p.; *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, en *Rechtstheorie* (1988), p. 11-27; *Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, Westdeutscher Verlag, (Opladen 1987), p. 211. No se trata simplemente de una imagen, de una metáfora que traslada a los sistemas sociales una actividad típicamente humana. El concepto de observación, aun no renunciando a su riqueza de connotaciones y a su poder de sugerencia, es un tecnicismo que ha sido perfilado con gran precisión como una operación sistémica.

2. Luhmann se ve muy influido por la obra de H. von FOERSTER, *Sicht und Einsicht: Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie*, Vieweg, (Braunschweig 1985), que es la traducción alemana de una antología de trabajos preparada por W. K. Kock.

ello es como si no hubiera una realidad común a varios observadores: cada observador construye su propia realidad y los conceptos que utiliza son únicamente operadores cognitivos, herramientas de trabajo que no se corresponden con entidades existentes. La teoría de la realidad se sustituye por una teoría de la observación radicalmente constructivista, y así la vieja racionalidad del percibir cede paso a una nueva racionalidad del comparar y de los contrastes dinámicos<sup>3</sup>.

Todo ello está poniendo de manifiesto la enorme importancia que tiene para el sociólogo contar con una adecuada teoría del conocimiento y estar al tanto de los más modernos debates de las *cognitive sciences*, haga o no una sociología inmediatamente empírica. La sociología, tras la amplitud de sus desarrollos en los años cincuenta y principios de los sesenta, puede dar hoy la imagen de una vuelta a los clásicos o de una inmersión en datos que no se acaban de articular teóricamente, y esto es algo que Luhmann aspira a evitar incorporado un instrumental teórico nuevo.

Es necesario tener presente desde el primer momento que la noción de observación que aquí se maneja ha perdido toda connotación psicologista o antropológica para ser redefinida como una actividad que sólo puede ser realizada por sistemas y que tiene por objeto sistemas. No puede ser otro modo en una teoría que sitúa a los hombres (que por lo demás son también sistemas) no como parte de la sociedad sino de lo que denomina su entorno (*Umwelt*), y que considera que la sociedad se compone no de hombres, ni tan siquiera de acciones, sino de comunicaciones<sup>4</sup>.

La elaboración de un concepto muy abstracto de observación que se distancia del uso común del lenguaje es además lo que permite que el sistema jurídico —despersonalizado y sujeto a una racionalidad burocrática— pueda considerarse como un observador. El derecho ya sintió muy claramente la necesidad de purificar todo su aparato conceptual de elementos psicologistas, y no por retorcimiento o narcisismo sino para poder operar rigurosamente y salvaguardar una racionalidad específica. Así lo pusieron de manifiesto la teoría pura de Kelsen y las críticas del realismo jurídico escandinavo al lenguaje jurídico voluntarista. Si no hiciera lo mismo una teoría de la observación del derecho sería incongruente con su objeto.

El derecho no se concibe aquí como una estructura normativa opaca e inerte sino como un poderoso sistema activo de observación, que por eso ya no puede ser abordado de modo cosificado, como si fuera un mero objeto

3. Cfr. N. LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas: Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, tr. J. Nicolás, Edit. Nacional, (Madrid 1983), p. 47. En Kelsen se ve muy bien que por ejemplo la personalidad jurídica no es equiparable al nombre natural, sino que es una institución del derecho, un haz de referencias y centro de imputación que está en función de la comunicación jurídica.

4. Advierte Luhmann que su teoría permite plantear de modo más potente que los humanismos convencionales los problemas de los hombres, a los que —en contra de lo que pudiera parecer en una lectura superficial— no es de ningún modo insensible. Cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, (Frankfurt am Main 1987), p. 288-289.



junto a otros muchos de la realidad, susceptible de ser analizado por un observador que sea más o menos independiente. El derecho no es sólo una construcción para ser observada, como si fuera un recinto arquitectónico con diversas vías de penetración, sino ante todo un *medium* de percepción de un espacio exterior problemático. No podría funcionar sin generar hábiles formas de observación y para ello precisa además de observarse constantemente a sí mismo. Consecuentemente la sociología del derecho se convierte en una observación no de realidades sino de observaciones, dentro de un complejo juego de perspectivas entrecruzadas.

Ser capaz de observar significa poder orientarse, distinguir, relacionar, seleccionar y establecer límites y fronteras en la realidad en que se actúa para llegar a construir a partir de ella un mundo particular. En especial —y esto es muy llamativo— la noción de observación aparece aquí conectada con la noción de diferencia: observar es manipular un esquema de diferencias<sup>5</sup>. Una teoría de la observación es una teoría diferencial.

En la epistemología de Luhmann lo decisivo no es la identidad entre lo observado y la realidad —como para la ontología tradicional— sino paradójicamente la diferencia. Observar es proyectar contrastes, generar tensiones, descomponer y desgarrar ejerciendo una violencia conceptual. Formular conceptos es ser capaz de tener la experiencia de la diferencia. Las teorías no pueden aspirar a corresponderse punto por punto con la realidad, como en una epistemología naturalista. No pueden pretender copiar, imitar, reflejar, o representar de un modo especular los hechos que abordan. Los conceptos contactan con la realidad de un modo paradójico: construyendo distancia y organizándola activamente. En el principio no fue la identidad sino la diferencia<sup>6</sup>.

Los sistemas —y muy claramente el derecho— son precisamente expertos en construir y gestionar hábilmente diferencias. El poder necesita pensar siempre la noción de frontera. De ello depende la supervivencia. El derecho

5. Cfr. *Ibidem*, p. 63 y 110. Se utiliza los términos *Differenz* (p. 61), *Unterscheidung* (p. 63) y *Distinktion* (p. 245), aunque no siempre son equiparables. Puede ser significativa la mención de P. BOURDIEU, *La distinción: Criterio y bases sociales del gusto*, tr. M. C. Ruiz de Elvira, Taurus, (Madrid 1988), p. 53 y s., que hace también de la diferencia uno de los centros de su pensamiento sociológico. Los sujetos sociales se diferencian por las distinciones que realizan, en las que se revela su posición en la sociedad, y sus criterios de selección son toda una estrategia simbólica. También en una teoría de la sociedad como la de C. CASTORIADIS, *La institución imaginaria de la sociedad*, vol. 2: *El imaginario social y la institución*, tr. M. A. Galmarini, Tusquets, (Barcelona 1989), p. 99, el distinguir es una de las operaciones de lo que se denomina la institución del *legein*.

6. Cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme*, cit., p. 13 y 112. Son ejemplos de esquemas diferenciales de observación más-menos (la cuantificación), causa-efecto, fin-medio, conformidad-desviación, ley-caso concreto, etc. Una teoría es mejor si consigue movilizar nuevas distinciones más potentes que las anteriormente utilizadas, que logren descomponer y recomponer los problemas, lo que a su vez genera nuevos problemas. La sociología se ha servido de distinciones como status-contrato, comunidad-sociedad, individual-colectivo, social-liberal, progresista-conservador, etc. En la teoría de Luhmann aparece una «nueva generación» de distinciones como sistema-entorno, elemento-relación, variación-selección, acontecimiento-estructura, identidad-diferencia, que desplaza y absorbe a las anteriores. Cfr. *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 111.



trazando *distinctions directrices* y apoyándose en ellas para nuevas distinciones. Juega con la diferencia entre lo jurídicamente relevante-irrelevante (que es la delimitación sistema-entorno), entre lo jurídico-antijurídico o entre lo válido-inválido (que es la lógica binaria de su «código»), estableciendo distinciones encadenadas que además se incluyen unas en otras, y nunca están ya dadas en la realidad (como imaginaron los iusnaturalistas) sino que son creadas por él.

La observación es una operación que aparece caracterizada por dos componentes o momentos: en primer lugar exige trazar una diferencia, y en segundo lugar considerar uno de sus miembros como punto de referencia para el análisis de lo que se desea observar<sup>7</sup>. Para perfilarlo es preciso remitirse a la lógica constructivista de Spencer Brown, en la que Luhmann se apoya<sup>8</sup>. Es una lógica que no trata de proposiciones que sean susceptibles de ser verdaderas o falsas, sino de operaciones que procesan distinciones progresivas por medio de las cuales se va construyendo un mundo articulado.

Se comienza con un espacio no estructurado, un *unmarked space*, y entonces se recibe una orden: *draw a distinction!*. Pero trazar una distinción (*distinction, Unterscheidung*) sólo tiene sentido si se determina qué lado de lo distinguido servirá como punto de partida y de conexión para operaciones posteriores (*indication, Bezeichnung*). Esto significa que los dos miembros de lo distinguido son divergentes y no será lo mismo avanzar en cada una de las dos direcciones; hay una preferencia. Se parte de la asimetría, de la tensión, de la polaridad que se instaura dinámicamente en un ámbito que antes era invertebrado. En los sistemas sociales el orden se va construyendo así a partir de una combinación de orden y desorden, siguiendo el principio *order from noise* de Foerster<sup>9</sup>.

Esta teoría no se ocupa de objetos, ni concibe los sistemas como objetos peculiares, sino de diferencias. Las dicotomías válido-inválido, justo-injusto, bueno-malo, verdadero-falso, etc, son haces simbólicos de contrastes que se proyectan y se ven además a través de otro contraste que establece una poderosa diferencia de potencial: el planteamiento sistema-ambiente. Todas ellas son figuras asimétricas, y por ello la asimetría es aquí un concepto fundamental<sup>10</sup>. Para poder realizar sus operaciones los sistemas escogen puntos de referencia que posteriormente no se pondrán en cuestión sino que se considerarán como datos y servirán como punto de apoyo o eje para nuevas

7. Para H. R. MATURANA, *Autopoiesis*, en M. ZELNY (Ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, North Holland, (New York 1981), p. 23, distinguir es la operación cognitiva fundamental que realizamos como observadores y consiste en definir una unidad como algo separado de un *background*.

8. Cfr. G. SPENCER-BROWN, *Laws of Form*, Dutton, (New York 1979), 141 p. En N. LUHMANN, *Die Lebenswelt -nach Rücksprache mit Phänomenologen*, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 72, (1986), p. 180 y s. puede leerse un comentario sobre el sentido de la incorporación de esta lógica operativa a su teoría de sistemas.

9. Cfr. H. von FOERSTER, *On self-organizing Systems and their Environments*, en M. C. YOVITS y S. CAMERON (Eds.), *Self-organizing Systems*, Pergamon Press, (Oxford, London, New York 1960), p. 31 y s. Cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme...*, cit., p. 291-292.

10. Cfr. *Ibidem*, p. 631. Construir jerarquías, establecer fines, proponer una ideología, son formas de asimetría.



distinciones. Hay que tener en cuenta que la diferencia sistema-entorno no es de carácter ontológico, no divide la realidad en dos partes cosificadas, en una disyunción absoluta, aunque tampoco sea arbitraria. Es un correlato de la operación de observar, un esquema cognitivo que introduce estratégicamente esa distinción en la realidad. Nos apartamos así de una epistemología de operaciones «naturales» en beneficio del artificio y la invención<sup>11</sup>.

Observar no es una operación especializada en adquirir conocimientos en el sentido usual de la expresión, no es tampoco analizar y descomponer. Pero los esquemas diferenciales que se ponen en juego son también sondas conceptuales que encierran un potencial de información. Una información que no se concibe aquí como la transmisión mecánica de ciertos contenidos sino, de un modo mucho más abstracto y dinámico, como la producción de diferencias a partir de otras diferencias<sup>12</sup>. Lo cual es un desafío que obliga a pensar todos los conceptos como diferencias y contrastes, incluso las instituciones jurídicas aparentemente más estáticas como la propiedad y los demás derechos reales, en una lógica radicalmente relacional<sup>13</sup>.

Pero todo sistema es una unidad paradójica de identidad consigo mismo y diferencia con todo lo demás, y Luhmann habla de una «constitución múltiple»<sup>14</sup>. La unidad del derecho es un conjunto de identidades o relaciones de compatibilidad entre sus elementos y de diferencias con lo que no es derecho. Lo que ha sido objeto de *indication* sigue teniendo relación con lo otro, con lo que no ha sido señalado, que no desaparece sino que permanece latente. Todo ello obliga a tener presente la «unidad de la diferencia». Exige plantearse la unidad de lo jurídico y de lo extrajurídico, de la conformidad y de la desviación, de la validez y de la nulidad, como términos que son creación del sistema, que se apoyan recíprocamente y no son pensables por separado. Sin normas jurídicas no habría nada jurídico ni antijurídico, y —al contrario de lo que se ha pensado tradicionalmente— lo antijurídico no está más allá del derecho, no es algo que tenga existencia

11. La de Luhmann es una propuesta de carácter constructivista. Sobre la importancia del actual debate constructivista dan buena idea las siguientes antologías interdisciplinarias: P. WATZLAWICK (Ed.), *Die erfundene Wirklichkeit: Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben? Beiträge zum Konstruktivismus*, Piper, (München, Zürich 1981), 326 p.; S. J. SCHMIDT (Ed.), *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*, Suhrkamp, (Frankfurt am Main 1988), 476 p.

12. Cfr. N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, cit., p. 15-16. Es la sugestiva idea de G. BATESON, *Steps to an Ecology of Mind*, (San Francisco 1972), para quien «A bit of information is definable as a difference which makes a difference» (p. 315).

13. Cfr. N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 20. La propiedad es un concepto diferencial y sólo puede funcionar si hay otras propiedades que se pueden o no se pueden adquirir. Mediante la institución de la propiedad todos los procesos de comunicación con relevancia económica quedan sometidos a la distinción tener-no tener. Cfr. sobre todo ID., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, tr. I. de Otto, Centro de Estudios Constitucionales, (Madrid 1983), p. 115 y s. También el principio de igualdad puede ser pensado como diferencia, al servicio de la diferenciación social. Cfr. ID., *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, (Berlin 1974), p. 162 y s.

14. Cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme...*, cit., p. 65. y *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 137. La unidad del sistema sólo se puede describir paradójicamente, como *unitas multiplex*.

autónoma y que amenaza al derecho, por lo que éste lo debe perseguir. Lo antijurídico pertenece al derecho tanto como lo jurídico<sup>15</sup>. La unidad del derecho sólo puede ser pensada sociológicamente como disyunción entre lo jurídico y lo no jurídico, como diferencia y no como despliegue a partir de una norma fundamental<sup>16</sup>. La sociología busca así la posibilidad de transitar entre las dicotomías que para la dogmática aparacen como rígidas y mutuamente excluyentes. Por eso esta teoría proporciona una especial sensibilidad para detectar términos que son sustituibles y permutables, que se pueden descargar recíprocamente, en una epistemología de lo fungible, de lo que se denomina la «equivalencia funcional» frente a los fixismos esencialistas<sup>17</sup>. Esquemas tan utilizados como los de causa-efecto, fin-medio, todo-partes, igual-desigual, presentan estas características.

Por supuesto que no se trata de una unidad estática, ni es una especie de reconciliación o superación dialéctica en algo más elevado, sino una tensión. No tiene carácter de fundamento o fuente de validez, no es una hipótesis necesaria que planea por encima del ordenamiento al estilo de Kelsen, ni tampoco un principio idealista del que emanan las diferencias. No está ya presente en el objeto sino que se construye por el observador. Cuando los sistemas se esfuerzan por concebir la unidad de sus diferencias adquieren precisamente lo que Luhmann caracteriza como distancia<sup>18</sup>.

La observación implica siempre la elección de un contexto de sentido entre un número ilimitado de contextos posibles. Por ello el sentido de cualquier objeto, de cualquier franja de complejidad, no es nunca único sino policontextual, polivalente<sup>19</sup>. El mundo aparece como el horizonte al cual sólo es posible aproximarse mediante la selección de contextos de operaciones, en donde se proyectarán los esquemas de diferencias que permiten ver. Y el horizonte siempre se aleja cuando uno se aproxima: no es un límite

15. Cfr. N. LUHMANN, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, en *Rechtstheorie*, 4, (1973), p. 139 y s. Con lo verdadero y lo falso —que es el código de la ciencia concebida como sistema— ocurre lo mismo. Las proposiciones verdaderas forman parte de la ciencia tanto como las falsas. Una vez declaradas éstas como tales son un logro científico tanto como las verdaderas ya que designan posibles vías de solución a los problemas que han sido eliminadas. Sin embargo fuera de la ciencia las proposiciones no pueden ser ni verdaderas ni falsas (cfr. p. 140). Por eso para la *Royal Society* era tan importante descubrir algo como refutar. Cfr. *Soziologische Aufklärung* 4, cit., p. 19.

16. Cfr. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, (Opladen 1987), p. 361.

17. Cfr. N. LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas: Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, tr. J. Nicolás, Edit. Nacional, (Madrid 1983), p. 215 y s.

18. Todo ello puede consultarse en N. LUHMANN, *Soziale Systeme*, cit. p. 61, 597, 640 y 654; *Soziologische Aufklärung* 4, cit., p. 67; y *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit., p. 22. Cfr. también *Die Einheit des Rechtssystems*, en *Rechtstheorie*, 14, (1983), p. 129 y s.

19. Aquí se sirve Luhmann de la lógica polivalente de G. GÜNTHER, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, vol. 2, F. Meiner, (Hamburg 1979), p. 283 y s. Pueden verse indicaciones a este respecto en N. LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, (Frankfurt am Main 1988), p. 96 y 126, y en ID, *Die Lebenswelt...*, cit., p. 179-180.



que pueda cruzarse y constantemente acompaña a las operaciones de un sistema en tanto que se refiera a algo exterior<sup>20</sup>.

El derecho carece de vértice y centro, y para esta teoría no puede concebirse meramente como una pirámide, con el esquema dogmático superior-inferior, sino en la tensión sistema-entorno. Pero no es sólo un sistema policéntrico; es también un sistema policontextual, que por cada punto de referencia que toma o por cada uno de sus centros de observación dispone de un entorno que siendo el mismo es a la vez distinto<sup>21</sup>. Para la reducción de su propia complejidad necesita crear diferentes contextos. Todo esto pone manifiesto la potencia del derecho como observador e impide seguir hablando de un modo simplista del derecho y la sociedad, de lo que ocurre dentro del derecho y de lo que está fuera, pues el derecho construye activamente sus propios hechos y sus propios interlocutores.

Por otra parte hay que tener siempre en cuenta que todo aparato cognitivo por causa de las distinciones específicas que utiliza tiene un punto ciego (*blinder Fleck*). No es simplemente un límite, un no poder ver, sino también un punto de apoyo que es condición de la visión que se obtiene. Toda ganancia de perspectiva lo es a costa de una pérdida de otras perspectivas. Con todo instrumento de observación se pueden ver determinadas cosas y es imposible ver otras, incluso no permite ver que hay algo visible. Por ejemplo la utilización de un determinado sistema de valores hace posible un tipo particular de observación pero constituye un punto ciego para un observador de segundo grado. Hay observaciones —como la crítica marxista a las ideologías o el psicoanálisis— especializadas en observar lo que el sistema observado no puede ver. La observación de observaciones puede detectar este fenómeno, aunque a diferencia de las teorías desmitificadoras aquí no se aspira a nada semejante a un descubrimiento de la verdad (no hay ni verificación ni falsación) o de una realidad objetiva oculta. La actividad de un sistema es destautologizar y desparadojizar, pero sus propias tautologías y paradojas no le resultan transparentes<sup>22</sup>.

En un estudio de la observación es preciso incorporar la teoría de los sistemas autopoieticos puesto que es una operación con un importante ingrediente recursivo de autocreación y autorreferencia<sup>23</sup>. Los sistemas autopoieticos se refieren a sí mismos en todas sus operaciones, y construyen los elementos de que se componen a partir de sus propios elementos. Se producen

20. Cfr. N. LUHMANN, *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Westdeutscher Verlag, (Opladen 1988), p. 51-52.

21. Cfr. desde un punto de vista cibernético el trabajo de R. GLANVILLE, *The Same ist Different*, en M. ZELNY (Ed.), *Autopoiesis*, cit., p. 252 y s.

22. Cfr. N. LUHMANN, *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit. p. 20; *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., p. 17 y s.; *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 6, 31 y 210.

23. Sobre el debate desencadenado en torno a esta noción importada de la biología y su repercusión en el tratamiento de problemas de sociología del derecho puede verse G. TEUBNER (Ed.), *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter, (Berlin, New York 1988), 380 p.

y reproducen a sí mismos de un modo autónomo, pero no es un círculo vicioso puesto que reproducen su autorreferencia con ayuda de la diferencia sistema-entorno. Se trata más bien de los *strange loops* y la *tangled hierarchy* que tanto interesan a los estudiosos de la paradoja, lo que en un mundo como el jurídico —tan habituado a esquemas de pensamiento kelsenianos de tipo piramidal o a la superposición estratificada de lo normativo y lo metanormativo de tipo analítico— resulta un potente revulsivo<sup>24</sup>. Los sistemas autopoieticos combinan hábilmente apertura y cierre, pues son extremadamente sensibles a lo que ocurre en su entorno a la vez que para mantener su propia entidad necesitan estar refiriéndose constantemente a sí mismos. Por ello el cierre de los circuitos del sistema es la condición de posibilidad de apertura, como puede verse por ejemplo en el funcionamiento del cerebro.

El derecho es un sistema autopoietico que no se compone de hombres ni de normas sino, en una consideración mucho más abstracta, de redes de comunicaciones referidas entre sí que se autorreproducen. El derecho es experto en relacionar derecho con derecho, o con hechos que ya han sido manipulados jurídicamente. Su modo de observar la realidad es fuertemente autorreferente. Su constitución es circular y un observador que quiera describirlo como unidad debe recurrir a tautologías: las normas se crean y se derogan con otras normas, sus limitaciones son autolimitaciones<sup>25</sup>.

No hay comunicación del sistema *con* el entorno sino sólo *sobre* el entorno, pues para esta teoría la comunicación es siempre una operación interna del sistema. Ni siquiera se puede hablar de *input* ni de *output* en la comunicación, considerándolos como si fueran condiciones estructurales que determinan la autopoiesis. En terminología de Foerster estos sistemas no son «máquinas triviales» especializadas en transformaciones repetitivas de entradas en salidas, sino «máquinas autorreferenciales» que dependen de su propio estado y pueden llegar a ser creativas. Por eso considerar algo como *input* es una información que ha sido construída por el sistema manejado un esquema diferencial. En el mero mundo exterior no hay ni *inputs* ni *outputs*, ni informaciones ni la posibilidad de obtenerlas, sino sólo complejidad y contingencia<sup>26</sup>. Aquí se está planteando todo un nuevo modo de observación de cómo el derecho observa la sociedad.

Es preciso tratar también de la operación de autoobservación (*Selbstbeobachtung*), que constituye una importante manifestación de autorreferencia. El sistema necesita ser capaz de observarse a sí mismo como condición

24. Cfr. D. R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: Un Eterno y Grácil Bucle*, tr. M. A. Usabiaga y A. López, Tusquets, (Barcelona 1987), p. 12. La paradoja tiene una gran importancia en el pensamiento estudiado. Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., que se refiere a Hofstadter y el fenómeno del «bucle extraño» («something in the system acts on the system as if it were outside») en p. 16, nota 20, y en *Ökologische Kommunikation*, cit., p. 54. Una alusión a la «jerarquía entreverada» se encuentra en ID., *Systeme verstehen Systeme*, en N. LUHMANN y K. SCHORR (Eds.), *Intransparenz und Verstehen*, Suhrkamp, (Frankfurt am Main 1986), p. 89.

25. Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., p. 26-27.

26. Cfr. N. LUHMANN, *Neuere Entwicklungen in der Systemtheorie*, en *Merkur*, 4, (1988), p. 293; *Soziologische Aufklärung* 4, cit., p. 38; *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, cit., p. 334.



indispensable para poder observar. Todo sistema precisa generar un discurso sobre sí mismo, suministrarse informaciones sobre lo que es y lo que hace para evitar desconocerse y bloquearse. Esto supone construir profundidad, tomar conciencia, poder ser él mismo y a la vez diferente realizando una torsión interna, conseguir introducir dentro de sí las diferencias que le constituyen como miembro de esas diferencias (*reentry* en la lógica de Spencer Brown), siendo así capaz de pensar la unidad de sus diferencias<sup>27</sup>.

La dogmática jurídica no es sino un intenso ejercicio de autoobservación: un sistema especializado en comunicaciones normativas se observa a sí mismo e incorpora a su funcionamiento los resultados de esta operación, que así le permite orientarse y le transforma continuamente. De este modo puede discriminar cuándo una operación es jurídica y cuando no, cuándo ha sido realizada correctamente y cuándo no, y el porqué de todo ello. Es el momento de la reflexión del derecho dentro del derecho mediante una teoría jurídica de juristas y para juristas, de mitólogos y para mitólogos<sup>28</sup>. Pero no se trata de algo risible, como se apresuran a reprochar otras teorías sociológicas que ridiculizan la mera especulación formalista. De este modo el derecho se esfuerza y se hace coherente. No es una actividad solipsista que encierra al sistema en su propio narcisismo, sino que paradójicamente el cuidado de sí le hace aumentar su sensibilidad. La dogmática no ata rígidamente al dogma sino que paradójicamente sirve para tomarse libertades en el trato con los textos e introducir flexibilidad<sup>29</sup>.

El lenguaje de la observación puede ponerse en juego en distintos problemas jurídicos introduciendo una perspectiva cognitiva muy activa y dinámica: el concepto de Estado es una fórmula de autoobservación de la política, el Estado de derecho es el sistema político tal como se ve desde el sistema jurídico, la democracia es una forma de autorreferencia a través de la cual el pueblo se observa como gobernado por sí mismo, el concepto de discrecionalidad es un indicador de la dirección de una observación, la teoría del derecho es la autoobservación del derecho, la polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico es la contraposición entre una observación del derecho fuertemente asimétrica y otra preferentemente tautológica<sup>30</sup>.

27. Para N. LUHMANN, *Ökologische Kommunikation*, cit., p. 234, en los nuevos movimientos sociales se detecta una falta de teoría que lleva a la imposibilidad de controlar los esquemas de diferencias que caracterizan sus observaciones.

28. Luhmann plantea la siguiente cuestión de regla de reconocimiento —en sentido de Hart—: un juez podría ofrecer un cigarrillo a las partes durante el proceso, pero si ésta es una comunicación perteneciente a la interacción humana normal o una comunicación especializada del sistema jurídico sólo puede decidirse en el contexto recursivo de las operaciones del derecho. Constatar aquí una solución mitológica de problemas también mitológicos está inspirado en Bourdieu. Cfr. sobre todo ello N. LUHMANN, *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit., p. 13, 15 y 23.

29. Cfr. N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit., p. 29 y s.

30. Cfr. N. LUHMANN, *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit., p. 14, 15 y 17 (discrecionalidad, iusnaturalismo y positivismo, Estado de derecho); *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 78 y 147 (Estado, democracia); *Rechtssoziologie*, cit., p. 360 y *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., p. 18-19 (teoría y sociología del derecho). Aquí la distinción entre sociología del derecho y teoría del derecho no se lleva a cabo con los esquemas habituales de ser-deber ser, fáctico-normativo, función-estructura, praxis-teoría, sino distinguiendo observación externa de autoobservación.

Para esta teoría el conocimiento no es constatación pasiva sino construcción, y ante todo construcción de formas de observar. Dirá Luhmann que conocemos la realidad porque hemos sido expulsados de ella como del paraíso. Y paradójicamente los sistemas cognitivos sólo pueden abrirse a la realidad en tanto en cuanto son cerrados y autorreferentes. En lugar de la verdad (ya sea *a priori* o consensual), de la representación de la realidad tal cual es, de la búsqueda de fundamentos o de la emancipación, nos encontramos con redes recursivas de observaciones, con observaciones policontextuales de otras observaciones, en un mundo descentrado que se interroga a sí mismo. Los compromisos morales y políticos se enfrían entonces como tras una reducción fenomenológica, y desde una lejana ventana se ve, quizá con asombro, que la gente se mueve por las calles, actúa y protesta<sup>31</sup>.

No hay ningún lugar privilegiado para observar, ningún punto de Arquímedes que permita la observación de todas las observaciones, ninguna posición fuera del sistema social. Situación que Luhmann equipara con un estilo deliberadamente kafkiano a la de las ratas en un laberinto que se observan unas a otras, que pueden llegar a construir estructuras pero no consenso, que puede buscar buenos lugares de observación y ver más y mejor, pero que no tienen posibilidad de conseguir una teoría independiente del laberinto y de un contexto determinado. Y una teoría que describiera esa situación no podría ser sino una teoría de ratas. Ilustración es simplemente una observación que observa a sí misma<sup>32</sup>.

Esta teoría no se considera a sí misma como un conocimiento objetivamente mejor, sino únicamente como más aceptable desde su punto de vista. No aspira a modificar la realidad ni a proporcionar una verdad, sino a aumentar la capacidad visual (*Einsichtsgewinn*) y a lograr una mayor transparencia, pues lo que la ciencia intenta producir es precisamente un mundo de cristal<sup>33</sup>. Y en lugar de la prisa por la defensa o la crítica, por la aceptación o el rechazo, el que se aproxima a ella se ve obligado a comenzar por esclarecer sus propios instrumentos de observación.

31. Cfr. N. LUHMANN, *Neuere Entwicklungen in der Systemtheorie*, cit., p. 294-295 y 299; *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 211.

32. Cfr. N. LUHMANN, *Archimedes und wir: Interviews*, Merve Verlag, (Berlín 1987), p. 165-166; *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit., p. 20; *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 6. Con todo lo inquietante que resulta la imagen del laberinto aún lo es más la de G. DELEUZE y F. GUATTARI, *Rizoma (Introducción)*, tr. C. Casillas y V. Navarro, Pretextos, (Valencia 1977), p. 50 y s. El rizoma es un sistema sin centro, no jerárquico, sin ejes ni estructuras, desmontable, invertible, con entradas u salidas múltiples y con líneas de fuga, no compuesto por relaciones binarias sino por múltiples líneas.

33. Cfr. N. LUHMANN, *Ökologische Kommunikation*, cit., p. 58-60 y 164.



## El primado hegemónico de la eficiencia

Por PALOMA DURAN Y LALAGUNA

Valencia

En estos últimos años la celebración de los aniversarios ha pasado a tener un carácter casi normativo. Frente a la defensa del instanteísmo, propugnado por movimientos posteriores a mayo del 68, la ley del péndulo ha protagonizado de nuevo la vida humana; y el recuerdo del pasado revierte ahora en riqueza del presente.

Quizás suceda lo mismo dentro de unos años y la prioridad económica de la sociedad actual induzca a la sociedad del 2000 a reclamar un rechazo de un pasado que no responde a la realidad humana.

El tópico del *homo oeconomicus* ha sido utilizado para presentar una imagen reducida del hombre en la sociedad actual, intentando revitalizar los postulados del Estado liberal (DIAZ, 1983; GALBRAITH, 1989).

Frente a ello cabrían al menos dos interrogantes. El primero cuestionaría cuáles son esos resultados exitosos que recaban los defensores del *homo oeconomicus*; y el segundo plantearía cuáles son los parámetros de definición del modelo humano aplicado.

La respuesta bien podría ser la frase —ya cansina por utilizada— de B. Shaw, citada por Becker (BECKER, 1980), afirmando que la economía es el arte de sacarle a la vida el mayor partido posible.

En esas coordenadas se entiende el éxito de los economistas al haber pasado de ser estudiosos de una ciencia auxiliar a ser protagonistas de la sociedad como concedores de la ciencia prioritaria (PAZ ARES, 1981).

Pero el problema es que el cambio se ha llevado a cabo en función de un modelo que han denominado *homo oeconomicus* cuyo valor preferente es la eficiencia. Y desde los presupuestos de la elección en función de la utilidad se ha pretendido agotar toda la realidad humana.

El problema es que el *homo oeconomicus* es un tipo teórico pero no real. Salvo para algunos como el ya citado Becker para el que todo comportamiento humano puede considerarse realizado por participantes que maxi-

mizan su utilidad a partir de un conjunto estable de preferencias y que acumulan una cantidad óptima de información y de otros factores en una variedad de mercados.

De acuerdo con ello y en una alternativa que pretende ofrecer como solución al fracaso de los postulados de Bentham, Comte y Marx, Becker llega a considerar el análisis económico tan general que puede ser aplicado a cualquier comportamiento humano (BECKER, 1980).

Sin embargo también hay autores que no plantean la cuestión tan radicalmente y admiten la influencia del componente axiológico en el quehacer de los economistas; recordando que el criterio referencial es el comportamiento racional del agente económico, que estriba en la pura y simple maximización de su función de utilidad sujeta a un conjunto de restricciones económicas (ORTI LAHOZ, 1988).

Este planteamiento implica una consideración del hombre en cuanto agente económico, condición que no agota la realidad humana y que de algún modo salva ya la parcialidad del análisis económico.

Aún en esa delimitación desde lo económico se opta por un criterio de racionalidad que es presupuesto de eficiencia. De este modo se entiende como referencia descriptiva del hombre la racionalidad instrumental. Llevado a sus últimos extremos recuerda las ya viejas tesis del s. XVIII fracasadas tras los intentos de aplicación de los postulados positivistas.

El racionalismo se relaciona así con el economicismo como modo de identificación de la conducta humana con los presupuestos utilitaristas ya formulados por Bentham. No parece haber sido suficiente la experiencia benthamiana convertida en credo. Su utilidad quebró en su discípulo Stuart Mill, dando lugar a un planteamiento mucho más moderado que el de su maestro y que pasa del utilitarismo al socialismo no marxista (NEGRO PAVON, 1978; GORDILLO, 1988) Racionalidad instrumental, utilidad y eficiencia se convierten de este modo en los términos estelares de la ola economicista que no parece cubrir los mínimos para poder llamarse cultura.

Algunos autores han salvado los argumentos radicales atendiendo a los diferentes marcos económicos. Y en esa línea Calsamiglia estudia la eficiencia en el ámbito jurídico desde una distinción entre la teoría económica del bienestar y las doctrinas de la economía libre de mercado (CALSAMIGLIA, 1987). En ese contexto se llega a confirmar la eficiencia como criterio de justicia, pero desde luego no el único (SARAYDAR, 1989).

Como ya señalara Calabresi en su momento y por relación expresa al Derecho, el análisis económico es un modo de interpretar lo jurídico, pero no una interpretación exclusiva (CALABRESI, 1985).

La utilidad y la eficiencia han sido muchas veces banderas de acciones inhumanas, cuyo exponente negativo es ahora utilizado. Baste pensar en las razones para la explosión de la bomba atómica en Hiroshima (GINSBERG,



1987) o para la exterminación de los judíos en los campos de concentración.

Salvados los estragos históricos, que son incontables, es necesario centrar la cuestión en el desarrollo económico que hemos entendido protagonista de nuestra centuria. Y en ese protagonismo, vamos a considerar ahora marginal un tema de gran relevancia como es el de las relaciones entre la ética y la economía (GARZON VALDES, 1987).

Para descifrar los términos en los que se presenta la eficiencia como exponente de una nueva cultura es necesario atender a las causas por las que se ha evolucionado para llegar a esa conclusión.

Nos situamos así en el contexto de lo que se ha calificado como modernidad económica (BALLESTEROS, 1989), manifestación significativa del empobrecimiento de la tipología de las relaciones humanas.

La base de la civilización se concreta en los aspectos estrictamente económicos, al devaluarse los relacionados propiamente con la cultura y la política. Esa situación es la consecuencia inmediata del tránsito producido de lo oral a lo visual, de lo cualitativo a lo cuantitativo, de lo analógico a lo disyuntivo.

El recurso a lo económico ya no es la vía para la satisfacción de las necesidades sino que se transforma esa finalidad en la crematística, cuyo objeto es la adquisición y posible acumulación de bienes a través del comercio. La utilidad —a la que se había recurrido como criterio de actuación social— es sustituida por la eficiencia, y en la combinación de ambos germina lo que Ballesteros llama ideología del crecimiento indefinido (BALLESTEROS, 1989).

El dato específico para definir y determinar el valor de las cosas y de las personas no es tanto lo que se es cuanto lo que se tiene. Y de ahí que el incremento en la adquisición de los bienes se fomenta de un modo progresivo. Lo válido es lo susceptible de ser contado y medido.

Pero lo que en un primer momento se plantea como progreso no es sino retroceso, trayendo a colación los presupuestos de un racionalismo excesivamente radical para abrirse camino en el ámbito de la praxis (ORTIZ 1989).

El protagonismo del *homo oeconomicus* no es en este sentido manifestación de lo real. Y en el intento de certificarlo, sí que se exige repensar el pasado. No tanto por hacerlo viable cuanto por detectar lo que de inaplicable tuvo en su momento.

La utilidad o la eficiencia o incluso la racionalidad se inscriben en la línea hobbesiana que pretende instaurar la matematización de la conducta, con una propuesta que no responde a la proyección axiológica que define al hombre (HOBBS, 1987).

La consideración del agente económico no es por tanto un modo de perspectiva de la cultura sino un aspecto más del contexto social en el que se vive. Y quizás por ello resultaría más beneficioso, por realista, proponer

el recuerdo del pasado desde una versión crítica, en la que la realidad de lo humano recupere su papel y pueda por ello ser riqueza del presente.

Con esta finalidad nuestro tema debería quedar reconducido a otra perspectiva. Quizás el debate entre juristas y economistas ha sido malinterpretado al haber utilizado términos idénticos para hablar de propuestas diferentes.

Como señala Dworkin, la maximización de la riqueza y la eficiencia se han identificado en una propuesta cuya base no coincide. Y por esa razón, la argumentación remite a un problema más de fondo, que sí está latente en ambas teorías. Concretamente habría que analizar si la riqueza puede ser considerada como un valor (DWORKIN, 1986).

Y en la respuesta se encuentra el núcleo esencial sobre el que se apoya la argumentación de la eficiencia como nueva cultura.

Bien es cierto que habría que matizar si la riqueza se entiende como uno de los valores de la sociedad o como un valor prioritario de la misma (DWORKIN, 1986).

Pero previamente sería necesario descifrar el sentido de lo que se entiende por los términos riqueza y valor. Sobre todo teniendo en cuenta que su identificación ha sido doctrinalmente el punto de partida de la recuperación de las afirmaciones liberales, sobre el paradigma del *homo oeconomicus*.

La eficiencia requiere de este modo una distinción respecto a la interpretación operativa dada en los sistemas de libre mercado y en los sistemas socialistas.

Teóricamente son distintas las perspectivas para la definición de la eficiencia. Pero el problema es que en la práctica, la interpretación socialista ha empezado a admitir la separación entre política y economía, tras la crisis de los años 70 (RODRIGUEZ IBÁÑEZ, 1989). Y con ello se ha derivado en un divorcio conceptual que difícilmente puede ser coherente (JOHNSON, 1989).

Pero lo que quizás ha resultado más problemático es que en el orden económico empiezan a coincidir algunas de las propuestas que política e ideológicamente resultan opuestas. Y en esa identificación, la eficiencia se concreta en la defensa de la riqueza, sino como el único, sí al menos como uno de los prioritarios valores de la sociedad actual.

Conceptualmente el reduccionismo no agota la realidad humana. Pero en la praxis las decisiones se conducen casi de modo hegemónico al ámbito de la eficiencia.

Más que una nueva cultura podría considerarse como el núcleo de un movimiento social casi unitario, ante el que habría que responder con una contracultura, o más bien con la actitud propia del rebelde de Merton (MERTON, 1978), proponiendo por tanto la alternativa.

Y ésta se concreta fundamentalmente en la confirmación de que un marco social que identifica todo el comportamiento humano con los criterios eco-



nómicos ofrece una visión parcial de la realidad humana. Y una perspectiva parcial no significa habitualmente una definición real de lo que se analiza.

Por esta razón la eficiencia como referencia para la defensa del *homo oeconomicus* no puede ser considerada propiamente como cultura, debido a que el reduccionismo no se puede intercambiar con lo global.

Pero como la rebeldía exige la propuesta alternativa, en mi opinión habría que cubrir dos objetivos que cronológicamente obedecerían al siguiente orden:

- primero, la distinción entre la consideración de la riqueza como uno de los valores de la sociedad cuando puede ser utilizada para beneficiar a los menos favorecidos. Y por tanto el rechazo de un protagonismo que no expresa la totalidad de la realidad humana. Ni en el ámbito político, ni en el jurídico, ni en el más general de lo social (CANDEL, 89)
- segundo, y éste me parece también un objetivo importante aunque requiere del primero. Me refiero a la necesidad de la reconciliación entre política y economía en el contexto socialista.

En la perspectiva capitalista ese divorcio conceptual no se ha llevado a cabo y se ha pretendido asumir también económicamente una mal llamada socialdemocracia consiguiendo la separación de hecho de los dos ámbitos mencionados.

Pero no deja de ser una incoherencia pretender ese divorcio en la práctica, y el mantenimiento de la prioridad de la igualdad (PROGRAMA 2000, 1988).

Por eso, el segundo objetivo se reconduce a una recuperación de la igualdad como punto de partida del desarrollo solidario.

Sólo en ese camino se presenta posible una alternativa en la que el *homo oeconomicus* (en los términos aquí expuestos) no sea el eje de una cultura que pueda definir toda una civilización. En definitiva se trata de recuperar el sentido de la solidaridad como fundamento de una centuria, para que pueda aportarse como riqueza en el futuro.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- BALLESTEROS, J.: *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos 1989.
- BECKER, G.: «El análisis económico del comportamiento humano», *Información comercial española*, enero-junio, 1980, pp. 11-ss.
- CALABRESI, G.: «Sobre los análisis no económicos del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, II, 1985, pp. 221-ss.
- CALSAMIGLIA, A.: «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, 4, 1987, pp. 267-ss.

- CANDEL, M.: «Una síntesis del capitalismo y el socialismo. Perestroika para todos», *El País*, jueves, 16-IX-1989, p. 68.
- DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1983.
- DWORKIN, R.: *A matter of principle*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- GALBRAITH, J.: «El liberalismo hoy», *Revista de Occidente*, 101, 1989, p. 5-ss.
- GARZÓN VALDÉS, E.: *Ética y economía*, ponencia presentada en las Jornadas de Filosofía jurídica y social, Alicante 1987.
- GINSBERG, R.: «Report from Hiroshima», *The Acorn. A Gandhian review*, IX, 1987 vol. II, p. 2-ss.
- GORDILLO, L.: *J. Stuart Mill ante la encrucijada libertad-determinismo*, Valencia, Nau Llibres, 1988.
- HOBBS, T.: *Del ciudadano y Leviatan*, trad. de E. TIERNO GALVAN, Madrid, Tecnos, 1987.
- JOHNSON, P.: «¿Ha muerto el totalitarismo? Nuevas tentaciones para los intelectuales de hoy», *Revista del pensamiento centroamericano*, 202, vol. XLIV, 1989, p. 3, donde explícitamente se dice: «En todo el mundo los socialistas de diferentes tendencias han izado banderas de rendición ideológica. En lugares tan diversos como Francia, Gran Bretaña, Escandinavia, Australia y Nueva Zelanda, los partidos democráticos están dejando la orientación estatal para adherirse con diversos grados de entusiasmo al sistema de mercado».
- MERTON, R.: «Estructura social y anomia» en VARIOS, *La familia*, Barcelona, Península 1978, cit. por BALLESTEROS, 1989, p. 50.
- NEGRO PAVON, D.: *La encrucijada intelectual de Stuart Mill*, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1978.
- ORTI LAHOZ, A.: *Reflexiones en torno a la evolución del ámbito y enfoque del análisis económico*, Discurso de la solemne apertura del curso 1988-89, Valencia, Servicio de publicaciones de la Universitat de Valencia, 1989.
- ORTIZ, L.: «De la materia del sueño», *Revista de Occidente*, 92, 1989, p. 65-ss.
- PAZ ARES, C.: «La economía como jurisprudencia racional», *Anuario de Derecho civil*, XXXIV, 1980, pp. 600-ss.
- RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, «De la nueva izquierda a la izquierda indefinida», *Revista de Occidente*, 90, 1989, p. 121, donde puede leerse lo siguiente: «El desmayo de la nueva izquierda es el prólogo de una situación de obligada indefinición por parte de la izquierda en general, en un mundo que ha trastocado la generalidad de las cosas después de la crisis económica de los setenta».
- SARAYDAR, E.: «The conflation of productivity and efficiency in economics and economic history», *Economics and Philosophy*, 5, 1989, p. 55-ss.
- VARIOS AUTORES, *La evolución de la ideología de izquierdas*, Madrid, Ed. s. XXI — Fundación Pablo Iglesias, 1988 (publicado como uno de los tomos donde se recogen los resultados del Programa 2000).



## La «desobediencia civil». Delimitación conceptual

Por NORBERTO ALVAREZ

Universidad de Alcalá de Henares

### I

Los límites de este concepto pueden perfilarse desde criterios diferentes. Es lo más común que se perfilen teniendo en cuenta criterios éticos: En tal sentido puede estudiarse si procede la desobediencia a la ley cuando no se han presentado los pertinentes recursos; o si puedo resistirme a cumplir el servicio militar, como forma de presión para que cambie la ley, o tengo que esperar el triunfo posible del partido reformista; o si me niego a cumplir una sentencia de desahucio, resistiéndome a salir del inmueble con el fin de atraer la atención en la injusta ley, o he de obedecer dicha sentencia a la espera de las reformas ofrecidas por el partido triunfante en las elecciones.

Como vemos en los casos descritos, las situaciones de conflicto motivadas por leyes injustas presentan en principio dos vías de solución: la político-jurídica y la desobediencia. Y la segunda no es objetivamente calificable sin pensar en la primera. Ejemplo, no puedo calificar éticamente la actitud de desobediencia a la ley que regula el servicio militar, cuando tengo la certeza de que pronto la objeción de conciencia será convenientemente regulada. Tampoco es justa la actitud de desobediencia a la sentencia que ordena salir del inmueble, si la misma puede apelarse eficazmente. La posible injusticia de la desobediencia en tales casos derivaría de que, pudiendo evitarse la situación injusta con menor sacrificio —la actitud de desobediencia merma al menos la seguridad jurídica— aquella se ve como ilegítima.

Si bien la legitimación de la desobediencia supone, como vemos, que no existan vías de solución menos costosas con la debida eficacia, exige también posibilidades razonables de ser eficaz. En tal sentido en la desobediencia civil con Hitler o Stalin —que sería ineficaz— no se verían quizás compensados los sacrificios inevitables que la actitud de desobediencia conlleva, presentándose así como ilegítima. En tales circunstancias resulta siempre

injustificable, salvo que desobedecer tenga un valor simbólico suficiente o se considere obligado desde una ética personal concreta: Es el caso de quien desobedece para evitar realizar un disvalor<sup>1</sup>.

## II

Si bien, como acaba de verse, resulta posible presentar el concepto de desobediencia civil desde lo que puede entenderse como sus límites éticos, lo que aquí presentamos no es el concepto ético, sino sociológico, de desobediencia civil: lo que constituye *desobediencia civil* frente a otras formas de desobediencia a la ley, análogas a aquélla. Me referiré a continuación a varias notas.

1) Es la primera el *tratarse de la infracción reiterada de una ley*. Lo que excluye tanto el carácter esporádico de la desobediencia, como el carácter de desobediencia indiscriminada a cualquier ley. Sólo la violación reiterada de una disposición, o conjunto de disposiciones concretas, constituye darse en ella, a su vez, las notas que postceden, *desobediencia civil*<sup>2</sup>.

Se hace con esto referencia al carácter concreto de los objetivos de transformación de la desobediencia civil: No el cambio sustancial de un sistema, sino aspectos de relativa relevancia del mismo, son el objetivo de dicha estrategia. Y esta nota contribuye a diferenciar la desobediencia civil de la resistencia pasiva: Ambas transformadoras, ambas no violentas; y que acuden ambas a la desobediencia a la ley. Pero la primera, con unos objetivos limitados; la segunda, con una pretensión de amplias reformas del sistema.

2) El motivo pues de la desobediencia ha de ser *que la ley cambie*<sup>3</sup>. Se excluye así del concepto la desobediencia con diferentes motivos: Por ejemplo, la actitud del que roba para enriquecerse; y también la de quien roba agotando la última vía de subsistencia. Sólo cuando con la desobediencia se busca la abolición de la ley se da esta condición de la *desobediencia civil*.

1. El tema de la desobediencia al derecho desde la perspectiva de su calificación ética ha sido tratado últimamente en abundancia. No en vano escribe EUSEBIO FERNÁNDEZ que «la producción bibliográfica europea y americana de los últimos años permite obtener la conclusión de que asistimos a una auténtica rehabilitación de los problemas de la Filosofía y de la razón práctica...».

2. En esta línea escribe E. MOUNIER: «Es preciso testimoniar nuestra ruptura con el desorden establecido, para lo cual, ante todo ha de tomarse conciencia del desorden, pero una toma de conciencia que no supusiese una toma de posición sin cambio de vida y no sólo de pensamiento significaría una traición». E. MOUNIER, *Oeuvres*, T. I, pág. 351. Y en el mismo sentido insiste René Bugnot: «Una acción no violenta implica necesariamente una desobediencia a las leyes del adversario». RENE BUGNOT, *Motivations Civiques Non-Violentes*, pág. 38.

3. No podemos identificar cambio de ley con cambio de estructuras. Ambos pueden ser el objetivo de la desobediencia a la ley, que, como veremos al referirnos a otras notas, no siempre constituye *desobediencia civil*. A la *resistencia pasiva* como forma de desobediencia a la ley análoga a la desobediencia civil se refiere J. DELAPIERE cuando escribe que «la no-violencia no se conforma con pacificar las relaciones personales, ella inspira igualmente una acción sobre las estructuras sociales». JEAN DELPIERRE, *La Non-Violence un langage?*, en *Cahiers de la Reconciliation* n.º 5-6, 1969, pág. 11.



No quiere decirse con esto que el motivo de la desobediencia radique tan sólo en el cambio de la ley. Pueden darse, junto a él, otros motivos, que, presentándose solos, desdibujarían el concepto. Ejemplo, la actitud contraria a una forma de propiedad manifiesta en el robo constituye *desobediencia civil* si se practica —sin perjuicio de otras notas que veremos— con el fin de que cambie la ley o pierda eficacia. No es compatible, empero, con la otra forma de robo que sólo persigue el enriquecimiento, porque la *desobediencia civil* conlleva la *justicia en los objetivos* <sup>4</sup>.

No es exacta, pues, la tesis defendida por Rodríguez Paniagua cuando escribe que «se diferencia también la desobediencia civil de la infracción simple o corriente de la ley, en cuanto que esta infracción no elige o selecciona ninguna norma determinada contra la cual se dirija; en realidad no se dirige propiamente contra ninguna norma, sino que más bien las normas quedan afectadas, infringidas, en cuanto que la conducta realizada resulta no estar de acuerdo con ellas, pero el objeto u objetivo de esa conducta no es infringir las normas sino conseguir algo que no se puede conseguir de otra manera o sólo a costa de sacrificios y desventajas que no se está dispuesto a aceptar por respeto a esas normas» <sup>5</sup>.

No hace falta aclarar —con lo expuesto se ve— que mi discrepancia con Rodríguez Paniagua se reduce a dos puntos: El sostiene que el fin de la desobediencia no es infringir la ley, intentando así distanciar la desobediencia civil de la simple ilegalidad; pero yo creo que en la simple ilegalidad tampoco esto es un fin sino un medio. Además me resulta inexacta la afirmación de que la *desobediencia civil* se diferencia de la simple infracción de la ley en cuanto que la última selecciona la norma contra la cual se dirige, porque esta hipotética selección no es tampoco nota de la por Rodríguez Paniagua llamada «infracción normal o corriente de la ley», pues también cabe pensar en infractores que sólo lo son de las leyes protectoras de la propiedad, de las que penalizan la evasión fiscal, o de las referidas a la evasión de capitales.

3) Caracteriza esta estrategia reformista, frente a otras, (como es el caso del terrorismo, del que la separan otras importantes notas) o de la huelga violenta, el absoluto respeto por la integridad y libertad de las personas, incluso de aquéllas que están comprometidas con la represión <sup>6</sup>. A este ca-

4. A la justicia de los objetivos alude a mi juicio MERTON, cuando, al referirse a las condiciones de eficacia de la desobediencia escribe que «el resistente no violento está persuadido de la eficacia suprema de la verdad». THOMAS MERTON, *Blessed are the Meek the Cristian Rots of Non-Violence*, Fellowship of Reconciliation, julio, 1967, pág. 7.

5. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*; editado en el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1987, pág. 181.

6. En esta línea escribe MARTIN LUTHER KING que «si respetamos a los que se nos oponen es posible que lleguen a la comprensión de las relaciones humanas». MARTIN LUTHER KING, *Textos sobre el Poder Negro*, obra citada, pág. 27 y 28. Y en la misma línea también escribe

rácter de *pacífica* frente a otras formas de lucha se refiere J. Rawls cuando escribe que la desobediencia civil es pacífica porque «expresa una desobediencia a la ley dentro de los límites de la fidelidad a ésta, aunque situada en los límites de dicha infidelidad»<sup>7</sup>.

Soy consciente de que hablar del carácter pacífico de la desobediencia civil es decir poco, pues resulta necesario conocer la estrategia de la misma para entender exactamente el carácter de su pacifismo. Por ello me resulta obligado remitir al lector, con tal fin, a la parte dedicada al estudio de dicha estrategia.

4) Insiste la doctrina en otra nota: la *publicidad*. En tal sentido —y refiriéndose también a las ya vistas— expone nuevamente J. Rawls: «Debo empezar por definir la desobediencia civil como un acto ilegal, *público*, no violento, de conciencia, pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa»<sup>8</sup>. Y esta exigencia del carácter público de la desobediencia civil deriva de su función reformista basada en el testimonio de los desobedientes. Para entender el sentido de esta nota nos remitimos nuevamente al capítulo dedicado a la estrategia no violenta. A ella se refiere de nuevo Rodríguez Paniagua cuando escribe tajante y contundentemente: «Para cumplir con su finalidad política —que es como vimos el cambio de una ley o institución— la desobediencia civil en sentido estricto tiene que ser pública o manifiesta»<sup>9</sup>.

La publicidad no tiene por qué ser simultánea a la actitud de desobediencia. Así, hoy, la conducta de muchos, en otro tiempo delictiva, y hasta ahora desconocida en los países del Este, ejerce un influjo en las transformaciones en curso en aquellos países. Tampoco tiene por qué ser materialmente visible: El testimonio de alguien que se muere en huelga de hambre en una celda carcelaria, ejerce su fuerza en el exterior aunque no sea visto; y son numerosas las manifestaciones de desobediencia que, ejerciendo influjo en sectores de la sociedad, no son vistas por los sujetos en los que influyen.

---

J. PYRONNET que «el odio, las rivalidades y toda forma de violencia son una negación directa de la conciencia». J. PYRONNET, *La Action Non-Violente* Edit. Maspero, 1969, pág. 136.

Esta pasividad, o carencia de violencia incluso psicológica, es denominada *ahimsa* por Gandhi. En este sentido escribe el líder indio que «La verdad no podría ser defendida por quien no posee una elevada dosis de humildad; si queréis nadar en el océano de la verdad es preciso reducirse a cero». GANDHI, *Autres Oeuvres*, París, 1960, pág. 136.

7. J. RAWLS. Teoría de la desobediencia civil; en la obra dirigida por Dworkin, *La Filosofía del Derecho*, edit. Fondo de Cultura Económica, 1980, pág. 174. Si se desea ahondar más en este tema puede verse también: CHARLES FRIED, *Moral Causation*, *Harvard Law Review*, n.º 77, pág. 128 (1964), citado por J. RAWLS en obra y pág. citadas. También puede verse a A. CARTER: *Direct Action and Liberal Democracy*, Londres (Routledge-K. Paul), 1973 (citado por R. Paniagua, obra citada, pág. 179).

8. La definición está tomada J. RAWLS de H. A. BEDAU, expuesta en su artículo «On Civil Disobedience», en *Journal of Philosophy*, vol. 58 (1961), págs. 653-661.

9. RODRÍGUEZ PANIAGUA, obra citada, pág. 182.



5) Suele olvidar la doctrina que la desobediencia civil tiene su origen en un motivo de conciencia. En otros términos, la actitud de resistencia que supone lo es frente a una ley injusta, con el fin de influir en su derogación, de inducir a su ineficacia, o, simplemente, de no incurrir en la inmoralidad con su incumplimiento.

Aunque no siempre de forma explícita, la primera de las motivaciones —cambio de una ley o institución— es aceptada por el común de la doctrina; pero la tercera resulta con frecuencia explícitamente rechazada. Leamos nuevamente a J. Rawls: «Al justificar la desobediencia civil no se apela a principios de moralidad personal o a doctrinas religiosas, aunque puedan coincidir con las propias reclamaciones y respaldarlas<sup>10</sup>.

Aunque no encuentro serios inconvenientes en admitir este reduccionismo conceptual de la expresión «desobediencia civil» (conveniente si existiera una terminología abundante y precisa para designar de forma diferente los conceptos, incluso mínimamente distintos) veo preferible en el contexto de pobreza terminológica que padecemos en las ciencias sociales, que la expresión se refiera también entendida en sentido amplio a la desobediencia inspirada en motivaciones estrictamente de conciencia. El mismo J. Rawls, para el cual, según vimos, queda descartado un tal sentido de la expresión, reconoce la proximidad conceptual cuando líneas después escribe: «Tal como se ha definido, la desobediencia civil ocupa una posición intermedia entre la protesta legal y el ejercicio de causas instrumentales, por un lado, y la objeción de conciencia y las diversas formas de resistencia por otro»<sup>11</sup>.

### III

De lo expuesto se desprenden las diferencias de la desobediencia civil con otras formas de desobediencia a la ley análogas a aquélla: Es el caso de la *resistencia pasiva*. (El movimiento de liberación de la India es un ejemplo de ésta.) Como nota común de ambas tenemos que su forma de proceder fundamental es la desobediencia. Como notas diferenciales de mayor entidad: En la resistencia pasiva los objetivos constituyen transformaciones sustanciales de un sistema frente al carácter reducido de los mismos en la desobediencia civil, generalmente limitadas a la reforma de una institución; y unido a esto, el número de desobedientes en la primera de las estrategias es reducido; en la resistencia pasiva, al contrario puede ser —y con frecuencia lo es— amplio<sup>12</sup>.

10. J. RAWLS, obra citada, pág. 173.

11. J. RAWLS, obra citada, págs. 175 y 176.

12. Otras denominaciones son las de *No-Violencia*, *Acción directa no violenta*, o incluso *Satyagraha*, que significa en sánscrito *fuerza de la verdad*. Escribe Gandhi explicando el origen del término: «Yo he forjado el término *satyagraha* en Africa del Sur para expresar la fuerza de la que los indios han hecho uso en este país durante ocho años enteros... La fuerza de la verdad es también la del amor» (Extracto de los Reports of de Indian Congress, Vol. I, 1920, citado por Paul Ricoeur en *L'homme non violento*; art. en la revista *Esprit*, n.º 153, fevrier, 1949.

Los límites señalados tienen como objeto diferenciar la *desobediencia civil* de otras formas de desobediencia, que por su amplitud, objetivos, o el constituir conductas delictivas, etc., merecen tratamiento especial. A partir de aquí la delimitación conceptual estará referida a lo que pueden entenderse como *límites lógicos al concepto mismo de desobediencia*.

Consiste el primero en saber si la obediencia supone simplemente materialización de una conducta o además, convicción de su valor ético. En otros términos: ¿Es obediencia lo mismo —y de serlo lo es en el mismo grado— la conducta que materializa el contenido de la orden justa de la legítima autoridad que la que se corresponde con el contenido de la orden dada por el asaltante? De la explicación que postcede podremos inferir la respuesta.

Si pensamos en lo que significa *obediencia* intuimos que se hace referencia a una conducta; pero a una conducta que concuerda con el contenido del imperativo que la ordena. Ejemplo: «Salva la vida al inocente» y «Mata al inocente» son dos imperativos, contrarios en su contenido, pero referidos a dos conductas respectivamente que, de darse sociológicamente, como consecuencia de dichos imperativos, constituyen obediencia. Ya se puede entender que el que en un caso la disposición sea legítima o/y provenga de la legítima autoridad, y en el otro ilegítima (emane o no a su vez de la autoridad legítima) para nada incide en la calificación de la conducta que con ella concuerda desde la perspectiva que aquí analizamos. Casi defendiendo esta misma tesis —y digo *casi* porque Hart parece referirse sólo a la dimensión objetiva de la eticidad y nosotros nos referimos también al aspecto subjetivo de la misma— escribe el citado autor que «obedecer una regla o una orden no implica necesariamente que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto tanto para él como para los otros: no es menester que vea en ello el cumplimiento de una pauta o criterio de conducta para el resto de los miembros de su grupo social. No es menester que conciba a su conducta como ajustada a la regla, como correcta, apropiada u obligatoria. En otras palabras no hace falta que su conducta tenga ningún elemento de ese carácter crítico que va implicado dondequiera se aceptan reglas sociales y se manejan tipos de conducta como pautas o criterios generales de comportamiento»<sup>13</sup>. De una manera explícita acaba Hart refiriéndose al carácter esencialmente coactivo de la disposición obedecible y así a la coercibilidad, con frecuencia motivo de dicha obediencia: «En lugar de ello puede limitarse a ver en la regla algo que exige de él una acción bajo amenaza de pena; puede obedecerla simplemente por temor a las consecuencias o por inercia sin pensar que él u otros tienen la obligación de comportarse así

13. H. L. A. HART, Obra citada, pág. 143.



y sin estar dispuesto a la autocrítica o a la crítica de la conducta ajena en el caso de la desviación»<sup>14</sup>.

Además, no afecta al grado de obediencia el grado de volición de quien expresa la orden que debe ser obedecida. Puede ser que quien me ordena correr tenga poco interés en que yo corra y, en cambio, quien me exige entregarle el dinero lo exprese con gran deseo. Pero el grado de obediencia viene determinado más bien por el nivel de ajustamiento de la conducta al contenido de la disposición.

#### IV

Presentando el concepto de *desobediencia civil* nos hemos referido primero a los límites determinados por los objetivos y número de los participantes en los actos de desobediencia. A partir de aquí quedaba diferenciada de otras formas de desobediencia como era el caso de la *resistencia pasiva*. Después, buscando límites enmarcables en la naturaleza misma del concepto, expusimos lo que significa *obedecer* y, unido a ello, *desobedecer*. A continuación nos referiremos —también con el fin de entender el concepto de *desobediencia*— a quienes puede ser, lógicamente, los sujetos activos de la misma.

Antes de nada debe aclararse que cualquier forma de desobediencia que como tal constituye un testimonio —desobediencia civil, resistencia pasiva, etc.— constituye también (y quizás radique en ello la razón de su impacto) una forma de obediencia a una moral contraria —y prohibida por— la ley. Desde esta perspectiva (y dado que la desobediencia a la ley lo es también al poder), paradójicamente constituye a veces una forma análoga a la desobediencia —con impacto psicológico similar— la obediencia al derecho: Los chilenos que murieron en septiembre de 1973 por obedecer la ley protagonizaron una actitud similar a la de la desobediencia, porque esta obediencia constituía en su contexto desobediencia al poder.

Pero, aunque esta forma de desobediencia —sólo al poder— constituye una forma análoga a la desobediencia a la ley, la desobediencia civil la enmarcamos en la segunda manifestación de desobediencia —a la ley— que, como tal, lo es en el común de los casos a la ley y al poder. La configuración de la misma, sin embargo —en cuanto constituida por una desobediencia a la ley— requiere que se sepa ante todo a quienes está dirigida la ley, con el fin de que se entienda por quienes puede ser desobedecida.

Distintas explicaciones se han dado al respecto. Escribe Ross —para quien no hay otros destinatarios del derecho que los jueces— que «Si las reglas de derecho han de constituir de la misma manera un sistema, ellas tienen que referirse igualmente a acciones definidas, realizadas por personas definidas. Pero qué acciones y qué personas son éstas? Esta pregunta sólo puede ser contestada estableciendo mediante un análisis de las reglas comúnmente consideradas como un orden jurídico nacional a quienes es-

14. H. L. A. HART, *Obra citada*, pág. 144.

tán dirigidas y cuál es su significado»<sup>15</sup>. Ni que decir tiene que, si sólo a los jueces está dirigido el derecho, sólo los jueces pueden cumplirlo. Desde esta perspectiva sólo los jueces pueden desobedecer la ley. Sin embargo, aún entendiendo que los destinatarios son sólo aquéllos (lo que tiene una lógica) con sólo una extrapolación terminológica de *obedecer* puede entenderse al derecho también obedecible por el ciudadano. En tal sentido yo imagino al art. 407 del Código Penal español, por ejemplo, como dirigido en primer grado a los jueces —sólo ellos pueden administrar la fuerza— pero en segundo lugar, a los simples ciudadanos. Y es que el legislador, que exige explícitamente al juez aplicar prisión menor por homicidio, *quiere* que el homicidio se evite y el contenido de su volición es una conducta de omisión de los ciudadanos. Por eso en sentido estricto la ley está referida al juez, pero la voluntad última del legislador —*ratio* de la disposición— se refiere a los ciudadanos<sup>16</sup>.

Quizás en base a un argumento similar (después de exponer la tesis trascrita) escribe Alf Ross: «Esto muestra que el contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez, mientras que la directiva al particular es una norma jurídica derivada, o norma en sentido figurado, deducida de aquélla»<sup>17</sup>. Y digo que *quizás* aquél por mi expuesto sea el sentido de este texto de Ross, porque el mismo es susceptible de una segunda lectura, acaso más lógica: el derecho se dirige al juez, y es tal hecho —que el juez pueda castigarle— lo que hace al ciudadano pensar en la segunda directiva: «dado que puedo ser castigado, es mejor evitar el homicidio».

Sin dejar de advertir que en relación con el tema de los destinatarios de la norma jurídica hay tesis que defienden que son los simples ciudadanos o también los ciudadanos y los jueces los destinatarios de aquellas<sup>18</sup>, pienso que la polémica resulta relativamente trascendente en la configuración de la desobediencia civil. Ciertamente según las normas estén dirigidas a jueces o/y ciudadanos, desobedecerlas es posible para unos o/y para otros; pero sólo si entendemos la desobediencia como el no cumplimiento de lo dispuesto en la norma. Mas la desobediencia —vimos ya— se entiende también como comportamiento contrario a lo deseado por el legislador aunque no lo exprese formalmente la norma. Es suficiente, desde esta perspectiva, para hablar de desobediencia el que la conducta del ciudadano consista en la que el legislador quiere evitar al dictar la norma. En tal sentido —y a pesar de que el precepto regulador del homicidio formalmente está dirigido al juez— desobedece también la ley el que mata o asesina, en cuanto que, si bien no infringe formalmente la ley, contraría la voluntad del legislador —*ratio legis* de la misma— al realizar conductas que con la promulgación de la ley quisieron evitarse.

15. ALF ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, E.U.D.E.B.A., 1977, pág. 32.

16. HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, pág. 63 (1949).

17. ALF ROSS. Obra citada, pág. 33.



En síntesis la *desobediencia civil* consiste en una forma de desobediencia a la ley a la que caracteriza el objetivo de transformación de una institución total o parcialmente y es practicada por un reducido número de ciudadanos con publicidad y en testimonio de la exigencia de justicia de tales cambios<sup>18</sup>.

---

18. Como vemos el tratamiento dado al tema en el presente capítulo es exclusivamente sociológico al objeto de delimitar su concepto. En posteriores análisis abordaremos otros enfoques del tema. Es el más inmediato el de «la desobediencia civil como forma de cambio». Es el otro, de no menos interés, el de la legitimidad de dicha desobediencia, y así también obediencia. Este otro —bastante tratado actualmente— ha sido estudiado en España, entre otros, por EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA en obra citada; Felipe González Vicén, *Estudios de Filosofía del Derecho*, edic. Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1969; págs. 365 y ss.; ELÍAS DÍAZ, *De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular*; edit. Debate, 1985; págs. 176 y ss.; M. ATIENZA, *La Filosofía del Derecho de Felipe González Vicén*; en *El lenguaje del Derecho*, homenaje a Genaro Carrió, Buenos Aires, 1983. Javier Muguerza «La Obediencia al Derecho y el Imperativo de la Disidencia», en la rev. *Sistema*, n.º 70; ESPERANZA GUIÁN, «Razones Morales para obedecer al Derecho» en el n.º 28 de la revista *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, dedicado al tema Derecho y Moral, págs. 131 y ss. En este mismo número escriben otros importantes filósofos españoles sobre una temática más o menos relacionada con el tema al que en la presente nota aludimos.





## Simone Weil: una reflexión sobre Europa desde la resistencia

Por EMILIA BEA

Valencia

### I. EL CONTEXTO Y LAS PECULIARIDADES DEL PROYECTO WEILIANO

En el presente trabajo nos proponemos abordar un aspecto del pensamiento de la filósofa francesa S. Weil (1909-1943), que, aunque fue tratado hace casi medio siglo, recobra hoy una especial actualidad. Además de por el interés que despiertan en nuestros días las consideraciones sobre la realidad europea, nos parece oportuno detenernos a examinar este sector de la obra weiliana por su conexión estrecha con otras cuestiones planteadas insistentemente a lo largo de los escritos de la autora. La escasa atención que ha recibido entre nosotros la filosofía de S. Weil hace desaconsejable tratar de dar cuenta aisladamente de un problema concreto de los que ella analiza, pues se carece de una visión global previa desde la que enjuiciar un aspecto determinado<sup>1</sup>.

Para comprender el pensamiento de Weil es necesario poner la mirada en algunos datos biográficos, aunque intentamos evitar la proliferación de referencias a la personalidad y actividades de la autora, que en tantas ocasiones ha ido unida a una visión hagiográfica que ha distorsionado consi-

---

1. Mientras la mayor parte de las obras que recopilan los escritos de S. Weil han sido traducidas al castellano, principalmente en la Editorial Sudamericana de Buenos Aires, existen muy pocos estudios sobre el pensamiento weiliano en esta lengua. Entre estos, podemos señalar el de A. Lobato, «S. Weil o la abnegación heroica», en *La pregunta por la mujer*, Salamanca, Sígueme, 1976; B. Sierra, «Dios busca al hombre, la trayectoria de S. Weil», *Estudio Agustiniiano*, XII, 1-2, 1977, pp. 99-128; A. Alejos Morán, «Un lenguaje simbólico sobre Dios en los escritos de S. Weil», *La proclamación del mensaje cristiano*, 1986, pp. 337-382. Y la reciente traducción por G. Venturaira del libro de R. Coles, *Simone Weil*, Barcelona, Gedisa, 1989. En los últimos años, tras la aparición del primer tomo de las Obras Completas de S. Weil (París, Gallimard, 1988), se han producido entre nosotros diversas muestras de interés por su figura en publicaciones de amplia difusión como *El Globo*, 34, 1988, *El País* de 15-VI-1988 y *El Urogallo*, 27-28, 1988. Recientemente, E. Vilanova en su obra en catalán *História de la teología cristiana* (Barcelona, Herder, 1989) ha dedicado un brillante apartado al pensamiento de S. Weil.

derablemente su testimonio vital y el valor de sus aportaciones filosóficas<sup>2</sup>. La vida de S. Weil ayuda a entender su obra porque en ella se da una clara interdependencia entre pensamiento y acción, que queda plasmada en el sentido de su evolución, desde posiciones de signo pacifista y obrerista próximas al sindicalismo-revolucionario, hasta una concepción de la realidad en la que la mística juega un importante papel.

Entre las experiencias de Weil que más parecen repercutir en el contenido y evolución de sus escritos, comúnmente se coincide en señalar su paso por la clase de Alain, antes de su ingreso en la Ecole Normale Supérieure, su actividad en medios sindicalistas, su trabajo durante un año en la fábrica como obrera manual, su presencia en España en los inicios de la guerra civil donde colabora algunos meses con miembros de la C.N.T., su experiencia mística en 1938, su exilio de Francia por la persecución nazi tras la ocupación, y su participación en los proyectos del Gobierno provisional francés en Londres<sup>3</sup>. Este último momento es el que nos interesa ahora de forma especial, pues las reflexiones weilianas sobre Europa proceden principalmente de la etapa londinense.

A causa de su origen judío, Weil se ve obligada a trasladarse de París a Marsella en 1940, de Marsella a New York a través de Casablanca en junio de 1942, y de New York a Londres en noviembre del mismo año, ocho meses antes de su muerte. A su llegada a Londres, comienza a desarrollar su actividad bajo las órdenes de M. Closon en la Dirección del Interior de lo que luego será el Gobierno provisional de la República francesa. Las tareas que se le asignan consisten en examinar algunos de los informes enviados desde Francia por los comités de resistentes y en redactar un ensayo sobre el tipo de reformas que sería conveniente practicar tras la liberación. Lejos de cumplir el deseo expresado ante M. Schuman y A. Philip de realizar alguna misión de sabotaje o espionaje en la Francia ocupada, idea con la que había partido de Marsella y cuya frustración pesará increíblemente hasta su muerte, S. Weil asume estas tareas, cuyo resultado más directo será la obra «Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain», titulada más tarde y conocida actualmente como *L'Enracinement*.

---

2. De modo especial desde finales de los años cincuenta hasta 1970, la literatura consagrada a la autora se caracteriza por su superficialidad, ya que se pretende vincular experiencia y pensamiento de forma confusa, proporcionando tan solo un recorrido descriptivo, exento de crítica, por la producción weiliana año tras año. A partir de 1970 se han realizado importantes esfuerzos por alcanzar un conocimiento adecuado de las múltiples cuestiones que plantea el pensamiento de Weil, aunque no se haya llegado a una interpretación integradora de las distintas aproximaciones. Nos encontramos en un momento de auge en la bibliografía sobre S. Weil, que permite confiar en la aparición de nuevos enfoques superadores de la tendencia reductiva o superficial del pasado.

3. Entre las biografías de S. Weil cabe destacar la de J. Cabaud, *L'Expérience vécue de S. Weil*, París, Plon, 1957; S. Pétrement, *La vie de S. Weil*, I Vol., 1909-1934, II Vol., 1934-1943, París, Fayard, 1973 y G. Fiori, *S. Weil, Biografía di un pensiero*, Milán, Garzanti, 1981.



Los textos integrados en el libro *Ecrits de Londres*<sup>4</sup> y el artículo «A propos de la question coloniale dans ses rapports avec le destin du peuple français» se inscriben también en esta colaboración para definir las líneas de un proyecto de reconstrucción nacional. Sin embargo, según muestra Ph. Dujardin, «S. Weill, más que proponer un plan de reformas, expone y profundiza los fundamentos de su propia filosofía social. Sus conclusiones asustaron a sus superiores jerárquicos que no pudieron hacer ningún uso oficial del documento remitido»<sup>5</sup>.

La lectura de *L'Enracinement*, así como del resto de textos citados, muestra con claridad la imposibilidad de reducir su contenido a un conjunto de medidas técnicas, políticas o jurídicas, definidas para ser puestas en práctica directamente. *L'Enracinement* excede formal y materialmente los límites del trabajo encomendado a su autora; el mensaje que de él se desprende, el lenguaje utilizado y la temática abordada, distan considerablemente de los informes redactados por otros miembros activos de la Resistencia. Consciente de la distancia que separa *L'Enracinement* de lo que suele ser un proyecto de carácter político, E. Mounier, en una reseña al libro, publicada en *Esprit* en 1950, comenta: «Si en algún momento llegó a su destino, no es difícil atisbar la sonrisa con que debió ser acogido en los despachos. No puede imaginarse un texto aparentemente menos político. Ninguno, sin embargo, que nos induzca de forma más urgente a reflexionar sobre lo que es 'política' y lo que no lo es, a preguntarnos si no hay a este respecto un chantaje permanente de los que tienen deseo e interés de mantener una cierta política como la única seria»<sup>6</sup>.

Una opinión semejante es la expresada por T. S. Eliot en el prefacio a la edición inglesa de *L'Enracinement* (*The Need for Roots*, 1952): «Este libro pertenece al género 'prolegómenos de la política', libros que los políticos

4. La mayor parte de los escritos de Weill se publicaron después de su muerte en una serie de volúmenes siguiendo un criterio cronológico o un criterio sistemático. En el primer caso se encuentran los siguientes títulos: *L'Enracinement* (Gallimard, 1949; trad. al castellano de M. E. Valentié, *Raíces del existir*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1953); *Attente de Dieu* (La Colombe, 1950; trad. al catalán de H. Grau de Durán, *En espera de Déu*, Barcelona, Edicions 62, 1965); *La Connaissance Surnaturelle* (Gallimard, 1950); *Intuitions pré-chrétiennes* (La Colombe, 1951); *Lettre à un religieux*, (Gallimard, 1951); *Cahiers I, II y III* (Plon 1951, 1953 y 1956); *La Source grecque*, (Gallimard, 1953; trad. al castellano de M. E. Valentié, *La fuente griega*, Editorial Sudamericana, 1961); *Ecrits de Londres et dernières lettres*, (Gallimard, 1957); *Pensées sans ordre concernant l'amour de Dieu*, (Gallimard, 1962; trad. al castellano de R. I. Zelarayán, *Pensamientos desordenados sobre el amor de Dios*, Editorial Sudamericana, 1964). Al segundo grupo, es decir, obras que agrupan los textos de la autora siguiendo un criterio temático, pertenecen los titulados: *La pesanteur et la grâce*, (Plon, 1947; trad. *La gravedad y la gracia*, Editorial Sudamericana, 1953); *La condition ouvrière*, (Gallimard, 1951; trad. de A. Jutglar, *Ensayos sobre la condición obrera*, Barcelona, Ed. Nova Terra, 1962); *Oppression et liberté*, (Gallimard, 1955); *Ecrits Historiques et Politiques*, (Gallimard, 1960); *Sur la science*, (Gallimard, 1966) y *Poèmes, suivis de 'Venise sauvée', Lettre de p. Valéry*, (Gallimard, 1968). Reseñamos sólo las primeras ediciones de las obras weillianas.

5. Ph. Dujardin, *S. Weill, idéologie et politique*, Presses Universitaires de Grenoble, París, Maspéro, 1975, p. 158.

6. E. Mounier, «Une lecture de L'Enracinement», *Esprit*, febrero, 1950, pp. 172-174; *Cahiers Simone Weill*, T. V, n.º 3, 1982, p. 227.

leen raramente y no podrían comprender ni aplicar. Tales libros no tienen influencia en la manera contemporánea de gobernar: para los hombres y mujeres que están comprometidos en la carrera y ya impregnados del lenguaje de la plaza pública llegan siempre demasiado tarde. Por ello tales libros deberían ser estudiados por la gente joven antes de que carezcan de tiempo libre y que su capacidad de pensar sea aniquilada por el hábito de las tribunas y de las asambleas parlamentarias. Los efectos se harían sentir, no podemos dejar de esperarlo, en la actitud espiritual de una próxima generación»<sup>7</sup>. Otro Premio Nobel de la época, A. Camus, destaca en la presentación de *L'Enracinement* la excepcionalidad de la obra weiliana, afirmando que «parece imposible imaginar un Renacimiento para Europa que no tenga en cuenta las exigencias definidas por S. Weil»<sup>8</sup>.

En la actualidad, P. Rolland realiza un diagnóstico semejante en lo que respecta a la importancia y originalidad de los últimos escritos de Weil, que le parecen «difíciles de clasificar porque constituyen el balance de una vida. Es como si en realidad S. Weil tratara de definir una nueva cultura, en el sentido fuerte del término, un nuevo *être-au-monde*»<sup>9</sup>. Las dificultades para interpretar adecuadamente el pensamiento weiliano derivan principalmente de que con él «se ilustra, si no se inaugura, una relación mucho más compleja y una percepción nueva de las relaciones de lo político y lo religioso en el siglo XX»<sup>10</sup>. La razón de fondo de la complejidad y novedad del tema viene apuntada por Rolland en los siguientes términos: «El mundo moderno, incluido el totalitarismo que se desarrolla en él, se encierra aparentemente en una paradoja estrepitosa; pretende separar lo profano de lo sagrado, pero confunde lo religioso y lo político. S. Weil se opone a esta errónea relación y quiere invertirla; se trata de reanudar la relación de lo profano y de lo sagrado para mejor distinguir lo político de lo religioso. La aproximación religiosa constituye por tanto para ella una función crítica esencial, en particular respecto a la política. El totalitarismo constituiría así un fruto de la negación de la cuestión religiosa en el mundo moderno, cuya elucidación sería liberadora»<sup>11</sup>.

Pero para que la religión pueda cumplir realmente una función crítica liberadora debe ser, por una parte, una experiencia totalizadora, es decir, vertebradora, integral, que proporcione unidad en la búsqueda del sentido, y por otra parte, no totalitaria, esto es, respetuosa de la libertad de conciencia y ajena a toda forma de dominio. Es lo que casi se logró, a juicio de

7. T. S. Eliot, «Préface à L'Enracinement», trad. Ph. Barthelet, *Cahiers Simone Weil*, T. V, n.º 2, 1982, pp. 141-148.

8. A. Camus, «Préface à L'Enracinement», *Bulletin de la Nouvelle Revue Française*, junio, 1949.

9. P. Rolland, «Approche politique de L'Enracinement», *Cahiers Simone Weil*, T. VI, n.º 4, 1983, p. 301.

10. P. Rolland, «Religion et politique: expérience et pensée de S. Weil», *Cahiers Simone Weil*, T. VII, n.º 4, 1984, p. 369.

11. *Ibid.*, p. 377.



la autora, en la cultura románica, identificada para ella con la «patria ideal» occitana, donde «cotidianamente los ojos y los oídos de los hombres estaban colmados de belleza perfectamente simple y pura»<sup>12</sup>. Según afirma con rotundidad, «este fue el verdadero Renacimiento. El espíritu griego renacía bajo la forma cristiana que es su verdad»<sup>13</sup>.

## II. LAS FUENTES DE LA CULTURA EUROPEA

La síntesis helenismo-cristianismo, síntesis intemporal cuyo intento de realización histórica se remonta a la Occitania medieval, y más ampliamente la secuencia paganismo-cristianismo, aparece como el correlato del rechazo radical que Weil muestra hacia la secuencia judaísmo-cristianismo, pues, tanto el judaísmo como el cristianismo, cuando este último es visto como prolongación y cumplimiento del Antiguo Testamento, conducen a la confusión entre religión y poder, se trata ante todo de romper el nexo que une al cristianismo exclusivamente con los valores religiosos semitas, y en segunda instancia de acabar con la visión occidentalista del mensaje cristiano, que le ha llevado a asimilarse con una teología y una cultura particulares<sup>14</sup>. Acudiendo nuevamente a las palabras de Rolland, para S. Weil, «el cristianismo auténtico juega el papel de una doble purificación de la política y de la religión, a través de una crítica radical de la representación clásica de Dios y del poder. La concepción de la no-acción y de la ausencia de Dios aquí abajo es directamente política a través de la crítica de todas las representaciones y justificaciones del poder. En efecto, si Dios se ha retirado del mundo que ha creado, si sólo regresa a él bajo la fórmula del Pobre, ningún poder, religioso o político, puede estabilizar o fijar su propia legitimidad y su representación en la de Dios»<sup>15</sup>.

Como puede verse, Weil reflexiona sobre cuestiones teológicas y antropológicas, que, aunque se vinculan directamente con la vertiente socio-política y son seguramente las más sugerentes de su obra, exceden sin duda los límites de este trabajo, no pudiendo entrar a profundizar en ellas en este momento. Sin embargo, nos ha parecido indispensable esta breve referencia introductoria para entender la posición de la autora en lo que concierne al futuro de Europa, pues tal futuro no puede ser proyectado sin volver la mirada al pasado, a las fuentes de donde derivan sus valores propios desde los que definir su puesto en la historia mundial, y que no son otras que la fuente griega y la cristiana según lo expuesto.

12. S. Weil, «Cette guerre est une guerre de religions», *Escrits de Londres*, op. cit., p. 103.

13. S. Weil, «En quoi consiste l'inspiration occitanienne?», *Escrits Historiques et Politiques*, op. cit., p. 78.

14. J. Daniélou ha abordado este aspecto con profundidad en su artículo «Hellénisme, judaïsme, christianisme», AA.VV., *Réponses aux questions de S. Weil*, París, Aubier Montaigne, 1964.

15. P. Rolland, «Religion et politique: expérience et pensées de S. Weil», cit., p. 390.

D. de Rougemont, en su fundamental obra *Tres milenios de Europa*, va repasando las posturas de diferentes autores que seleccionan las culturas del pasado decisivas para comprender los rasgos específicos de Europa. Al referirse a la posición de S. Weil señala: «Veamos una voz muy solitaria e insólita, pero que ha llegado a lo más profundo de muchos de nuestros mejores espíritus, la voz de Simone Weil, que fue, por poco tiempo, el alma más naturalmente griega y cristiana de nuestro tiempo. Juzgando, y con qué intransigencia, desde el solo punto de vista espiritual y del amor divino, elimina de la verdadera tradición europea todo lo que no es griego y evangélico y, principalmente, la fuente romana y la fuente hebraica»<sup>16</sup>. A juicio de Rougemont, lo más original de la perspectiva weiliana no es precisamente su consideración del valor imperecedero de la fuente griega y la fuente cristiana, sino que, mientras otros las creen «complementarias», nuestra autora «trataba de confundirlas»<sup>17</sup>.

Aunque Weil no realiza un análisis pormenorizado de los conceptos que singularizan a Europa, tal como en su tiempo lo realizaron entre otros Husserl, Croce o Jaspers, sí que aparecen en diferentes momentos de su obra referencias claras a elementos constitutivos de la tradición europea, que convierten a nuestro continente en una especie de «media proporcional entre América y Oriente»<sup>18</sup>. En este sentido, Weil estaría próxima de Salvador de Madariaga, quien escribe: «Situada entre América, en que la voluntad priva sobre el espíritu, y la India, donde el espíritu predomina sobre la voluntad, la característica esencial de Europa es un equilibrio entre la voluntad y el espíritu»<sup>19</sup>.

En el trabajo de 1943 «A propos de la question coloniale dans ses rapports avec le destin du peuple français», donde S. Weil confirma sus ideas sobre el colonialismo presentes en numerosos escritos desde 1938<sup>20</sup>, además de insistirse en la «similitud de hitlerismo y colonialismo pues ambos

16. D. de Rougemont, *Tres milenios de Europa*, Madrid, Revista de Occidente, 1963, trad. F. Vela, p. 343, O. Spengler muestra una opinión también muy negativa respecto a Roma —la «civilización» que acaba con la «cultura griega»— en su obra clásica, *La decadencia de Occidente*, Madrid, Espasa Calpe, 1976, 12.<sup>a</sup> ed. trad. M. García Morente.

17. D. de Rougemont, *Tres milenios de Europa*, op. cit., p. 353.

18. A este respecto S. Weil comenta: «Si un americano, un inglés y un hindú están juntos, los dos primeros tienen en común lo que llamamos la cultura occidental, es decir, una cierta participación en una atmósfera intelectual compuesta por la ciencia, la técnica y los principios democráticos. A todo esto es ajeno el hindú. En cambio, el inglés y él tienen en común algo de lo que el americano está absolutamente privado. Esto es un pasado. Sus pasados son diferentes, ciertamente. Pero mucho menos de lo que se cree», «A propos de la question coloniale dans ses rapports avec le destin du peuple français», *Escrits Historiques et Politiques*, op. cit., p. 371.

19. Citado por Rougemont, op. cit., p. 369.

20. Las consideraciones de la autora sobre la cuestión colonial no constituyen una elaboración sistemática del tema ni una toma de postura en relación a las interpretaciones clásicas del fenómeno colonial. Son más bien una serie de observaciones de actualidad, referidas siempre a la colonización francesa, que, sin constituir un estudio global de los diversos aspectos del problema, apuntan un enfoque normalmente olvidado en otros estudios más rigurosos.



aplican los mismos métodos y ambos proceden del modelo romano»<sup>21</sup>, se reflexiona acerca del destino de Europa que debe basarse en su capacidad para unir tanto Oriente y Occidente, como, correlativamente, pasado y porvenir. A este respecto leemos: «Parece que Europa tiene necesidades periódicas de contactos reales con Oriente para permanecer viva espiritualmente. Es cierto que hay en Europa algo que se opone al espíritu de Oriente, algo específicamente occidental. Pero es algo que se encuentra en estado puro en América y amenaza con devorarnos. La civilización europea es una combinación del espíritu de Oriente y su contrario, combinación en la que el espíritu de Oriente debe entrar en una proporción bastante considerable. Esta proporción está lejos de realizarse hoy. Tenemos necesidad de una inyección de espíritu oriental. Europa no tiene quizá otro medio de evitar descomponerse por la influencia americana que un contacto nuevo, verdadero, profundo, con Oriente»<sup>22</sup>.

También en *L'Enracinement* aparecen diversas alusiones al riesgo de una influencia americana sobre Europa que oscurezca nuestro pasado y nuestras raíces culturales. Oriente no se encuentra tampoco preservado del desarraigo que se va produciendo «mitad por el prestigio del dinero, mitad por el de las armas» y basta «el ejemplo de los japoneses para mostrar que cuando los orientales se deciden a adoptar nuestras taras, añadiéndolas a las suyas propias, las elevan a la enésima potencia». El papel de Europa en la historia mundial se desprende de todas estas afirmaciones: «Si al mirar hacia el futuro tratamos de entrar en comunicación con nuestro propio pasado milenario; si en este esfuerzo buscamos estímulo en una amistad real, fundada en el respeto, con todo lo que en Oriente está todavía arraigado, podremos quizá evitar una desaparición casi total del pasado, y al mismo tiempo, de la vocación espiritual del género humano»<sup>23</sup>.

La conexión suscitada en esta última frase entre pasado y vocación espiritual remite a la concepción weiliana sobre el arraigo, es decir, a una de las nociones centrales de la obra de S. Weil, que no podemos analizar ahora pero que puede ser resumida transcribiendo algunas consideraciones de *L'Enracinement*: «El arraigo es quizá la necesidad más importante y más desconocida del alma humana. Es una de las más difíciles de definir. El ser humano tiene una raíz por su participación real, activa y natural, en la existencia de una colectividad que conserva vivos ciertos tesoros del pasado y ciertos presentimientos del futuro. Participación natural, es decir, producida por el lugar, el nacimiento, la profesión, el medio. Cada ser humano tiene necesidad de múltiples raíces. Tiene necesidad de recibir la casi totalidad de su vida

---

21. S. Weil, «A propos de la question coloniale dans ses rapports avec le destin du peuple français», *Essais Historiques et Politiques*, Op. cit., P. 368.

22. *Ibid.*, p. 373.

23. *Ibid.*, p. 376.

moral, intelectual, espiritual, por mediación de los ambientes de los que forma parte naturalmente»<sup>24</sup>.

Partiendo de esta idea, para Weil, «el fondo de la cuestión es simple. Si las facultades puramente humanas del hombre bastan, no hay ningún inconveniente en hacer tabla rasa de todo el pasado y en contar sólo con los recursos de la voluntad y de la inteligencia para vencer toda especie de obstáculos. Es lo que se ha creído, y es lo que en el fondo nadie cree ya, excepto los americanos porque no han sido todavía turbados por el choque de la malheur». Pero «si el hombre tiene necesidad de una ayuda exterior, si se admite que esta ayuda es de orden espiritual, el pasado es indispensable porque es el depósito de los tesoros espirituales». La conclusión es tajante: «La pérdida del pasado equivale a la pérdida de lo sobrenatural. Aunque ni una ni otra pérdida se hayan consumado todavía en Europa, una y otra están lo bastante avanzadas para que podamos constatar experimentalmente esta correspondencia»<sup>25</sup>.

Weil propone la noción de arraigo como alternativa frente a la visión estatalista e imperialista predominante durante siglos. La crítica a esta visión reaparece nuevamente en sus reflexiones sobre Europa, pues, a su juicio, si Europa continúa dividida en Estados que «se imponen como únicos objetos de fidelidad convertidos en lo único común a la totalidad de la sociedad», no podrá proporcionar los alimentos necesarios para que el hombre se sienta arraigado en una comunidad real más allá de la frialdad de la estructura estatal.

La fórmula federalista, fundada en la idea de «unidad en la diversidad», parece ser considerada por S. Weil como la más apta para organizar Europa. Pero sólo se refiere a ello muy aisladamente. En el artículo de 1939, «Quelques réflexions sur les origines de l'hitlérisme» afirma que «el orden internacional supone que un cierto federalismo sea establecido no sólo entre las naciones, sino en el interior de cada gran nación»<sup>26</sup>. Como prolongación de su crítica al Estado nacional, para nuestra autora, «la noción jurídica de la nación soberana es incompatible con la idea de un orden internacional». Una autoridad internacional solo puede existir realmente «si posee el

24. S. Weil, *L'Enracinement*, p. 57, A. Lamacchia examina las reflexiones weilianas sobre el arraigo en su intento por «probar en que modo una experiencia común construida, conservada y comunicada por muchas generaciones en un mismo contexto bio-psíquico-cultural es condición antropológica de la existencia personal y del propio ejercicio de la libertad, tanto que la caída, consciente o no, de la misma, es razón de ruptura radical interna de la propia persona y del mundo-universo, ruptura que explota en manifestaciones de violencia y nihilismo», «Violenza: la caduta della memoria storica», en AAVV., *Violenza. Una ricerca per comprendere*, Brescia, Morcelliana, 1980, p. 53. La posición de N. MacCormick coincide claramente con la de S. Weil en este punto. Cf. «Nació i nacionalisme», *Afers*, Vol. IV, n.º 28, 1988-1989, trad. A. Colomer y A. Monzón.

25. S. Weil, «A propos de la question coloniale dans ses rapports avec le destin du peuple français», cit. p. 375.

26. S. Weil, «Quelques réflexions sur les origines de l'hitlérisme» en *Escrits Historiques et Politiques*, p. 58.



poder legítimo, es decir, pública y generalmente reconocido, de dispensar en ciertos casos a los ciudadanos y súbditos de un Estado del deber de obediencia al Estado»<sup>27</sup>. Como en tantos otros ámbitos, se trata de inventar modelos que permitan acabar con un fenómeno que pone en peligro «no sólo la paz y la libertad, sino todos los valores humanos sin excepción», el fenómeno estatalista por el que «la única fuente de obediencia en el mundo entero es la autoridad del Estado ya que el poder del Estado no está detenido en ninguna dirección por ningún límite legítimo»<sup>28</sup>.

En los textos de 1943 tampoco se aportan muchos datos sobre la forma mejor de vertebrar Europa después de la guerra. Las sugerencias del siguiente texto permiten atisbar la orientación de la autora en la línea de lo expuesto: «La experiencia de los últimos años muestra que una Europa formada de naciones grandes y pequeñas, todas soberanas, es imposible. La nacionalidad es un fenómeno indeciso en una gran parte del territorio europeo. Incluso en un país como Francia la unidad nacional ha sufrido un golpe bastante fuerte... A pesar de muchos inconvenientes, esto está lejos de ser un mal... Muy posiblemente una parte de la vida social en Europa será troceada a una escala mucho más pequeña que la escala nacional; y otra parte será unificada a una escala mucho más grande. La nación será una de las formas de la vida colectiva, en lugar de ser prácticamente todo»<sup>29</sup>.

### III. SOLIDARIDAD Y TRABAJO: LA OTRA CARA DEL PROBLEMA

Probablemente, el interés mayor de las reflexiones weilianas sobre Europa deriva de que tales reflexiones surgen en el seno de una preocupación ininterrumpida por la problemática colonial tal como hemos apuntado. Todo cuanto pueda decirse del papel que nuestra autora asigna a Europa como nexo de unión de Oriente y Occidente, y como garante de la continuidad humana, debe ser escuchado en sintonía con sus constantes manifestaciones sobre la exigencia de relativizar la cultura occidental para abrirse a la riqueza plural de las otras culturas y posibilitar un diálogo entre identidades diversas. Las críticas de S. Weil al imperialismo cultural occidental son especialmente oportunas en un momento como el presente en que la esperanza está puesta en una nueva Europa que parece capaz de interpelar al mundo de forma renovada. Cuando de algún modo vuelve a confiarse en un renacimiento europeo, mientras al mismo tiempo se habla del fin de la historia que cierra las puertas a toda transformación futura, parece ser más actual que nunca un mensaje tejido de pronunciamientos en favor del respeto a lo diferente y de la necesidad de conocer otras visiones del mundo para un enriquecimiento mutuo.

27. *Ibíd.*, pp. 57-58.

28. *Ibíd.*, p. 56.

29. S. Weil, *Escrits Historiques et Politiques*, pp. 370-371.

El reconocimiento y la apertura a lo diferente implica en nuestra autora una opción clara por los oprimidos y los vencidos. Tanto sus opiniones sobre la condición obrera o la situación colonial, como su recorrido histórico y, más profundamente, toda su concepción «metafísico-religiosa» por la que Dios está presente en el misterio de su ausencia, se encuentran motivadas y suponen un desarrollo de esa opción en favor de los que han sido excluidos por la cultura y las estructuras socio-políticas dominantes. La búsqueda de una auténtica universalidad, a través del proyecto transformador que Weil entiende ante todo como exigencia de «encarnación del cristianismo», supone la aceptación como momentos de verdad de una pluralidad de revelaciones simbólicas y la exigencia de mirar la realidad desde su lado pobre y explotado, porque, a su juicio, la verdad y la desgracia —*malheur*— no pueden ir separadas. Los *malheureux* que «suplican silenciosamente que se les proporcione palabras para expresarse», gracias a su condición desgraciada, poseen una sabiduría secreta que sólo el contacto directo con la realidad puede proporcionar; el conocimiento experiencial del mundo, que de alguna forma «entra por la carne», les coloca ante una verdad que es pura impotencia, incapacidad radical de ser formulada por el discurso racional dominante<sup>30</sup>.

En oposición radical a la noción desarraigante de progreso, para S. Weil la necesidad de recuperar el pasado se funda en los mismos presupuestos de lo que, partiendo del pensamiento de W. Benjamin<sup>31</sup> o J. B. Metz<sup>32</sup>, ha sido definido como «solidaridad anamnética», es decir, se basa en una solidaridad universal que recuerda y hace suya la causa de los vencidos y olvidados de la historia. Frente a la idea marxista de revolución, que se ha trivializado y convertido en «opio del pueblo», la única revolución que para ella merece este nombre es la que proclama que «lo nuevo» ya ha comenzado en cada compromiso por la justicia, en la voz de quienes a lo largo de los siglos han experimentado la opresión y han gastado su vida en la lucha no demasiado eficaz, pero en ningún caso inútil, por conseguir mejores condiciones técnicas, económicas y sociales para todos. La revolución, lejos de exigir una ruptura con el pasado, exige que el pasado continúe abierto, que la «memoria dolorosa» ilustre aquello con lo que el hombre nunca podrá conformarse.

No es de extrañar que las últimas reflexiones de *L'Enracinement* estén

---

30. Weil llega a hablar de una «alianza natural entre la verdad y la malheur porque una y otra son suplicantes mudas, eternamente condenadas a permanecer sin voz ante nosotros», «La personne et le sacré», *Escrits de Londres*, op. cit., p. 32.

31. W. Benjamin, *Angelus novus*, Turín, Einaudi, 1982. La tesis novena de «filosofía de la historia» de Benjamin plasma la dicotomía recuerdo-progreso de un modo sobrecogedor y altamente sugerente, p. 80.

32. Cf. J.-B. Metz, «Redención y emancipación» en *La fe en la historia y en la sociedad*, Madrid, 1979. Sobre el sentido de la «solidaridad anamnética», nos han resultado muy interesantes las aportaciones de J. M. Mardones en *Postmodernidad y cristianismo*, Santander, Sal Terrae, 1988, pp. 142-144 y de R. Mate en «Religión y socialismo más allá de la política», *Iglesia viva*, 140-141, 1989.



dedicadas al trabajo. El libro acaba con estas frases: «es fácil definir el lugar que debe ocupar el trabajo físico en una vida social bien ordenada. Debe ser su centro espiritual»<sup>33</sup>. La preocupación de la autora por la opresión y su búsqueda de la justicia se habían originado en el medio obrero y nunca dejan de anhelar una respuesta transformadora en la dimensión del trabajo. La organización productiva debe permitir al hombre una «lectura atenta» de la realidad «en sus diferentes planos» hasta el acceso inesperado a lo inaccesible; nada puede ser más radicalmente liberador que una novedad inagotable inserta en la actividad cotidiana. El primer imperativo de la acción revolucionaria es arbitrar medidas para este objetivo y a ello dedica S. Weil buena parte de su vida. Entre estas medidas, con las que la autora trata de superar la escisión del trabajo en trabajo manual y trabajo intelectual y la consiguiente subordinación de los que ejecutan a los que coordinan, podemos citar de pasada la exigencia de transformaciones técnicas que permitan el desarrollo de la creatividad humana, una organización del trabajo más descentralizada que posibilite el control de la actividad general y el fomento de una cultura obrera que suponga la reapropiación de la cultura por el pueblo.

La creación de una civilización del trabajo es planteada por Simone Weil como el gran reto del hombre contemporáneo. Las palabras de la autora son una vez más insustituibles: «Nuestra época tiene por misión propia, por vocación, el constituir una civilización fundada en la espiritualidad del trabajo. Los pensamientos que se relacionan con el presentimiento de esta vocación, y que se encuentran dispersos en Rousseau, George Sand, Tolstoi, Proudhon, Marx, en las encíclicas de los papas y en otros lugares, son los únicos pensamientos originales de nuestro tiempo, los únicos que no hemos tomado de los griegos... Esta vocación es lo único suficientemente grande para proponer a los pueblos en lugar del ídolo totalitario... Una civilización constituida por una espiritualidad del trabajo sería el más alto grado de arraigo del hombre en el universo, y, por tanto, lo opuesto al estado en que nos encontramos que consiste en un desarraigo casi total. Es así, por naturaleza, la aspiración que corresponde a nuestro sufrimiento»<sup>34</sup>.

Desde que S. Weil escribió estas palabras hasta hoy el reto lanzado ha continuado vivo como una provocación de los que se esfuerzan por «ayudar a construir, con muchos hombres de la Tierra, con muchos otros pueblos, una civilización realmente universal, que no puede ser otra que una civilización del trabajo, una civilización de la pobreza que se enfrente a la civilización de la riqueza que lleva al mundo a su destrucción y no conduce a los hombres hacia la felicidad»<sup>35</sup>.

33. S. Weil, *L'Enracinement*, p. 298.

34. *Ibid.*, pp. 105-108.

35. I. Ellacuría, Discurso pronunciado el 6 de noviembre de 1989 en Barcelona con motivo de la concesión del Premio A. Comín. Cf. *Diario Avui*, 19, IX, 1989.





## Sobre los derechos de los animales

Por ANGEL PELAYO GONZALEZ-TORRE

Santander

«Veamos camaradas: ¿cual es la realidad de esta vida nuestra?, . . . encaremonos a ella: nuestras vidas son miserables, laboriosas y cortas. Nacemos, nos suministran la comida necesaria para mantenernos y a aquellos de nosotros capaces de trabajar nos obligan a hacerlo hasta el último átomo de nuestras fuerzas; y en el preciso instante en el que ya no servimos, nos matan con una crueldad espantosa»

G. ORWELL

Rebelión en la Granja

Se corre el riesgo, a la hora de abordar el tema de los Derechos de los Animales, de que este esfuerzo sea visto como un ejercicio de frivolidad. Es cierto que hoy en día, cuando es aún tanto lo que queda por hacer en la lucha a favor de los derechos del hombre, incluso en nuestras modernas democracias occidentales, donde el desarrollo económico y social no ha conseguido abolir la existencia de capas de marginación, y donde la filosofía política se encuentra con numerosos problemas a la hora de promover el total desarrollo de las personas integradas en estos sistemas, ocuparse de los derechos de los animales pueda parecer un intento inútil de desperdiciar fuerzas que acaso fueran mejor empleadas en otros campos.

No obstante creo poder justificar el tratamiento del tema, y lo haré aludiendo no sólo a argumentos de autoridad (han sido muchos y distinguidos autores los que han abordado la situación de los animales frente al derecho antes de ahora) sino también en atención a lo que es un visión peculiar de lo que debe ser el desarrollo histórico de la labor de crítica social que ha de ejercer el filósofo del derecho. En cuanto a esto último, la existencia de batallas pendientes, de conflictos aún no resueltos, nos nos ha de llevar forzosamente a renunciar a nuevos empeños. La existencia de objetivos no logrados, incluso nuestro sincero esfuerzo por concluirlos no han de ser obstáculo para que nos vayamos planteando nuevos campos de acción; máxime cuando del desarrollo de estos últimos puede deducirse una mejora en

las condiciones ético-sociales de nuestra civilización, lo que creo que puede intentarse con el estudio del problema de los derechos de los animales.

Efectivamente, el defender el respeto hacia el resto de los seres animados no es en este sentido sino una forma de extender nuestro mundo ético más allá de los límites de nuestra propia especie. Recogiendo una frase de W.E.H LECKY de su libro *Historia de las morales europeas* «en un primer momento los afectos benevolentes abarcaban meramente a la familia, pronto el círculo se expandió incluyendo primero a una clase social, luego a una nación, luego a una coalición de naciones, después a la Humanidad y finalmente, su influencia se siente en las relaciones del hombre con el Mundo Animal». Así pues el respeto hacia los demás seres animados aparece como una forma más de ampliar y perfeccionar nuestras inquietudes éticas. Es fácil encontrar actualmente afirmaciones como ésta y creo que desde una perspectiva de búsqueda del perfeccionamiento ético es difícil estar en desacuerdo con ellas.

Para introducirnos en el tema, poco tratado aún por la doctrina española, he elegido enfocar este trabajo recogiendo distintos argumentos teóricos que han sido utilizados por diversos autores para poner de manifiesto su preocupación por la situación de los animales. Pretendo con ello demostrar de un lado que este sistema ha sido tratado por autores de gran solvencia, y de otro señalar además que no es en absoluto un asunto carente de contenido jurídico sustantivo, por cuanto a nadie se le escapa que los problemas de fundamentación de derechos seriamente tratados constituyen uno de los núcleos fuertes de toda teoría jurídica. El intentar extraer del tratamiento de este asunto conclusiones que coadyuden a una mayor armonía social mejorando el panorama ético será otra de las finalidades perseguidas.

Adelantando el esquema de este artículo diré que, para empezar, se aludirá a la postura que respecto a la relación entre los hombres y el mundo animal sostiene Kant en sus *Lecciones de ética*, donde, sin hacer a los animales titulares de derechos, sí que prescribe la inconveniencia de que sean objeto de tratos crueles. Luego se recogerá la postura de H. Kelsen en lo relativo a la posibilidad de que los animales sean titulares de derechos o beneficiarios de conductas obligatorias impuestas por las normas. Después se expondrán, de la mano de Peter Singer, las líneas maestras de los actuales movimientos de defensa de los derechos de los animales. Una referencia legislativa, la ley catalana de protección de los animales, nos servirá para tener presente la respuesta que el derecho positivo da hoy día a los problemas de la situación animal. Para terminar se redactarán unas conclusiones con las que se intentará dejar planteado el estado de la cuestión.

Quiero comenzar, no obstante, por comentar las líneas con las que he decidido encabezar este trabajo. Como es sabido se trata del principio del discurso que el cerdo «Mayor» pronuncia en el primer capítulo del libro *Rebelión en la Granja* ante sus compañeros animales, y en el que les exhorta a la lucha por sus derechos. Mi elección se debe, no tanto a que de él pueden deducirse en líneas generales cuál es la situación animal que se denun-



cia y cuáles son las aspiraciones que los animales pueden presentar ante los hombres, cuanto al mismo método fabulístico que en la propia novela se emplea. El tratar las aspiraciones humanas y episodios claves de la misma historia de los hombres a través de experiencias animales, confundir por un rato y con tal éxito el mundo de los animales y el de los hombres sugiere que no son universos tan distantes. Poder encarnar en unos animales el espíritu de trabajo, en otros la lealtad, o la mollicie, o la coquetería; en todos ellos la preocupación por su bienestar y la aversión al sufrimiento, incluso la posibilidad de la ayuda mutua pone en cierto modo de manifiesto que no es tanto lo que nos separa.

### I. KANT Y LOS DEBERES INDIRECTOS PARA CON LA HUMANIDAD

En sus lecciones de ética Kant dedica uno de los epígrafes a hablarnos de «Los deberes para con los animales y los espíritus»<sup>1</sup>. En él se nos presenta la postura del profesor Königsberg respecto del tema de los derechos de los animales. Kant en estas líneas no va a presentar a los animales como titulares *per se* de derecho alguno, ni siquiera citara la palabra «derecho» en relación ellos, no obstante si que va a establecer la necesidad de dispensar a los animales un trato humanitar en atención a la existencia de deberes de los hombres para con el resto los miembros de la creación.

Estos deberes los va a configurar técnicamente no como deberes inmediatos para con los animales, sino como deberes indirectos para la humanidad misma.

Para Kant los animales no tienen conciencia de sí mismos, y existen solo en tanto que medios, por cuanto que solo el hombre es un fin en sí mismo, por lo tanto los animales no pueden por sí ser titulares de ningún derecho que pueda ser alegado ante los hombres.

No obstante señala que la naturaleza animal es análoga a la naturaleza humana (y realmente no dejan de constatarse muchas similitudes: sentimientos, afectos, inclinaciones, etc.) y deduce que cuando observamos deberes para con los animales promovemos directamente el cumplimiento de los deberes para con la humanidad. Así cuando alguien manda sacrificar a su perro porque ya no puede seguir ganándose el sustento, no contradice deber alguno para con el perro, habida cuenta de que este no es capaz de juzgar tal cosa, pero si atente con ello contra la afabilidad y el carácter humanitario en cuanto tales, cosas que debe practicar en atención a los deberes humanos. La ternura hacia los animales acaba por calar en el hombre haciéndole más afable con sus semejantes. Se da así una especie de «simpatía de sentimientos», que puede trasvasarse fácilmente de los animales hacia los hombres y viceversa.

1. E. KANT, *Lecciones de Ética*, Editorial Crítica, Barcelona 1988. 287 y ss.

En sentido contrario, cuando descuidamos los deberes para con los animales haciéndolos objeto de nuestra crueldad o desprecio marcamos un penoso precedente que puede tener consecuencias perjudiciales en nuestro trato social. En este sentido Hogart<sup>2</sup> muestra en uno de sus grabados cómo la crueldad puede comenzar con un juego infantil, cuando los niños maltratan a los animales atenazando la cola de un perro o de un gato; en otro grabado representa el desarrollo de la crueldad mediante el atropello de un niño y en el último de ellos la crueldad culmina con un asesinato. Se expone así el horrendo tributo que acaba por cobrarse una crueldad que comenzó por serlo para con los animales.

Una manifestación interesante de las relaciones que se presentan a la hora de abordar este problema es la imposibilidad que Kant constata en la Inglaterra de su tiempo de que carniceros, médicos o cirujanos formaron parte de los jurados en los tribunales, por entenderseles demasiado próximos al fenómeno muerte. Así se pondera la familiaridad con el sufrimiento animal o humano como una característica de la personalidad incompatible con la disposición de ánimo adecuada en quien ha de dictar justicia.

Kant termina su exposición con una llamada de atención recordándonos la fábula del asno que tocó la campala de a ingratitud por casualidad<sup>3</sup>, como si pretendiera con ello que estuviéramos siempre prevenidos para no cometer estos delitos indirectos contra la humanidad.

## II. H. KELSEN PERSONAS Y ANIMALES COMO OBJETO DE LA CONDUCTA OBLIGATORIA EN QUE TODA RELACIÓN JURÍDICA CONSISTE

Como es sabido Kelsen niega en su Teoría Pura la relevancia jurídica del concepto de derecho subjetivo, no considerándolo como una categoría independiente y distinta de la obligación jurídica<sup>4</sup>. Para él esta es la institución esencial de todo orden jurídico y consiste en la sujeción a cargo de determinada persona-as de realizar determinada conducta en favor de otra-s. En la teoría kelsiana estos beneficiarios de la conducta obligatoria (que para otros podrían definirse como titulares de derechos subjetivos) son conceptuados desde el punto de vista técnico jurídico como simples obje-

2. Grabadista inglés del siglo XVIII. KANT alude a una serie de cuatro grabados titulados *The four stages of cruelty*

3. La campana había de ser tocada por aquéllos que se quejaban de la ingratitud, en una ocasión un asno viejo y enfermo a quien su amo acababa de abandonar, al querer atrapar unas hojas que colgaban de la cuerda de la campana la hizo sonar.

El origen de esa fábula es griego, es proverbial la sensibilidad de la Grecia clásica hacia estos temas. En la Grecia helenística es memorable el gesto de Alejandro Magno, quien en agradecimiento a su caballo Bucéfalo y a su perro Peritas fundó sendas ciudades, como nos relata PLUTARCO en su obra *Vidas paralelas*. El genero literario fabulístico es también de origen helénico.

4. H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, págs 141 y ss.



tos de la conducta obligatoria (que es la esencial en la relación jurídica), ya sean personas, animales, plantas o seres inanimados. Queda así vacío de contenido jurídico sustantivo el concepto de derecho subjetivo<sup>5</sup>. Kelsen ni siquiera considera correcto hablar de «derechos subjetivos reflejos», aunque admite que pueda resultar clarificador hacerlo como concepto auxiliar.

A la hora de explicar estos extremos se refiere Kelsen de forma explícita a la situación de animales ante el ordenamiento jurídico. Pone como ejemplo a las normas que prescriben determinadas conductas humanas frente a ciertos animales (por ejemplo la prohibición de cazarlos en ciertas épocas) y comenta que la razón por la que en estos casos los animales no pueden ser considerados como titulares de «derechos subjetivos reflejos» no es porque los animales no sean personas, pues «persona» no significa en este sentido más que sujeto de derecho y si por sujeto de derecho reflejo se entiende al hombre en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta obligatoria entonces los animales, plantas y objetos inanimados respecto a los cuales hay hombres obligados a comportarse de determinada manera serían en el mismo sentido sujetos de derecho en relación a esas conductas. En este sentido no se hace ninguna distinción entre la posición frente al derecho de personas, animales y cosas. La razón de que no pueda hablarse de sujetos de derecho es otra, la que consiste en que el único sujeto de la relación obligatoria es el obligado, siendo el hombre respecto al cual ha de realizarse la conducta obligatoria mero objeto de dicho comportamiento, como lo es el animal en respecto al cual determinados hombres están obligados a comportarse de determinada manera

La intención de esta exposición es, sin duda, alejar de entre los conceptos esenciales de la Teoría Pura el de «derecho subjetivo», por suponer éste una evocación permanente a los postulados de derecho natural. Como el propio Kelsen señala «la tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquél prioridad sobre éste, debe ser referida a la doctrina del derecho natural». Esta referencia a los postulados del derecho natural no se produce tan fácilmente al partir del concepto de obligación jurídica<sup>6</sup>.

¿Qué significado tiene para nosotros esta reflexión?, sin duda el de indicarnos que en la doctrina de H. Kelsen, al centrarse en la obligación jurí-

5. La cita textual de KELSEN reza: «Los conceptos personalizados de "sujeto de derecho" y "órgano de derecho", no son conceptos necesarios para la descripción del derecho. Se trata, a la postre, de conceptos auxiliares que, como el concepto de derecho reflejo, facilitan la exposición». H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, págs. 179 y ss.

6. La relación entre derechos subjetivos y derechos humanos es grande, la que se da entre éstos y las concepciones iusnaturalistas también lo es, por cuanto éstas son el fundamento tradicional de los derechos humanos. Al respecto puede verse el libro de G. DEL VECCHIO, *Persona, Estado y Derecho*. Concretamente el capítulo titulado «Sobre los derechos del hombre», que es precisamente el marco elegido para enunciar de forma más explícita sus convicciones iusnaturalistas. G. DEL VECCHIO, *Persona, Estado y Derecho*, Centro de Estudios Políticos, Madrid 1957, págs. 348 y ss.

dica y en la persona del obligado el peso de las relaciones jurídicas y al considerar a la contraparte como un mero objeto de la conducta obligatoria y no como sujeto de derecho alguno, permite que ocupen este lugar tanto las personas como, en su caso, los animales o las cosas, que se encontrarían en la misma situación técnico-jurídica que aquéllos como entes a los que que les es debido un determinado comportamiento. Así pues no hay objeción alguna para que desde una perspectiva positivista los animales sean destinatarios de deberes jurídicos. No teniendo ninguna relevancia la discusión en cuanto a si *per se* pueden ser o no titulares de derechos subjetivos.

Se salva así el problema derivado de los reparos que surgen al considerar a los animales como sujetos de derechos<sup>7</sup>, desde este enfoque tal categoría no existe y nos basta con que los animales puedan ser considerados, al igual que los hombres, meros objetos de la conducta obligatoria de una norma jurídica para dejar el problema resuelto.

No obstante, esta respuesta, impecable desde el punto de vista positivista, y que supondría la posibilidad de hacer a los animales titulares de tantos derechos cuantos un legislador pudiera hacer eficaces, nos deja con la insatisfacción propia de todas las respuestas del positivismo. Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho de lo que se trata es de saber no si se puede hacer a los animales titulares de derechos *lege data* (o lo que es lo mismo beneficiarios de conductas jurídicamente obligatorias, para lo que, como hemos visto, no hay ningún inconveniente), sino en que medida debemos hacerlo *de lege ferenda*.

## I. PETER SINGER Y LOS MOVIMIENTOS DE DEFENSA DE LOS ANIMALES

Peter Singer es uno de los más entusiastas adalides de los movimientos actuales en defensa de los animales. Profesor de Filosofía y especialista en Bioética es el autor elegido aquí para exponer las posturas de los más avanzados defensores de los derechos de los animales.

En su prólogo al libro *In Defense of Animals*<sup>8</sup> Peter Singer nos expone las claves de su pensamiento. Una de las ideas centrales e inspiradoras del mismo consiste en su convencimiento de que la lucha por la defensa de los de-

7. Tradicionalmente se tiende a considerar que si bien los animales pueden ser destinatarios de deberes jurídicos esto no supone que sean titulares de derechos, por cuanto los derechos que se protegen con la norma en cuestión serían primordialmente los de la comunidad, que está interesada por ejemplo en el sufrimiento de los animales o en la extinción de determinadas especies por razones de su propio interés. Más adelante incidiremos sobre este punto.

8. P. SINGER (Coord.), *In Defence of Animals*. Oxford 1985, es un compendio de distintos artículos que presentan un panorama bastante completo de la cuestión, tanto en sus principios generales como en algunas cuestiones puntuales especialmente polémicas, tales como los experimentos de laboratorio, las especies en extinción, la situación de los zoológicos, los experimentos genéticos, etc. También es interesante como obra general el libro de T. REGAN *The case for animals right*, University of California Press, 1980. En cuanto a la bibliografía en castellano puede citarse el artículo del profesor FERRATER MORA *Los derechos de los animales*, en el libro *Ética aplicada, del aborto a la violencia*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, págs. 59-91. En él escribe también la profesora P. COHN, quien dirigió a su vez un curso de verano de la U. Complutense sobre el tema.



rechos de los animales no es sino un intento de extender nuestros horizontes morales, haciéndolo en este caso más allá de nuestra propia especie. Se vé así como una fase significativa en el desarrollo de la ética humana. Se suele utilizar la siguiente comparación: de la misma manera que hace 150 años se comerciaba con esclavos de color porque se consideraba que el mundo moral no abarcaba más que a miembros de nuestra propia raza, hoy se excluye a los animales por el mero hecho de ser de distinta especie, lo que no es tenido por argumento suficiente. Así el movimiento en defensa de los animales se autoincluye dentro de un proyecto histórico de perfeccionamiento ético, lo que le dota de una especie de «providencialismo» y de una especial fuerza de autoconvencimiento.

Para Singer la significación de los nuevos movimientos de liberación animal es radicalmente distinta de la de los movimientos del S. XIX, éstos son movimientos fundamentalmente contrarios a la crueldad para con los animales, pero que no sostienen sus derechos sino como una forma de preservar los intereses humanos. Los animales son criaturas inferiores en cuyos derechos podían ser sacrificados ante los de los hombres en caso de conflicto, y el evitar la crueldad para con ellos se debía más que a los efectos perniciosos que esa crueldad pudiera tener sobre las personas (ser un eslabón en una cadena de sadismo, atentar contra la sensibilidad de las personas, etc.) que el interés por el dolor de los animales.

Por el contrario los nuevos movimientos parten de bases radicalmente distintas al considerar que la ética no puede tener por fronteras las de la misma especie, y que no hay razones morales relevantes para distinguir entre personas y animales, «No hay razones éticas para elevar a los miembros de una especie particular a una posición moral peculiar». Esta conclusión, que es la característica esencial de estos movimientos, se deriva de que analizando uno a uno los elementos esgrimidos para avalar la especificidad ética del hombre no se deduce de ellos que deba existir un trato moral diferenciado. Así la racionalidad, el carácter autónomo, el uso del lenguaje o la autoconciencia e incluso el sentido de la justicia pueden ser alegados para diferenciar a los hombres de los animales y sacrificar sus intereses a los nuestros. Pero ¿qué ocurre entonces con los niños, quienes carecen aún de muchas de estas aptitudes?, dicen los animalistas. Puede arguirse que si bien no disfrutan aún de estas aptitudes las tienen en potencia; en efecto, pero ¿qué ocurre entonces con los deficientes mentales irrecuperables que poseen un nivel mental inferior al de un chimpancé?, objetan los animalistas. Cualquiera que sea el parangón que se utilice para separar a los animales no humanos de los humanos, si bien es cierto que los animales no lo cumplirán, también lo es que algunos humanos no podrán reunirlos. Sólo la referencia a la especie puede marcar la diferencia; esto es lo que los animalistas llaman «speciism»<sup>9</sup>, no considerándolo un criterio relevante desde el punto de vista moral. Animales y hombres han de ser integrantes de un mismo universo ético.

9. Una exposición bastante clara de los que considera «speciism» la tenemos en el artículo de P. SINGER *Ethics and Animal Liberation*, en id. (Coord.), *In Defence of Animals*, cit.

Esto no significa sin embargo que los animales «tengan los mismos derechos que usted y yo», dice Singer; el movimiento de liberación animal no minimiza las obvias diferencias entre los miembros de unas y otras especies.

Es claro que los animales no pueden ostentar derechos políticos, ni civiles, por ejemplo. A la hora de hablar de los derechos de los animales hemos de determinar que derechos les son realmente relevantes. Su limitada percepción de las cosas, sus breves recuerdos del pasado, la carencia de planes de futuro, avalan que el tratamiento no sea exactamente el mismo. Pensemos por ejemplo en la necesidad de realizar determinados experimentos vitales para la mejora de la condición humana, ¿porqué hacerlos con animales y no con hombres? los hombres escogidos se darían pronto cuenta de su destino, los que pudieran serlo se encontrarían temerosos, para los animales todo resultaría menos angustioso.

Por decirlo de alguna manera el movimiento de liberación animal rechaza considerar a los hombres como únicos titulares posibles de derechos, y aunque no dice que todas las vidas sean de igual valor o que los intereses humanos y los animales sean de igual peso, sí dice que donde animales y hombres tengan intereses similares —por ejemplo ante el dolor físico— esos intereses han de contar por igual, sin que se puede descartar automáticamente la posición de los animales sólo por el hecho de que no sean humanos.

No obstante, donde se expresa mejor el contenido de los postulados de estos movimientos, aún no excesivamente precisados en el plano teórico, es en el tratamiento que dan a problemas concretos; como la práctica de experimentos científicos con animales, el vegetarianismo como alternativa al sacrificio de vidas animales o la prohibición de los parques zoológicos. Es aquí donde, en sus postulados más radicales, adquieren estos movimientos una especificidad característica y totalmente distinta de los antiguos movimientos anticrueldad o del mero ecologismo.

### III. UNA EXPERIENCIA LEGISLATIVA. LA LEY CATALANA DE PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES.

La ley catalana de defensa de los derechos de los animales (Ley 3/1988 de 4 de Marzo) es la primera experiencia legislativa española en este campo<sup>10</sup>. Aparece como un intento de poner fin a la inexistencia de una legislación global y actualizada sobre protección de los animales. No obstante no recoge una temática importante como es la experimentación y vivisección de los animales cuya regulación detallada remite a un marco normativo específico que se nos anuncia para un próximo futuro.

Para hacernos una idea de su contenido me referiré a la sistemática de la ley, ésta dedica su Título I a disposiciones de carácter general que se apli-

10. Las autoridades de la Comunidad Autónoma de Madrid han seguido el ejemplo de las de Cataluña promulgando una ley de protección de los animales, en este caso domésticos, Ley 1/1990, de 1 de Febrero. Su contenido sigue, en líneas generales, las pautas marcadas por su predecesora.



can a toda clase de animales y que se consideran las atenciones mínimas que se les debe en punto a trato, transporte e higiene. El Título II regula las condiciones de tenencia y trato de los animales de compañía. Los Títulos III y IV se dedican a la protección de la fauna autóctona y no autóctona respectivamente. El Título V a la disecación de especies protegidas. El VI a las artes de caza. El VII regula las condiciones mínimas que se exigen a los establecimientos de venta de animales. El X a las asociaciones de protección a los animales. Los Títulos XI y XII fijan las medidas de inspección y vigilancia y tipifican infracciones y sanciones.

En cuanto a sus contenidos la Ley se inspira en una conjunción de dos tendencias diversas, por un lado la propia del siglo XIX tendente a evitar simplemente la crueldad para con los animales por sus efectos nocivos para la sociedad, y que hemos denominado «teoría de la crueldad», y por otro en una característica de los tiempos modernos que es la preocupación por los problemas ecológicos y del medio ambiente<sup>11</sup>. Además está consonancia con la Declaración de derechos de los animales formulada por la UNESCO el 15 de Octubre de 1978 (la propia ley recoge en su preámbulo su intención de adecuarse a los principios de respeto, defensa y protección de los animales que ya figuran en los convenios y tratados internacionales)<sup>12</sup>, si bien esta declaración posee un contenido más avanzado.

En una y otra dirección se extreman las medidas, prohibiéndose en cuanto a la primera maltratar a los animales, agredirlos físicamente, abandonarlos, mantenerlos en instalaciones indebidas desde el punto de vista higiénico-sanitario, usarlos en espectáculos si ello puede ocasionarles sufrimiento o hacerles objeto de burlas o tratamientos antinaturales, hacer donación de ellos como premio, etc. Las autoridades están facultadas para confiscar los animales si tuvieran indicios de que se les maltrata o tortura.

En cuanto a la segunda se refleja en el cuidado que se tiene al proteger las especies en vías de extinción, así se prohíbe la caza, captura, tenencia, tráfico, comercio, venta, importación, exportación y exhibición pública de especies protegidas. También se prohíbe vender sus partes o los productos obtenidos a partir de dichas especies.

No obstante está claro que la Ley no aparece informada por las tendencias más modernas de los movimientos animalísticos. Se evita utilizar la expresión «derechos de los animales», y si bien el derecho a no sufrir puede anteponerse al interés del propietario, como lo demuestra la posible confiscación del animal, no hay un respeto más general a intereses del animal distintos de ese, como puede ser su derecho a la vida, que puede ser desa-

11. El «ambientalismo» incluye la protección de los animales, pero comprende también otras formas de vida como la vegetal, el suelo, las rocas, el agua, en una palabra toda la tierra. Los actuales defensores de los animales lo consideran un movimiento positivo pero limitado. Ellos se ocupan incluso del sufrimiento de los animales individuales, a el ambientalismo le ocupa la situación de las especies en su conjunto. Más detalladas se encuentran las diferencias en S. CASTIGNONE, *Diritti degli Animali*, Editorial Il Mulino, bologna, 1988, pág. 9 y ss.

12. Su texto íntegro se incluye en S. CASTIGNONE (Coord.) *Il Diritto degli Animali*, cit.

tendido sin contrapartida alguna, como lo demuestra la posibilidad de que los animales abandonados en centros de acogida puedan ser sacrificados una vez transcurrido el plazo legal prevenido al efecto. Aún el derecho a no sufrir puede ser excepcionado, como lo prueba la legalidad de la fiesta de los toros que se declara para las corridas celebradas en plazas construídas para ese fin antes de la entrada en vigor de la Ley. En este caso el derecho de los animales a no sufrir es preterido por el carácter tradicional y el contenido lúdico de la fiesta, lo que en absoluto es de recibo para los defensores de los derechos animales. No se ocupa del problema de los experimentos científicos con animales ni muestra excesivos recelos hacia los zoológicos (centros que son objeto de fuertes críticas por parte de los más avanzados animalistas).

Hemos dicho que la Ley está, en cierto modo, en consonancia con la «declaración de derechos de los animales» de la UNESCO de 15 de Octubre de 1978, en cuyo preámbulo se recogen como motivos de dicha declaración consideraciones tales como que el respeto a los animales por parte de los hombres favorece el respeto de los hombres hacia sus semejantes, o que el reconocimiento por parte de la especie humana hacia otras especies constituye el fundamento de la coexistencia en el mundo. Ahora, si bien estos principios coinciden con los que informan la Ley catalana ha de señalarse como que la declaración es, como ya dijimos, más avanzada; no sólo porque recoge expresamente y reitera la expresión «derechos de los animales», sino porque además explicita deberes más estrictos respecto de esto, como la prohibición de privarles de libertad, aunque sea con fines educativos (ésta es una alusión al problema de los zoológicos<sup>13</sup>), un tratamiento muy restrictivo frente a la investigación animal cuando suponga un sufrimiento para los animales, considerar un biocidio la muerte de un animal sin necesidad y un genocidio la muerte de gran número de animales salvajes, etc.

En cualquier caso la Ley catalana ha de ser valorada favorablemente. En primer lugar porque aborda un problema hasta entonces pendiente de regulación legal y en segundo lugar porque si bien puede pensarse que lo hace con una perspectiva templada, no demasiado comprometida con los derechos de los animales, parece prudente que una primera iniciativa tenga este carácter. La respuesta social a su vigencia será un fenómeno que a partir de ahora habrá de valorarse cuando se aborde este problema. La Ley debe ser considerada además como una referencia normativa de la que en todo caso no puede prescindir.

#### IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

Después de aportar estas posiciones relativas al tema de la situación jurídica de los animales, parece conveniente esbozar algunas conclusiones

13. En cuanto al tema de los zoológicos puede verse el artículo de Dale JAMIESON, *Against Zoos*, en P. SINGER (Coord.), *In Defence of Animals*, cit. págs. 108 y ss.



En primer lugar parece claro que existe un deber moral a cargo de los seres humanos de evitar el sufrimiento innecesario de los animales, y que este deber puede ser construido partiendo no sólo de su conveniencia para la comunidad humana (por cuando que es casi generalmente admitido que la crueldad para con los animales puede redundar en crueldad hacia las personas y además porque se debe proteger la sensibilidad de los hombres amantes de los animales) sino también por consideración respecto a los mismos animales *per se*. Pueden pensarse casos en los que la crueldad para con los animales no reportaría desventajas a la sociedad humana, por ejemplo por permanecer desconocida, pues bien aún en esos casos sostengo que existiría el deber de no ser innecesariamente crueles con los animales. Este deber se derivaría de la capacidad de sufrimiento de los animales y del sentimiento de simpatía que crea en los seres humanos por cuanto que es esa misma capacidad de sufrimiento en ellos la que fundamenta a su vez su pretensión de no sufrir tratos inhumanos. Es relevante a este respecto al posición que sostiene Rousseau, quien en el *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*, y con esa preocupación naturalista que caracteriza a muchos ilustrados, comenta: «Parece, en efecto, que si tengo la obligación de no hacer ningún mal a mi semejante, es menos porque es un ser razonable que porque es un ser sensible, cualidad esta que por ser común al animal y al hombre debe al menos darle al primero el derecho de no ser maltratado inútilmente por el otro»<sup>14</sup>. La consideración hacia los animales como seres sensibles es antigua y tiene un explícito precedente en el pensamiento escolástico. Santo Tomás distinguió entre tres clases de alma: la vegetativa, la sensitiva y la intelectual. Los animales estarían dotados de un alma sensitiva y por tanto serían merecedores de ciertas atenciones<sup>15</sup>.

Por otro lado no hay ningún problema técnico-jurídico para que esta pretensión sea debidamente legalizada y no es necesario entrar a discutir si los animales pueden ser o no titulares de derechos subjetivos, bástenos afirmar que pueden ser objeto hacia el que se dirige una conducta obligatoria de determinadas personas.

14. Este comentario lo realiza ROUSSEAU cuando al buscar cuales son los enunciados de la ley natural concluye citando dos principios: el interés ardiente por el propio bienestar y la repugnancia a ver padecer o sufrir a cualquier ser sensible. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*. Editorial Península, Barcelona 1976, págs. 31 y ss. La importancia de este segundo sentimiento de piedad es fundamental a la hora de configurar el «hombre natural» de ROUSSEAU. Tal y como lo define GÓMEZ ARBOLEYA: «El hombre natural... obedece a la naturaleza y no teme desnortarse. Este hombre natural está más allá de todos los intereses y miserias de la situación concreta. No es engañoso. Encuentra el sentimiento de la pura existencia una felicidad suficiente, perfecta y plena, que no deja en el alma ningún vacío que sienta necesidad de llenar. Es piadoso...». GÓMEZ ARBOLEYA, *Historia de la estructura del pensamiento social*, Biblioteca de cuestiones actuales, Madrid 1976, pág 422. En el mismo sentido señala JORGE DEL VECCHIO que ROUSSEAU, «considera la piedad como fundamento de la ética, coincidiendo en esto su doctrina con la de Schopenhauer». J. DEL VECCHIO, *Persona, Estado y Derecho*, opus. cit. pág. 203.

15. S. TOMÁS, *Suma Teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1960, ref. 1, 78, 1.2. El Papa Juan Pablo II recordó recientemente ante los medios de comunicación este dogma de las tres clases de alma, y su relación con los animales, que no puede ser bien comprendido si se saca de su contexto teórico.



No obstante y a este respecto sí que se puede decir que las objeciones expresadas en el sentido de que los animales no pueden ser sujetos de derechos, por ejemplo por qué están imposibilitados para ejercitar judicialmente sus pretensiones, o porque carecen de intereses legítimos, o porque no pueden ser sujetos de derechos quienes no son sujetos de deberes, pueden ser fácilmente rebatidas una por una. Por no dejar el tema totalmente pendiente, y sin perjuicio de las referencias bibliográficas, pueden hacerse algunos comentarios sobre esos argumentos.

En cuanto a la imposibilidad de ejercitar por sí mismos sus derechos, se puede decir que en absoluto puede considerarse como una razón relevante. Baste referirse a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que hace titulares de derechos a quienes no pueden reclamarlos personalmente. La actuación por medio de representantes de las más variadas especies acaba por completar esta argumentación.

Respecto a la carencia de intereses legítimos creo que es difícil negar los intereses a quienes, como los animales superiores, tienen deseos, impulsos volitivos y en cualquier caso necesidades. Joel Feinberg lo explica convincentemente<sup>16</sup>. El interés de un animal en no sufrir o en ser alimentado debidamente parece difícil de cuestionar, en cuanto a que sus intereses sean legítimos ¿por qué no han de serlo si en ciertos casos los protegen normas jurídicas? La objeción de que lo que se protege en esos casos es el interés de la comunidad como cuando se prohíbe el cazar determinados animales en ciertas épocas quiebra ante los fenómenos jurídicos que sitúan a los animales como titulares indubitados de intereses absolutamente propios y en muchos casos excluyentes respecto de personas concretas. Piénsese por ejemplo en los animales de compañía declarados beneficiarios de donaciones modales en los testamentos de millonarios excéntricos, quienes también pueden constituir fundaciones a favor del bienestar animal. No se ve en estos casos ningún interés de la comunidad en estas instituciones y sí la satisfacción de intereses animales, acaso en perjuicio de parientes interesados.

En cuanto a la ausencia de deberes, ahí los ordenamientos jurídicos han de reconocer su especial vulnerabilidad por cuanto puede afirmarse que el devenir jurídico a través de remotas épocas y culturas hasta fechas recientes, está costelado de testimonios acerca de la persecución penal hacia los animales<sup>17</sup>, lo que nos hace pensar que no ha habido demasiados proble-

16. J. FEINBERG, *Gli animali possono habere diritti?*, S. Catignone (Coord.) en *Il diritti degli animali*, cit. págs 241 y ss.

17. Es fácil encontrar bibliografía sobre la situación de los animales ante el ordenamiento jurídico-penal, por ejemplo es muy citada la obra de BERNARDO DE QUIRÓS *Los procesos contra las bestias*, en *Alrededor de los delitos y las penas*, 1904, págs. 81 y ss. En general los penalistas a la hora de referirse al sujeto de la acción (acción como elemento del tipo), aluden también a los tiempos pretéritos en los que los animales podían ser incriminados por sus acciones. Es interesante la observación que a este respecto hace SANTIAGO MIR PUIG, quien considera la posibilidad de incriminar a los animales «como prueba de que la exigencia de un comportamiento humano (para poder hablar de responsabilidad criminal) depende de la función del derecho penal en cada tipo de Estado». Se pone así de manifiesto como una simple decisión de Estado podría hacer que se pasase de incriminar sólo a conductas humanas a incriminar también conductas animales en fun-



mas a la hora de considerarlos titulares de deberes jurídicos. Hoy en día si bien se ha de reconocer que esto no es así, la constatación de casos en el derecho objetivo en que personas no sujetas a deberes, como los niños, o por ejemplo los *nasciturus*, son titulares de derechos, aboga por nuestra solución. En cualquier caso no es admisible como principio general y no excepcionable que quien no pueda ser sujeto de deberes no pueda ser sujeto de derechos.

Además, la opinión de que los animales pueden tener derechos se deriva lógicamente de la definición de derecho como *una facultad que una criatura debería poseer, entendida esta facultad como un poder que las criaturas racionales deberían garantizarles, por cuando el hecho de que lo posean es bueno en sí mismo o es medio para un bien*. Esta es la definición de derecho que yo propugnaría a la hora de tratar la posición de los animales ante el orden jurídico.

Sentada la idea de que debe evitarse la crueldad para con los animales y defendida la posibilidad de que esta aspiración sea legalmente contemplada, creo que los postulados «ambientalistas» y ecologistas pueden complementar eficazmente el principio de no crueldad para con los animales.

No parece sin embargo admisible el intento de introducir a los animales en el mundo ético y jurídico de los hombres en pie de igualdad, ni comparar la situación con la de los esclavos en siglos pasados o con la de los hombres de color discriminados hoy en algún país del mundo. No obstante lo cual los animales tendrían un lugar sustantivo en el mundo ético al no proscribirse la crueldad respecto de ellos en atención a ellos mismos, como ya hemos comentado, a su capacidad de sufrimiento y no por consideraciones hacia los hombres.

En cuanto al mundo del derecho, la posibilidad de que intereses animales sean protegidos jurídicamente no evita que la presencia de determinados derechos de los animales en el ordenamiento sea incómoda. El hombre ha construido un universo jurídico sobre la base de sus características propias, su condición de ser racional, su capacidad de sufrir y su aversión al

---

ción de los objetivos del Estado. No es difícil deducir de esto la posibilidad de que suceda lo mismo en cuanto al reconocimiento de derechos. S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Promociones Publicaciones Universitarias, Madrid, 1985, pág. 136.

Buscando otras referencias históricas se puede ver: *The prosecution and punishment of animals and lifeless things in the Middle ages and the modern times*, Revista Legal de la Universidad de Pensilvania, n.º 64 (1961), pág. 708. Son también de interés las referencias que el profesor Francisco TOMÁS Y VALIENTE hace a este asunto en su libro *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, págs. 295 y ss. En él se habla de la responsabilidad penal derivada de daños causados por animales, que explica por cuanto «dentro de la visión medieval del *ordo naturae*, cada cosa, cada animal tiene su sitio en el cosmos, su misión que cumplir en el concierto general, y si no lo realiza debidamente, quiebra este orden y merece por ello un castigo». Ejemplos como el de un juicio formulado en el Siglo XVII contra una plaga de langosta que asoló las tierras de Segovia son expresión plástica de lo que ocurría.

sufrimiento, su amor a la libertad, sus necesidades de índole económica y social. En la base de la justicia social de lo humanos se ha visto a menudo una convención, un acuerdo realizado por hombres para la satisfacción de sus intereses. Es imposible aplicar a los animales ni siquiera los principios generales o los valores fundamentales de esta convención, pues ni fue pensada para ellos ni ellos reúnen las condiciones precisas para entrar en su ámbito de vigencia. Aún se podría dudar si ese *status* humano no ha de fundarse en una cierta sumisión animal. Incluirlos supondría, probablemente, consecuencias difícilmente controlables. Así pues no creo que pueda hablarse por ejemplo de un derecho de los animales a la vida que puede llevar a los seres humanos a un forzoso vegetarianismo<sup>18</sup>, el intentar contraponer aquí un derecho de los animales superior a otro de los hombres de menor entidad (lo que es en cierto sentido consecuencia que se sigue de la confusión entre los valores de animales y hombres) implica realizar esta identificación u homogeneización absoluta de valores que rechazo. No obstante nada hay en contra de procurar que por ejemplo los sacrificios de animales destinados al consumo humano se realicen procurando evitarles en mayor medida el sufrimiento.

En conclusión, prohibir las actuaciones que supongan sufrimiento innecesario para los animales y trabajar en pro de la conservación del medio ambiente natural son las claves de bóveda de la protección animal. Sin perjuicio de que puedan plantearse determinados casos conflictivos en los que sí que habrá que atemperar el contenido de los derechos de los hombres con el de los intereses de los animales, entrando a examinar en que medida se han de vulnerar éstos en aras de derechos del hombre que sean suficientemente relevantes (sería el caso de problemas concretos tales como la vivisección, los experimentos con animales, los parques zoológicos, etc.).

Decir por último que el respeto hacia el mundo natural se ha de considerar ante todo como un medio para contribuir a la bondad moral de los hombres, empeño que a los ojos de Montesquieu había de ser el primordial de la leyes<sup>19</sup>.

---

18. Ver el artículo *Imágenes of Death and Life: Food Animal Production and the Vegetarian Option*, en P. SINGER (Coord.), *In Defence of animals*, cit.

19. MONTISQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid 1972, pág 372.



IV  
DEBATES





## La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart\*

Por JUAN RAMON DE PARAMO ARGÜELLES

Madrid

El trabajo publicado recientemente por José A. Ramos Pascua sobre el concepto de regla de reconocimiento constituye un buen ejemplo de rigor analítico y capacidad expositiva sobre uno de los temas centrales de la teoría del Derecho, el problema de la identidad de los sistemas jurídicos. El autor expone los antecedentes más importantes que se han formulado para responder a esta cuestión (cap. I), describe el contexto teórico de la obra de Hart (cap. II), analiza la doctrina de la regla de reconocimiento (cap. III) y señala lo que considera puntos débiles de tal doctrina (cap. IV). En esta recensión me voy a limitar a comentar algunos aspectos parciales de su interesante libro, e intentaré señalar algunos puntos controvertibles que se derivan directa o indirectamente de las tesis sostenidas por Ramos con el ánimo de provocar su respuesta.

Creo que el problema fundamental que plantea el concepto de regla de reconocimiento es el de la vinculatoriedad jurídica, es decir, la tesis acerca de si las reglas jurídicas son razones autónomas para la acción. Y este problema surge en las primeras páginas del ensayo de Ramos, en particular cuando comenta el concepto de soberano de Austin (p. 25). Dice Ramos que la apelación a la voluntad del soberano como fuente de todo Derecho mantenida por Austin «es tanto como rebasar el ámbito de lo jurídico. Es tanto como fundamentar todo el Derecho en un concepto extrajurídico, en un concepto no normativo. Austin mantiene así una doctrina difícilmente conciliable con los principios básicos del positivismo jurídico, que claramente excluyen la posibilidad de que las fuentes del Derecho puedan estar más allá del mismo». Para reforzar esta tesis se cita la crítica de Kelsen a Austin, que viene a decir que al ser el concepto de soberano un concepto

---

\* J. A. RAMOS PASCUA, «La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart», Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

descriptivo éste no puede fundamentar la vinculatoriedad jurídica. Quiero discutir aquí tres ideas que se derivan de lo expuesto por Ramos. En primer lugar, la cualificación descriptiva del concepto de soberano de Austin. Segundo, la tesis positivista de las fuentes normativas del Derecho. En tercer lugar, la presunta solución del problema de la vinculatoriedad.

Que el concepto de soberano de Austin sea un concepto descriptivo parece que no suscita dudas en las diferentes interpretaciones que se han ofrecido del mismo. Precisamente, una de las principales críticas de Hart al modelo teórico de Austin consistió en sustituir su idea descriptiva de soberano por la versión normativa de las reglas sociales. Hart nos recuerda continuamente que las reglas difieren de las órdenes respaldadas por amenazas, y que el Derecho puede ser mejor explicado en los primeros términos que en los segundos. Ahora bien, no creo estar tan seguro de la total ausencia de elementos normativos en la presunta versión descriptiva del soberano Austin. Si bien es cierto que entre el soberano y los súbditos sólo existen mandatos y hábito de obediencia, no es tan claro que las mismas relaciones existan entre los propios miembros del grupo dirigente, y esto se puede comprender sin recurrir a la idea de regla. El modelo coercitivo del Derecho basado en la idea de mandato o de orden respaldada por amenazas es compatible con actitudes no coercitivas mantenidas por individuos o grupos de personas. No es que de Austin se derive una *definición* normativa de soberano, sino que de su *descripción* coercitiva del Derecho no hay incompatibilidad conceptual con la existencia de actitudes normativas.

Tampoco veo que sea absolutamente necesaria la tesis de las fuentes normativas del Derecho para poder ser adscrito al positivismo jurídico. Precisamente se ha sostenido en algunas ocasiones la tesis de las fuentes sociales del Derecho, la idea de que el Derecho, en última instancia, es una convención artificial que sirve para coordinar conductas y dirimir conflictos basados en prácticas sociales. Las actitudes normativas pueden provenir desde *fuera* del propio Derecho, y esto es perfectamente compatible con las tesis positivistas. Claro está que algunos positivistas, como por ejemplo Kelsen, usan un concepto de normatividad unido a la idea de vinculatoriedad jurídica al identificar *validéz* y *fuerza obligatoria* del Derecho. Pero esta tesis es muy confusa, y aunque se han hecho muchas matizaciones de la misma, pone en peligro la idea básica de la separación conceptual entre el Derecho y la moral.

Por último, no veo cómo el problema de la vinculatoriedad jurídica puede quedar resuelto apelando al propio sistema jurídico. En sentido contrario, el profesor Ramos sostiene: «la obligatoriedad no es un rasgo que le venga dado a la norma por el hecho de ser válida, sino que es un rasgo que pertenece a la propia naturaleza de toda norma; aunque, naturalmente, no habrá obligatoriedad alguna si la norma no existe, esto es, si la norma no es válida» (p. 44). No entiendo muy bien qué quiere decir que las normas jurídicas válidas son obligatorias, o que la obligatoriedad es un rasgo que perte-



nece a la propia naturaleza de toda norma. Porque si por obligatoriedad se quiere decir capacidad de imposición coactiva, esta fuerza vinculante no es privativa del Derecho sino de cualquier orden respaldada con amenazas eficaces. Pero si por vinculatoriedad jurídica se entiende una obligatoriedad en sentido estricto, entonces las obligaciones jurídicas no serían sino una subespecie de las obligaciones morales. En el caso de las normas jurídicas válidas no serían las propias normas las que impondrían las obligaciones, sino otros elementos o componentes ajenos a las propias normas. Claro está que hay quien sostiene —como hace el propio Hart— que la obligación jurídica es un concepto autónomo y que es posible hablar de la normatividad del Derecho y mantener la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral.

La parte más constructiva y crítica del libro que se comenta está contenida en los capítulos tercero y cuarto. En el primero se describen los precedentes y la evolución del concepto de la regla de reconocimiento tal y como ha sido formulada por Hart, mientras que en el segundo se analizan críticamente lo que Ramos entiende como puntos más débiles de su teoría. En particular, creo que se destacan sobre los demás cuatro puntos fundamentales: la idea de que la regla de reconocimiento no contienen *todos* los criterios de validez jurídica, sino sólo algunos; la dificultad de concebir a la regla de reconocimiento como práctica social si de ella se pretende derivar deberes; la pretensión fallida de presentar el concepto de *aceptación* como algo que está libre de adhesión a principios valorativos; y por último, la ineptitud de la regla de reconocimiento para identificar todo el material jurídico.

Es evidente que la caracterización que hace Hart del concepto de regla de reconocimiento es imprecisa y ambigua, lo que hace dudar de su idoneidad para resolver el problema de la identidad de un sistema jurídico. En este sentido coincido plenamente con la crítica llevada a cabo por el profesor Ramos. Gran parte de esta ambigüedad radica en el doble aspecto que tiene la regla de reconocimiento tal y como ha señalado MacCormick; por un lado, *reconocer* es una operación cognoscitiva que implica conocer los criterios de validez jurídica identificadores de las normas que pertenecen al sistema, mientras que por otro, se indica que tales normas así identificadas tienen que ser *aceptadas* como criterios de un comportamiento correcto. Y esta aceptación de normas es una actividad práctica y no teórica. Por lo que el conocido punto de vista interno comprende tanto la actitud cognoscitiva —para conocer las normas— como la práctica —se aceptan una vez que están identificadas—. De manera que no es posible conocer los criterios en cuestión sin conocer cuáles son las normas que se aceptan y se usan. De modo que si la aceptación de normas implica sólo el uso compartido de criterios de identificación, no puede proporcionar una teoría acerca de cuáles son esos criterios en los sistemas jurídicos de que se trate.

Con independencia de estos problemas de imprecisión y ambigüedad, uno de los puntos centrales de la crítica de la tesis de la regla de reconoci-

miento ha consistido, como Ramos subraya, en presentar las dificultades que se derivan de su configuración como una práctica social, y en particular, como una práctica social de la que se pretenden derivar obligaciones y deberes. Coincido con el argumento de Ramos que consiste en plantear las dificultades para concebir deberes a partir de prácticas sociales —argumento utilizado por Dworkin entre otros— y por otro lado, de la necesaria aceptación de que toda regla social obligatoria —y la regla de reconocimiento pretende serlo según Ramos— requiere, para cumplir su función, una adhesión valorativa por parte de sus destinatarios obligados. No obstante aquí es preciso retomar la idea de obligación que Hart sostiene para defenderla de la crítica de Ramos —y otros— de que, en última instancia, la idea de obligación exige un componente de carácter moral —lo que haría debilitar de manera muy seria la principal pretensión de la teoría jurídica de Hart, a saber, la idea de que el Derecho es una institución social que puede ser descrita con independencia conceptual de la moral—.

En una entrevista de Hart concedida a DOXA (n. 5), y publicada posteriormente al libro del profesor Ramos, Hart sostiene que su teoría de la obligación jurídica tal y como había sido formulada con anterioridad contiene algunos errores, en especial la presunción equivocada de que se analiza todo tipo de obligación como si surgiera de reglas sociales que son aceptadas por la mayoría de los miembros de un grupo social como guías de conducta y pautas de crítica, manteniéndose por exigencias generales de conformidad y presión sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse (p. 343). El problema consiste en que si bien esta teoría puede funcionar para explicar el origen de las obligaciones que surgen de reglas de tipo consuetudinario, no sirve para explicar las obligaciones jurídicas que surgen de las reglas legales emitidas por el poder legislativo y aplicadas por los tribunales. Por ello Hart rectifica en parte la versión anterior y sostiene que lo que «es necesario para establecer reglas que imponen obligaciones, incluso en un régimen simple de reglas de tipo consuetudinario, no consiste simplemente en que las reglas deban ser apoyadas de hecho por una presión social y exigencia general de conformidad, sino que *se debería mayoritariamente* aceptar que esas reglas son respuestas legítimas o al menos permitidas por el sistema. De este modo, la presión y las exigencias no serán simplemente consecuencias predecibles de las desviaciones, sino consecuencias normativas porque son legítimas en este sentido. Ahora considero que esta idea de una respuesta legítima a la desviación en la forma de exigencias y presión para la conformidad es el componente central de la idea de obligación» (p. 344).

De modo que en los términos de su nueva teoría las obligaciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas, mientras que las obligaciones morales existen cuando están legitimadas por reglas y principios morales. De nuevo se pretende salvar la idea de un concepto moralmente neutral de obligación jurídica que



permita ofrecer una versión descriptiva de la idea de Derecho sin necesidad de recurrir a ingredientes de carácter moral. De lo que no estoy muy seguro es de que la regla de reconocimiento sea una regla social obligatoria en lugar de una regla que confiere potestades o competencias (véase por ejemplo la opinión contraria de Ramos, p. 194: «... la regla de reconocimiento es un claro ejemplo de regla social obligatoria. Eso exige representarla como práctica aceptada para guiar la conducta, en relación a la cual es insistente la exigencia general en favor de la conformidad, y fuerte presión social aplicada sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo»). O mejor dicho: para Ramos —como para otros, como por ejemplo Ross o Nino— las normas de competencia son una expresión indirecta de normas de conducta, mientras que otra versión dice que las normas de competencia o secundarias son normas que establecen las condiciones de validez de las normas legales, es decir, normas que determinan los requisitos procedimentales para crear, identificar, modificar o aplicar normas legales. Ahora bien, la distinción entre reglas primarias y secundarias tal y como aparece en *El concepto de Derecho* es imprecisa y responde a criterios diferentes de distinción. Por ejemplo, se habla de reglas que imponen deberes y reglas que confieren poderes, reglas que regulan acciones que implican movimientos o cambios físicos y reglas que prevén actos que producen cambios normativos, y también reglas que se refieren a las normas que regulan la conducta de los individuos. A pesar de esta confusión creo que las reglas secundarias son condiciones necesarias de la validez de las normas, aunque pueden existir restricciones procedimentales o exigencias de contenido que tengan que ser cumplidas por las normas emitidas por una autoridad con el fin de que puedan funcionar como reglas del sistema. Pero, no obstante, si no se tiene una regla de competencia como punto de referencia difícilmente se podrá identificar a las reglas jurídicas.

Pero creo que lo determinante para distinguir el diferente papel que cumple la regla de reconocimiento de las reglas sociales obligatorias es la manera de incidir en el razonamiento práctico de sus destinatarios. Esto lo ha subrayado muy bien Raz, para quien si bien el Derecho guía la acción del titular de una facultad —guiando su decisión de ejercitar o no ejercitar esa facultad—, esta guía indeterminada es distinta de la guía que deriva de la regla que impone deberes y obligaciones. Porque las reglas que imponen obligaciones ofrecen razones independientes de las que el propio agente tiene para cumplir o no la citada regla. En cambio, las reglas que confieren facultades o competencias deben hacer referencia a las razones que el agente tiene para obtener o no el resultado que la norma le permite alcanzar.

Ahora bien, a pesar de la caracterización de la regla de reconocimiento como una regla secundaria que determina los criterios de validez jurídica, esto no invalida la tesis de considerarla como una regla social, esto es, como una regla que existe en cuanto que es aceptada por el conjunto de los aplicadores del Derecho y que prescribe a cada uno de éstos el usar, como fun-

damento de sus decisiones las reglas y los principios que satisfagan determinados criterios. En este sentido estoy absolutamente de acuerdo con el profesor Ramos al considerar a la regla de reconocimiento como una regla social que impone deberes a los jueces y aplicadores del Derecho —parece que la propia definición de juez implica conceptualmente el deber de aplicar los criterios de validez jurídica determinados por la regla de reconocimiento—.

Es evidente que las soluciones a este tipo de interrogantes dependen del punto de vista que se adopte respecto del concepto del Derecho. Y en esto no es muy explícito el profesor Ramos. Porque su crítica a un concepto demasiado estrecho de positivismo jurídico (por ejemplo, véase la p. 234) es, por demasiado obvia, ineficaz, sobre todo porque el concepto de Derecho de Hart está tan alejado de esta versión como lo está del modelo que Dworkin construye para ejercer su crítica. Porque la versión final que Ramos ofrece de los criterios que determinan las verdaderas fuentes del Derecho —unos criterios formales contenidos en la regla de reconocimiento de donde emanarían las normas jurídicas válidas y unas instancias materiales de donde procederían todo un «arsenal de pautas multiformes que, como la experiencia prueba irrefutablemente, operan también como Derecho» (p. 235) no invalida una teoría descriptiva del Derecho que sería compatible con una teoría normativa de la adjudicación. Porque lo que Ramos plantea es que, vista la incapacidad que la regla de reconocimiento tiene para dar cuenta de todas las normas y principios que operan como Derecho —es decir, que son usadas como fuentes justificativas de las decisiones judiciales—, hay que llegar a la conclusión de que «la pretensión positivista de juridificar las fuentes del Derecho resulta frustrada. En verdad, si en el orden jurídico existen normas inválidas, normas no identificables a partir de la norma de reconocimiento, que es la norma que regula las fuentes del Derecho y por eso mismo la auténtica fuente suprema, entonces ello implica que no todo el Derecho emana del propio Derecho, sino que cierto sector del mismo, más importante de lo que a primera vista pueda parecer, procede de otras esferas normativas como, por ejemplo, la moral, y pasa a funcionar como Derecho sin necesidad de bautizo jurídico alguno» (p. 235).

Frente a este tipo de conclusiones, creo que una versión descriptiva del Derecho que mantenga la tesis de la separación conceptual de la moral —como la versión de Hart sugiere— es compatible, primero, con la no juridificación exhaustiva de las disposiciones, normas o principios que operan como Derecho, con tal que las autoridades que usan estas disposiciones lo hagan en función de reglas de competencia; segundo, del hecho contingente de que los operadores jurídicos utilicen normas de carácter moral para justificar sus decisiones, no se deriva la tesis de la unión conceptual entre el Derecho y la moral, como Dworkin, y en este caso Ramos, parece indicar. Creo que de la imposibilidad de juridificación exhaustiva de las fuentes del Derecho por parte de la regla de reconocimiento no se deriva ningún argu-



mento que ponga en peligro una versión descriptiva del Derecho. Otra cosa es pensar que, en última instancia, la aceptación de una regla de reconocimiento por parte de los jueces implique un razonamiento justificativo de carácter moral.

Decía antes que las soluciones a este tipo de preguntas dependían del punto de vista que se adoptara respecto del concepto de Derecho. Uno puede consistir en ver el Derecho como una forma coactiva de organización social, como una convención artificial coactiva para dirimir conflictos; otro punto de vista puede subrayar el papel que cumple en la deliberación práctica y en la guía del comportamiento humano.

El Derecho entendido como una forma de razonamiento práctico no implica rechazar la idea del Derecho como institución social que organiza y disciplina la fuerza en una comunidad. A pesar de que son dos creencias excluyentes, quien sostiene el punto de vista social defiende habitualmente un concepto descriptivo de Derecho, mientras que los partidarios de la otra versión sostienen a menudo un concepto normativo. Otras veces se intenta, con mayor o menor éxito, versiones equidistantes, como la teoría de Hart del punto de vista interno, que trata de describir el uso normativo de esa expresión intentando reconstruir su significado descriptivo. Otras veces se ha defendido el reconocimiento de una pluralidad de conceptos del Derecho según los contextos en los que se opere. Creo que se puede defender un concepto normativo en el contexto del proceso de adjudicación —justificación y aplicación de las decisiones jurídicas— y, sin embargo, un concepto descriptivo en el proceso de identificación. Por eso sigo creyendo en las virtuales explicativas del positivismo jurídico —con todos los matices y acepciones que se pueden ofrecer de este término— y en la separación del plano descriptivo del normativo, aunque ambos planos se entrecrucen en los procesos de argumentación y aplicación (\*).

---

(\*) Esta idea he tratado de desarrollarla en «*Interner Standpunkt und Normativität des Rechts*», en «*Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*», Ernesto Garzón Valdés ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 99-115.





## Réplica al comentario de J. R. de Páramo

Por JOSE ANTONIO RAMOS PASCUA

Salamanca

Antes de nada quiero expresar mi agradecimiento al Profesor J. R. DE PARAMO ARGÜELLES. Me he beneficiado de su ayuda antes, durante y después de escribir el libro que comentamos. Antes, porque fue él quien me proporcionó algunos importantes materiales bibliográficos de los que entonces carecía y que me permitieron emprender la investigación. Durante, porque su importante trabajo sobre el pensamiento del Hart<sup>1</sup> me ha servido de estímulo y valioso auxiliar en la construcción del mío; y después, por la amable revisión crítica a la que ahora respondo.

Comienza ésta discutiendo tres cuestiones concretas. La primera se refiere a la calificación como descriptivo, en el sentido de no apoyado en norma alguna, del concepto de soberano de J. Austin; calificación puesta en tela de juicio por Páramo en atención a ciertos rastros de elementos normativos que, en su opinión, pudieran encontrarse en la versión del soberano de dicho autor. Ciertamente, en las primeras páginas del libro, sostengo que el concepto «voluntad del soberano» no se apoya en normas, sino que se define por referencia a hechos o, en palabras de H. Kelsen, «es sociológico o político, pero no jurídico»<sup>2</sup>. Hay que advertir, sin embargo, que con tales afirmaciones, más que emitir un juicio «de mi cosecha» sobre la doctrina de Austin (que, por lo demás, no habría sido demasiado original), pretendía describir las deficiencias que los propios autores positivistas más perspicaces habían detectado en los puntos de vista del primer positivismo jurídico, que podríamos denominar acrítico o decimonónico. Intentando paliar tales deficiencias, Kelsen construirá la primera gran fundamentación crítica de la doctrina positivista sobre el Derecho. En cualquier caso aunque, co-

---

1. J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, H. L. A. *Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Vid. también mi recensión al citado libro en el «Anuario de Filosofía del Derecho» (N.E.), vol. II, 1985, pp. 491-494.

2. Cfr. H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica*, en «La idea del Derecho Natural y otros ensayos», Buenos Aires, Losada, 1946, p. 230.

mo digo, la idea que Páramo discute pretende expresar, como fácilmente se deduce del contexto en que aparece en el libro, más que una opinión personal mía, un punto de vista muy extendido incluso entre los autores positivistas de nuestro siglo (además de Kelsen la han sostenido, entre otros, N. Bobbio, H. Hart, así como también A. Hägerström, K. Olivecrona y A. Ross, si se me permite incluir entre los positivistas a los miembros del Realismo Jurídico Escandinavo), me parece perfectamente asumible y difícilmente refutable. De hecho, la intención del mismo Austin era la de construir una teoría jurídica en términos puramente fácticos. Que la empresa resultara irrealizable y que en su misma doctrina permanecieran remotos rastros de elementos normativos reacios a ser desterrados, sería una prueba más de lo descaminado de su propósito y no debería servir de base a otros para reconstruir su pensamiento en términos normativos; cosa que contradice el espíritu de su obra y no podría llevarse a efecto sin un retorcimiento excesivamente artificioso.

La segunda cuestión previa que Páramo discute afecta a lo que denomina la tesis positivista de las fuentes normativas del Derecho. En su opinión, sin duda acertada y nunca rebatida por mí, dicha tesis no es un elemento conceptual que haya de estar necesariamente presente en toda doctrina que pretenda pasar por positivista. En verdad, las doctrinas atribuidas al positivismo jurídico han sido muy diversas y algunas difícilmente compatibles; de modo que no todas las corrientes de ese movimiento han podido, ni han pretendido, asumir las mismas. Así, por ejemplo, las corrientes sociológicas tienden a rechazar la tesis de las fuentes normativas del Derecho, reduciéndolo a mero hecho social. Por mi parte, a lo largo del libro he reiterado la advertencia de que «cuando aludo al positivismo jurídico no pretendo abarcar todas y cada una de sus diversas variantes, sino que me refiero exclusivamente a la corriente que juzgo principal: la que podría denominarse como positivismo normativista» (p. 229). Pues bien, todos los autores adscribibles a esa corriente tienden a aceptar, más o menos claramente, la tesis de las fuentes normativas del Derecho. Es cierto, sin embargo y quizá en eso esté pensando Páramo cuando hace la objeción, que una de las tesis más relevantes de Hart, a pesar de su confesado normativismo, es la que él mismo denomina «de las fuentes sociales del Derecho» según la cual las fuentes del Derecho descansarían en una práctica social<sup>3</sup>. Ahora bien, esa práctica social es la de los jueces al aceptar la regla de reconocimiento que les impone el deber de aplicar ciertos criterios de identificación de normas jurídicas válidas y no otro. Se trata, pues, de una «práctica normativa», de una regla social, no de un mero hábito de conducta. La tesis de las fuentes sociales del Derecho que Páramo contrapone a la de las fuentes normativas, no puede ser, por tanto, la de Hart, aunque ciertamente Hart en este punto

---

3. Cfr. H. L. A. HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, traducción de J. R. DE PÁRAMO, L. HIERRO y F. LAPORTA, en «sistema», vol. 36, 1980, pp. 5 y 7-8.



es algo ambiguo, sino que se acercaría más bien a las del positivismo de raíz sociológica, corriente ésta de la que en el libro no me ocupó, salvo muy indirectamente en la sección dedicada al Realismo Jurídico Escandinavo. De hecho, la interesante idea que añade Páramo en su escrito en el sentido de que «las actitudes normativas puedan provenir desde *fuera* del propio Derecho», recuerda la concepción de A. Ross, según la cual la obligatoriedad de las normas no es una cualidad intrínsecamente suya sino un sentimiento añadido, cierta necesaria experiencia psicológica de, por lo menos, los jueces<sup>4</sup>. Las insuficiencias de este punto de vista son bien conocidas y no es necesario insistir aquí sobre ellas.

La tercera y última de las objeciones iniciales discute ciertos apuntes contenidos en el libro en torno a la noción de obligatoriedad jurídica. Allí se afirma que «la obligatoriedad no es un rasgo que le venga dado a la norma por el hecho de ser válida, sino que es un rasgo que pertenece a la propia naturaleza de toda norma; aunque, naturalmente, no habrá obligatoriedad alguna si la norma no existe, esto es, si la norma no es válida» (p. 44). La paternidad de esta cita, que desde luego se debe a mi modesta pluma, no me es propiamente atribuible, dado que con ella se pretende, más que exponer un punto de vista personal, explicar el pensamiento de Kelsen sobre el tema. Y Kelsen, dicho muy resumidamente, considera que la obligatoriedad es un rasgo inherente a la naturaleza de toda norma, porque toda norma constituye un deber-ser en el sentido de que en toda norma verdadera se imputa *como debida* una consecuencia dañosa, o al menos un acto coactivo, a la realización de ciertos actos o a la producción de ciertos hechos. Esta fuerza vinculante, en cuanto inherente a toda norma, no es exclusiva del Derecho, como bien advierte Páramo, sino que la comparte con cualquier otro orden normativo respaldado por sanciones. Lo anterior nos servía para rebatir la idea, sostenida por diversos autores, de que el concepto de validez jurídica implicaba dos cosas distintas en el pensamiento del Kelsen: por una parte la existencia de las normas y por otra su obligatoriedad. En realidad, validez equivale exclusivamente a existencia. La obligatoriedad no es algo que le deba la norma al hecho de ser válida, sino al hecho de ser norma. La confusión surge por la razón obvia de que una norma no puede obligar si no existe, es decir, si no es válida (como un pájaro no puede volar si no existe). En ese sentido podría correctamente afirmarse que la validez jurídica de una norma (que supone su pertenencia a un sistema jurídico) es condición de su obligatoriedad, y que «sólo podemos hablar de deberes jurídicos en el contexto de un sistema de normas válidas»<sup>5</sup>. Aclaradas así

4. La alusión crítica que Páramo hace a continuación a la identificación kelseniana de validez y fuerza obligatoria recuerda también la de A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 27 (Kelsen, cuasi positivista).

5. Cfr. la ponencia de J. DELGADO PINTO, *El deber y la obligación moral de obedecer al Derecho*, en las XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en Oviedo durante los últimos días de marzo de 1990, p. 8.

las cosas, he de añadir que la concepción kelseniana de la obligatoriedad, aunque se concibe, acertadamente a mi juicio, como una «vinculación normativa» de la conducta, no logra explicar satisfactoriamente en qué consiste tal vinculación normativa; y ello, seguramente, porque su autor considera inanalizable el concepto de deber-ser<sup>6</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, me parece mejor encaminada y más fecunda la concepción hartiana, aunque presenta también ciertos inconvenientes, como demuestra el hecho del que Páramo ha sido testigo de excepción, de que el propio Hart haya intentado reformularla recientemente; y, por cierto, en una línea que tiene ciertas resonancias kelsenianas.

Tras las puntualizaciones que anteceden se centra Páramo en lo que constituye el núcleo central del libro. Aparentemente está, en general, de acuerdo con la caracterización allí contenida de la doctrina de la regla de reconocimiento y con las principales objeciones a la misma. Se resiste a conceder, sin embargo, que la idea de obligación jurídica sostenida por Hart contenga algún componente de carácter moral, dado que de lo contrario resultaría muy seriamente debilitada la principal pretensión de la teoría jurídica de Hart: la idea de la no necesaria conexión entre el Derecho y la moral. Supongo que con lo anterior quiere Páramo rebatir la tesis de que a través de la necesaria aceptación judicial de la regla de reconocimiento, elemento clave en la concepción de Hart de la obligación jurídica, el Derecho conecte necesariamente con valoraciones políticas y morales. Con todo, y paradójicamente, en otro lugar de su comentario parece dispuesto a conceder «que, en última instancia, la aceptación de una regla de reconocimiento por parte de los jueces implique un razonamiento justificativo de carácter moral». Con el propósito de defender la idea de obligación jurídica de Hart como algo no necesitado de ingredientes morales, se remite a las correcciones antes mencionadas que introdujo éste en su doctrina de la obligación jurídica en una entrevista que le concedió precisamente a él<sup>7</sup>. He leído con gran interés las modificaciones y creo que no alteran en lo esencial las cosas; por lo menos en lo que se refiere a la cuestión que ahora discutimos. Lo que Hart viene a sostener en esta última revisión de su pensamiento es que una regla es obligatoria cuando se acepta mayoritariamente que las exigencias y presiones tendentes a lograr su cumplimiento son respuestas *legítimas* en el sentido de que el sistema normativo las exige o al menos las permite. Lo anterior sería válido en general. Algo semejante ocurriría en concreto en relación a las normas jurídicas. Serían obligatorias porque, al ser normas válidas, es decir, pertenecientes al sistema jurídico en cuanto satisfacen los requisitos de pertenencia previstos en la regla de reconocimiento, podría considerarse *legítima* la respuesta sancionatoria de sus infracciones. En palabras del propio Hart: «en los términos de mi nueva teoría, las obliga-

6. Ibid., pp. 7-8.

7. Publicada en «Doxa», vol. 5, 1988, pp. 339-361.



ciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas». En definitiva, lo que Hart viene a sostener es que las normas jurídicas son obligatorias, porque forman parte de un sistema de normas obligatorio. La pregunta obvia que surge de inmediato es la de por qué el sistema jurídico es obligatorio, o dicho en otros términos, por qué es obligatoria la regla de reconocimiento que configura el sistema. Sería inaceptable, por incurrir en una evidente circularidad, querer apelar aquí de nuevo al sistema, afirmando que la regla de reconocimiento es obligatoria porque el sistema exige su cumplimiento. Tal apelación es inviable porque, como es bien sabido, sin regla de reconocimiento no puede configurarse sistema jurídico alguno. Así pues, para responder a la pregunta de por qué es obligatoria la regla de reconocimiento, Hart tendría que volver a su antigua doctrina de las reglas sociales: la regla de reconocimiento sería obligatoria porque constituye una práctica aceptada para guiar la conducta, práctica que se considera importante porque se la cree necesaria para la preservación de la vida social o de algún aspecto muy importante de la misma, y en relación a la cual es insistente la exigencia general en favor de la conformidad y fuerte la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo. Y si nos preguntáramos a continuación por las razones que justifican la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los jueces; es decir, si nos preguntáramos por las razones que justifican que los jueces consideren cierta práctica de identificación de normas como una regla obligatoria, encontraremos que tal justificación sólo puede hallarse en una razón moral, en una positiva valoración ético-política<sup>8</sup>.

A continuación, comenta Páramo la caracterización de la regla de reconocimiento que se defiende en el libro como regla social obligatoria. Después de mostrar algunas reticencias al respecto, termina expresando su acuerdo también en este punto. En general, me parece advertir, con gran satisfacción por mi parte, que Páramo está de acuerdo con el grueso del libro, con sus tesis básicas. Sus discrepancias afectan sólo a cuestiones de detalle o marginales, pero no, con alguna excepción, al núcleo esencial del libro, que sale incólume del lance.

Quizá la única alusión crítica que afecta al conjunto del libro sea la algo vaga de que «su crítica a un concepto demasiado estrecho de positivismo jurídico es, por demasiado obvia, ineficaz». No dudo de que la crítica al positivismo jurídico que se contiene en el libro y que no es sino una simple extracción de consecuencias del análisis detallado de la doctrina de Hart (análisis que Páramo parece aceptar como bueno), es muy obvia; pero justamente ahí reside su eficacia. Sería paradójico en demasía que las críticas

---

8. En el libro que comentamos, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo*. Madrid, Tecnos, 1989, pp. 194-200, se ofrecen diversos argumentos en apoyo de esa tesis. También el Prof. J. DELGADO PINTO, en la ponencia antes citada, pp. 19-22, aporta argumentos de peso en favor de la misma idea.

obvias o, lo que es lo mismo, claras, evidentes, hubieran de ser por esa razón ineficaces. Afirma Páramo a continuación que el concepto de Derecho de Hart está alejado de la reconstrucción que yo hago de él, como también lo está de la trazada por Dworkin. Sin embargo, en las réplicas de Hart a Dworkin no se encuentran demasiadas protestas de haber sido malentendido y en el comentario al libro que ahora nos ocupa tampoco se explica en qué sentido haya podido malinterpretar yo la doctrina de Hart. No tiene mucho sentido mostrarse casi completamente de acuerdo con el análisis de la doctrina de Hart contenido en el libro y a continuación rechazar las consecuencias «obvias» que de él se desprenden.

El comentario de Páramo termina centrándose en otra cuestión que, aunque importante en sí misma, es en realidad también marginal respecto al contenido básico del libro; porque se refiere a la sugerencia o propuesta final que yo simplemente apuntaba como una posible vía de hacer compatible lo que de positivo (no lo que de positivista) existe en la doctrina de Hart con las correcciones que exigen sus deficiencias. En efecto, una vez descartada la idea de que los criterios formales de identificación normativa contenidos en la regla de reconocimiento agotarán las fuentes del Derecho, dada su incapacidad para identificar todas las pautas operantes en cada orden jurídico, proponía yo, a modo de simple esbozo, que se admitiera la existencia, junto a las fuentes juridificadas en la regla de reconocimiento, de otras fuentes o instancias emanadoras de Derecho; que vendrían a reconducirse a los principios ético-políticos socialmente prevaletentes; resultando así abierto, al menos parcialmente, el pulcro sistema cerrado de normas trazado por el positivismo. Sería un sistema que podría calificarse de abierto en el sentido de que junto a un núcleo (el conjunto de normas jurídicas válidas) perfectamente delimitable y ordenado gracias a su común validación por referencia a la regla de reconocimiento, existiría dentro del mismo orden jurídico otro bloque de normas, principios y pautas político-morales que por su fluidez y mutabilidad resultarían de imposible enumeración y reluctantes a cualquier intento de ordenación sistemática» (p. 234). Páramo sostiene que dicha propuesta podría ser asumida por el positivismo jurídico en cuanto que, a su juicio, no es incompatible con una teoría descriptiva del Derecho que mantenga la tesis de su separación conceptual de la moral. En este punto tengo que discrepar. Si hemos afirmado que la principal instancia, quizá la única, de la que ininterrumpida e inevitablemente fluyen nuevos principios que integran el cuerpo normativo del Derecho, es la moral social, la esfera de valores ético-políticos socialmente predominantes, difícilmente podremos aceptar que la propuesta más arriba esquematizada sea compatible con la tesis positivista de la no necesaria conexión entre el Derecho y la moral. Ciertamente Páramo razona bien cuando argumenta que «del hecho contingente de que los operadores jurídicos utilicen normas de carácter moral para justificar sus decisiones no se deriva la tesis de la unión conceptual entre el Derecho y la moral». En verdad, esa tesis no po-



dría derivarse de tal hecho si realmente fuera contingente. Pero, a mi juicio, no lo es. No es ocasional o contingente sino inevitable el uso que los jueces hacen de pautas morales en su labor de aplicación del Derecho. Es inevitable, entre otras cosas, porque las normas jurídicas requieren muchas veces integración y probablemente siempre interpretación, y ambas operaciones, si han de realizarse adecuadamente, no pueden dejar de tener en consideración los principios que justifican la existencia de cada norma singular y del orden jurídico en su conjunto. Y lo que justifica las normas y el sistema jurídico, un ordenamiento que restringe coactivamente nuestra libertad de acción, no puede determinarse sin hacer referencia al cuerpo de convicciones ético-políticas de la sociedad de que se trate. Si se acepta lo anterior no será fácil continuar negando la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral; salvo que se considere, como Páramo también parece hacer, que todas las pautas, principios o valoraciones, en su mayor parte de raigambre moral, que, aun no siendo identificables a partir de la regla de reconocimiento, operan indudablemente como Derecho, no forman en realidad parte del sistema jurídico sino que son elementos que los jueces pueden introducir en él, en el curso de su labor integradora e interpretadora del Derecho, haciendo uso de su discrecionalidad. Concebir así las cosas no me parece del todo satisfactorio, entre otras razones, porque requiere el reconocimiento de algo que gran parte de los juristas de todas las épocas han reputado odioso: la discrecionalidad judicial. No es ahora el momento de profundizar en la discusión de este tema<sup>9</sup>. Únicamente diremos que parece más acorde con el sentido de lo jurídico y con los derechos que los ciudadanos poseen en los ordenamientos modernos, interpretar la aplicación de las pautas morales que inspiran al orden jurídico como fruto de una trabajosa indagación en el Derecho ya existente y no como resultado de la invención, arbitrariedad o concesión graciosa de los jueces.

Concluye Páramo, en sentencia vagamente relativista, que «las soluciones a este tipo de interrogantes dependen del punto de vista que se adopte respecto al concepto de Derecho». Quizá podrían evitarse muchas disputas estériles si se emprendiera en lo posible el camino inverso; afrontando, en primer lugar, los interrogantes concretos que la realidad del Derecho suscita, tratando de ofrecerles una respuesta ajustada a la realidad de la vida jurídica práctica, y adoptando, a continuación, el concepto de Derecho que mejor se acomode a los resultados de la investigación anterior.

Reitero, en fin, mi agradecimiento al Profesor Páramo por su atención y confío en que mi réplica no haya pecado en ningún momento de impertinente: peligro que siempre acecha en esta especie de pugilatos doctrinales, donde fácilmente se escapa algún golpe bajo; lo cual, de producirse, hubiera sido doblemente inadecuado: porque siempre lo es y porque no se correspondería con el tono exquisitamente respetuoso y desapasionado del comentarista de mi libro; un libro que, por lo demás, no merecía tantas atenciones, que en todo caso agradezco.

9. Una síntesis actual de los argumentos contra la discrecionalidad judicial puede hallarse en la obra de R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 83 y ss.





## Aquel desvanecido rostro de la ética. Sobre el libro de Toni Doménech «De la Ética a la Política<sup>1</sup>»

Por CARLOS THIEBAUT

Madrid

Una de las maneras de negarle al presente su omnipotencia, la colosal fuerza de su opaca realidad, y de articular su crítica ética es comprenderlo como fruto de una evolución imperfecta, como producto no de un límpido e inmarcesible progreso sino de una historia más tortuosa de pérdidas, reajustes, equívocos o errores. Podría negársele así su orgullo, segársele bajo los pies la hierba de su inevitabilidad. Tal vez se conseguiría con ello un doble objetivo: en primer lugar, entender por qué es éste el estado de cosas dado que habitamos (es decir, comprender su génesis, su historia, como producto de una evolución que no ha conducido al mejor de los mundos posibles); y, en segundo lugar, por lo tanto, si el presente estado de cosas no es perfecto, podríamos pensar que es posible actuar de alguna manera sobre él y formular racionalmente argumentos y motivos para nuestra acción moral. En efecto, si concebimos el presente desde fuera de los optimismos de que le revisten las diversas modulaciones de la idea de progreso (somos mejores moralmente que nuestros antepasados, seremos peores que nuestros hijos) o desde fuera de los realismos que identifican lo que hay con lo que debe ser, y ésto con lo que sólo puede ser, podremos quizá pensarlo éticamente y concebir nuestra actitud moral no como un estado beatífico cumplido sino como un conjunto de distancias, de críticas y de problemas, de tareas en suma.

El libro de Toni Doménech tiene, entre los muchos y potentes filamentos de su trama, ese hilo conductor que busca una perspectiva ética racional desde la cual negarle al presente su opaca omnipotencia cuando aparece como el mejor de los mundos posibles o como un estado de cosas inevitable que es mejor no menear si no queremos ir catastróficamente a peor. ¿Pero

---

1. A. DOMÉNECH, *De la Ética a la Política. De la razón erótica a la razón inerte*, Prólogo de Jesús Mosterín, Barcelona, Crítica, 1989, 407 págs.

qué sería y cómo una ética racional? La historia del pensamiento está llena de propuestas morales y de reflexiones filosóficas sobre ellas que, no obstante, no parecen operar ni con la misma idea de bien ni con la misma idea de racionalidad y cuya pluralidad hace difícil hablar sin equívocos de tal idea de una ética racional. Desde las primeras páginas del libro que comentamos se recoge ese problema y se analiza empleando la misma matriz de interpretación del presente como resultado de una evolución imperfecta que hemos señalado: también la filosofía práctica puede comprender sus aporías presentes, sus límites y sus incapacidades si se concibe como resultado de un proceso que ha dejado en su camino cosas cruciales. El análisis de ese camino es un leitmotiv central de la investigación que comentamos. Toni Doménech señalará que en el mundo de la cultura moral antigua, la Grecia clásica, la forma de la racionalidad moral es «erótica», pues no atañe sólo a nuestras acciones sobre el mundo exterior y público, sino sobre todo a nuestros deseos y al trabajo que debemos realizar sobre ellos para conformarlos éticamente. Como veremos, esa razón erótica implica, por lo tanto, una noción compleja de la idea de «bien» que refiere al mundo interior del sujeto moral, a su orden privado. La cultura moderna, por el contrario, opera con una racionalidad «inerte» que supone intocables y deja intocados nuestros deseos y nuestras aspiraciones y que practica, por lo tanto, una idea achatada de bien, sólo referida al mundo de los objetos externos y no al de nuestra subjetividad. La razón inerte habla sólo de un ámbito público externo y declara inexistente lo que pudiera existir en la caja negra de los sujetos morales. Ese hilo de reflexión que conduce de la razón erótica a la razón inerte es aparentemente sencillo, pero al irlo desarrollando arrastra tras de sí multitud de consideraciones, análisis paralelos y encabalgados que hacen que la obra que comentamos sea, a la vez, de una brillante sencillez y claridad en sus planteamientos y tesis y que revista una extrema complejidad intelectual por los problemas que se ven iluminados desde aquella sencillez. Esa unión de limpieza teórica y de complejidad temática produce un resultado fascinante que hace del libro, en mi opinión, uno de los lugares centrales de nuestra actual discusión filosófica práctica, tanto ética como política.

*De la Ética a la Política* parte de una reflexión que nos sitúa *in medias res* y que, por sí misma, pudiera quizá ser también el germen de otro trabajo distinto, desligado del resto del libro que posee un carácter más lineal e histórico. No obstante, ese acercamiento, en cierta forma más sistemático e introductorio, nos ubica ante el problema que el libro abordará, despliega también algunos de los motivos intelectuales centrales de la obra y presenta, en ejercicio, su compleja metodología en la que se enlazan el uso de modelos formales provenientes de la teoría de juegos y de la teoría de la preferencia con el material proveniente de los textos de la filosofía clásica, moderna y contemporánea. Esa reflexión introductoria parte del conflicto que le supone a la mentalidad ilustrada racional el descubrimiento del mal, de un



mal que no puede entrar en sus cálculos y que debe alterar, por lo tanto, la estructura de esa mentalidad. Toni Doménech analiza las relaciones entre las ideas de mal, de necesidad y de virtud o racionalidad práctica una vez que no pudo quedar incólume la idea leibniziana de que vivimos en el mejor de los mundos posibles: la existencia del mal exige que revisemos el molde teórico y cultural que justificaba las pretensiones teístas y racionalistas. Ello le sirve a nuestro autor para presentar el primero de los «juegos» de su libro con los que irá interpretando los momentos centrales de la evolución del pensamiento ético-político clásico y moderno. Esos juegos —juegos de estrategias derivados de la teoría del mismo nombre y paradigmáticas expresiones de una comprensión de la conducta racional como aquella que define criterios, prefiere de acuerdo con ellos y actúa consiguientemente— se presentan y aclaran exhaustivamente y adoptan forma matricial para expresar los resultados de las posibles interacciones de sujetos que poseen sistemas de preferencias diversos. (No es mérito menor del trabajo que comentamos el haber aplicado novedosamente el instrumental hermenéutico que proviene de la teoría de juegos a la discusión de problemas filosóficos sustantivos, y no sólo metodológicos, y el lector hará bien en no confundir torpemente instrumento y contenido analizado). En el primero de esos juegos, «el juego del reino de la gracia», intervienen dios y sus súbditos, aquél deseando que crean en él y poniendo trabas para ello y éstos deseando su salvación y que dios les muestre un expedito camino para ello. El resultado del juego conduce a sospechar que el mal del mundo pudiera entenderse como una creación del mismo dios para inducir el ejercicio de la fe y para que los creyentes confíen en la salvación. Esa conclusión, que opera realmente en muchas teologías reformadas y contrarreformadas, sería, pues, la matriz de una impenitente comprensión teísta contra el viento y marea de los desastres naturales o humanos: el mal sería querido por dios para nuestro propio bien y salvación, lo que hace que sigamos creyendo en él con fe mayor que la de Job. Pero existiría otra alternativa posible y que estaría en el camino de secularización que desarrollo la modernidad cumplida, tanto la liberal como la republicana: la traducción del proyecto racional-optimista ilustrado de Leibniz a un lenguaje más directamente terrenal, político, la *civitas dei terrena*. El libro quiere mostrar cómo esa traducción heredaría, no obstante, muchos de los problemas y de los módulos de solución que operaban en las primeras formulaciones teológicas y cómo pesará sobre las nuevas soluciones propuestas un supuesto heredado del cristianismo: la limitada concepción de la naturaleza humana a unos términos individualistas y egoístas.

Pero tal vez la conclusión principal del capítulo no esté tanto, no obstante, en los problemas que aborda cuanto en la manera de hacerlo y en las cuestiones que se ponen en juego con ello, a saber, entender la idea de virtud y de acción desde una teoría de la acción racional que implica elegir la estrategia optimizadora entre diversas alternativas. ¿Pero, qué es, precisa-

mente, lo que se puede o se debe optimizar? ¿Qué es, de hecho, lo que se optimiza en cada uno de los mundos culturales en los que se plantea la pregunta ética por la felicidad?

Desde el capítulo segundo, dedicado a la filosofía clásica, el libro trata más directamente esas preguntas y coge directamente el pulso de aquel hilo teórico conductor que señalaba la modificación de la razón erótica clásica en razón inerte moderna. El análisis del planteamiento griego arranca de la discusión de la identificación socrático-platónica y aristotélica de virtud, felicidad y justicia, y que Toni denomina de manera plástica y atractiva «la tangente ática» y que se desharía, irreparablemente, en el mundo moderno. El autor expresa cabalmente una honda y melancólica fascinación por lo clásico y por su compleja y total concepción del hombre y de la ética. Esa fascinación se completará, en posteriores capítulos, con una contenida pero clara rabia intelectual que verá en el cristianismo «la pérdida de la virtud antigua y la aparición del concepto antropológico privativo», aquel que generaliza el dominio total de las pasiones sobre un ser moralmente débil, condenado, acrático. El mundo griego vuelve a aparecer en el libro de Toni con la fascinación que provocó en el primer romanticismo, un momento histórico que se trata con especial empatía en la última parte del libro dedicada a los análisis de Hegel, Fichte y Marx.

Es cosa ya discutida que la continuada y recurrente fascinación por lo clásico dice más de la actitud moderna, de sus sueños y de sus fracasos, que de una descripción ajustada de lo que realmente fueron las sociedades griegas de hace más de veinte siglos. Toni Doménech ejercita su fascinación no sin desconocimiento de aquella realidad, pero con no menor pasión que otros muchos modernos que le han precedido y con quizás similar indulgencia. Pero, tal vez hubiera sido pertinente que ajustara cuentas con otras fascinaciones contemporáneas por lo clásico que coinciden, al menos, con nuestro autor en que el proyecto ético moderno —por su formalidad, por su racionalidad— se deja en el tintero la estofa moral que habría que exigirle a una ética normativa a la altura de los tiempos. Me refiero, obvio es, a las críticas antimodernas que han realizado los neoaristotelismos conservadores y que quieren enfrentarse a la crisis de los paradigmas liberales reclamando alguna forma de regreso a la «comunidad», trasunto ensoñado de la vieja *polis*. El lector atento percibirá en muchos lugares que ese análisis está lejos del que realiza Doménech (véanse sus referencias a Leo Strauss; por ejemplo, aunque no tanto las de MacIntyre), y que él no reclama ningún «regreso» sino una «rectificación» (como señala explícitamente en el capítulo conclusivo de la obra); pero, como cabe aprender de la historia del romanticismo, a la vez que se acentúa la fascinación por lo clásico es necesaria, también, una cuidadosa aclaración respecto a qué clasicismo se quiere recuperar, a qué fines, con qué implicaciones. Ello es pertinente para que algunas similitudes en el diagnóstico de lo acontecido en los últimos dos milenios de filosofía no induzcan al error de pensar que se está en el



mismo lugar de aquellos que reclaman un retorno, tal vez fundamentalmente religioso, a las muchas Arcadias que operan con nociones sustantivas, antropológicas, culturales u ontológicas de bien.

Y frente a esas Arcadias el clasicismo de Toni Doménech es, ante todo y como queda apuntado, el que refiere a una noción compleja de bien que no sólo comprende aquello que queremos, el conjunto de bienes y de prácticas y que él denomina —con la especial terminología económica que aparece a lo largo del libro y que pone de relieve que su concepción de la filosofía le aleja, como cabal discípulo de Manuel Sacristán, de cualquier concepción sustantiva de la filosofía— «conjunto de oportunidad exterior». Esa noción compleja incluye, también y sobre todo, las preferencias de segundo orden (por qué queremos lo que queremos) y aún las de tercer orden (nosotros mismos como seres que quieren, nuestra misma subjetividad moral) y que serían, en la misma terminología, el «conjunto de oportunidad interior». ¿Cómo se relacionan ese trabajo sobre lo externo —bienes y relaciones sociales, política en suma— con el trabajo sobre lo interno —nuestros deseos, nuestra subjetividad moral, ética en suma— en el proyecto de la tangente ática? Toni Doménech acude, de nuevo, a un juego —esta vez al conocido dilema del prisionero— para mostrar brillantemente cómo sólo la modificación en el orden de preferencias de los jugadores pudiera resultar en un resultado óptimo. En efecto, si los participantes en ese conocido dilema sustituyeran la sospecha y la desconfianza mutuas (que conducen a pensar que lo mejor es que colaboren los otros pero no yo), por una suerte de confianza mutua (lo mejor que nos puede pasar es que todos, yo y los otros, colaboremos), el resultado del juego será una interacción de mutua colaboración pública en virtud, precisamente, de un comportamiento individual —privado— que atiende a la felicidad individual entendida de una manera determinada. La *pólis* sería el marco que hace posible que tal acontezca y lo que induce, en el proceso de la *paideia*, la modificación de las preferencias de los individuos —el qué queremos y por qué— cuando éstas no se acomodan, por carencia, por debilidad, por *akrasia* a la mutua colaboración que ella misma como *pólis* supone. El tema de la *akrasia* es otro elemento central constante de reflexión en el libro y apunta, precisamente, a esa incapacidad de trabajo sobre las propias preferencias y deseos y contra la cual lucha la *pólis* toda con su propuesta de vincular el bien privado y el bien público sobre el supuesto de un marco normativo de interacciones. Ese marco supone un trabajo en ambas direcciones: sobre nuestra capacidad motivacional y deseante y sobre las relaciones en las que nos movemos. ¿Pero qué garantiza la realización de ese ideal? O, mejor, y una vez que damos su propuesta por sabida, ¿qué es lo que puede hacerlo fracasar? Se hace posible un retorno a la peor situación del dilema del prisionero si, por ejemplo, sustituimos al ser moral de la tangente ática —el *enkratés* socrático— por el débil de voluntad, por el *akrático*. El débil no trabaja sobre sí, sobre sus deseos y preferencias que deja intocadas y no va más allá de su primer impulso. Al

contrario de lo que sucede en el modelo de la tangente ática, su participación política es un continuo «quedar por debajo» de las circunstancias. Toda solución no infernal parece depender, pues, de esa idea del bien privado que tan crucialmente define la tangente ática.

En un momento crucial de la argumentación del capítulo segundo, en su tratamiento del estoicismo, Toni Doménech señala cómo la filosofía helenística profundizó esa propuesta ática en el orden de la subjetividad. En la *Cosmópolis*, el sujeto no se halla ya como en la *pólis*; aunque, como en ésta última, quede clara y en primer plano la idea de *bien privado*, la comunidad inmediata no será el nicho del comportamiento ético. Al ampliarse el mundo moral hasta abarcar el universo entero, ese nicho queda reducido — quizá paradójicamente — al individuo mismo que se guía por su sola razón y que busca la armonía interna de su alma con la del cosmos.

Al leer estas páginas sobre el estoicismo, una ética de refugio en el individuo, no puede evitarse la sensación de que Toni Doménech reconoce en esa forma de helenismo el paradigma ético que reflejaría con mayor transparencia la forma posible de una actitud ética contemporánea, tan atravesada, por su parte, de los tonos de una ética de resistencia tras muchos fracasos en nuestra invención de formas de convivencia. Esa sensación se ve confirmada cuando vemos cómo se contrastan la mayoría de los desarrollos ulteriores de la filosofía práctica con ese trabajo sobre la subjetividad moral que centra la derivada helenista de la tangente ática y que se convierte así, en el rasero del presente desde el que éste muestra y hace patentes sus límites.

Pero esa fascinación por el clasicismo helenista y por las formas en las que resuelve las relaciones de las profundidades del alma con los sentidos del mundo en un programa ético que es a la vez resistente y activo, ético y político, se complementa a lo largo del libro que comentamos con otra fascinación que puede dejarnos algo perplejos. En diversos momentos Toni Doménech resalta el trabajo sobre el yo que propone el budismo como un ejemplo cumplido de aquella idea privada de bien que el estoicismo apuntó y que la modernidad excluye de sus planteamientos a la hora de echar las cuentas de la relación del individuo con su entorno natural y social. El budismo no es sólo un ejemplo de *otra* filosofía práctica (o de la práctica de otra filosofía), sino que parece muchas veces sugerirse como una terapia que sería deseable frente a nuestras insuficiencias. Personalmente no puedo reprimir alguna duda ante esa fascinación: por una parte las argumentaciones y referencias suministrados por el autor convencen ciertamente de la bondad (teórica, práctica, social) de muchas de las intuiciones que parecen ser virtudes de algunos momentos de esa religión sin dios; pero, por otra, percibo fuertes, aunque quizá no insalvables, obstáculos para poder realizar con éxito y sin distorsiones un ejercicio transcultural como el que Toni Doménech pudiera apuntar o sugerirnos (ya que, por prudencia, nunca propone de manera directa). ¿No permanecemos, más bien ya para mal que



para bien, prisioneros de la jaula de hierro de la modernización? ¿Podemos recuperar en la cultura occidental moderna aquel trabajo sobre el yo —sobre las preferencias de tercer orden— que apuntó el estoicismo, que vislumbró en algún momento el romanticismo, y que ejemplifica tan claramente algunos momentos de la cultura budista? ¿Cómo reinterpretar desde la perspectiva del trabajo sobre sí que se apunta en el budismo la compleja formalidad y diversidad de las esferas públicas que de hecho, aunque con grandes costes, constituyen el núcleo de nuestra actual autocomprensión como especie? ¿Qué efectos ha de suponer esa recuperación sobre las relaciones entre las esferas íntima, privada y pública que actualmente desarrollamos y, en concreto, sobre los mecanismos formales —el derecho, las estructuras normativas cotidianas, los códigos de identificación social— por medio de los cuales construimos nuestra identidad en esas esferas?

Esas preguntas tienen, desde mi punto de vista, máximo interés: inquietan, entre otras cosas, por los déficits en la formación de nuestra subjetividad moral en el presente y que pueden verse, entonces, como la clave de los déficits de las teorías normativas postilustradas —tanto liberales como republicanas— desde las que parecemos in-comprender nuestro presente. Es a esas incomprendiones a las que el libro dedica el grueso de sus páginas, con brillantes análisis de la teoría política moderna —Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Schopenhauer, Fichte, Hegel, Marx— desde la perspectiva heurística que caracteriza la obra que analizamos y a ellas regresaremos más adelante. Mas conviene que nos detengamos sobre la pregunta que acabamos de formular: ¿Podemos recuperar, y cómo, una idea «erótica» de razón práctica, una idea compleja de bien, una idea acerca del trabajo sobre nuestra subjetividad moral?

Permítaseme un relato parcialmente alternativo al que realiza Toni para intentar formular algunas posibles dudas ante su análisis. En el tratamiento de Agustín de Hipona se señala la pérdida de la virtud antigua a manos del pensamiento cristiano que opera con una noción privativa de naturaleza humana (nada, ni el hombre, actúa teleológicamente, *propter finem*) que se legará a la filosofía moderna y notablemente a Hobbes. La filosofía posterior, y sobre todo, el pensamiento reformado tomará como postulado intocable esa comprensión del hombre como ser pecaminoso, egoísta e individualista: incluso Kant —para quien nada puede ser dicho bueno sin restricciones sino una buena voluntad— querrá pensar un sistema político que fuera eficaz hasta para demonios con tal de que fueran «demonios inteligentes» (temática ésta a la que Toni dedica páginas claras y sugerentes). No creo que pueda negársele a Doménech parte de razón en su análisis, pero tal vez no haga plena justicia a otros datos quizá importantes: permítaseme proponer que aunque sea en las tradiciones heterodoxas la noción cristiana de virtud cooperó de manera determinante en la constitución de una nueva idea de subjetividad. Esa idea está a la base de la idea *estética* moderna de subjetividad y que Toni considera como un vislumbre, al me-

nos, de aquella noción de bien privado que tanto necesitamos. La obra de Agustín de Hipona es indudablemente compleja y muchas veces aporética, pero tiene un elemento que se me antoja crucial a estos efectos: la tarea de la construcción de la subjetividad que se ejerce en las *Confesiones* y que abre un mundo distinto al que había apuntado la cultura clásica (aunque, como Toni sugiere, creo que acertadamente, no pueda decirse que el mundo griego carezca de la noción de reflexividad y subjetividad morales). Esa construcción de la subjetividad es la que aparece y estalla en la ascética y en la mística de la primera modernidad, con mediaciones históricas y culturales que sería prolijo mencionar siquiera ahora. Las páginas de *Camino de perfección* y de *Subida al Monte Carmelo* son sólo dos de los posibles ejemplos de ese proceso de construcción del yo, de trabajo sobre el conjunto de oportunidad interior, por decirlo con el lenguaje de Toni. Cabría quizá añadir a tales cumbres los *Ensayos* de Montaigne u obras más directamente ilustradas o postilustradas como las *Confesiones* de Rousseau o *The Prelude* de Wordsworth. No creo que haya rupturas abismales en esa saga de construcciones textuales del yo y de la subjetividad en nuestra cultura, aunque sí —y esa es cuestión ciertamente crucial— una diferenciación y segregación de los lenguajes teóricos y culturales en los que se realiza. La ética y la filosofía política modernas postcartesianas prescindieron, ciertamente, de la dimensión que venimos señalando y entre sus efectos no está sólo el que se alejaran ética y política, razón erótica y razón inerte, sino, sobre todo, que parecieron distanciarse sin remedio lo estético, lo ético, lo político y lo científico hasta un punto de casi segregación e incompreensión, quedando la construcción del yo relegada a la dimensión estético-expresiva, sin aparentes nexos con las reconstrucciones e interpretaciones de la filosofía práctica normativa. Las complejas relaciones entre lo privado y lo público —como esferas, como ámbitos, como lógicas de socialización— adquirirían desde esa perspectiva un carácter problemático nuevo.

Si así fuera podríamos diagnosticar una clara insuficiencia en la filosofía política a la hora de interpretar los mecanismos y formas de la interacción social, pero no podríamos afirmar que esté ausente de nuestra cultura una noción privada de bien. Más bien, esa noción estaría ubicada, si no oculta, en aquellos talleres de la subjetividad que —con conocidos e inmensos problemas, como bien sabemos— se constituyen en las disciplinas expresivas. Cuestión distinta —tal vez *la* cuestión— es qué criterios de validez pueden operar en esas disciplinas, como también es otro problema —tal vez *el* problema— que en ellas se producen formas de cosificación y de mercantilización de nuestra psique que parecen venirle como anillo al dedo a nuestra sociedad mercantil y amenazan con ser su tándem perfecto.

Este distinto análisis de los lugares en los que pudiera habitar la subjetividad que constituiría el núcleo moral sobre el que debiéramos elevar nuestra cultura ética y política difiere del de Toni Doménech en el dibujo de algunos diagnósticos y propuestas ante el presente —cuestión ésta que, lógica-



mente, no puede esperarse que sea abordada de forma sistemática en el libro que comentamos— pero coincide plenamente con él en un punto quizá central: el de los déficits de las teorías éticas y políticas modernas, a cuya génesis se dedican, como hemos dicho, los capítulos centrales del libro y a los que nos volveremos en seguida.

Antes de referir esos análisis, pudiera ser el momento de formular algún comentario sobre el alcance y el estatuto de los mismos. Aunque sería errado confundir, como hemos dicho, la metodología empleada por Toni Doménech con su tesis central (la evanescencia de la razón erótica y los callejones sin salida de una ética pública que desconoce la idea de bien privado) o con los materiales analizados para defenderla, existe el riesgo de que la potencia de esa metodología —la disección de las teorías políticas desde la teoría de juegos y desde el análisis de preferencias— produzca un efecto perverso y que esos materiales acaben por ser sólo momentos forzados dentro del formalismo que aquella metodología analítica impone. Tal vez, y como hemos querido sugerir en los párrafos anteriores, las categorías formales, las estrategias intelectuales y las ideas éticas de la modernidad deban leerse a la luz de los procesos de construcción material (textual, histórica, social) de formas de subjetividad hasta entonces inexistentes o no generalizadas. Se nos impondría, aquí también, una davidsoniana negación de la dualidad entre esquema y contenido: las teorías y sus elementos analíticos debieran ser comprendidos *desde* esos procesos (esos «contenidos»), contando con ellos, pues sólo serían ellos los que las harían inteligibles (posibles, pertinentes, relevantes) como teorías éticas o políticas. Los análisis y las teorías sobre las diversas formas de articulación pública en ámbitos, instituciones y lógicas diferenciadas no podrían comprenderse al margen de la importancia que revisten las formas reflexivas de las construcciones de la subjetividad. En efecto, las muchas caras de los «yos» sociales (y de los procesos de socialización) hacen posibles pluralidades institucionales y diferenciaciones discursivas y, de idéntica manera, el sesgo formalista de la ética kantiana sólo puede ser inteligible, como Mead sugería, desde la perspectiva de formas materiales de subjetividad que adoptan carácter reflexivo. Ni se reclama con ello privilegio «infraestructural» alguno ni, probablemente, Doménech haya querido negar con su propuesta tales análisis (u otros más precisos de similar corte, como los que ha realizado Taylor recientemente), pero cabe el riesgo de que la potente dinámica que impone la formalidad de sus interpretaciones acabe por hacernos caer en el error de entender esas explicaciones formales como explicaciones causales de las teorías, o peor aún, de los mundos problemáticos a las que ellas responden o de que esa formalidad explique y agote el tipo de problemas que los autores quisieron abordar al formularlas.

Ese riesgo, que probablemente se conjuraría haciendo explícito el estatuto de los análisis realizados no anula, no obstante, su brillantez ni su capacidad de sugerencia. Algunos de esos análisis, como el de la interpreta-

ción de Hobbes a partir del dilema del prisionero, pueden quizá sorprender menos al lector por tener antecedentes, por fluir de forma relativamente obvia y por la sobriedad con la que se expresan, pero constituyen — opino— un tratamiento ya casi canónico: la noción privativa de la naturaleza humana que antes apuntamos, y que es un supuesto incuestionado de las teorías políticas modernas, hace inevitable un dilema del prisionero generalizado y la única forma de evitar tal infierno es transferirle al soberano absolutista —nuevo dios y no sólo nuevo Leviatán— la capacidad de decisión de los súbditos. Toni Doménech dedica muchas páginas a las soluciones de salida a tal planteamiento: el liberalismo de Locke intenta atar al soberano en sus decisiones por medio de la ley y dejar en manos de los súbditos algún resquicio de capacidad de decisión que ellos se encargarán de transferir a esa misma ley y al supuesto natural de la libertad, de la dignidad o del libre juego del mercado; el absoluto despotismo del soberano absolutista no se contrapone con una radicalizada noción de subjetividad moral y de libertad, sino con el supuesto del buen orden «natural» de las leyes sociales del mercado que son ya el único nicho de la dignidad humana. Pero el soberano liberal lockeano no será menos soberano absoluto: su arbitrariedad no será menor, aunque sea distinta, de la del soberano absolutista hobbesiano. Los súbditos liberales tendrán carencias distintas a los que viven la minoría de edad absolutista, pero no son menos súbditos y su psique no es menos plana que la de éstos. Otra posible solución al riesgo de generalización del infierno y de la guerra de todos contra todos aparece en el análisis del republicanismo. En esas páginas —de las más bellas del libro en su precisa contención— desarrolla nuestro autor unos análisis, ciertamente brillantes, sobre la idea de «bien público» en las diferentes versiones de la voluntad general roussoniana y el supremo bien kantiano. El análisis de Kant y de la «inevitabilidad» de la escisión entre mundo nouménico y fenoménico en el terreno moral, así como el de las aporías a que tal escisión conduce, posee una agudeza y una capacidad de sugerencia que pasan por encima de las sospechas de su ajuste pleno a los textos, más complejos siempre que lo que puede interpretar una única clave hermenéutica por muy fecunda que sea. El difícil e inevitable equilibrio entre esos dos mundos llevan a Toni Doménech a la formulación de un «trilema de la filosofía práctica kantiana», según la balanza se incline por dar prioridad a uno de los «yos» de esos dos mundos, nouménico y fenoménico, o se opere, como tercera alternativa, la ruptura de la síntesis entre ambos a la que aspiraba el criticismo. Ese trilema es la matriz a partir de la cual se entiende y analiza la filosofía idealista alemana en el penúltimo capítulo del libro. Mientras Fichte, Schelling y Hegel darían primacía de diversas maneras al mundo trascendental frente a los imperativos eudaimonistas del yo fenoménico e intentarían salvar la síntesis criticista vía una filosofía de la historia, Schiller y Feuerbach reclamarían furiosamente, y cada uno a su manera, los fueros de nuestra fenomenicidad a costa del criticismo mismo. Schopenhauer re-



presentaría la irreconciliada escisión de ambas esferas, el profundo pesimismo de la no-solución, el reconocimiento del fracaso.

El análisis tiene, aquí, una categoría mayor que la de ser sólo una interpretación y se convierte en una idea filosófica. El trilema de la filosofía práctica moderna pone tan de relieve la ausencia de aquel trabajo sobre la subjetividad que era condición de cualquier comprensión de la idea de bien (privado y público), que tanto ella como sus herederos son conducidos irremisiblemente a callejones sin salida, tanto teóricos como históricos. En los tres tipos de soluciones esbozadas al trilema se dibujan todas las formas de crítica moderna y también, por lo tanto, su agotamiento. Cualquier paso ulterior, cualquier salida, debiera exigirnos un cambio de terreno y de paradigma práctico.

No nos habla Toni Doménech de ese paradigma, pero algo parece apuntarse, y el libro concluye con un rápido análisis de algunos aspectos de diversas grandes teorías ético-políticas contemporáneas desde algunas aportaciones de la teoría de información: el utilitarismo, la relevancia de los teoremas de imposibilidad de Arrow, y los intentos de escapar a algunas de sus consecuencias en el contractualismo de Rawls y en la ética discursiva de Habermas. Los análisis no pueden, lamentable y obviamente, ser tan precisos y matizados como habría sido de desear y se limitan al tipo de información que esas teorías ponen en juego incurriendo en alguna evitable simplificación (como, por ejemplo, la ausencia de la idea de equilibrio reflexivo de Rawls). Las preguntas del lector se disparan entre lo esquemático de algunos análisis y lo fecundo de algunas sugerencias: así, por ejemplo, ¿una interacción generalizada que ampliase el número y la calidad de las informaciones circulantes potenciaría aquel trabajo sobre la naturaleza interna, la subjetividad, o podría también hacerla aún más opaca, dadas las actuales circunstancias? ¿Qué condiciones harían imposible ese riesgo? Esas preguntas, entre otras, forman tal vez parte de otra investigación distinta de la que aquí comentamos, pero creo que Toni Doménech tiene razón al apuntar que ese núcleo de problemas ha de estar entre aquellos que una ética racional necesitaría considerar si ha de estar a la altura de los tiempos.

*De la ética a la política* se sitúa, en suma, en el corazón de muchos debates contemporáneos, sólo algunos de los cuales han sido aludidos sesgadamente en este comentario. Quedan por referir algunas virtudes más del texto, como el alto nivel de su información secundaria y de sus fuentes, así como su rigor conceptual a lo que deben añadirse multitud de hallazgos terminológicos de insospechada potencia. Las dudas o discrepancias que ante el texto pudieran presentarse —como las aquí esbozadas— obedecen a las cuestiones presentadas por Toni Doménech son, en sentido estricto, posiciones e ideas filosóficas las cuales, como es sabido, exigen diálogo y discusión racional por su misma naturaleza. Tanto en el foro académico como, de manera urgente y por muchas razones, fuera de él.





## Comentario a la reseña de Carlos Thiebaut

Por TONI DOMÉNECH

Barcelona

No hará falta decir que me siento halagado por la propuesta del «Anuario de Filosofía del Derecho» de organizar un pequeño debate académico sobre mi libro. Pero al halago personal se unen dos factores que dan cierto interés más objetivo a la propuesta: lo insólito de este tipo de debates —corrientes en todas las culturas filosóficas contemporáneas prósperas— en el más bien onanista y ergotizante mundo filosófico español, y el hecho de que el crítico elegido por la revista sea un autor sólidamente instalado en una tradición filosófica algo distinta de la mía, y uno de los filósofos de mi generación a quienes más estima intelectual profeso.

La reseña de Carlos Thiebaut consiste en un comentario interpretativo de mi libro. No hay, por lo tanto, una crítica frontal de mis tesis centrales, sino una presentación quintaesenciada de éstas al lector de la presente revista y un interesante ejercicio de traducción de ellas al lenguaje de su propio discurso filosófico (o a una recreación en ese mismo lenguaje). El ejercicio me parece interesante, si más no, porque, según alcanzo a entender, esa traducción es correcta y no me siento traicionado por ella (traducir, *hermeneien*, es siempre, como bien sabían los griegos, interpretar); parece, pues, posible discutir aun usando lenguajes e instrumentos analíticos distintos. La discusión global huelga porque de la reseña de Thiebaut se infiere una clara empatía con la posición substancial defendida en el libro. En cambio, su buen ejercicio de traductor intérprete parece garantizar que la discusión de sus discrepancias —o reservas— locales puede hacerse con sentido.

Las principales discrepancias o reservas «locales» de Thiebaut se reducen, si mi inventario no falla, a seis. En lo que sigue, limitaré mi comentario a discutir las una a una, no por orden de importancia, sino por «orden de aparición».

1. Carlos Thiebaut sugiere que mi «fascinación por lo clásico» está emparentada con la que experimentó el primer romanticismo, al menos en el trato «indulgente» dispensado al mundo clásico. Quizá se trate aquí de un problema de conceptualización histórica (¿qué entendemos por «primer ro-

manticismo»?), pero yo diría que el antecedente más obvio del tipo de recuperación filosófica del mundo clásico que yo propongo es el clasicismo —o neoclasicismo— racionalista tardodieciesimo y tempranamente decimonónico, no el del romanticismo del pleno XIX. La cultura de la revolución francesa (en Francia y fuera de ella) es neoclásica en ese sentido, y no romántica. Quizá tenga sentido decir que el clasicismo de Weimar es romántico, pero entonces hay que recordar también las críticas del mordaz Jean Paul a Goethe y a su círculo instándoles a recuperar no sólo la estética del mundo antiguo, sino también el pensamiento ético-político republicano clásico. Y en ese sentido mi clasicismo tampoco estaría muy emparentado con el clasicismo «romántico» de Weimar, sino con el de Jean Paul. En realidad, todo el pensamiento político moderno «fascinado» por la antigüedad clásica ha sido un pensamiento racionalista-revolucionario: desde Guicciardini, el Maquiavelo de los *Discorsi* y Cromwell, hasta Rousseau (el Rousseau del Contrato, no el de la Nueva Eloisa), Robespierre, Condorcet, Kant y Marx. De que esta tradición republicana clásica ha fracasado intelectual y políticamente, no hay dudas. En mi libro intento averiguar el por qué; y como yo me siento en esa tradición, propongo una crítica que hay que entender como autocrítica. Pero esa es ya otra cuestión.

2. En una crítica local emparentada con la anterior (y que ayuda, quizá, a comprenderla mejor), Thiebaut sugiere que «hubiera sido pertinente que ajustara cuentas con otras fascinaciones contemporáneas por lo clásico», básicamente los «neoristolismos conservadores» o «comunitaristas». Es muy posible que lleve razón en este punto. Lo único que puedo hacer aquí es sugerir algunas razones que justifiquen el que no lo haya hecho y otras que, en caso de que las primeras no basten, suplan al menos el fallo proporcionando en directo lo que Thiebaut echa de menos. Por lo pronto, yo no diría que los comunitaristas neoristolélicos recuperen el mundo clásico, o estén primariamente interesados en ello; el comunitarismo es un punto de vista antimoderno y antiindividualista que aspira a recuperar (o a dignificar filosóficamente) el mundo sociocultural premoderno de un modo indiscriminado: eso quiere decir que se pone en el mismo saco al mundo clásico antiguo y al medioevo europeo (y a varias cosas más). El mundo moderno sería reo de una concepción atómico-individualista de la sociedad, concepción que se compadecería mal con cualquier discurso ético, el cual necesariamente debería asentarse en un solio comunitario. A este punto de vista fácilmente puede clasificársele como «romántico», por enlazar con el punto anterior. Pero para mí tiene poco interés por los siguientes motivos: (1) Su interpretación del mundo clásico (Aristóteles incluido) es irrecibible: el mundo clásico fue filosóficamente individualista (y de un modo infinitamente más refinado que el mundo burgués moderno, al menos en las expresiones culturales de su patriciado); (2) pone en el mismo saco el pensamiento cristiano medieval y el pensamiento clásico, y cerca de un tercio de mi libro está dedicado a mostrar lo contrario, a saber, que la cultura moral cristiana sig-



nifica una ruptura total y crucial con lo esencial del pensamiento ético antiguo; (3) por lo que hace al debate propiamente contemporáneo, la posición comunitarista no es interesante desde mi punto de vista, puesto que la crítica de las éticas sociales más refinadas de que disponemos actualmente (el liberalismo de izquierda de Rawls, Dworkin o Sen o el liberalismo de derecha de Nozick, pongamos por caso) tiene que librarse en un frente al que, por su propia lógica interna, el comunitarismo no puede acceder: el frente de la ética privada y su relación con la pública. Sean cuales fueren las abismales diferencias que separan a los autores del frente «liberal», todos comparten (con la interesante excepción del ultimísimo Dworkin, y en cierto sentido, de Sen) un claro agnosticismo respecto del problema clásico de la «buena vida» (la pregunta socrática, la pregunta crucial de la ética privada: «¿cómo debemos vivir?»). Todos ellos creen, en mayor o menor medida, que se pueden construir teorías de la justicia o éticas sociales agnósticas o indiferentes respecto de la determinación de lo que sea la buena vida de los *individuos*. La posición básica de mi libro es que esto no es posible, y me enfrento a la tarea de mostrar la génesis histórica de esta idea inconcebible para el mundo moral clásico, la idea, esto es, de que la pregunta por la buena vida de los *individuos* es irrelevante a la hora de construir éticas sociales o de hacer filosofía política. Quizá del frente comunitarista salgan algún día sugerencias interesantes sobre cómo abordar el problema de la buena vida, ya a través de un refinamiento de la idea fenomenológica de la *Lebenswelt*, o de ideas emparentadas que echan su raíz en la quinta meditación cartesiana de Husserl, pero ese día su «comunitarismo» necesitará también de una revisión muy seria.

3. Thiebaut me atribuye una especial «fascinación» por las éticas helenísticas, y en particular por la estoica. De un modo muy pertinente vincula eso con mi afición y mi interés por la filosofía budista, y sugiere que mi propuesta de rectificación de la modernidad toma en cuenta las enseñanzas de estoicos y budistas en la tecnología del alma. Thiebaut percibe «fuertes, aunque quizá no insalvables, obstáculos para poder realizar con éxito y sin distorsiones este ejercicio transcultural». Como este es un punto en el que han insistido ya varios de mis críticos (quizá como resultado de la «sorpresa» a la que alude el mismo Carlos), vale la pena precisar un poco mi propio punto de vista al respecto. Como ya he dicho en el punto anterior, el hilo argumental fundamental de mi libro es la narración conceptual de la historia de la pérdida del problema y de la idea de la felicidad o «buena vida» en el pensamiento ético político occidental. Mi propia posición es que sin resolver este problema de ética privada no pueden construirse éticas públicas o sociales interesantes (o quizá ni siquiera lógicamente consistentes). Lo que yo afirmo en mi libro es que este problema se lo plantearon los griegos áticos y helenísticos, lo mismo que los budistas, con una finura y una profundidad que no ha sido igualada por ninguna otra cultura superior, incluida la Europa moderna. Que su solución sea satisfactoria es

harina de otro costal. Afirmar una cosa u otra apenas toca el argumento central de mi libro. Pero, personalmente, pienso que el arsenal de intuiciones y sabiduría psicológica que puede encontrarse en el budismo es valioso. No es cosa de entrar ahora en una defensa de este punto de vista. Bastará en la presente discusión con consignar dos cosas: que en mi opinión el budismo clásico es un racionalismo más integral y completo que el occidental moderno, y por lo mismo, al menos tan universal como él<sup>1</sup>. Desde este punto de vista, si los japoneses no han tenido, a lo que se ve, grandes problemas en aceptar el fabuloso «ejercicio transcultural» que es pasarse a la gloria de la cultura europea, su ciencia-técnica, ¿por qué habríamos de tener los occidentales dificultades en realizar el «ejercicio transcultural» de incorporar la tecnología budista del alma, de pretensiones no menos, sino, si acaso, más racionalistas y universalizadoras? Sea como fuere, de que las técnicas del alma de inspiración budista son universalizables puede dar buen testimonio el creciente número de filósofos serios y psicólogos teóricos y empíricos occidentales interesados en sus *performances*.

4. La cuarta crítica local de Thiebaut es seguramente la más importante. Creo que se deja resumir así: un punto central de mi propia exposición de la pérdida de la racionalidad erótica antigua es la ruptura cristiana con esa misma racionalidad y la consiguiente aparición de una noción antropológica privativa, de acuerdo con la cual el hombre no puede elegirse a sí propio; Thiebaut parece pensar que eso es sólo una parte de la historia; que, «al menos en las tradiciones heterodoxas la noción cristiana de virtud coopera de manera determinante en la constitución de una nueva idea de subjetividad». Parecería, pues, si entiendo bien el alcance de esta crítica, que mi reconstrucción de la idea cristiana de subjetividad (que implica, en mi opinión, la pérdida de la noción clásica de la autoelección racional del individuo) se centrara en la corriente ortodoxa, perdiendo de vista variantes cristianas heterodoxas que habrían sido determinantes en la constitución de una noción de subjetividad moderna interesante para la racionalidad erótica. Como en mi libro me ocupé con bastante extensión de la variante herética apocalíptica del cristianismo, y más fugazmente, de sus variantes místicas, la crítica me produce cierta sorpresa. Pero mis dificultades serias con esa crítica comienzan cuando el primer ejemplo de «heterodoxia» apuntado por Thiebaut remite a las *Confesiones* de Agustín de Hipona. Por lo pronto, me parece difícil clasificar esa obra (o cualquiera otra del formidable publicista-teólogo de Cartago) como «heterodoxa». Que en esa obra se apunta a un concepto de subjetividad que será influyente luego, hasta la modernidad, es cosa que está fuera de duda; en cambio, que ese concepto sea inte-

1. «Hay dos vías, ¡oh monjes constructores!, de soportar el mundo: aceptarlo, aprobarlo, como los sabios; o rehacerlo, como los artistas. Pero aprobarlo significa rehacerse a sí propio, y rehacerlo, aprobarse a sí mismo: lo primero es difícil; lo segundo, presuntuoso. La vuestra es la vía media». Bhuddhadassa Bhikkhu, Wat Suam Mok. El «artista» es el arquetipo occidental; el «sabio», el arquetipo oriental. El budismo interesante es el que se propone como un racionalismo universalizador, cuya vía media integra a esos dos arquetipos como casos extremistas particulares.



resante desde un punto de vista, digamos, «erótico», de autoelección del individuo, es cosa que yo no puedo alcanzar a ver<sup>2</sup>. La siguiente ilustración que proporciona Thiebaut de su concepto de heterodoxia es más convincente: «la ascética y la mística de la primera modernidad». Haré cuatro comentarios al respecto: (1) estoy básicamente de acuerdo con Thiebaut en que la subcultura mística que ha producido el cristianismo escapa en buena medida al reproche de impotencia autoelectiva (aunque, por lo que se verá más adelante, no estoy seguro de que esto sea exactamente lo que Thiebaut ha querido decir): el místico cristiano busca fundamentalmente la autoaniquilación, la disolución del yo (aunque no es lo de menos el que la busque en Dios...)<sup>3</sup>, y eso implica lógicamente un trabajo de autoelección y auto-modelación. Es interesante darse cuenta de que esa forma de autoelección está bastante alejada de la autoelección griega clásica (que no aspira a tanto, a disolver el yo), pero tiene un fantástico parentesco con ciertas formas de budismo theravada que culminan el proceso de autoelección con un verdadero suicidio psíquico del sabio mediante que se convierte, después de lograrlo, en un *arhant*, en una persona sin yo, permanentemente instalada en el nirvana e incapaz ya de sufrir porque ha extinguido todos sus deseos<sup>4</sup>. Es muy probable, aunque no es esta oportunidad adecuada para argüirlo, que la subcultura mística cristiana (no ya la incipientemente moderna, a que alude Thiebaut, sino la antigua tradicional) haya estado directamente influida por el budismo a través del crucial contacto de la cultura monástica con las *sanghas* budistas sirias en el siglo IV. (2) Si esto, como yo creo, es así, proporcionaría una prueba adicional en favor de mi convicción de la universalizabilidad y flexibilidad de las técnicas del alma budista. (3) De todas formas, el misticismo cristiano, incluso el mejor, no pudo librarse de la teonomía característica del tronco de su tradición, lo que le convierte, a lo sumo, en una pálida y marginal práctica de autoelección. Y (4) además: el misticismo ha sido, en Occidente, política y socialmente irrelevante; que yo sepa nadie ha propuesto filosofías políticas o éticas sociales que partan del concepto místico de la buena vida, lo que explica el tratamiento marginal que la mística cristiana recibe en mi libro.

La siguiente ilustración que aporta Thiebaut a su caracterización alternativa de lo que ha representado el cristianismo heterodoxo para la formación de una noción moderna interesante de subjetividad tiene que ver con las dimensiones que él llama «estético-expresivas»: «no podríamos afirmar (con su caracterización alternativa, A.D.) que esté ausente de nuestra cultura una noción de bien privado. Más bien esa noción estaría ubicada, si no oculta, en aquellos talleres de la subjetividad que —con conocidos e inmensos

2. Véase mi propia apreciación de las Confesiones de Agustín y su comparación con las de Rousseau y con el punto de vista antiguo clásico en la pág. 199-200 de mi libro.

3. Y en ese sentido, es discípulo del poco místico Agustín: «Cum enim te, Deum, quaero, vitam beatam quaero» (Conf. X, 22).

4. A esa cuestión me refiero fugazmente en la pág. 329 de mi libro.

problemas, como sabemos—, se constituyen en las disciplinas expresivas». No estoy muy seguro de entender bien lo que Carlos quiere decir. Si lo que afirma es que la modernidad occidental no carece de un concepto de subjetividad, no hay mucho que discutir: estoy de acuerdo. Que ese concepto de subjetividad equivalga a un concepto de bien privado es cosa más discutible. Por lo pronto, Carlos Thiebaut parece encontrar ese concepto fuera de la reflexión ética, arrellanado en ámbitos estético-expresivos. Pero la noción de bien privado interesante no tiene que ver solamente con el mero reconocimiento —«estético-expresivo», o del tipo que fuere— de la subjetividad, sino, en mi opinión, con un trabajo racional muy serio y constante sobre el conjunto de oportunidad interior. En ese trabajo (no menos serio y constante que el trabajo de la ciencia y la técnica sobre el conjunto de oportunidad exterior) pueden usarse muchas cosas, muchos «instrumentos», el arte entre ellos. Pero el arte está explícitamente subordinado, como instrumento, a ese trabajo de designio más general. Así piensan algunos filósofos budistas. Otros no; ven en el arte, como el viejo Platón, un ejercicio, o bien de mera remodelación del mundo exterior (del conjunto exterior de oportunidad), o bien un trabajo sobre el mundo interior poco económico y despilfarrador de recursos. Nuestro Ortega, que tuvo vislumbres geniales sobre este problema (aunque nunca se ocupó de él con detenimiento) lo dijo ya de modo insuperable en 1917: «Todas nuestras potencias de seriedad las hemos gastado en la administración de la sociedad, en el robustecimiento del estado, en la cultura social, en las luchas sociales, en la ciencia, en cuanto técnica, que enriquece la vida colectiva. Nos hubiera parecido frívolo dedicar una parte de nuestras mejores energías —y no solamente los residuos— a organizar en torno nuestro la amistad, a construir un amor perfecto, a ver en el goce de las cosas una dimensión de la vida que merece ser cultivada con los procedimientos superiores. Y como ésta, multitud de necesidades privadas que ocultan avergonzadas sus rostros en los rincones del ánimo porque no se las quiere otorgar ciudadanía, quiero decir, sentido cultural (...). Bueno fuera que el hombre se hallara por siempre reducido a los valores superiores descubiertos hasta aquí: ciencia y justicia, arte y religión. A su tiempo nacerá un Newton del placer y un Kant de las ambiciones». Lo único que cabe reprochar a Ortega es que no se diera cuenta de que los Newton del placer y los Kant de las ambiciones habían nacido ya, dosmilquinientos años antes, en otras culturas y en otros territorios, en la Hélade y en el Valle del Ganges.

5. La quinta reserva de Thiebaut, más bien implícita, tiene que ver con «el riesgo de que la potente dinámica que impone la formalidad» de mis interpretaciones formales como explicaciones causales de las teorías, o peor aún, de los mundos problemáticos a los que ellas responden o de que esa formalidad explique y agote el tipo de problemas que los autores quisieron abordar al formularlas». Quiero cerciorarme de entender bien esta reserva: me parece que se refiere al riesgo de traducir (parcialmente, en



mi caso) a un lenguaje formal preciso (el de la teoría formal de la racionalidad, especialmente la teoría de los juegos de estrategia) el lenguaje material más o menos impreciso de un discurso filosófico tradicional. (No estoy muy seguro de que eso sea exactamente lo que quiere decir Carlos, pues, en ese mismo contexto, unas líneas antes, se ha referido a la necesidad de atender a los contenidos materiales del «sesgo formalista» de la ética de Kant, y lo que se entiende por «formalismo» en la filosofía práctica kantiana no tiene nada que ver con la traducción de su ética —todo lo formalista que se quiera, pero expresada en un lenguaje material— a un lenguaje formalizado). Evidentemente, en la formalización de un discurso siempre se pierden cosas: por lo pronto, se pierden muchas connotaciones; pero se ganan otras cosas: se fijan clara y distintamente las denotaciones, y ése es el valor hermenéutico que yo le concedo a mis reconstrucciones formalizadas de los sistemas filosófico-prácticos tradicionales. Como, de todas formas, soy consciente de que la pérdida de connotación es un *handicap* hermenéutico importante, me curo en salud acudiendo cuando lo considero necesario a técnicas hermenéuticas filológicas tradicionales y declaro abiertamente en el prefacio que trabajar sin esas técnicas sería abusar de los formalismos (pág. 29). De modo que sí me parece que «conjuro ese riesgo», aunque quizá, a la vista de la reserva de Thiebaut, no con el suficiente énfasis.

6. La sexta y última reserva local manifestada por Carlos me resulta un poco enigmática. Refiriéndose a la apostilla conclusiva que es el último capítulo de mi libro, dice: «los análisis no pueden, lamentable y obviamente, ser tan precisos y matizados como habría sido de desear y se limitan al tipo de información que esas teorías (contemporáneas) ponen en juego incurriendo en alguna evitable simplificación (como, por ejemplo, la idea de equilibrio reflexivo de Rawls)». Sin duda lleva razón Thiebaut en que el último capítulo es más bien expeditivo, y más tentativo-ilustrativo que resolutorio. Sin embargo, en ningún momento me he referido al concepto rawlsiano de «equilibrio reflexivo», así que malamente puedo haberlo simplificado; simplemente lo he omitido. Pero quizá lo que está sugiriendo Carlos es que si yo hubiera tomado en cuenta ese concepto de Rawls, parte de mi crítica a la teoría de la justicia del profesor de Harvard quedaría desarmada. Si esto es lo que quiere decir, no puedo estar de acuerdo con su apreciación. Como el mismo Carlos acertadamente señala, mi crítica de la ética de Rawls adopta casi exclusivamente el punto de vista del tipo de información incorporada y del tipo de información excluida por esa teoría de la justicia por la vía de mostrar que el tipo de información admitida no basta para los propósitos normativos de Rawls. La apreciación de Thiebaut tendría sentido si pudiera mostrarse que el «equilibrio reflexivo» rawlsiano incorpora una *información adicional* crucial para hacer a la teoría viable. Y probablemente a eso es a lo que se refiere Thiebaut. Pero yo no creo que ése sea el caso: lo sería si por «equilibrio reflexivo» Rawls entendiera una especie de balance subjetivo realizado por las partes contratantes en «situación

originaria» y que resultara en algo así como una comparación *intrapersonal* (no interpersonal) de utilidades. Pero, aparte de que eso viciaría de raíz el ingenioso truco del «velo de ignorancia» originario (y echaría a Rawls directamente en brazos de los utilitaristas cardinalistas), me parece que el concepto rawlsiano es mucho menos sofisticado y más deudor de viejas tradiciones de la filosofía moral anglosajona de impronta intuicionista. Rawls propone una teoría de la justicia determinada que le parece reunir un conjunto de *desiderata* interesantes; esa teoría, que incorpora en su axiomática esos *desiderata*, tiene un conjunto muy vasto de consecuencias. Entonces Rawls, como *test* para su teoría (como *test* para él mismo, para sus interlocutores y, desde luego, para sus lectores, no como *test* para las partes contratantes en situación originaria), propone comparar esas consecuencias con nuestras intuiciones morales (no con las de las partes contratantes): si la teoría pasa la prueba de esa comparación, todo va bien; si no, hay que reajustar la teoría o nuestras intuiciones indefinidamente hasta que se llegue a un punto de mutuo acomodo, y a ese punto —así lo entiendo yo, por lo menos— le llama Rawls «equilibrio reflexivo». Pero eso no tiene mucho que ver con el tipo de información admitido por los axiomas de su teoría (libertades básicas, indiferencia de unos individuos respecto de otros y *all purpose means*). Hay una familia ilimitada de axiomas posibles compatible con el tipo de información admitida por Rawls: se podría seguir buscando, introduciendo y rechazando axiomas eternamente en pos de un «equilibrio reflexivo» satisfactorio sin variar un ápice el tipo de información admitida. Por consecuencia, la incorporación del concepto de «equilibrio reflexivo» no afectaría a mi crítica en términos informacionales de la teoría de la justicia como equidad.



V

## INFORMACIONES





## II JORNADAS INTERNACIONALES DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Convocado por el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra en colaboración con la División de Derechos Humanos de dicha Universidad, se reunió en Pamplona un grupo de trabajo de especialistas en filosofía del derecho bajo el título de II Jornadas Internacionales de Filosofía Jurídica y Social, cuyo tema de estudio fue: «Derechos humanos, derecho natural y justicia».

Las sesiones tuvieron lugar los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1989.

Los participantes fueron cerca de cuarenta, de ocho nacionalidades: España (21 asistentes), Italia (6), Francia (3), Suiza (2), Portugal (2), Argentina (2), Colombia (1) y Estados Unidos (1).

Los días precedentes, del 25 al 27 del mismo mes de septiembre, tuvo lugar también en Pamplona el II Simposio Internacional del Instituto de Ciencias para la Familia de la Universidad de Navarra, que, bajo el tema de «Masculinidad y feminidad en el mundo contemporáneo», reunió a un grupo de conocidos filósofos del derecho como Sergio Cotta, Luigi Lombardi Vallauri, Jean-Marc Trigeaud, Pierfranco Ventura, Francesco d'Agostino, etc.





## XII JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

Los días 28 al 30 de marzo de 1990 se celebraron en Oviedo las XII Jornadas de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. La organización corrió a cargo, esta vez, del Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo. El tema sobre el que se centraron dichas Jornadas fue: la obligatoriedad y el Derecho, un tópico clásico y a la vez actual que ocupa un puesto destacado en las discusiones de los filósofos del derecho, y que últimamente a raíz del artículo del prof. González Vicen, «La obediencia al derecho» también despertó el interés de destacados profesores de la filosofía moral en nuestro país.

En la sesión de apertura estuvo presente el rector de la Universidad de Oviedo D. Juan José López Arranz, quien dio la bienvenida a los congresistas y los exhortó a profundizar en los problemas actuales que se le presentan al derecho en la sociedad democrática en que vivimos (en concreto hizo especial mención de los hechos que los medios de comunicación mencionaban, esa mañana, el asesinato de los médicos que atendieron a los GRAPOS en huelga de hambre).

La primera ponencia corrió a cargo del profesor D. José Delgado Pinto con el tema «El deber jurídico y la obligación de obedecer al derecho», donde se propone poner de manifiesto la necesidad de una conexión coherente entre teoría jurídica y teoría moral a la hora de tratar el problema del deber jurídico u obligación jurídica. Entiende que no es posible sostener coherentemente un determinado concepto de obligación o deber jurídico sin aceptar como fundamento necesario que existe la obligación moral de obedecer los preceptos del derecho. Toma como punto de partida el análisis de las principales concepciones acerca del deber jurídico y la crítica a las mismas de Kelsen, para centrarse posteriormente y de forma exclusiva en la teoría de Hart y las insuficiencias de la misma. Llega a la conclusión de que el fundamento de la obligación o deber jurídico requiere la existencia de la obligación moral de obedecer el derecho, sin que ello conlleve la identificación de los deberes jurídicos y los morales. Lo intrincado del tema dió lugar a diversas intervenciones que gravitaron, principalmente, sobre el problema de la debida diferenciación de ambos tipos de deberes.

En la tarde del primer día tuvo lugar la exposición y discusión en conjunto de las siguientes comunicaciones: Francisco Puy Muñoz (Santiago de Compostela), disertó sobre «El tópico del deber jurídico»; Marina Gascón Abellán (Albacete), «Notas sobre la existencia de un posible derecho general a la desobediencia»; Norberto Alvarez González (Alcalá de Henares), «La desobediencia civil como instrumento de cambio social»; Benjamín Rivaya García (León), «Sobre la objeción de conciencia»; y Modesto Saavedra López (Granada), «¿Es la democracia política una instancia moral de legitimidad jurídica?».

La segunda ponencia de las Jornadas corrió a cargo del profesor Eusebio Fernández García sobre «La obligación moral y la obligación jurídica» donde reitera la tesis defendida en su libro «La obediencia al derecho», de que hay obligación moral, justificada, de obedecer al Derecho justo y a las normas jurídicas justas. Obligación moral indirecta y secundaria, derivada de la obligación moral fuerte o primaria que tienen los hombres, como agentes morales, de ser justos. Entiende el prof. Fernández que todo intento de fundamentar la vinculatoriedad del Derecho nos conduce de forma necesaria a preguntarnos por su justificación moral, si no queremos reducir el derecho a pura regulación de actos de fuerza. Termina su disertación con el análisis de la competencia práctica de la razón humana como orientadora de la conducta y la necesaria superación del relativismo moral. Se procedió a su término a la discusión de la ponencia, donde varias de las intervenciones versaron sobre la necesidad de diferenciar claramente los tipos de obligaciones, y en especial la clarificación de la obligación jurídica, así como la problematización que plantea la distinción de la denominada obligación política.

La tercera y última ponencia de las Jornadas fue la presentada por el Profesor Luis García San Miguel con el título: «Consideraciones morales sobre la obediencia al derecho», donde realizó un estudio histórico-crítico de tres diferentes sistemas morales y su conexión con el problema de la obediencia al derecho. Con un estilo abierto y participativo expuso sus tesis el prof. García San Miguel, lo que dio pie a la realización de diversas intervenciones sobre algunas cuestiones puntuales. En general fue una exposición fluida y dada a la polémica y discusión crítica del tópico de la obediencia al derecho, así como su incardinación en los problemas de la sociedad democrática actual. El ponente también señaló cómo con el paso de los años y la edad se va desconfiando más de los cambios radicales de la sociedad y de esos ideales utópicos de otros años y cómo se va caminando más hacia lo posible y lo aceptable dentro del sistema.

El mismo día a la tarde se expusieron las siguientes comunicaciones: Marcelino Rodríguez Molinero (Salamanca), «Los orígenes de la obligación jurídica»; Ascensión Cambrón Infante (La Coruña), «La obediencia jurídica en J. Bentham»; Antonio Osuna Fernández-Largo (Valladolid), «Los componentes subjetivos de la obligación jurídica»; Alberto Montoro Ballesteros (Murcia), «El deber jurídico como tema de la Teoría fundamental del dere-



cho (Apuntes ético-materiales y lógico-formales)»; Jesús Aquilino Fernández Suárez (Oviedo), «Algunas consideraciones sobre la obligación jurídica en la Constitución española».

El último día se hizo un viaje hacia Covadonga, enclave natural e histórico de especial significación para los asturianos, y se subió al bello paraje de los Lagos (desde el que algunos prefirieron bajar a pie para contemplar la naturaleza y evitar los riesgos de un posible resbalón del autocar). Después del Almuerzo en el Hotel Pelayo, en los locales de la Colegiata de Covadonga se realizó la Reunión de la Asamblea General de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social donde se dió cuenta de las actividades llevadas a cabo por la Junta directiva, así como el balance económico de la Asociación. Los asistentes dieron un voto de confianza a la Junta directiva de la Asociación para que llevase a cabo las oportunas conversaciones en orden a decidir el lugar de las próximas Jornadas, así como el tema a desarrollar en las mismas.

Jesús AQUILINO FERNÁNDEZ SUÁREZ  
Oviedo





## I ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE UTILITARISMO

Durante los días 23 al 25 de Abril profesores españoles e iberoamericanos, pertenecientes a campos de trabajo diversos como la Etica, la Filosofía, la Economía, o el Derecho, han asistido al *Primer Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas*, organizado por el área de Filosofía moral y política de la Universidad de Santiago de Compostela.

Ante una audiencia que desbordó ampliamente las previsiones iniciales de los organizadores, se expusieron y analizaron diversos trabajos originales *sobre, alrededor, a favor y contra* el utilitarismo. La estructura del Encuentro —ponencias por la mañana, seminarios de discusión por la tarde— permitió que se entablará un diálogo interdisciplinar y generalizado sobre las posiciones manifestadas.

Martín Diego Farrell (Universidad de Buenos Aires) abrió el encuentro con una precisa disertación sobre «Tres variantes poco frecuentes del utilitarismo». Fue contestada su intervención por Esperanza Guisán (U. de Santiago) con un trabajo titulado «La vuelta a Mill». Ambas ponencias fueron analizadas y discutidas ampliamente en el seminario dedicado posteriormente a tal efecto.

En la jornada del día 24 de abril se presentaron los trabajos de Josep M. Colomer (U.A. de Barcelona) sobre «Maximización de la utilidad, la igualdad y la democracia» y de Carlos Rodríguez Braun (U.C. de Madrid) sobre «El utilitarismo en España y en América».

Finalmente, en la última jornada del Encuentro disertaron José Manuel Bermudo (U. de Barcelona) sobre «El utilitarismo: entre la Justicia y la eficacia» y María José Agra (U. de Santiago), sobre «Utilitarismo y Justicia».

El Encuentro se cerró con la lectura del Acta de Constitución de la *Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas* (S.I.E.U.), entidad constituida en este encuentro, y cuyos objetivos primordiales son: (a) agrupar a todos los investigadores iberoamericanos, portugueses y españoles interesados desde cualquier perspectiva por el utilitarismo; (b) editar periódicamente un boletín de la sociedad en el que se incluyan trabajos bibliográficos, crítica de libros y artículos, todo ello sobre el utilitarismo y (c) en tercer y último lugar, la S.I.E.U. tiene por objetivo también la organización periódica de Congresos Iberoamericanos sobre Utilitarismo. En este sentido, se decidió en su Asamblea

de constitución la preparación y celebración en Santiago de Compostela del PRIMER CONGRESO IBEROAMERICANO DE UTILITARISMO. Las secciones de este Congreso, que pretenden ser abiertas y en las que pueden tener cabida trabajos de muy diferente perspectiva y orientación serán:

- I. HISTORIA DEL UTILITARISMO
- II. UTILITARISMO CLASICO
- III. ALTERNATIVAS CONTEMPORANEAS Y CLASICAS AL UTILITARISMO
- IV. PROPUESTAS NEOUTILITARISTAS EN ETICA, POLITICA Y ECONOMIA

La presentación de trabajos para las diversas secciones del Congreso tiene como fecha límite el 30 de junio de 1991. La cuota de participación establecida por la S.I.E.U. ha sido de 5.000 PTA. para profesores y 3.000 PTA. para estudiantes. La cuota de adscripción a la S.I.E.U., que se ocupará también de gestionar la afiliación de todos sus miembros que lo deseen a la *International Utilitarian Society*, ha quedado establecida en 2.000 PTA., incluyendo esto el derecho a recibir el *Boletín Iberoamericano de Estudios Utilitaristas* editado por la S.I.E.U.

Todos aquellos interesados en formar parte de la Sociedad o en cualquier otro aspecto de ella pueden dirigirse a:

S.I.E.U.

División de Filosofía del Derecho, Moral y Política  
Facultad de Filosofía y CC. de la Educación  
Universidad de Santiago de Compostela  
SANTIAGO DE COMPOSTELA  
ESPAÑA



VI

**CRITICA BIBLIOGRAFICA**





A. A. V. V., *Les principes de 1789*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 179 pp.

En el conjunto muy numeroso de iniciativas que en el pasado año editorial no se sustrayeron a la conmemoración del bicentenario de la Revolución Francesa tomo atención e interés por este *recueil* de estudios que, en bien ajustada y cómoda extensión, ha reunido con acierto de entre el amplio abanico de problemas y sugerencias temáticas a que la celebración pudiera conducir un valioso y significativo muestrario de ellos, además de muy notable en consideración al relieve de los colaboradores. Bajo el título genérico de *Les principes de 1789*, con prefacio a cargo de Henry Morel (pp. 5-8), profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de Aix-en-Marseille y Presidente de la Association Française des Historiens des Idées Politiques, y dividida en dos partes —«L'ideologie revolutionnaire: des rayons et des ombres» y «La traduction juridique des principes de la Révolution»— se conciertan seis trabajos a firma de J. Imbert (Académie de Sciences Morales et Politiques), el mismo Morel, G. Sicard (Université des Sciences Sociales Toulouse), M. Ganzin y A. Leca (ambos de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Marseille, y director el primero de la Colección de Historia de las Ideas Políticas de PUAM en la que este volumen aparece) y Ch. Bruschi (Université Jean Moulin de Lyon).

Imbert dedica su contribución a «L'origine ideologique des «principes de "1789"» (pp. 11-34), dando a ver un análisis del valor trascendido que como remonte ideológico al pensamiento individualista revolucionario tuvieron las nociones de estado de naturaleza, contrato social y derechos naturales de la filosofía jurídico-política del s. XVI. Morel, con «Le poids de l'Antiquité sur la Révolution Française» (pp. 35-56), examina la cierta paradoja y a veces manifiesta contradicción que supone el no infrecuente recurso a modelos de la Antigüedad clásica, romana y griega, en la empresa revolucionaria de búsqueda y fundamentación de una nueva legitimidad. Sicard se ocupa de «La philosophie religieuse des révolutionnaires français» (pp. 57-78). La colaboración de Sicard, especialista en temas religiosos, nos sitúa frente a uno de los más interesantes problemas suscitados en el proceso de aparición y consolidación revolucionaria, esto es, la ajenidad y en gran parte muy importante marginación de la religión católica en la masa ideológica de los principios del 89, los abismos y conflictos que de ello se seguirán, así como

la definitiva consagración del dogma laico como emblema del nuevo Estado republicano. Como observación anotar el acaso excesivo apego a determinados materiales historiográficos, en particular a las obras de J. Godechot. El lector podrá encontrar otras perspectivas de análisis, complementarias o diferentes, en Emile Poulat *Liberté, laïcité. La guerre de deux France et le principe de la modernité*, Cerf/Cujas, Paris, 1988, 443 pp., con indicaciones muy pertinentes sobre laicidad y revolución, catolicismo y derechos del hombre, etc... Ganzin presenta en «La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen: Droit Naturel et Droit Positif» (pp. 81-112) un ilustrativo recorrido por los soportes jurídico-políticos que en la historia constitucional republicana de Francia se han hecho eco, o por el contrario han silenciado, formal y/o sustancialmente la garantía teórica y protección material de los valores y principios de la Declaración hasta llegar a su transcripción en derecho positivo, como «bloque de constitucionalidad» en la V.<sup>a</sup> República. En «Les principes de la Révolution dans le Droit civil et criminel» (pp. 113-149) Leca evalúa la penetración del espíritu revolucionario de los principios jurídico-políticos de libertad, igualdad y seguridad en el orden jurídico civil y penal durante los períodos de 1789, 1793 y Thermidor. Por último, Bruschi plantea en «Citoyenneté et Universalité» (pp. 151-178) la cuestión del alcance nacional o universalista, esto es, de ciudadanía o bien de universalidad y cosmopolitismo de la igualdad jurídica y derechos políticos proclamados en la Declaración del 89; refiriéndola también a la posición del derecho colonial francés y donde no exenta de contradicción parece haberse mantenido una interpretación dual de la condición jurídica de los individuos, siendo ciudadano francés aquél que presente origen metropolitano o en todo caso continental, y sólo sujeto francés el indígena de los territorios de ultramar, subsistiendo pues esquemas de discriminación ideológico-jurídicos semejantes a algunos del abolido Ancien Régime.

Permítaseme decir finalmente que, cuanto por todo lo anterior viene seriamente elaborado en la dedicación particular y concreta que cada autor ha traído a esta obra, se ofrece al lector una percepción temática plural de la Revolución Francesa (precedentes históricos e ideológicos y dificultades e inquietudes en la aplicación y realización) que sirve para dinamizar con provecho la constante modernidad de aquel acontecimiento.

José CALVO GONZÁLEZ.

Gary J., AICHELE, Oliver Wendell Holmes, Jr.: *Soldier, Scholar, Judge*, Twentieth Century American Biography Series, Twayne Publishers, Boston, 1989, XI, 211 pp.

No abunda nuestra literatura en dedicaciones a la biografía; quizá porque se la creyó de condición espuria a labores científicas; quizá porque los



parámetros de interés se llevaron sobre temas generales o sobre muy concretas cuestiones bastando allí por suficiente el apunte o la reseña; quizá porque la gramática de este tipo de investigaciones se articula en una densa y amplia materia donde los requerimientos de exhaustiva documentación presuponen una formación metodológica interdisciplinar (historia, sociología, literatura, política, economía...) y un crédito de tiempo con la que no siempre se cuenta o del que a menudo tampoco se dispone. Hoy, por fortuna, el valor científico de las contribuciones biográficas no admite discusión constituyendo una de las categorías más reconocidas del género historiográfico. Además, al presente, su oportunidad crece en consonancia con las tendencias de síntesis y recuperación que el cierre y fin de siglo animan. Por último, el discurso biográfico sirve muy útilmente para revisar y explicar mediante recepción en individuos singulares y prototípicos a la vez, el verdadero estado y sentido de la cultura y vida intelectual de una época, que de otro modo se presentaría sin perfiles, plana en sí misma y hasta sin perspectivas para la siguiente.

Y esto, como preámbulo, nos lleva al estudio de G. J. Aichele sobre Holmes quien, no se puede dudar, suministró en su dilatada y fértil experiencia vital campo abonado para biógrafos que, desde luego, no ha quedado sin cultivar por otros varios antes que la propia autora. La suya, ciertamente, es ajena al seductor y en algunos momentos brillante estilo literario con que, por ejemplo, Catherine Drinker Bowen retrató al personaje en *Yankee from Olympus: Justice Holmes and His Family* (1944); la refinada tradición de las viejas familias de Nueva Inglaterra, el ilustrado ambiente bostoniano, los episodios heroicos de la Guerra Civil, la poderosa ascendencia del padre, médico respetadísimo y celebrado escritor (así el *Autócrata del desayuno* o, menos conocido del público, *Elsie Venner*, relato de elementos preternaturales y fantásticos), el título en Leyes por la distinguida Harvard, su espléndido aspecto y cautivadora personalidad... Aichele aporta sin embargo otros rasgos del personaje y presta atención (cap. VII) a la función judicial desarrollada durante veinte años en el Tribunal Superior de Justicia de Massachusetts, acaso ensombrecida por el ejercicio jurisdiccional, de 1902 a 1932, en el seno del Tribunal Supremo de los EE.UU.

Sirvan dos elocuentes noticias. Tras su licenciatura en 1886 y a regreso del casi preceptivo viaje por el Viejo Continente, Holmes se entrega a tareas docentes como lecturer de la cátedra Well de Derecho constitucional en la Harvard Law School y a la dirección de la *American Law Journal* (1870). Tomará parte también en proyectos científicos notables como la edición (12.<sup>a</sup>) de los *Commentaires on American Law* del Canciller James Kent. Con ocasión de tales ocupaciones se registran, podría decirse, dos actitudes que dan pábulo a formar una idea muy particular acerca de su carácter. Asociado menos antiguo de James Bradley Thayer, por haber asumido la mayor parte del trabajo bibliográfico en la elaboración de los mencionados Comentarios decide a su publicación suprimir de portada el nombre de aquél. En



cuanto a su encargo universitario, bien que aceptado en la condición de libre renuncia caso de serle ofrecida alguna responsabilidad de su interés en el campo de la Administración de Justicia, cuando ésta se produce (1882), las autoridades académicas se verán, sin previo aviso, absolutamente sorprendidas por la rápida decisión de Holmes, cuya noticia les llega a través de la prensa diaria.

Más en común con las opiniones generales resultan las consideraciones de la Autora sobre el pensamiento jurídico de Holmes, por demás correctas en su exposición, estando fundamentalmente referidas a *The Common Law* (1881). En éste, resultado como se sabe del ciclo de conferencias impartido por invitación del *Lowell Institute* de Boston el año 1880, se adelantan en parte varias de las tesis antiformalistas que sostendría primero como miembro de la Corte Suprema de Mass. y más tarde como Justice del T.S. americano por nombramiento de Theodore Roosevelt. También se analiza, aunque menos, *The path of the law* (1897) y la conocida «predictive theory of law», y otros escritos ahora recogidos en *Collected Legal Papers* (1952). Con todo interesa sobremanera lo judicial, más incluso que la doctrina de teórico del derecho.

De la primera etapa se han trasladado dos impresiones que la Autora pone en cuestión. Holmes como «great dissenter» y como juez progresista. Lo cierto es que para el inicial período de actividad judicial Holmes escasamente disiente; lo contrario sería raro en general, aunque no excepcional, pues las jurisdicciones territoriales así como los tribunales de circuito bajo la autoridad administrativa de un miembro del T.S. reconocen y siguen la jurisprudencia de éste. Respecto de la fama de juez progresista se apoya principalmente, si no sólo, en la dissenting opinión del caso *Vegeahn v. Guntner* (1896), por argumentar que el trabajo tiene tanto derecho a organizarse como el capital en busca de su interés.

Ahora bien, mantenerle en esa reputación luego de su paso al Alto Tribunal parece algo cada vez más conflictivo, aunque subsiste la imagen de Holmes como aristócrata liberal patrocinada por la devoción de Felix Frankfurter en *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court* (2.<sup>a</sup> ed. 1961). Varios han sido los trabajos que sugirieron más o menos tímidamente una visión bien distinta<sup>1</sup> hasta llegar a la más reciente aportación crítica: Jeremy Cohen en *Congress Shall Make No Law: Oliver Wendell Holmes, the First Amendment and Judicial Decision Making* (1989). Cohen analiza el famoso caso *Schenk v. United States* donde a su entender Holmes evitó el riguroso análisis de la First Amendment, desnaturalizando de hecho la protección y limitando en exce-

1. Vid. IRVING BERNSTEIN, «The Conservative Mr. Justice Holmes», en *New England Quarterly*, 23, 1950, pp. 435-452; P. Golding, «Holmes's Jurisprudence: Aspects of Its Development and Continuity», en *Social Theory and Practice*, 5, 1979, pp. 183-207, y G. Edward White, «The Integrity of Holmes's Jurisprudence», en *Hofstra Law Review*, 10, 1982, pp. 633-671, quien pone de relieve una profunda transformación en las formas de expresión de su pensamiento, yendo a dar de conceptualista y temprano reformista, en críptico y escéptico darwinista que veía las reformas, en lo mejor, como algo ineficaz.



so la interferencia gubernamental. La investigación de Cohen, con todo, no profundiza en otros casos de interés para el asunto del cuadro mental y la educación de Holmes frente a la libertad de expresión y de creencias. Habría que acudir al caso *Abrams v. United States* del que se ocupó algo antes Ricard Polenberg en *Fighting Faiths: The Abrams Case, The Supreme Court, and Free Speech* (1987). De cualquier modo, también cabe aludir a otras actuaciones judiciales y disensos de Holmes que son a todas luces escandalosos, como la aprobación de la esterilización forzosa en *Buck v. Bell* (1929), algunas posiciones sobre derecho obrero, etc. En este sentido hubiera sido deseable que la autora se preguntara por el cambio de mentalidad que en Holmes se produce por aquellos años, para lo que ya se cuenta con un buen material de referencias en Fred D. Ragan, «Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., Zachariac Chaffe, Jr., and the Clear and Present Danger, Test for Free Speech: The First Year, 1919», 58 *Journal American History*, 24, 1971. A mi juicio este es un rumbo de investigación verdaderamente interesante que va obteniendo conclusiones muy apreciables. Así, desde Samuel Konfsky, *The Legacy of Holmes and Brandeis: A Study in the influence of Ideas* (1956), algo preliminar acaso hasta los recientes de Robert A. Burt, *Two Jewish Justices, Outcasts in the Promised Land* (1988) y Leonard W. Lewy, *The Law of the Commonwealth and Chief Justice Shaw* (1988), el primero puntualmente orientado al estudio comparativo de conductas y mentalidades de magistrados como Louis D. Brandeis y Felix Frankfurter frente a otros miembros integrantes de la Corte Suprema tales como Earl Warren y Warren Burger, en tanto que el segundo dedicado al período de ejercicio (1830-1860) de Lemuel Shaw como Chief Justice de la Corte Suprema de Massachusetts, de donde en conclusión se pueden extraer influencias, concurrencias y discrepancias en la doctrina jurisprudencial. Un esquema de trabajo que, por lo demás, rentaría también para la de nuestro Tribunal Constitucional.

Un dato, en definitiva, termina por afirmarse con claridad en toda esta polémica que directamente trae o indirectamente suscita el trabajo de Aichele: la actualidad de Holmes. Puede que durante un tiempo, por principio a partir de 1937, cuando la actuación del T.S. se hizo más sumisa a las leyes y dictados del Congreso, la experiencia judicial de Holmes así como su mismo pensamiento en teoría del derecho se devaluaran, aunque nunca tanto como para padecer del todo en el justo protagonismo que compartido con John Marshall le sitúa, dicho con palabras de Jerome Frank, en calidad de primer jurista americano «adulto», o con las de Roscoe Pound, en eje motriz de la llamada «era formativa» del moderno derecho americano. Para uno y otro cimentó, con base en la tradición del utilitarismo y pragmatismo anglosajón (H. L. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes & Utilitarian Jurisprudence*, 1984), el realismo jurídico y la jurisprudencia sociológica americana. Hoy, sin embargo, Holmes se recupera en un interés cada vez más general para gran número de investigadores y sus sentencias y doctrinas son

nuevamente comentadas. Sobre las causas y consecuencias valdría la pena comenzar a interrogarse, y en alguna medida no despreciar tampoco cierta preocupación.

José CALVO GONZÁLEZ

**Roberto BERGALLI; Enrique E. MARI (Coords), Historia Ideológica del Control Social (España-Argentina, Siglos XIX-XX), Colección «Sociedad-Estado», núm. 5, Editorial PPU, Barcelona, 1989, 688 pp.**

Que nadie busque en esta *Historia Ideológica del Control Social* un viaje (cargado de nostalgia o de rencor) al baúl de los recuerdos, ni un enciclopédico resumen de cuanto conocimiento sobre el control social pueda existir. Simplemente no los hallará en ella.

Es cierto que en el libro está presente una mirada hacia el ayer español y argentino (no nos engañan los coordinadores con su título —al que quizás hubiera convenido la apostilla «ensayos sobre»—). Pero se trata de una mirada instrumentalizada en la búsqueda de estrategias y elementos caracterizados por su fidelidad a un determinado proyecto.

Es por ello que, en primer lugar, se identifican dichas estrategias de control, aquéllas mediante las que se intentó consolidar el proyecto hegemónico burgués ligado a la instauración del sistema económico capitalista —en sus diversas manifestaciones—; para luego resaltar aquellos elementos de carácter autoritario que fueron incardinando socialmente (siendo aprovechados y revitalizados por las experiencias basadas en la sumisión vividas por ambos países).

De esta manera se podrá constatar si hoy en día continúan existiendo (más o menos residualmente, según los casos) a pesar del punto de inflexión que en esas estrategias han significado los todavía recientes procesos democratizadores acaecidos (con resultados diferentes) en España y Argentina. Una mirada hacia atrás que nos permite reflexionar sobre nuestro presente y sobre nuestro futuro. Un libro que constituye, más que una historia, la manifestación de un proyecto vital y de trabajo.

La experiencia común que brevemente ha quedado sintetizada encuentra su cauce narrativo en las dos partes de la obra: una dedicada al caso español (introducida por Roberto Bergalli), la otra al argentino (introducida por Enrique E. Mari). Apuntemos ya que aún partiendo de bases comunes esa narración permite un juego de diversidad.

La diversidad adquiere forma de asentamiento en la parte dedicada a España, pues de ella surge una pluralidad de investigaciones que ancladas firmemente en ciertas bases metodológicas planean nuevas rutas de conocimiento (y nos relatan las regiones hasta ahora exploradas). No es casual por



ello la insistencia de los autores en establecer dichas bases metodológicas en su concreta área de estudio. Se conjugan de esta manera historia y proyecto.

Para confirmar esta tesis basta con leer los trabajos de César Yáñez, Amadeu Recasens, Pedro Carasa o Justo Serna —por citar aquellos en los que ésta se explicita más claramente—. César Yáñez analiza los intereses de clase que motivaron la política sobre emigración exterior mantenida por los gobiernos de la Restauración (estableciendo la hipótesis de la «válvula de seguridad»: la emigración como salida de urgencia a la agitación que vivía la sociedad española) y también los aspectos ideológicos que sirvieron para justificarla.

Amadeu Recasens, por su parte, asume la tarea de reubicar los estudios sobre la policía bajo nuevos parámetros, aplicándolos al caso español. Esta reubicación se inicia con la crítica a las categorías de *institución* y *función* policial, al constituir desde un punto de vista analítico la legitimación de toda actividad policial, al insistir en el carácter vertebrador de la misma, al otorgar a la policía una posición autónoma (cuando no de contraparte) respecto de la sociedad. Por ello el autor asume y elabora una categoría diferente, la de *aparato* policial.

A través de esta categoría la policía es concebida como parte integrante de los instrumentos de control al servicio de un determinado proyecto político-social, dotado de una filosofía propia y de una perspectiva económico-estructural definida. En esta línea, y tras indicar cómo el nacimiento del *aparato* policial en Europa (mediante el análisis de los casos francés e inglés) se liga a la necesidad de garantizar el orden capitalista (papel que también asumirán cárcel y ciencia criminológica), pasa a establecer cómo las peculiaridades que presentaba ese proyecto en España determinaron las especiales características del surgimiento —y de la evolución— de su *aparato* policial (apareciendo la Guardia Civil —la contradicción que explicita su denominación, sus diversas fundaciones, su extensión panóptica sobre el territorio— como principal soporte del mismo).

También la caridad recibe un novedoso tratamiento por parte de Pedro Carasa, que no se conforma con un análisis aislado de los aspectos económicos, sociales y políticos de la acción social sino que relaciona estos elementos con los esquemas mentales, la estructura y coyuntura económicas y los intereses políticos de los sujetos de dicha acción. Con ello, como por obra de magia, la beneficencia se transforma en interés, pues como indica el autor toda acción social obedecerá a la defensa de los intereses —espirituales o materiales— de los benefactores y al control de los riesgos que para sus valores representan las actitudes de los destinatarios de la acción. Sin duda Pedro Carasa rompe el encantamiento (ideológico) que todavía hoy sigue ejerciendo su influjo sobre el ámbito (nada fantástico) de la beneficencia.

Siguiendo con las propuestas metodológicas aparecería la de Justo Ser-

na en relación al encierro disciplinario (cárcel y hospicio). La suya se basa en la combinación de la perspectiva aportada por Foucault con aquella otra que vincula la implantación de la cárcel a los problemas derivados de la estructura productiva (representada por Rusche y Kirchheimer, o por Melossi y Pavarini).

Su texto se halla lleno de sugerencias, de las que me permitiré resaltar dos. Así la visión de la cárcel y del hospicio (en unos primeros momentos) como soluciones —al menos teóricas— a inacabados procesos de proletarianización individual o social, como verdaderos proyectos públicos de explotación productiva de pobres y vagabundos —quizás fracasados desde una perspectiva económica pero no desde la disciplinaria—. O el papel que la *cuestión social* presente en la segunda mitad del siglo XIX tuvo en el encierro, determinando el privilegio de la cárcel en el ámbito de la punición y la progresiva marginación del hospicio para el tratamiento de la pobreza y de la marginalidad, la cual será objeto de un creciente proceso de criminalización —confirmado en el siglo XX—.

Es esta *cuestión social* tratada desde múltiples perspectivas la que otorga un sentido unitario a esta parte (a la vez que se enriquece de esos diferentes tratamientos), que aparece —gracias a la voluntad de asentamiento antes indicada— como un ordenado (aunque no completo) repaso por las instancias de control, tanto informal (creación y aplicación del Derecho, religión, educación y formación universitaria, emigración y sexualidad) como formal (beneficencia, psiquiatría, policía, justicia y encierro disciplinario).

El estudio que abre la parte española, de Juan Antón Mellón, establece el marco perfecto para introducirnos en esta *cuestión social* a través del análisis de su tratamiento jurídico: un ordenamiento jurídico burgués preocupado por obtener el máximo rendimiento individual la dejó totalmente de lado. Y las consecuencias de esa discriminación no fueron pocas.

En efecto, determinó la inexistencia de un espacio político reformista apto para la actuación de los sindicatos (que a su vez hubiera determinado la neutralización de los elementos más radicales del movimiento obrero) y, por lo tanto, implicó un agudizamiento gradual de la lucha de clases y una radicalización de ese movimiento obrero. Ante esta situación (germen magníficamente ilustrado de las «dos Españas») nos indica el autor que sólo cabrá una respuesta de marcado carácter represivo (ya en el nivel ideológico-religioso ya en el nivel militar —ausente, por desgracia, en este volumen—).

Salvador Carrasco trata de una vía de acercamiento a esa misma *cuestión social*, el catolicismo social innovador. Movimiento que es configurado como un intento de propuesta flexible de negociación frente a la organización obrera y al pensamiento secular. Un intento, por lo tanto, de adaptación de la Iglesia a la sociedad industrial que, como recoge el autor, es en sí mismo más una forma de tradición que de innovación (no se olvide en este



sentido la función latente ejercida por los sindicatos católicos: su actuación como agentes de reclutamiento y de control político del voto obrero tradicionalista).

Tampoco debe olvidarse el papel primario asignado a la escuela y a la familia dentro de la tarea de «civilización» de las clases populares. ¿Qué pasaría si los que han sido, son o serán clientela del sistema educativo fueran conscientes de que la verdadera asignatura pendiente del mismo no está en sus posibles errores nemotécnicos sino en la ausencia de un proyecto propio? De esa frustración nos habla Claudio Lozano a través de sus diferentes manifestaciones históricas: desde la modernización funcional y uniformadora de la Ilustración hasta la modernización con ribetes de asepsia ideológica que el autor intuye en las políticas socialistas de los últimos tiempos (con un Mercado Común que quizás vuelva a plantear nuevas necesidades uniformistas y funcionales). La ausencia de un proyecto educativo autónomo como manifestación de la presencia del control en las aulas.

En relación a la formación dirigida a las élites sociales Mariano Peset rastrea la ideología dominante en las cátedras de filosofía del Derecho en el período de la Restauración, identificando sus dos grandes tendencias (que reflejan la división de esas élites): las doctrinas cristianas representativas de un conservadurismo cercano a posiciones antiliberales, y la representada por determinadas personalidades (Giner básicamente), de línea krausista, que mantiene un compromiso mucho más firme con el liberalismo de finales de siglo.

De la familia como ámbito de control de la mujer se encarga Mary Nash. Curiosamente a pesar de constituir su ámbito funcional (en base al discurso de la división de esferas —pública y privada—) también en él deberá doblegarse ante la autoridad jerárquica masculina. Doblección que encontrará diversos discursos ideológicos dispuestos a justificarla: teoría de la inferioridad intelectual de la mujer o teoría de la diferenciación (todavía arraigados en nuestro entorno). Junto a ese ámbito se refiere la autora a otro de rabiosa actualidad, el del control social ejercido sobre la mujer en el terreno de la reproducción (las cuestiones del control de la natalidad y del aborto).

Será cuando estas instancias fallen que entrará en acción el control formal. Con anterioridad se han reflejado las aportaciones realizadas sobre la beneficencia, la policía y la cárcel, nos centraremos a continuación en los trabajos dedicados a la psiquiatría y a la justicia.

Y es que ni siquiera el loco, como demuestra Fernando Alvarez-Uría, es ajeno al sistema productivo (su comportamiento es la antinomia del esperado, potencial desorden que supondría la obstaculización de las relaciones de producción), por lo que la reducción de la locura será tarea del naciente Estado burgués, el cual encontrará en el manicomio la respuesta institucional más adecuada desde el punto de vista del mercado (maximización del aislamiento con una supuesta finalidad terapéutica que, en el colmo de la

productividad, será utilizado como fuente de ingresos aún desde la conciencia inhumana que supone.

La historia de los saberes psiquiátricos aparece así como parte de una estrategia de dominación de marcada pureza (no debe pasarse por alto el recorrido que realiza el autor por la etapa franquista), terminando con una llamada de atención: el retorno del objetivismo médico como instrumento enmascarador de las condiciones sociales de paro, explotación y miseria que concurren a generar las enfermedades mentales. Una advertencia sobre la corta distancia que separa a una sociedad clínica de una sociedad cínica.

Cierra el ámbito español la reflexión que sobre la cuestión judicial realiza Perfecto Andrés Ibáñez. Siempre son de agradecer las desmitificaciones, más cuando su necesidad apremiaba como en el caso del frecuentemente invocado principio de independencia judicial. Nos coloca el autor la instancia judicial dentro de las tensiones creadas por las finalidades y necesidades del Estado, subrayando como el propio modelo liberal (defendiéndose tras pantallas ideológicas) establecía en la práctica los mecanismos de control necesarios para situarla bajo la esfera de influencia del ejecutivo de turno (más de un opositor a judicatura deberá reflexionar sobre su propia condición a la luz de este trabajo).

De especial interés es su mirada hacia el proceso de transición, en la que destaca su descripción y valoración de dos procesos paralelos: el de la aparición del pluralismo en el interior del estamento judicial (dando un paso más en el necesario estudio sobre el asociacionismo de jueces y fiscales), y el del intento de institucionalización del conflicto que esa apertura implica. Una saludable reflexión, en fin, desde la propia judicatura en tiempos en los que no faltan llamadas a una profesionalidad neutral y tecnicista dirigidas hacia ella.

Si fuera necesario encontrar más pruebas sobre el asentamiento al que hacíamos referencia al iniciar este trabajo habría que acudir a la introducción preparada por Roberto Bergalli. Cuando parece extenderse el uso del término *control social*, generando esta extensión críticas por su falta de definición, el autor se detiene a meditar sobre su significado y sobre sus posibles usos. Un esfuerzo por aclarar de qué se habla cuando se habla de control social.

Por ello recorre las diversas formulaciones realizadas sobre el mismo (desde sus primeras manifestaciones hasta su presencia en la obra de Dahrendorf —punto final nada casual—), remarcando los dos grandes sentidos a los que puede responder su utilización: como elemento de manipulación en la línea marcada por los tecnólogos sociales conservadores anclados en las teorías de la conformidad, o como concepto crítico para el análisis de los problemas sociales (postura esta última que suscribe).

No falta espacio para poner de manifiesto algunas de las carencias del volumen, como la ya mencionada sobre la cuestión militar, o las referentes



a las minorías étnicas y religiosas, a la juventud... (podríamos añadir por su especial actualidad las relativas a las drogodependencias o a los medios de comunicación, precisamente porque una perspectiva histórica sobre estos temas permitiría continuar la tarea desmitificadora iniciada desde otros ámbitos). Esperemos que estas menciones sean más objeto de futuras publicaciones que agujeros negros de nuestro control social.

Si el término control social encuentra su ubicación en la introducción a la parte española, el sentido del término ideología es abordado por Enrique E. Mari como pórtico a la parte argentina. Esta aparece como el elemento que permite mantener oculto el nexo existente entre desigualdad social y seguridad.

La parte centrada en la experiencia argentina podría caracterizarse como un paseo —no necesariamente cómodo ni agradable— por sus contradicciones (utilizando la idea expuesta por Ernesto Garzón Valdés en el debate que con motivo de la publicación de este libro se realizó en el Centre D'Informació i Documentació Internacionals de Barcelona, el 21 de marzo de 1990, en el que también intervinieron Isidre Moles, Carlos Martínez Shaw y Enrique Lynch). Del mismo carácter se ha intentado revestir al comentario de su contenido.

El recorrido comienza en un punto determinado, la ciudad, sus neones, sus publicaciones y su modernidad periférica aparecen como el marco por el que se extiende lenta y fantasmagóricamente el conflicto social (elementos reflejados en el trabajo de Beatriz Sarlo «*Buenos Aires, Ciudad moderna*»).

Y continúa en el peligroso terreno de lo onírico, como lo demuestra el sueño de riqueza que vive un país hasta que la emergencia de la *cuestión social* (presente también en esta parte de la obra) le hace despertar en plena pesadilla de la *Seguridad Nacional*. Ténganse presentes en esta línea los estudios de Juan Carlos Portantiero («*Estado, clases dominantes y cuestión social en la Argentina*»), de Héctor Cordone («*Movimiento obrero y control social en Argentina hasta 1910*»), y de Jorge E. Dotti («*Socialismo y marxismo en Juan B. Busto*»). Aunque si se quiere asistir a su punto álgido hay que acudir al análisis que del control ejercido desde el ámbito militar (y desde su descarada violencia institucionalizada) realiza Esther Kaufman («*Crónica del poder y control militar en la historia argentina*»).

Podremos seguir adelante a través de la contradicción de una cultura que hace de la mezcla su identidad pero donde el desarrollo de un cierto tipo de progreso conducirá a su control. Contemplaremos así el control de (y a través de) la inmigración con Fernando J. Devoto («*Treinta años de proyectos y debates en la dirigencia de la comunidad italiana de Buenos Aires (1850-1880)*»). También comprobaremos que no le han faltado vastos científicos a un racismo que comparte con el proyecto económico al que sirve su carácter discriminatorio, tal como manifiesta Hugo E. Biagini («*El racismo, ideología neo-colonial y oligarquía*»). Y es que este cientifismo terminó por establecer una

moral (en forma de higienismo de las costumbres) que fue más allá de los círculos médicos para instaurarse en lo político-social como respuesta ante el potencial, supuestamente, degenerativo de las masas populares (Hugo Vezzetti, «*Literatura médica: disciplina científica y moralización ciudadana en el 80*»).

Para terminar, un paseo por el mundo de ficción que nos describe Ricardo Kunis («*La actual crisis universitaria: sus orígenes y motivos actuales*»), una Universidad que ejerce el control a través de antiguas estrategias: el desánimo, la desorganización y la desorientación.

No son demasiado frecuentes en nuestro ámbito proyectos como el presente, donde la palabra multidisciplinariedad encuentra su razón de ser, donde experiencias separadas por océanos de desconocimiento se encuentran como partes de un todo, que no constituyen miradas definitivas sino prometedoras bases para nuevos descubrimientos (a través, por ejemplo, de la insistencia en períodos ahora apuntados —las experiencias autoritarias, los procesos de transición...—). Pero, por encima de todo ello aparece un proyecto vital consistente en la reivindicación de la memoria, rasgando las paredes del olvido, de la homogeneidad que éste impone, como punto de partida hacia un mañana hecho sobre la diversidad. Pues diversidad y memoria es, y no otra cosa, esta *Historia Ideológica del Control Social*.

José Luis DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO

**M. L. CIALESE, *Democrazia in camino. Il dialogo politico fra Stuart Mill e Tocqueville*, Franco Angeli, Milano, 1988, 204 pp.**

Hay libros, como éste, en los que antes de entrar a su particular asunto y, en consecuencia, por encima incluso de él, se debe comenzar ponderando la idea fundamental que le imprime carácter y le llena de sentido. Esta, con la que legítimamente se confía el encuentro a lo largo de toda obra, por desgracia no es infrecuente que —así se ponga en ello el mayor interés y la más grande voluntad— jamás llegue a aparecer. Afortunadamente no es este el caso, y lo tengo por primer mérito, en la de Cialese. Pienso que la autora ha desenvuelto su concreto proyecto animada por una poderosa convicción de la que al cabo todo su trabajo hace testimonio: que el debate político, frente al descreimiento de quizá demasiados, no necesariamente es algo intangible.

Diversos son los temas y ocasiones que en el desarrollo de su investigación aprovecha la autora para organizar esa certidumbre, particularmente para todo lo relativo a la inquietud y preocupación por realizar la soberanía y reconocer al individuo sus derechos políticos. Ese propósito se percibe de modo especial en los capítulos 3 («Las reglas para la democracia», pp. 91-116) y 5 («Elites y representación», pp. 160-200), abordando aspectos sumamente atractivos: poder local, idea de «civilización», igualdad democrática y revolución, el *régimen* de clases medias, consideraciones varias sobre



el gobierno representativo, reforma de la propiedad y socialismo, o el porvenir de la democracia. En su análisis y reflexión surgen planteamientos de enorme utilidad e ilustración: *vr. gr.*, que el momento democrático se expresa, sobre otras posibles manifestaciones, a través de la desaparición de castas y clases como condición de igualdad, aunque la igualdad de condiciones debe ser tenida como norma más que como constatación de un hecho, norma que es casi un objetivo inalcanzable; que la revolución constituye un «movimiento totalmente innovador»; sobre la velocidad de sedimentación de la revolución; sobre el expediente de centralización política como proceso de creciente igualitarismo orientado a la libertad; sobre las diferencias históricas y funcionales entre los dos modelos de experiencia revolucionaria, violenta (francesa) y progresiva (inglesa); acerca de la transformación de la mentalidad revolucionaria y el paso a la propiamente democrática; problemas de reducción de la esfera política a la económico-social en comparación con algunos postulados de Marx, que en Tocqueville se reconducen y ordenan desde su preocupación por mostrar el acceso a la condición de igualdad no como una situación estática, sino como un principio dinámico en las relaciones socio-políticas y económico-sociales; puntualmente en torno a cuestiones como la reforma agraria irlandesa y la posición Stuart Mill a lado de asociaciones defensoras de la pequeña propiedad o respecto al programa de los radicales en la constitución de la «Land Tenure Reform Association» de 1871; examen del horizonte democrático a partir del modelo americano bajo prismas específicos como la representación de las minorías; la representación personal entendida como representación de todos los electores; correcciones sobre los efectos no deseados de las formas de gobierno democrático; valor del elemento cultural y educacional en el comportamiento del elector y en la emisión del sufragio; exaltación de la fuerza directriz de los intelectuales para la formación de la opinión pública, etc...

Importa señalar también el acierto que supone la acotación histórica que enmarca buena parte de los problemas y reflexiones ya mencionados. Desde el trascendental acontecimiento de la Revolución Francesa considerada como fin de los «siglos aristocráticos», el residual ingrediente aristocrático así como, a la vez, el dogmatismo antiaristocrático (cap. 1 y 2) que aún permanece, en desigual medida, formando parte del carácter y cuadro mental de Tocqueville y Stuart Mill, unido a la aspiración casi obsesiva por indagar y exponer el fundamento científico del comportamiento social (cap. 4, 1), presentará a ambos como protagonistas de un fecundo discurso (democracia en camino) hacia la conjunción o armonización entre ciertas formas del viejo mundo, excluida la religiosa, y el proyecto de una nueva era cuyo emblema político central es el de «democracia en libertad». Tal discurso tiene a la base primordialmente, como la autora ha querido patentizar en la elección del subtítulo, el «diálogo», si bien es lo cierto que no resulta difícil advertir una predominante y más acusada intervención de Stuart Mill que de Tocqueville. Esto pudiera dar pie, aparentemente, a una posible ob-

jeción. Podría creerse que la ventaja de emplear la estructura de «diálogo» como preferible a otras modalidades de polémica intertextual, es decir, la de suministrar al tercer oyente o lector una información notoria del contenido explícito, quedaría casi anulada ante el riesgo de trasladar más que la representación de la idea que esté a la base del mensaje — formación histórica e ideológica del liberalismo europeo — la imagen del personaje, en este caso más la de Stuart Mill que la de Tocqueville, que la enmarca a consecuencia del mayor consumo de espacio dialogal. Esta observación, como digo, es sólo muy relativa; siendo sin duda de valor central el diálogo Stuart Mill-Tocqueville para trasladar la imagen representativa del desarrollo del pensamiento liberal y democrático en cuanto formado y al cabo también formulado en recíprocas influencias entre el liberal conservadurismo de Tocqueville y el liberalismo radical de Stuart Mill con rasgos de génesis e identidad comunes, haber potenciado a este último admite cabal justificación en la medida que, como señalara Bobbio («Liberalismo e democrazia», en *Il pensiero politico contemporaneo*, G. M. Bravo y S. Rota Ghibaudi ed., Franco Angeli, Milano, 1985, p. 55), la impronta del pensamiento de Tocqueville es más profunda como liberal que como demócrata, mientras para el mejor entendimiento de la concepción liberal moderna y contemporánea Stuart Mill ofrece una más perfecta y equilibrada conjunción de liberalismo y democracia. Finalmente, la obra de Cialese contribuye con originalidad y rigor a la literatura existente, aportando además un cuidado y muy oportuno recurso al material epistolar que entre ambos personajes se ha conservado.

José CALVO GONZÁLEZ

**Th. A. GREEN, Verdict according to conscience. Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800, University of Chicago Press, Chicago & London, 1985, 409 p.**

La obra de la que aquí nos ocupamos permite distinguir cuando menos dos planos para el comentario. En primer lugar, desde el punto de vista formal y externo del contenido su A., profesor en la Universidad de Michigan, Dpto. de Derecho e Historia, ofrece una bien trazada trayectoria sobre el recorrido histórico del criminal trial jury inglés partiendo de sus orígenes y hasta la época de las reformas victorianas de finales del s. XVIII. A este fin Green reúne y forma en un cuerpo de investigación ahora unitario, estudios que ya diera a conocer sobre responsabilidad criminal, homicidio, sedición y jurado en el derecho medieval inglés (vid., remitiendo a los caps. 2, 3 y 8, «Societal Concepts of Criminal Liability for Homicide in Medieval England», en *Speculum*, 47, 1972, pp. 669-694; «The Jury and the English Law of Homicide, 1200-1600», en *Michigan Law Review*, 74, 1976, pp. 413-499; «Juries, Seditious Libel and the Criminal Law», en Tt. A. Green y R. H. Helmholz, *Juries, Libel and Justice: The Role of English Juries in Seventeenth-and Eighteenth-*



*Century Trials for Libel and Slander*, Los Angeles, W. A. Clark Memorial Library, University of California, 1984). Su sistematización estructura ocho capítulos más uno de conclusiones, pudiendo su temática fundamental resumirse como sigue: cap. 1, de introducción al proceso institucional de formación del medieval criminal trial jury y a los hitos esenciales que establecerán la función de discrecionalidad del jurado, común en los casos de homicidio no premeditado y en los delitos en ausencia de violencia física y allanamiento; cap. 2, donde se explora, en un examen empírico, la actuación del jurado en casos de homicidio para reflejar cómo sus veredictos representan no sólo la oposición al sistema de sanciones sino también a las propias reglas del derecho sustantivo; cap. 3, atendiendo al impacto que el papel del jurado produce en la evolución del derecho sustantivo medieval como parte de un enfoque que el A. plantea a modo de relación interactiva entre derecho y sociedad. De esta forma la evolución de la discrecionalidad pone de relieve, al propio tiempo, la recíproca influencia de las instituciones jurídicas e ideas socio-jurídicas en la cada vez más perfecta dimensionación de la jury-based discretion y jury-based intervention respecto a las fórmulas procedimentales del derecho sustantivo en el criminal law durante los s. XVI y XVII, orientadas al control del criminal trial jury. El A. argumenta sobre el intento de las nuevas autoridades en el control que para determinados asuntos efectivamente llega a producirse, bien que institucionalizándose en otros, por contra, la tradición del «law-finding». Esta actividad descubridora del derecho es objeto de más detenido estudio a lo largo de los caps. 5 y 6, analizando al panorama de la literatura jurídica inglesa del s. XVII relativa a la historia del jurado y al rango constitucional que al criminal trial jury se otorga. Se analizan así los escritos de John Liburne, entre 1649 y 1653, y las posiciones y alegatos pro-juradistas en una discusión que acabará por reconocer para el jurado la función de descubrimiento del derecho como anulación de las instrucciones judiciales que a su entendimiento, *en conciencia*, se presentan en desacuerdo con la «verdad» del English Common Law. El cap. 6 tiene en la interpretación del *Bushel's Case* (1670-1671) del Chief Justice Vaughan, para lo relativo al principio de coerción, el punto central de preocupación a partir de la restauración del binomio descubrimiento del derecho & derecho sustantivo, su mayor interés. Las reflexiones que el A. introduce en estos dos últimos caps. sirven de puente a la segunda mitad de la obra, caps. 7 y 8, en los que aborda la influencia del movimiento continental de reformas jurídicas en la administración de la justicia con la pretensión, a veces, de instaurar un sistema de justicia criminal que llegara a hacer innecesaria la institución del jurado, y finalmente el estudio del problema en el s. XVII con atención a delitos como la sedición y el libelo, recogiendo Green el amplio debate surgido en torno al «law-finding» y a su definitiva constitucionalización. Junto a toda esta perspectiva de muy satisfactoria sistemática histórica de la institución, la obra de Green incorpora a nuestro juicio, y aquí radica el otro plano de comentario, puntos de vista y resultados

de investigación que trascienden el ámbito de la indagación histórica para introducirnos en una visión sociológica y jurídica, propiamente de sociología judicial, suministrando al interés y preocupaciones de un filósofo del derecho sugestivos materiales acerca, por ejemplo, de los diversos sentidos (fuerte, intermedio y débil) de la jury nullification, o en relación a la sustantividad de la «true law» del Common Law, envolviendo en ello conceptos y nociones como razón y equidad en derecho, equity-justice-mercy o fundamentación de las resoluciones en conciencia<sup>1</sup>.

José CALVO GONZÁLEZ

---

1. En particular sobre este problema, muy recientemente, el trabajo de Richard M. FRAHER, «Conviction According to Conscience: The Medieval Jurist Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof», en *Law and History Review*, 7, 1989, 1, pp. 23-88, aportando el estudio de textos como el *Tractatus de fama* de Thomas de Piperata y obras de canonistas y glosadores como Albertus Gandius, Durantis, Joannes Andreae, Hostiensis, Angelus Aretinus o Bartolus.

Alasdair MAC INTYRE, *After virtue: a study in moral theory*, Londres, Duckworth, 1981, (trad. esp.: *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987)

*Whose justice? Which rationality?*, Londres: Duckworth, 1988

Hemos reunido aquí estos dos libros para su estudio conjunto por la continuidad y complementaridad que existe entre ellos. El primero (citado en adelante como AV) fue publicado originalmente en 1981 y es un libro muy conocido, tanto entre nosotros como en el ámbito académico internacional: sus doctrinas han tenido amplia difusión y han sido muy discutidas por historiadores y estudiosos de la filosofía moral<sup>1</sup>. En él, MacIntyre reconocía ya que la doctrina allí expuesta necesitaba ser completada por el estudio sistemático acerca de la noción de racionalidad, sin el cual la idea de tradición, tan importante en la obra, quedaría irremediabilmente borrosa (AV, p. 242). Es esta justamente la tarea que el autor se propone desarrollar en su segundo libro (citado en adelante como JR): explicar «qué es lo que hace racional el actuar de una manera más bien que de otra, y qué es lo que hace racional proponer y defender una concepción de la racionalidad práctica más bien que otra» (JR, IX). El autor afirma ciertamente que este segundo libro puede ser leído y valorado sin ningún conocimiento previo del primero; no es menos cierto, sin embargo, que puede ser mejor entendido cuando se lo lee como desarrollo sistemático de ciertos temas presentes en AV. Ello, a nuestro entender, justifica esta reunión de ambos libros.

---

1. En una reseña de esta obra, que publiqué en *Revista de Filosofía*, 2.<sup>a</sup> serie, VI (1983), pp. 315-321, lamentaba yo que en el libro no hubiera obtenido la resonancia que a mi juicio merecía: por fortuna estaba completamente equivocado.



Es conveniente comenzar por ofrecer un breve resumen de las doctrinas expuestas en AV. (Para un estudio más detallado, seáanos permitido remitir a la recesión antes citada). Estas doctrinas giraban en torno a dos núcleos: A) la crítica del lenguaje moral de la modernidad; B) la exposición de un modelo coherente de lenguaje moral, inspirado en Aristóteles. Ambas tareas colaboran para sugerir que una moralidad inspirada en el modelo aristotélico puede aún hoy, si no constituirse en un modelo público, sí al menos inspirar la vida de las comunidades locales «dentro de las cuales la civilidad y la vida moral e intelectual pueden sostenerse a través de las nuevas edades oscuras que ya están encima de nosotros» (AV, p. 245).

La crítica del lenguaje moral de la modernidad (ya sea el expresado en los discursos públicos o en la reflexión ética que se ejerce sobre ellos), aunque brillantemente realizada, no es nueva. Ya había sido ejecutada ejemplarmente por Nietzsche, y en sustancia, aunque no quizá no explícitamente, por autores como M. Weber (en *Politik als Beruf*). Consiste en esencia en mantener que el lenguaje moral público de la modernidad (la *lingua franca* moral de las modernas sociedades seculares) se ha vuelto incoherente, pues ha perdido, bajo el influjo del individualismo liberal, toda transfondo cultural que permitiera la interpretación compartida de lo que constituye el bien del hombre y el bien social. En esta situación, «los juicios morales son supervivencias lingüísticas de las prácticas del teísmo clásico, supervivencias que han perdido el contexto que tales prácticas les proporcionaban» (AV, p. 57). Sin una concepción compartida de lo que constituye el bien humano (y tal concepción sólo puede darse en un tipo de sociedad que se concibe a sí misma como comunitaria, como ligada a una tradición común), no es posible la existencia de un lenguaje moral público coherente y ordenado. Puede sin duda darse una coexistencia social pacífica, fuertemente apoyada en tuteladas estatales, pero difícilmente una moralidad teórica compartida. El examen de las inacabables disputas de las teorías éticas acerca de la *Grundlegung* de la moral, así como el análisis de los pseudónimos (tales como «utilidad» o «derechos naturales») en los que se apoyan, deben bastar para convencernos de ello.

Toda esta crítica no es, ni mucho menos, implausible, y de una forma u otra ha sido presentada por filósofos recientes poco sospechosos de tendencias metafísicas<sup>2</sup>. Pero MacIntyre piensa además (y aquí puede ser más difícil seguirle) que la tradición aristotélica, que encarnaba los rasgos esenciales de una moralidad de tradición comunitaria, «puede ser reformulada de manera que vuelva a proporcionar inteligibilidad y racionalidad a nuestras actitudes y compromisos morales y sociales» (AV, p. 241).

A diferencia de la ética moderna, centrada en la idea de regla o ley, la ética aristotélica gira en torno a la noción de virtud; y la noción de virtud

2. Por ejemplo, G.E.M. Anscombe, «Modern moral philosophy», en *Philosophical Papers*, III, Oxford: Blackwell, 1981, pp. 26-42.

(como la de mérito, estrechamente ligada a ella) remite constantemente al reconocimiento de la excelencia individual en las prácticas de la vida comunitaria. En dos excelentes capítulos de AV (el 14 y el 15), MacIntyre analiza sutilmente los elementos que integran la noción de virtud: A) la idea de bienes internos a las prácticas sociales, es decir, a formas coherentes y complejas de acciones humanas cooperativas; B) la idea de unidad narrativa de una vida, en cuanto a la adquisición de las virtudes que tiene a aumentar la unidad del sentido de la autonarración que constituye nuestra existencia<sup>3</sup>; C) finalmente, y como dimensión que abarca las anteriores, la idea de una tradición dentro de la que tiene lugar toda discusión acerca de los bienes propios del hombre y de las virtudes correspondientes a la búsqueda de aquellos bienes (AV, p. 207).

Es este último elemento, el elemento de una tradición de investigación y discusión racional, el que a juicio de MacIntyre necesitaba de un examen más profundo del que se ofrecía en AV. Era necesaria una discusión del problema de la racionalidad en relación con las diversas tradiciones, y un diagnóstico de las pretensiones del pensamiento liberal a presentarse como paradigma único de la racionalidad. Son éstas las tareas que ha emprendido MacIntyre en su segundo libro: una obra notablemente más extensa, más técnica y más densa que la primera.

Quizá la tesis más general del libro sea que no es posible hablar de racionalidad (ni, como veremos, tampoco de justicia) de una manera neutra, independiente de cualquier tradición o contexto cultural. La Ilustración nos ha vuelto en gran parte ciegos «a una concepción de investigación racional como incorporada en una tradición, una concepción de acuerdo con la cual los estándares mismos de justificación racional emergen y son parte de una historia, dentro de la cual son confirmados por el modo en que sobrepasan las limitaciones de sus predecesores dentro de la historia de la misma tradición...» (JR, p. 7). No existe por tanto una noción de racionalidad, sino diversas racionalidades inmanentes a tradiciones de interpretación.

Del mismo modo -y éste es uno de los puntos que MacIntyre subraya con mayor fuerza- no existe una noción de justicia, sino diversas nociones, de acuerdo con las diversas tradiciones. Las nociones de justicia y de racionalidad práctica se implican mutuamente. Nuestra idea de justicia variará de conformidad con lo que consideremos modo racional de obrar; pero qué consideremos modo racional de obrar dependerá de lo que consideremos como orden justo. Y esta relación mutua está determinada por la pertenencia a una misma tradición: «...Puesto que hay una diversidad de tradiciones de investigación..., resultará que hay racionalidades más que racionalidad, del mismo modo que hay justicias más que justicia» (JR, p. 9).

Para demostrar esta tesis, MacIntyre va a seguir por una parte un camino histórico: investigar la formación y el desarrollo de una de las tradiciones

---

3. He desarrollado este tema en «Ética como relato», *Agora*, 8 (1989), pp. 29-35.



fundamentales del pensamiento moral, el aristotelismo, en su confrontación y convergencia con otras tradiciones; por otra, un camino sistemático: analizar la noción misma de la tradición y considerar la posibilidad de preferencia entre ellas.

La parte histórica del libro es con mucho la más amplia: abarca los capítulos 2 al 17, ambos inclusive. El hilo conductor, como hemos adelantado, es el surgimiento y desarrollo de la teoría ética de Aristóteles y sus transformaciones sucesivas, tanto por la modificación de su problemática interna cuanto por la presión de otras tradiciones exteriores, de modo especial la paulina-agustiniana.

La investigación arranca de la historia de la noción de virtud (*areté*). En su origen homérico, la noción de virtud significa ante todo logro o realización (*achievement*). Ahora bien, por debajo de este significado late una ambigüedad básica: «virtud» puede significar tanto la excelencia desplegada en alguna acción como la victoria alcanzada en una competición. En una concepción agonística de la vida social, como es en gran parte la homérica, la distinción entre ambos sentidos puede muy fácilmente pasarse por alto: si la competición es *fair*, excelencia y victoria deben coincidir. Pero incluso en aquella concepción se vislumbra a veces el hecho de que no siempre la victoria acompaña al mejor: la gloria de las Termópilas consiste justamente en una derrota.

Esta ambigüedad, generalizada en la oposición entre mérito y efectividad, va a sostenerse a lo largo de la historia de Atenas hasta la guerra del Peloponeso. Sólo este conflicto, como ha destacado Tucídides, pondrá transparentemente de manifiesto que no hay ninguna razón para creer que la excelencia y el mérito vayan acompañadas de la victoria y de resultados prácticos beneficiosos. Ante la indecidibilidad en la noción misma de excelencia, la racionalidad práctica se encuentra incapaz de determinarse.

Es Platón quien, por primera vez, proporciona una teoría bien articulada acerca de aquello en que consiste la virtud o la excelencia humana, y muestra por qué es racional, a la luz de esta teoría, subordinar siempre los bienes de la efectividad a los bienes de la excelencia: veáanse *Gorgias* y *República*. Sin embargo, la explicación de Platón es radicalmente incompleta, piensa MacIntyre. En efecto, no proporciona ningún criterio de justicia, pues la doctrina de las ideas, que estaba destinada a ello, es más bien un programa para la construcción de una teoría que una teoría ella misma.

Por el contrario, la filosofía moral y política de Aristóteles resuelve el problema planteado por la *República* y que, como hemos visto, latía en la noción antigua de virtud. Aristóteles lo consigue al ofrecer una interpretación del bien del hombre en estrecha relación con los bienes incorporados en las prácticas e instituciones de la ciudad. Hay, en efecto, una profunda diferencia entre el hombre disciplinado y educado por la justicia de la ciudad y el hombre al que le falta esa educación: y ello tanto en el aspecto

de la virtud de la justicia como en el de la habilidad para el razonamiento práctico. En sendos capítulos (el 7 y el 8) discute MacIntyre la doctrina de la justicia y de la racionalidad práctica de Aristóteles, siempre dentro del contexto de la vida del ciudadano educado. La discusión es muy técnica y no podemos seguirla en detalle. Conviene señalar, sin embargo, la importancia que la noción de mérito alcanza en la doctrina aristotélica de la justicia, pues es un rasgo claramente distintivo frente al pensamiento moral moderno. La importancia de la idea de mérito, dentro del pensamiento de Aristóteles acerca de la distribución justa, se explica por la convicción de que existe una empresa común, a la que los ciudadanos contribuyen de manera diferente, y que de esa diferencia puede ser medida y evaluada: convicciones ambas que resultan naturales dentro de la vida de la *polis* (JR, pp. 106-107). Esta idea de participación en un empresa común es asimismo la que subtiende la doctrina aristotélica de la racionalidad práctica: «la condición para poder proponer y contestar cuestiones acerca del *arke* de la racionalidad práctica es que uno sea ya un participante en una forma de comunidad que presuponga que hay un bien humano supremo, aunque quizá complejo» (JR, p. 134).

La segunda gran tradición de vida y pensamiento que MacIntyre desea destacar es la que llama «alternativa agustiniana». La tradición agustiniana elabora una concepción genuinamente nueva tanto de la naturaleza de la justicia como de la génesis de la acción humana. Está caracterizada por la proposición de una idea verdaderamente original: la idea de la voluntad como determinante última de la acción humana. Para Agustín, el entendimiento mismo necesita ser impulsado a la actividad por la voluntad. La racionalidad de la acción correcta consiste, sí, en su conformidad con los estándares racionales proporcionados, de acuerdo con el método platónico, por las formas que el intelecto aprehende; pero esa racionalidad sólo determina a la acción correcta en cuanto es consecuencia de la voluntad ella misma correcta. De aquí que la injusticia sea fruto, más que del error, de la desobediencia y del orgullo.

MacIntyre sigue el desarrollo de esta tradición agustiniana en la Edad Media, deteniéndose sobre todo en sus consecuencias políticas, tal como aparecen por ejemplo en la acción de Gregorio VII. En Tomás de Aquino se da, finalmente, una convergencia de ambas tradiciones. Por las condiciones de su formación como discípulo de Alberto Magno (en quien confluían tanto la tradición aristotélica como la agustiniana), Tomás de Aquino se encontraba en condiciones de conocer desde dentro ambas tradiciones. Puede así realizar una síntesis de ellas, pero una síntesis que consiste en la adopción de un marco paulino y agustiniano, dentro del que se integran elementos aristotélicos, y no al revés (JR, pp. 181-182).

Una de las secciones más originales del libro (a la que no podemos dedicar un espacio congruente) es la que MacIntyre dedica al pensamiento escocés de la segunda parte del siglo XVII y primera del XVIII. Es posible



que el patriotismo haya conducido al autor a exagerar la importancia de la tradición escocesa en la historia del pensamiento moral; sin embargo, estos capítulos (del 12 al 16, ambos inclusive) constituyen un excelente estudio de las intrincadas relaciones entre pensamiento moral y político por un lado, y estructura social, por el otro. Según MacIntyre, la genuina tradición escocesa de pensamiento moral, ofrece una síntesis, distinta a la tomista, de la tradición aristotélica y de la paulino-agustiniana en su versión calvinista. Los elementos de la estructura social de Escocia que contribuyeron de forma decisiva a conformar esta tradición fueron la Iglesia escocesa, con las tendencias calvinistas de su teología; las instituciones del derecho escocés, mucho más próximas al derecho romano que al *common law* inglés; y finalmente el sistema educacional, estrechamente relacionado con la Iglesia, y que proporcionaba en las universidades una educación homogénea a los futuros ministros de la Iglesia, juristas y maestros.

Esta tradición escocesa, con su original síntesis de aristotelismo y agustinismo, es erosionada en primer lugar por Hutcheson, que —influido por las doctrinas de Shaftesbury— hacía la moral una cuestión más bien de sentimiento que de razón; y de forma mucho más decisiva por el «anglicizante» Hume. En efecto, según MacIntyre, Hume representa la introducción, dentro de la tradición escocesa, de ideas morales y políticas características del orden social inglés, y en especial del individualismo posesivo. La relación con la propiedad y las pasiones que surgen de ella (orgullo, humildad, amor, odio) constituyen ahora el eje de la vida moral. La sociedad se concibe a partir de ahora, no como un sistema de obligaciones cívicas, sino como un sistema de satisfacción recíproca de pasiones y deseos. Mientras que el individuo, según Aristóteles, se embarca en el razonamiento práctico no sólo en cuanto al individuo, sino también en cuanto a miembro de una *polis*, para Hume el individuo se compromete en el razonamiento práctico en cuanto miembro de un tipo de sociedad en la que el rango, la propiedad y el orgullo estructuran los intercambios sociales (JR, p. 298).

Junto a estas tradiciones (la aristotélica, la agustiniana, y su síntesis tomista escocesa) habría que poner el liberalismo moderno. Bajo esta denominación parece englobar MacIntyre el conjunto del pensamiento moral moderno, sea en su versión utilitarista o en la versión kantiana. La característica esencial del liberalismo sería su pretensión de fundar una moralidad absolutamente independiente de cualquier tradición. Su proyecto consistiría en «fundar una forma de orden social en la que los individuos pudieran emanciparse de la contingencia y particularidad de la tradición, apelando a normas genuinamente universales e independientes de la tradición» (JR, p. 335). Estas normas podrían establecerse ya sea por apelación a alguna forma de universalidad o de utilidad social, ya sea por apelación a ciertas instituciones compartidas (quizá la apelación a la existencia de derechos humanos inalienables). A este liberalismo, MacIntyre no sólo le objeta la imposibilidad de llegar a una fundamentación neutral de la moralidad (como prue-

ban las continuas discusiones entre los filósofos morales acerca de la cuestión de la *Grundlegung*), sino sobre todo la transformación del liberalismo mismo en una tradición, y en una tradición no particularmente estimulante. El liberalismo, que se presentaba al principio como rechazando cualquier teoría de un bien humano dominante (que necesitaría de alguna tradición cultural que la respaldara), acaba por encarnar él mismo una teoría semejante: a saber, la teoría de que el bien supremo consiste en el sostenimiento continuado del orden político y social liberal, y de la estructura económica, el mercado, que lo soporta (JR, p. 345). Como tal tradición, el liberalismo tiene sus propios estándares de justificación racional, sus propios textos autoritativos y su propia jerarquía social: las élites que controlan el ámbito de alternativas que se ofrecen al consumidor o al votante.

MacIntyre reconoce que su exposición del liberalismo no es tanto una historia de la tradición liberal, sino «el reconocimiento de la necesidad de escribir una historia narrativa» de esa tradición (JR, p. 349). Pero incluso reducido a estos límites, el estudio de la tradición liberal tiene la ventaja de proporcionarnos una razón sumamente fuerte para afirmar que no existe un fundamento neutral e independiente del cualquier tradición para establecer una doctrina de justicia en sí y de la racionalidad en sí (JR, p. 346). Aunque no haya ninguna demostración *a priori* de la imposibilidad de aquella fundamentación, el fracaso del liberalismo nos proporciona la más fuerte demostración *a posteriori*.

Ello nos lleva a la parte sistemática del libro. En los 4 últimos capítulos MacIntyre analiza la noción misma de la tradición y se plantea el problema de las relaciones entre ellas. Ya hemos visto que no existe un criterio de racionalidad o de justicia independiente de cualquier tradición, al que cupiera apelar para decidir sobre la superioridad intelectual o moral. ¿Quiere ello decir que estamos condenados a un relativismo sin matices?

La respuesta a esta pregunta presupone, para MacIntyre, una serie de consideraciones epistemológicas: por ejemplo, el rechazo de una teoría de la verdad como correspondencia, y una concepción matizadamente pragmatista de la actividad mental (JR, p. 356). La concepción de la racionalidad y de la verdad entrañada en esta doctrina es anticartesiana (en cuanto cualquier investigación racional parte de determinadas creencias contingentes y no procede deductivamente, sino de manera dialéctica e histórica) y a la vez antihegeliana (pues se excluye cualquier pretensión de llegar a una síntesis omnicomprensiva, a cualquier forma de saber absoluto).

¿No sucederá entonces que nos encontraremos abocados a un conjunto de tradiciones independientes y rivales, sin ningún recurso para decidir entre ellas? MacIntyre busca responder a esta objeción introduciendo la idea de «crisis epistemológica»: la situación que ocurre cuando una investigación dentro de una tradición cesa de hacer progresos juzgada por sus *propios* estándares, cuando no puede ya afrontar los problemas que ella misma suscita. La solución a una crisis epistemológica puede requerir el recurso a



nuevos conceptos y formulación de nuevas teorías que a) proporcionen respuesta a los problemas que se han revelado incapaces de ser tratados con los estándares propios de la tradición; b) expliquen por qué las teorías anteriores no podían dar respuesta a aquellos problemas; c) muestren sin embargo cierta continuidad fundamental con las creencias compartidas que hasta ahora habían definido la investigación (JR, p. 362). En este sentido, podemos hablar de la superioridad de algunas tradiciones sobre otras.

Estrechamente emparentado con este problema está el de la traducibilidad de las tradiciones entre sí. MacIntyre rechaza ciertas teorías empiristas del significado como pura referencia que sostendrían la idea de una traducibilidad universal sin residuo. Estas teorías, aunque aproximadamente verdaderas de ciertos lenguajes artificiales y de los modernos lenguajes internacionalizados, no son ciertas en absoluto de los lenguajes en cuanto tales ni de las tradiciones que incorporan: «la creencia en la capacidad de entender cualquier cosa de la historia y de la cultura humanos, por ajenas que parezcan, es ella misma una de las creencias definitorias de la cultura de la modernidad» (JR, p. 384). Sin embargo, el rechazo de esta creencia en la traducibilidad universal de las tradiciones no significa que éstas sean radicalmente intraducibles. Es una cuestión empírica de hecho la posibilidad mayor o menor de los moradores de una determinada tradición de comprender otra tradición distinta. Las tradiciones rivales pueden ser muy diferentes en algunos de sus aspectos mientras que comparten muchos otros. La traducción y la comprensión directa resultarán tanto más fáciles cuanto más coincidencias se den.

Sería mezquino, ante una obra de tan basto aliento, detenerse en la crítica de aspectos menores: es posible que la presentación de la tradición agustiniana esté excesivamente simplificada; ciertamente es discutible la caracterización de la filosofía moral de Hume como una derivación del individualismo posesivo; es evidente que la caracterización del liberalismo individualista es poco matizada (y así está reconocido por el mismo autor)... Todos estos defectos no deben impedirnos reconocer que nos encontramos ante una obra de pensamiento importante y muy estimulante. Su lectura es, desde luego, ardua y trabajosa: es un libro repleto de argumentación, de divisiones y distinciones, escrito en un estilo a menudo abstruso; pero el esfuerzo vale la pena. A mi entender, ambas obras del autor constituyen material indispensable para quien desee ocuparse seriamente con la historia del pensamiento moral.

¿Es MacIntyre un *laudator temporis acti*? No es ésa ciertamente su intención. Para MacIntyre las tradiciones históricamente anteriores a la Ilustración, o al menos algunas de ellas, no son algo muerto, sino que pueden reactivarse bajo ciertas condiciones. Por ejemplo, podemos ser aristotélicos, y no sólo de manera teórica, en cuanto aquellos rasgos de la *polis* que proporcionaban el contexto esencial a la doctrina y la práctica aristotélicas de la justicia y la racionalidad pueden reencontrarse en nuestra vida y nuestra circunstancia. (JR, p. 391). Naturalmente, ninguna de estas tradiciones puede

aspirar a convertirse en universal, sino a lo sumo inspirar a personas o grupos de personas, provocando así un verdadero pluralismo dentro de la sociedad civil, una «multiplicidad de creencias en competencia».

MacIntyre, desgraciadamente, habla poco de problemas políticos propiamente dichos. Podemos conjeturar que las instancias políticas y económicas se hallan ampliamente comprometidas con el liberalismo individualista, y que por tanto no podemos esperar mucho de ellas para corregir las deficiencias de la estructura social que aquella tradición supone.

Aún reconociendo una profunda simpatía por muchas de las tesis de MacIntyre, no puedo por menos de preguntarme si ha hecho justicia a algunos ideales de la Ilustración y del liberalismo. Es cierto que esos ideales eran la contrapartida de una concepción individualista que destruía, al menos teóricamente, todo vínculo comunitario y que por ello mismo volvía incoherentes algunos de aquellos ideales. No es posible, sin embargo, negar la influencia positiva de tales ideales (por inconsistentes que fuesen) sobre la acción política y sobre la preocupación social. Quizá cierta cantidad de inconsecuencia constituya el precio que haya que pagar para no alejarse excesivamente de los problemas concretos.

**Gregorio ROBLES, Introducción a la Teoría del Derecho, Editorial Debate, Madrid, 1988, 177 pp.**

## I

Este sugerente trabajo del catedrático de Filosofía del Derecho español, que acaba de ver la luz, merece un estudio bastante más extenso que el que someramente hemos de realizar aquí. La tesis fundamental de la obra, anunciada ya en anteriores investigaciones del autor (vid. especialmente *Las Reglas del derecho y las reglas de los juegos*, 1984; versión alemana, 1987), postula que, frente al «fracaso» de los dos grandes concepciones que a su juicio, han reflexionado filosóficamente sobre el derecho de Occidente (la *Teoría del Derecho natural* y la *Filosofía del Derecho*, propiamente dicha), se impone una nueva consideración que se encuentra verdaderamente al servicio de los juristas y que el autor denomina *Teoría del Derecho*. Esta, a su juicio, «es la filosofía jurídica del pospositivismo, asentada no en la fe ciega de la descripción, ya de la idea, ya de los hechos, sino en la universal inmediatez del lenguaje. Su planteamiento no coincide ni con la Teoría general del Derecho, producto del positivismo en su diversas manifestaciones, ni con la seca teoría analítica al uso, pues incorpora el modelo semiótico en todas sus dimensiones, a la vez que abre la puerta de par en par a la hermenéutica filosófica. Reformula los viejos problemas, colocándolos en un nuevo modelo epistemológico que les dota de una significación distinta» (pp. 11-2).



## II

El libro se inicia (cap. I) con una ajustada crítica a la inclusión en el plan de estudios de la asignatura «Derecho Natural» ya que, a su entender, ésta alude a *una* forma epistemológica de reflexión jurídica con la que se puede (o no) estar de acuerdo, pero que es lógicamente incómoda para aquellos que se encuentran en la última postura. De ahí que proponga el reemplazo de ella por la antes aludida *Teoría del Derecho*, como enfoque superador tanto de aquella cuanto la Filosofía del Derecho del positivismo (pp. 13-17). A continuación y luego de reseñar los temas que desde siempre han preocupado a la filosofía del derecho (epistemología, ontología, axiología y filosofía de la existencia), el autor reitera su conocida opinión en el sentido de subrayar la importancia del primer aspecto ya que «toda forma de conocimiento —científico o filosófico— que pretenda validez ha de legitimarse necesariamente mediante una reflexión previa sobre lo que entiende por conocimiento y la manera de llevarlo a cabo sobre un objeto formalmente acotado» (p. 32). En esta perspectiva, los capítulos II, III y IV se ocupan de describir la evolución de las dos corrientes antes aludidas a la luz de sus respectivas estructuras epistemológicas, de suerte que se trata de una «reconstrucción permanente de los modos de pensar hasta hacerlos más nítidos y convincentes», reduciendo, de esta forma, «la enorme variedad y complejidad del conocimiento humano por medio de los modelos» con el objeto de, a la postre, «poder entender la historia de las ideas como una grandiosa sinfonía en la que se refleja el “espíritu objetivo” de la humanidad, la producción más acabada de ésta, nuestra civilización» (pp. 37-8).

Así las cosas, el capítulo II trata de la *Teoría del Derecho natural*, desde sus orígenes en la antigua reflexión griega, hasta el advenimiento del positivismo (pp. 41-74); el III, de la *Filosofía del Derecho, stricto sensu*, esto es, de la reflexión filosófica sobre el derecho propia de la época positivista que triunfa, de modo inequívoco, desde finales del S. XVII (pp. 75-110) y, finalmente, el capítulo IV, se refiere al renacimiento de la *Teoría del Derecho natural* en este siglo (pp. 111-131).

En opinión de nuestro autor, ambas teorías tienen puntos de contacto y, al mismo tiempo, profundas diferencias. Sin embargo, su común denominador parece ser la imposibilidad que han mostrado a la hora de resolver los concretos problemas jurídicos de la sociedad. Al respecto, ilustra Robles: «Si algo llama la atención tanto en el iusnaturalismo como en el positivismo es el no haber sido, al menos de modo primario, teorías *para juristas*. En el mejor de los casos han sido teorías elaboradas *por* juristas pero puede decirse que el «fracaso» de la filosofía jurídica ha sido, y es, el haber vivido —al menos en gran parte— de espaldas a las necesidades intelectuales de los juristas. La teoría del Derecho natural fue construida por metafísicos y teólogos para mejor comprender el mundo, el positivismo jurídico no puede ocultar su origen fisicalista o, lo que viene a ser algo parecido, sociologista.

Aquella es la forma metafísica de la filosofía jurídica, ésta su forma naturalista» (pp. 153-4).

No siendo nuestro propósito detenernos sobre este aspecto de su trabajo (que, como dijimos, es el presupuesto que justifica la aparición de su teoría y que constituye una interesante síntesis histórica de agradable lectura) nos limitaremos a señalar una sólo observación que juzgamos indispensable. En efecto, a nuestro entender, el autor simplifica en exceso su consideración del derecho natural, de modo que no resaltará con el vigor necesario las profundas diferencias que separan al derecho natural «clásico» del «contractualista o racionalista». Por ello, decir que esta teoría fue construida por teólogos o metafísicos, parece aplicarse más adecuadamente a Leibniz a Wolff (conocidos estudiosos de teología), que a Aristóteles, a los jurisprudentes romanos o al propio Tomás de Aquino, quien, en sus Tratado de Justicia, de la Prudencia e, incluso de la Ley, en contra de la concepción teológica del derecho que había impuesto el agustiniano de su época, adopta, los criterios del *Digesto* o de la *Ética*, la *Retórica* o la *Política* aristotélica. Así, el derecho, ni es una idea abstracta ni es un hecho carente de sentido propio, sino lo justo que se determina luego un prudente análisis del sentido en cada litigio y en cuya decisión, para la teoría clásica, siempre ha jugado un papel fundamental —a pesar de la opinión del autor, p. 153— el derecho positivo.

### III

En el cap. V, Robles sugiere la vía adecuada para superar la crisis dejada por las teorías antes estudiadas: ella, dice, es «*hoy, el análisis del lenguaje*», para aclarar de inmediato que «el lenguaje es una realidad que posee muchos planos o niveles. Cuando aquí empleamos la expresión «análisis del lenguaje» no hay que entender con ello sólo el análisis de las formas sintácticas o de los usos del lenguaje, sino que con dicha fórmula pretendemos un estudio progresivo de los distintos niveles, sin despreciar ninguno de ellos. La conjugación de la llamada filosofía lingüística con las aportaciones de la hermenéutica filosófica pueden conducir a una comprensión integral del lenguaje» (pp. 138 y 154-5). En efecto, en la parte final del capítulo se incluye una inmejorable síntesis de la hermenéutica, cuya lógica, dice el autor, es la lógica de la pregunta y de la respuesta, esto es, de la conversación. Pero toda conversación es sólo posible porque existe algo «puesto en medio» entre los conversantes: un lenguaje común» (p. 146). De ahí que «el gran descubrimiento de la hermenéutica es haber caído en la cuenta de la universalidad del lenguaje en la interpretación y por lo tanto también en la comprensión» (p. 147). Sin embargo la rehabilitación de la ontología a la que llega la hermenéutica por medio del lenguaje («a través del lenguaje se conoce el *concepto*, pero lo importante es conocer éste último» p. 148), no satisface a Robles para quien la filosofía del Derecho se ha ocupado demasiado poco de las demandas teóricas sentidas por los juristas» (*ibid.*),



lo cual la ha asumido en un justificado descrédito. Así las cosas, continúa, y puesto que el derecho es una obra humana, la pregunta adecuada debe ser: «¿Cómo construimos el derecho? y la respuesta sólo puede ser ésta: *mediante las palabras*» (p. 149). Sin embargo, ante esta respuesta, pensamos que cabría otra pregunta, que no puede ser sino ¿y qué denotan las palabras?, esto es, ¿cuál es la razón por la que, ante algunas palabras, actuamos de una o de otra forma? Sobre ésto volveremos al final.

El sexto y último capítulo se aboca al planteamiento de las líneas maestras de su *Teoría del Derecho* de la cual este trabajo es tan sólo una «Introducción». En cuanto al hombre adoptado (Teoría del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas), el autor nos previene que obedece, no al descrédito que, en algunos ámbitos, caracteriza a la voz «filosofía», sino a la necesidad de diferenciar este planteamiento del anterior enfoque positivista (p. 156). De seguido, expresa que el análisis ha de ser del lenguaje *de los juristas* y no «análisis del Derecho», como suele decirse, por la sencilla razón de que son éstos (en el sentido amplio de la expresión, esto es, extensivo no sólo a los científicos del derecho sino también órganos de creación y aplicación del mismo) los que *crean* el derecho. Al mismo tiempo, considera importante distinguir entre el lenguaje jurídico y el vulgar no porque este último «no sea de interés en la investigación (pensemos, por ejemplo en el gran interés que tal suerte de trabajo puede tener para la Sociología del Derecho)», sino porque una comprensión lo más exacta posible del derecho exige un estudio «desde dentro, para lo cual no hay otra vía que saber Derecho» (p. 157). Entrando ya más de lleno en la estructura interna de la Teoría, considera Robles que la división de la semiótica de Morris resulta sumamente útil para una adecuada comprensión de la expresión que aquí se estudia, ya que esta distingue el nivel pragmático, que atiende al *uso* del lenguaje, el semántico, que se preocupa del *significado* y el sintáctico, que contempla la *forma* del mismo (p. 160). En esta perspectiva, agrega nuestro autor que si utilizamos la categoría «texto» como punto de referencia en estas disquisiciones, la pragmática corresponde al momento de la *creación* del texto; la semántica al texto *ya creado* y la sintaxis, al texto también ya creado pero en su estructura formal (pp. 160-1). La Teoría del Derecho es, pues, una teoría de textos jurídicos aunque con acierto, el autor previene que «el derecho no sólo ésta en los textos escritos, sino también, en los textos de la realidad social» (p. 161).

En razón de lo expuesto, la *Teoría del Derecho* ha de comprender tres niveles: a) «el estudio de los problemas teóricos del momento o de los momentos de la creación del texto jurídico, o *Teoría de la decisión jurídica*; b) el estudio de aquellos problemas teóricos que conlleva la tarea de comprensión del texto jurídico ya creado, o *Teoría de la Dogmática jurídica* y c) el nivel del *análisis formal* del lenguaje jurídico, cuyo objeto de estudio es el método lógico-lingüístico» (p. 161).

El primer aspecto, sobre el que —expresa el autor— tradicionalmente ha discurrido la Teoría del Derecho natural (aunque en su perfil «clásico», agregamos nosotros) recibe un sugerente planteamiento que el autor distingue en tres niveles: la teoría de la legislación, la teoría de la decisión judicial y la teoría de la retórica jurídica, teoría esta última que tiene por objeto el análisis del lenguaje de convicción. De no menos importancia es la conexión que, a juicio de Robles, se plantea entre ésta teoría de la decisión y la justicia, en razón de que como «toda decisión persigue, intrínsecamente, unos fines, la teoría de la decisión jurídica ha de dar cabida también a una reflexión material o axiológica en relación con los procesos de decisión» (pp. 162-3).

La antigua denominación de *Dogmática jurídica* obtiene con el análisis de Robles una oportuna revalorización ya que considera que su objeto principal (el estudio de los métodos interpretativos, el de la formación de los grandes conceptos dogmáticos jurídico) debe vincularse —como vía para contrarrestar la crítica recibida por la sociología jurídica— con los aportes de la hermenéutica filosófica y con el concepto amplio de texto antes aludido (p. 163).

Finalmente, la *Teoría de la estructura formal* del derecho se aboca al estudio de las reglas jurídicas, esto es, «las proposiciones lingüísticas orientadas, directa o indirectamente, a dirigir la acción humana» (p. 164). Una vez más, dice nuestro autor, es preciso plantearse aquí «el problema de la reconstrucción hermenéutica de ellas, las cuales, al constituir, un *sistema*, introducen dos elementos de importancia: el tema de la *validez* de las reglas jurídicas y el de las *fuentes* del derecho, aspecto éste que, con acierto, el autor estudia desde la óptica del derecho comparado, no con ánimo de erudición, sino «con el objeto de hacer caer en la cuenta de que ningún sistema concreto de fuentes es consustancial al derecho, sino que éste admite muchas posibles soluciones» (p. 165). Finalmente, dentro de este ámbito, han de incluirse un estudio de los conceptos jurídicos fundamentales ya implicados, como es natural, en las reglas jurídicas y que debe responder el análisis lógico-lingüístico de ellas y, un estudio de las relaciones existentes entre ordenamientos jurídicos distintos, tales como Derecho internacional-estatal; comunitario-interno, etc. (p. 165).

#### IV

Como conclusión, pensamos que resulta difícil recordar con el autor en su negativa de éste a aceptar una consideración ontológica del derecho y de la justicia. En este sentido, no creemos que sea fácilmente conciliable lo que acaba de expresarse, con un planteamiento que incluye como elementos de reflexión jurídica el recurso de la hermenéutica o a una reflexión amplia del texto, pues, en ambos casos, el tránsito a una consideración on-



tológica de lo jurídico se encuentra explícito en aquél y latente en éste. En definitiva, si juzgamos de inmensa importancia la vinculación que el autor propone de la teoría de la decisión jurídica, en todos sus niveles, con la justicia, «puesto que al fin y al cabo si reflexionamos sobre ella, y sentimos la necesidad de hacerlo, es porque hay que decidir en la vida social sobre los problemas de los hombres» (p. 168), nos resulta sencillo dilucidar con qué *criterios* o elementos de juicio se ha de llevar a cabo esa decisión, habida cuenta que se diluye la necesidad de encontrar, en la medida en que esto sea razonablemente *posible, el sentido* último —radical y por tanto, ontológico— de la justicia y del derecho. Si, en efecto, «carece de sentido disputar sobre qué *és* la justicia en relación con el concepto del Derecho» (p. 169), y si tampoco conocemos que es éste último (vid. pp. 148-9), creemos que la antigua tarea de dar a cada uno lo *suyo* puede correr el riesgo de convertirse, precisamente, en lo que el autor procura evitar, es decir, en lo que manden los dictámenes políticos predominantes o, lo que es lo mismo, que la *Teoría del Derecho* haya dejado de servir a los juristas.

Sin embargo, estas observaciones no empañan los múltiples aciertos de este trabajo, anotados a medida que se avanza en la reseña, y cuya principal virtud radica, a nuestro entender, en el hecho de incorporar todos los componentes de la realidad jurídica, sin cuya consideración parece difícil alcanzar una *decisión justa*. Así, merecen resaltarse, muy especialmente, la inclusión, en el marco de una análisis lingüístico insustitible, de la hermenéutica filosófica; de una lectura «amplia» del texto jurídico; de una consideración no restringida de las fuentes del derecho y fundamentalmente de la inclusión de la Teoría de la decisión jurídica la cual, a nuestro juicio, entronca con el creciente interés que se advierte por vincular la ciencia del derecho con la realidad que plantean los casos, esto es, con los problemas concretos que afectan diariamente a nuestras sociedades.

Por ello, si la tercera parte de su teoría se encuentra de alguna manera formulada en *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, cabe aguardar, con entusiasmo, la confección de los restantes.

Renato RABBI-BALDI CABANILLAS

Julián SAUQUILLO GONZALEZ, Michel Foucault. Una filosofía de la acción, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 459 pp.

Al tratar de explicar la retórica propia de una reseña o crítica bibliográfica a partir de las leyes generales que rigen el intercambio científico, Pierre Bourdieu ha apuntado que normalmente la academia suele conferir a los practicantes de este género el poder singular de otorgar una identidad científica al autor o texto criticados. Al tener además cubiertas sus espaldas con la universalidad aparente que viene asociada a las garantías formales

de imparcialidad y neutralidad propias de las condiciones de publicación de las revistas científicas, aquéllos pasarían de hecho a detentar una posición soberana que les haría proclives a «abandonarse a las delicias de una retórica asesina que tiene por principio la búsqueda de la maximización de la violencia simbólica». De un modo quizás menos pedante y sin duda humorístico, Ian Watt también se ha puesto del lado del sansculottismo científico y ha denunciado esta forma insidiosa de despotismo. Para él, la recensión se caracteriza por su similitud con dos modelos más o menos perversos: por un lado, el de la visita al dentista, caracterizado como se sabe por una extrema asimetría de papeles en este caso reconvertible en el hecho de que el autor de la crítica es un agente activo que se ve institucionalmente impelido a hacer al agente pasivo el mayor daño posible con el mínimo coste; y por lo otro, el de las famosas *Enclousure Acts* inglesas (un hombre, un predio), según el cual el autor que critica asume el papel de reenviar pastoralmente al autor criticado a su propio dominio (si es que se le ha concedido previamente el beneficio de que puede académicamente pastar en alguno concreto del que no tendría que haber salido)<sup>1</sup>.

Salvando todas las distancias, y muy especialmente el dato de que en el campo de la ciencia del derecho española, por una particular morfología que estimula el entendimiento de que la crítica a los productos científicos es ante todo una crítica personal a los productores<sup>2</sup>, suele predominar una cautela científica propensa o bien a abstenerse de comentar la obra científica ajena o bien a sustituir seráficamente aquel tipo de recensión *homicida* por otro inversamente proporcional y tendente a procurar el mayor bien ajeno con el mayor provecho propio, hemos desde el primer momento advertir que Julián Sauquillo ha publicado un estudio sobre la obra de Michel Foucault cuya crítica en caso alguno parece que pueda ser susceptible de recibir los embates de la *violencia simbólica* de sus colegas. En efecto, se trata a todas luces de la obra que se puede esperar de un especialista en un tema de estas características: materialmente cerrada, formalmente bien construida, impecablemente documentada (lo que en el caso del filósofo francés exige un meritorio trabajo de hemeroteca), sus límites son los propios de una obra científica que ni quiere ni puede permitirse el lujo que sí pudo y quiso permitirse, con bello pero diverso itinerario, Maurice Blanchot: *imaginarse* a Foucault<sup>3</sup>.

«A comienzos de los sesenta, el panorama reflexivo más frecuente era freudiano-marxista. Foucault, que reivindicaba un derecho al anonimato, adoptó un punto de fuga que le alejase de aquellas catalogaciones. La historia de las ciencias, practicada por Georges Canguilhem, su maestro más reconocido, la temprana lectura de Nietzsche y la vieja tradición formalista

1. Tanto las consideraciones de uno como de otro autor se encuentran en: Ian WATT, «L'institution du compte rendu», *Actes de la recherche en sciences sociales* 59 (1985) 85-86.

2. Cf. Johannes-Michael SCHOLZ, «Rendre justice. Eléments pour une histoire contemporaine de l'espace judiciaire espagnol», *Mélanges de la Casa de Velazquez* 25 (1989) 355-379.

3. Maurice BLANCHOT, *Michel Foucault, tel que je l'imagine*, Paris, 1986.



europea le ayudaron a perder el nombre» (p. 23). Esta hermosa consideración se encuentra en la consistente introducción que hace Sauquillo a su libro, y la podemos aprovechar ahora nosotros para ilustrar el tipo de perspectiva y los problemas previos que el autor se ha planteado para dotar de impulso a su estudio. Pues, en efecto, tememos que una investigación sobre el autor de *Vigilar y castigar* que se desarrolle a partir de los presupuestos implícitos en el citado párrafo ha de afrontar la dificultad básica que originan: a) del lado del observador, la exigencia, perfectamente plausible desde el punto de vista metodológico, de *trabajar* al autor estudiado sin menospreciar en ningún caso los factores de explicación suministrados por la inclusión en el análisis de aquello que, con terminología del propio Foucault<sup>4</sup>, podría denominarse la noción de *influencias*; es decir, de aquel soporte que permite a un tercero ligar a distancia y en el tiempo diversas unidades definidas como individuos, obras, teorías o mentalidades (por ejemplo, Foucault con la fenomenología o Robbe-Grillet con *las palabras y las cosas*); b) del lado de lo observado, las condiciones radicalmente restrictivas que el propio Foucault establece respecto a cualquier acto exterior o metadiscursivo orientado a la identificación de su propia obra. Simplificando naturalmente las cosas, puede decirse que esto es así porque una postura filosófica que postula a la hora de analizar la eliminación previa del sujeto en tanto que presupuesto cognitivo reclama, como dice Sauquillo, también para sí misma el anonimato y repugna toda forma de catalogación: «*je voudrais qu'un livre, au moins du côté de celui qui l'a écrit, ne soit rien d'autre que les phrases dont il est fait*»<sup>5</sup>. Expresado de otra forma, al tomar las observaciones de Foucault no tanto como pista de la que hay que despegar (a la que hay que diferenciar) para observar otras cosas (y aquí tendríamos la famosa «caja de herramientas») sino como objeto mismo de la observación, el observador se ve entonces abocado a lidiar con un tipo de resistencia que, al margen de que pueda ser o no doblegada, empieza por asignarle a uno el incómodo y seguramente no querido papel de representante científico de esa «moral de estado civil» empeñada en preguntar a cada uno lo que es<sup>6</sup>.

Naturalmente, cabe aquí replicar que este tipo de dificultad, lejos de ser vergonzante, constituye la lógica servidumbre que ha de padecer todo aquél que pretende mantener una digna actitud neutral y distanciada respecto a su objeto de estudio. Y que, por añadidura, en este caso la receta a seguir no puede ser otra que la que el propio autor del libro da a entender

4. Michel FOUCAULT, *La arqueología del saber*, México, 1979, p. 34.

5. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'Age classique*, Paris, 1972, p. 10. En sentido similar, cfr. la opinión de Niklas LUHMANN: «*Nun, ich kann sicher einer biographischen Bericht erstatten, aber einerseits frage ich mich dann: Wen interessiert das? Und andererseits möchte ich auch gern die biographische Lesart meiner Arbeiten aus den an diese Arbeiten anschließenden Verstehensprozessen heraushalten. Denn wenn jemand das braucht, um zu verstehen, was ich geschrieben habe, dann habe ich schlecht geschrieben*» (LUHMANN, *Archimede un wir, Interviews*, Berlin, 1987, p. 19).

6. «No me pregunten quién soy, ni me pidan que permanezca invariable: es una moral de estado civil la que rige nuestra documentación. Que nos deje en paz cuando se trata de escribir» (FOUCAULT, *La arqueología del saber*, cit., p. 29).

en la frase que transcribimos al principio: rastrear los presupuestos metodológicos —ontológicos, prefiere Sauquillo— en virtud de los cuales una teoría se ha impuesto como condición para salvaguardar su eficacia la pérdida de sus marcas y un programa filosófico ha pretendido establecerse huyendo de todo programa. Con otras palabras, se trataría sencillamente de localizar los nombres que ayudaron de hecho al filósofo a perder su nombre.

Hay que decir con toda claridad que esta operación, al ser en principio radicalmente antifoucaultiana, resulta cuando uno se ocupa del mismo Foucault bastante más meritoria de lo que parece. Más aún, podría decirse que este desdoblamiento o exteriorización de un pensamiento que permanece replegado y sin hondura por obra y gracia de su escogida exterioridad («*la fiction consiste donc non pas à faire voir l'invisible, mais à faire voir combien est invisible l'invisibilité du visible*», tiene escrito el pensador francés<sup>7</sup>), constituye la esforzada y principal aportación del estudio de Sauquillo. Esencialmente, por dos razones:

A) En primer lugar, porque siempre cabe recordar e invocar a los padres fundadores de la quiebra del sujeto transcendental (Marx, Freud, Nietzsche, pp. 32 ss.), a los críticos de la verdad científica e histórica (Bachelard, 40 ss., Febvre, Le Goff, 109 ss.), a los artistas trágicos y poetas malditos (Nerval, Artaud, Sade, Hölderlin y demás «inquietantes figurillas de la iconografía alemana», p. 120); se puede reconstruir y evocar los ambientes y hegemonías culturales (estructuralismo, neopositivismo, nueva lingüística, pp. 171 ss.), las lecturas decisivas en los años de aprendizaje (Nietzsche, Heidegger, 158 ss.), los antagonismos políticos y académicos (v. gr. «nuevos filósofos» y marxistas, marxistas ortodoxos y marxistas althusserianos, 304 ss.), el compromiso y la batalla (mayo del 68, fundación del G.I.P., 261 ss.) y las propuestas para después de la batalla (v. gr. la genealogía del poder, 270 ss.), o incluso el estigma espiritual del cuerpo del filósofo enfermo (esa «inminencia de una muerte anunciada», p. 15). Con todo ello, se puede llegar a ofrecer —como así sucede también en el libro— una informativa descripción sobre el panorama filosófico francés en la segunda mitad de este siglo. Empero, empresa bien distinta es la de hacer encajar este conjunto heterogéneo de datos en esa serie heterogénea de textos, rectificaciones y palabras que compone la obra de un autor, y hacerlo de tal manera que aquéllos *interpreten* a ésta de un modo coherente. Si este es un problema muy conocido para toda sociología de la cultura que no quiera limitarse a recrear épocas o escribir biografías (¿cómo y en qué medida resulta dependiente la explicación del contenido de un producto cultural de los datos disponibles sobre el mundo en el que aquél es producido?), aquí llega a plantearse con una extrema agudeza, puesto que la historia que el autor tiene que contarnos es la de un proceso, cada vez más refinado pero constante, de *desontologiza-*

7. FOUCAULT, *La pensée du dehors*, Paris, 1986, p. 24.



ción; la historia, en definitiva, de una pérdida de sustancia proporcional a la constatación de que en nuestra constitución como sujetos anida un acto de fuerza que sólo puede ser combatido con la fuerza; el pensamiento no se distingue de la acción, el pensamiento se abre al impensado (v. pp. 85 ss.).

En las frases de Sauquillo que hemos citado anteriormente para iniciar esta reflexión, se viene a decir que Foucault tuvo que adoptar un *punto de fuga* para ser consecuente con su postura filosófica. El empleo de este término artístico, reiterado después en otros lugares de su libro y que sirve sin duda al autor para aliviarse mediante un poco de retórica, lo podemos utilizar ahora nosotros para exponer hasta qué punto nos parece que tanto la estructura general como el tipo de argumentación empleados por Sauquillo se encuentran condicionados por la necesidad de solventar de un modo eficaz todos estos obstáculos. Pues podría decirse con cierto atrevimiento que su estudio asemeja en algo estar conformado al estilo de lo que en música se conoce generalmente como construcción fugada. A saber, en principio se toman en orden cronológico las obras principales de Foucault para dar sucesivamente entrada en el análisis a temas distintos: fundamentalmente, la experiencia de los límites del lenguaje, gracias a *Historia de la locura* (pp. 93-168); la regulación epistémica del discurso, de la mano de *Las palabras y las cosas* (169-245); la historicidad del poder y la insurrección del saber, con *Vigilar y castigar* (251-380). Sin embargo, enseguida se advierte que tanto este hilo temporal como la diversidad temática que lo acompaña se hallan distorsionados por un efecto de retroceso y repetición que busca fijar las huidas hacia adelante de Foucault a unos presupuestos filosóficos últimos; la disolución del lenguaje en tanto que representación, la deserción de toda teleología histórica, la expropiación de la verdad del terreno de la filosofía para tratarla como objeto de apropiación. Si hacemos partícipes a todas estas cuestiones de una misma «aventura ontológica del pensamiento» (p. 388), si las agrupamos bajo el signo unificador de lo que Sauquillo considera ante todo como una «ontología del presente» de clave kantiana y vigor nietzschiano, tenemos entonces que, justamente al modo de la fuga, un mismo tema se repite, reaparece con variaciones, se matiza polifónicamente y en diferentes niveles (el saber, el poder, la subjetividad) para poder cumplir siempre la autoimpuesta obligación de estar en todo momento en condiciones de otorgar *carta de naturaleza* a los análisis de Foucault. Sabiendo seguramente que al proceder de este modo la redundancia puede en muchas ocasiones con la ligereza, el autor se decide a correr este riesgo para poder ofrecer buenos resultados.

B) Si se nos permite un juego de palabras, ha de subrayarse también que tal escrúpulo científico a la hora de dotar en todo momento de *sentido fuerte* a los textos del filósofo francés dota al autor de la sobriedad y la autoridad sobre el tema suficientes como para no tener ningún escrúpulo académico a la hora de presentar limpiamente la crítica de Foucault a los insti-

tutos de saber y de poder que han solido ser presentados como emancipadoramente ligados al conocimiento y al progreso del hombre; las ciencias humanas, el individuo (en tanto que sujeto enteramente dueño de sus palabras y soberano de su conciencia), el Estado moderno y las alternativas más o menos estatales a dicho Estado. En este sentido, la perspectiva metodológica que adopta Sauquillo, al confrontar los escritos de Foucault con las diversas corrientes filosóficas y actitudes científicas imperantes en Francia en los últimos treinta años, le permite de un modo particularmente esclarecedor plantear y resolver la aparente contradicción que supone el entronque y el desapego de sus análisis respecto a la Ilustración (en tanto en cuanto resulta preciso problematizar las evidencias y universalidades del presente, es ilustrado; en tanto en cuanto esto no implica primar —axiológica, pero sobre todo analíticamente— vectores de progreso o de consenso, no lo es) o su crítica ambivalente del marxismo (en tanto que teoría sobre el hombre y la sociedad, le vendría a pasar como a los peces fuera del agua; fuera del mar del siglo XIX no podría respirar; en tanto que historización de las prácticas sociales, resulta sociológicamente insoslayable). Adviértase por esta razón que las páginas en las que se confrontan los análisis de Foucault con las propuestas de Habermas o Rawls (pp. 63 ss., 274 ss.) y de Poulantzas o Althusser (pp. 299 ss.) resultan de especial interés para los estudiosos de filosofía del derecho y filosofía política.

El procedimiento ciertamente «antifoucaultiano» empleado en la investigación termina ofreciendo así al final al lector un Foucault distanciado pero próximo, influido por muchas corrientes pero en última instancia coherente, matizado más nítido y a la grupa siempre, hasta por su forma de morir, de la actualidad de su tiempo. Leamos: «Los análisis de Foucault son un producto del balance histórico final del siglo XX. La misma individualidad, último reducto de libertad frente a los poderes públicos, se ha revelado, tras los análisis genealógicos, como la última trampa de la historia en el asentamiento de los sistemas de dominación. En el lugar más irreductible de la «peble», en su inaprensible misterio, al individuo le queda, así, sus comportamientos, gustos, afectos, y su propia vida cotidiana como materia de renovación infinita y de trabajo artístico. Quizás posea esta potencia porque el individuo no se cree tanto que es hombre y comienza a sospechar, en mitad de la crisis, que es más bien dinamita» (p. 317).

Estas palabras, que no son de Foucault sino de Sauquillo explicando al denominado «último Foucault», ponen sin duda de manifiesto no tanto la complicidad como esa especie de lealtad en la observación que el observador ha de guardar hacia el autor observado para que el último de los textos de éste pueda ser analizado como un final de trayecto. Pero también, y esto es quizás lo más importante, revelan un tipo de delicadeza metodológica que a nuestro juicio resulta decisivo poseer a la hora de abordar sin prejuicios jurídico-políticos un autor de las características de Foucault: A saber, aquélla que hace en todo momento capaz al observador que se en-



frenta a un material tan *conflictivo* y *antihumanista* como éste de discernir que una cosa es el plano de la existencia concreta de los individuos y otra bien distinta el plano analítico de la descripción de los individuos. Lo que ante todo significa; de una parte, que la postulación de una teoría fundamentalmente relacional sobre el poder no quiere en modo alguno decir que el individuo se evapore o los hombres se disuelvan dentro de un combinado de funciones, redes capilares o procesos microfísicos; de otra, que todas aquellas teorías sociológicas que consideran que obstaculiza epistemológicamente la complejidad y refinamiento de su análisis partir del presupuesto de que la sociedad se compone por encima de todo de hombres o de que la acción de los hombres *produce* la sociedad, resultan insuficientemente contrastadas si sólo se las critica empuñando el arma del ideal del hombre o desde la añoranza axiológica del mundo vivido. Puede que, como dice Sauquillo, en Foucault no se encuentre una «filosofía aleccionante» (p. 380); pero esta que acabamos de exponer es sin duda la conclusión más aleccionadora que se obtiene al final de la lectura de su libro; que no siempre el consenso puede postularse, que en la sociedad (el saber y el poder) existen conflictos y juegos de conflictos donde el *no* puede ser privilegiado.

Antonio SERRANO

Antonio SERRANO, *La imaginación del poder. Dos estudios de metodología de las formas jurídico-políticas*, Prensas Universitarias, Zaragoza, 1988, 69 págs.

La preocupación por el estatuto epistemológico de las llamadas ciencias sociales se origina, como es sabido, en el siglo XIX. Desde entonces, el problema o la cuestión del método de las ciencias humanas o sociales ha sido una constante en el discurso de los filósofos, sea para vincular los patrones cognoscitivos a las ciencias matemáticas y físico-naturales, sea para propugnar su autonomía frente a los mismos. La preocupación metodológica, a su vez, ha conocido diversas vertientes, unas continuadoras de las particiones o disciplinas filosóficas tradicionales (léase fundamentalmente ontología pero, por qué no, lógica, ética, estética...) y otras rupturistas. En esta segunda dirección —si se permite— de vanguardismo intelectual camina el librito (sólo tal en cuanto al número de páginas) de Antonio Serrano. Se inscribe, pues, en un claro clima de ruptura, más que ontológica —habría que decir— «antiontológica».

En contra de la opinión académica generalizada y de su soporte intelectual (Max Weber entre otros), el diletantismo no está reñido con el conocimiento. He aquí la tesis sobre a que se afana el autor en el primero de los dos trabajos incluidos en su volumen *El poder y la justicia en su representación fílmica. A propósito de una obra de Fritz Lang*.

A la ruptura inherente a la tesis le siguen otras de opiniones igualmente dominantes. Así, la mayoría de nosotros tiene asimilado que el cine es fundamentalmente arte y, por lo mismo, y antes que nada, estética. Serrano, sin embargo, pone en cuestión esta asimilación cuando busca —y encuentra— en la película de Fritz Lang «M», *el vampiro de Düsseldorf* (aderezada con otras referencias artísticas y teatrales) elementos cognoscitivos con una virtualidad epistemológica inherente al lenguaje cinematográfico, es decir, con una semántica propia y, por lo tanto, irreductible ontológicamente, por ejemplo, al lenguaje verbal.

Cuidado pues —parece advertir el autor— con ignorar la aportación cognoscitiva del medio visual; cuidado, pues, con asumir acríticamente la identificación de medios de este tipo con una fuente de conocimiento «frívolo» frente a otro conocimiento «sabio» proporcionado por el medio habitual de la ciencia empírica. Por el contrario, la luz (y, sobre todo, las sombras), el movimiento, el montaje y el plano, a los que da vida Lang en una de las obras más representativas del expresionismo alemán, ofrecerán todo un lenguaje sobre la complejidad humana (psicológica) y social (de las formas). Sobre éste se aplica la sensibilidad visual e interpretativa de Serrano, quien capta y traduce tal lenguaje cinematográfico en un sugestivo discurso sobre los fenómenos de la Justicia y el Poder.

Es asimismo un producto alemán; se refiere también al fenómeno del poder y se inscribe en la misma línea de ruptura ontológica el objeto discursivo del segundo de los trabajos recogidos en este pequeño volumen que se comenta. Su título *El poder como medio de comunicación* resulta ya bastante ilustrativo, pero es sobre todo el subtítulo *Un paseo por el laberinto de la sociología de Luhmann* el que deja traslucir una de las claves determinantes del análisis. El empleo del término «laberinto», tomado del propio Luhmann, no debe suscitar, sin embargo, una precipitada conmisericordia hacia la labor emprendida por Serrano. A decir verdad, produce más una sensación lúdica que de pérdida.

Con todo, y a pesar de que, en efecto, entrar y caminar por un laberinto sea en parte un *divertimento*, a nadie le gusta quedarse atrapado. Por ello es de agradecer la orientación y búsqueda de salida emprendida por el autor a través de la sociología luhmanniana y, más en concreto, sobre la propuesta teórica del autor alemán centrada en la *autopoiesis* o *autorreferencialidad*; propuesta que incide sobre un anhelo profundo, no sólo de la sociología, sino también de la teoría del derecho. Un ejemplo extraído al hilo de la propuesta de Luhmann resulta suficiente: ¿quién (cultivador de las mencionadas disciplinas) renunciaría a los logros de una teoría que permitiera obviar o salir de esa especie de círculo vicioso, de punto de partida aporístico y —¡encima!— legitimador relativo a lo que «es Derecho» y a lo que no (o, analógicamente, de la definición necesariamente binómica entre el Derecho y el Poder)?



Circunscribiendo su análisis al concepto luhmanniano de poder como «medio de comunicación simbólicamente generalizado» (lo que resulta más que suficiente y hasta ambicioso teniendo en cuenta el espacio dedicado) Serrano recogerá algunas de las más famosas críticas suscitadas por el mismo a las que —dicho sea de paso— no parece excesivamente sensible. Y, sin embargo, esta fina actitud contracrítica no le impide manifestar sus propios recelos, precedidos de un valeroso esfuerzo interpretativo, sobre la actual postura luhmanniana.

Con un especial énfasis se destaca la cuestión de los límites de la autorreferencialidad; esa «imprescindible referencia del sistema al entorno» de la que el propio Luhmann sería consciente y sobre la que —no merece demostración— descansa gran parte de la credibilidad atribuible a la propuesta del sociólogo alemán. También la objeción principal de Serrano va por esta línea: de acuerdo que el modelo tradicional y hegemónico de Weber no convence en su totalidad pero ¿se puede renunciar al *vínculo* explicativo del derecho, la política y la fuerza con las garantías ofrecidas —hasta ahora al menos— por el proyecto luhmanniano?

Pues bien, y en definitiva, sean bienvenidas, de la mano de Serrano, las antorchas que iluminen la revuelta de lo establecido pero no se quiera ver, precipitadamente, en la revuelta la revolución. No se trata —por favor— de una llamada a la conservadora cautela, pero tampoco se acepta la potenciación gratuita de la desilusión. En el balance global de Serrano, casi al final de su estudio, tienen cabida ambas impresiones, sólo que invertidas. En su caso, la ilusión (reflejada en la aceptación) no sólo precede sino que tapa la cautela (las dificultades), si bien ésta es sólo otra impresión basada en sus propias palabras relativas al instrumental conceptual «tan abrumadoramente abstrato» de la construcción luhmanniana.

Totalmente de acuerdo en que la denuncia del pensamiento excesivamente «consolidado» resulta enormemente atractiva; el problema es silenciar en exceso el *handicap* que le acompaña, en este caso la abstracción; una abstracción que, sin embargo, Serrano no plantea como un verdadero obstáculo sino, tan sólo, como una bruma. No es que ésta sea una idea que, al final del libro, sorprenda. Para ser exactos, ya desde la misma introducción del libro el autor incluye al modelo de Luhmann en el catálogo de los «menos profundamente ontológicos, más livianamente abstractos». Pero, aun y todo, ¡qué fantástica ventura: la abstracción una liviandad! Lamentablemente, no se tiene aquí la suerte de poder compartir este parecer. Que conste, sin embargo, que esto no impide reconocer que el análisis de Serrano logra convertir en paseo (algún pico por lo menos de) lo que para otros, quizá por haber sido educados en otras abstracciones, además de laberinto, es alta montaña.

La apuesta por la ruptura metodológica: he aquí, en definitiva, la idea que el libro comunica y que, además, correspondientemente fundada, con-

vierte en sugerente. Añadir, por último, que al contenido rupturista le acompaña logradamente la presentación: ya quisieran muchos líricos un continente como el del librito de Antonio Serrano para su poesía.

M.<sup>a</sup> Angeles BARRERE UNZUETA



## Próximo volumen del «Anuario»

El volumen VIII del «Anuario», correspondiente a 1991, estará dedicado en su sección monográfica al tema que, provisionalmente, podría delimitarse así: «España y América, ayer y hoy (1492-1992)». La Redacción piensa que, coincidiendo con espectaculares conmemoraciones, cabe no obstante crear algún remanso que invite a la reflexión sobre el V Centenario. Nadie más indicado que quien se dedica a la Filosofía jurídica o política para aceptar esa invitación. Nuestros antecesores, teólogos y juristas de las universidades, audiencias y cancillerías, fueron coetáneos a los hechos y se iniciaron debatiendo con libertad de espíritu o con servilismo, según los casos, aquel acontecimiento que inauguraba una nueva etapa de la historia del hombre.

Por un lado, pues, conviene hacer balance de aquel debate sobre el evento que a unos, perplejos, resultó *incomprensible* para su paradigma teórico medieval, y a otros, sagaces, alentó a abrir nuevas vías y pensamiento y propuestas renovadoras. No es óbice para esta tarea que tiempo atrás se hiciera un uso —tanto en la política general como en la universitaria— no sólo abusivo, sino desmedrado, de tales precedentes, de los que se ocultaba su capacidad crítica ante ciertas formas de ejercicio del poder. Además de ese capítulo de la «historia de la fama» de las denominadas —por cierto, a iniciativa foránea— «escuela de Salamanca» o «escolástica española tardía», existe un no breve uso «liberal» de sus tesis sobre el origen y ejercicio del poder, o sobre la proyección de España en América.

Pero, además de evitar —lo que no es desdeñable— una mala conciencia sostenida por el olvido, y de asumir a la altura del tiempo el pasado, se precisa constatar la mayor o menor vigencia, si no de aquellas mismas propuestas, sí al menos de la tensión intelectual con que fueron formuladas. Un ejemplo de esa línea de investigación sería el artículo de Rainer Specht, que se incluye en este volumen VII del «Anuario».

Aún faltaría sugerir una última área de problemas: el *hoy* de la relación entre España y América desde la perspectiva de la Filosofía jurídica y política. Nuevos problemas sobre los derechos de los pueblos, sobre la relación entre economía y democracia, participación y desigualdad, etc., reclaman un debate que no debería desconocer, al menos en su interés, la tradición de cuyo punto de arranque celebramos su quinto centenario.

Valgan pues estas líneas de invitación a colaborar en ese volumen VIII de «Anuario», que aparecerá en vísperas de la conmemoración oficial, a fin de evitar que la tardanza diluyera el propósito en el cansancio de la reiteración de estatal publicidad. Se rogaría así que los originales estuvieran en la Redacción antes del 30 de abril de 1991, y que se avisara previamente de la intención de colaborar.

## Recomendaciones a los autores

Los originales deben enviarse a la Redacción para su eventual publicación en tres ejemplares mecanografiados a doble espacio (30 páginas DIN A4 como máximo).

Todo artículo puede llevar notas a pie de página y referencias bibliográficas. Las referencias bibliográficas serán indicadas en el texto por un paréntesis que contenga autor y año de aparición de la obra. Ejemplo: (DWORKIN, 1985). Al final del artículo serán agrupadas las referencias completas por orden alfabético; las obras de un mismo autor serán subclasificadas cronológicamente.

Las obras citadas, tanto en las notas como en las referencias, deberán ser presentadas de la siguiente forma:

APELLIDO/S, inicial del nombre, Título, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección).

Ejemplos:

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, 425 pp.

Si se trata de un artículo de revista:

DWORKIN, R., «Social Sciences and Constitutional Rights. The Consequences of Uncertainty», *Journal of Law and Education*, 6, 1977, pp. 10-12.

Si se trata de un artículo incluido en un libro:

DWORKIN, R., «My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More», en MITCHELL W.J.T., ed., *The politics of Interpretation*, Chicago, University of Chicago Press, 1983, p. 56.

Conviene siempre precisar la página de donde se extrae la cita.

Los manuscritos no se devuelven a sus autores.



## Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Epoca

Indices de los volúmenes aparecidos

### VOLUMEN I (1984)

I. LA DECISIÓN JURÍDICA. ALFONSO RUÍZ MIGUEL, Creación y aplicación en la decisión judicial. FRANCISCO J. EZQUIAGA GANUZAS, Los juicios de valor en la decisión judicial. FRANCISCO PUY, La decisión. JOSÉ M. FOMERO MORENO y LUIS J. PEREDA ESPESO. Reflexiones sobre modelos matemáticos y decisión jurídica. JOSÉ I. LACASTA ZABALZA, Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos. Consideraciones sobre la imparcialidad política del juez. JUAN DAMIÁN TRAVERSO, La decisión administrativa. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Decisión jurídica y argumento de autoridad. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Nota sobre la aplicación del Derecho. II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICEN, El darwinismo social: Espectro de una ideología. ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Moral y política. EDUARDO NOVOA MONREAL, Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado. VLADIMIRO LAMSDORFF GALAGANE-BROWN, El derecho natural hoy: ética y economía. MODESTO SAAVEDRA, La libertad de información y la ordenación jurídica de la televisión: el ejemplo alemán. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Nota sobre la justicia. LUCIANO BARCIA MARTÍN, El Derecho Natural en el Decreto de Graciano. JAVIER HERVADA XIBERTA, Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis «etiamsi daremus» de Grocio. ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Algunas consideraciones sobre la negación del derecho subjetivo en L. Duguit. ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ, Michel Foucault: El derecho y los juegos de verdad.

### VOLUMEN II (1985)

I. DERECHO, PAZ, VIOLENCIA. NORBERTO BOBBIO, El equilibrio del terror. JURGEN HABERMAS, Derecho y violencia. MARTÍN KRIELE, Política de paz en la encrucijada. ALBERT CALSAMIGLIA, De nuevo sobre la guerra y la cooperación. JESÚS BALLESTEROS, Paz, desarme, libertad: Obstáculos económicos e ideológicos. F. JAVIER DE LUCAS MARTÍN, La noción de defensa y la crisis de legitimidad. JOSÉ M. ROJO SANZ, Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Presupuestos para una consideración de la paz como valor jurídico. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, La paz como valor constitucional. RAMÓN SORIANO, La paz y la Constitución española de 1978. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional. CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Aproximaciones sobre el desarme y la no-violencia. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, El derecho de la paz en la escuela española del

derecho natural. JOSÉ M. ROMERO MORENO, El ideal de la paz perpetua en Kant. II. ESTUDIOS. GUIDO CALABRESI, Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. MIGUEL ANGEL RODILLA, Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza. ANDRÉS OLLERO, Positividad jurídica e historicidad del Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. FERNANDO GALINDO, Democracia, razón y derecho. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Presupuestos del fenómeno jurídico en la crítica marxista del derecho. EDUARDO DÍAZ-OTERO HERRERO y JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES, Gioele Solari, entre la crisis de la metodología jurídica racionalista y la génesis de la ideología social en el Derecho. ISMAEL PEIDRO PASTOR, El sentimiento de lo justo en Unamuno.

### VOLUMEN III (1986)

I. METODOLOGÍA JURÍDICA. KARL ENGISCH, Sentido y alcance de la sistemática jurídica. JOSEF ESSER, La interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia. MANUEL CALVO GARCÍA, Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GAMUZAS, El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Del método jurídico a las teorías de la argumentación RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Métodos jurídicos. ANTONIO M. HESPANHA, A historiografía jurídico-institucional e a «morte do Estado». FRANCESCA PUIGPELAT MARTI, Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional. II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICEN, El neokantismo jurídico axiológico. JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español. FRANCISCO CARPINTERO, Naturrecht y Rechtsphilosophie. ANGELES LÓPEZ, Consideraciones históricas del kantismo en España. RAMÓN SORIANO, La oposición a la Ilustración: Fréron y L'Année Littéraire. RAFAEL GONZÁLEZ TABLAS Y SASTRE, Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística.

### VOLUMEN IV (1987)

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A FINES DEL SIGLO XX. ESPERANZA GUIÁN, Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea. CARLOS ALARCON CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Justicia e igualdad en Luhmann. FRANCISCO PUY, Las fórmulas del principio de igualdad. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad en la Constitución española. MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Je-



remy Bentham. DAMIÁN SALCEDO MEGALES, La fundamentación normativa de un principio igualitarista. II. IHERING, HOY. FELIPE GONZÁLEZ VICEN, Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, Rudolf von Ihering. III. ESTUDIOS. ALF ROSS, Autobiografía intelectual. ANA RUBIO CASTRO, Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross. ROBERTO J. VERNENGO, Derecho y lógica: un balance provisorio. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Teoría pura y teoría egológica del derecho. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los valores superiores. ANDRÉS OLLERO TASSARA, La Constitución: entre el normativismo y la axiología. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos. LUCIANO BARCIA MARTÍN, Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución. JOSEP M. VILAJOSANA RUBIO, El aparato conceptual de C. B. Macpherson: poder y propiedad. FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ, La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la «persona jurídica». ISMAEL PEIDRO PASTOR, Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personidad y personalidad de Zubiri. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, El problema del derecho natural en J. J. Rousseau. JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Filosofía del derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981).

#### VOLUMEN V (1988)

I. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. 1. TEORÍA Y MÉTODOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. RENATO TREVES, A la búsqueda de una definición de la Sociología del Derecho. CSABA VARGA, Teorías macrosociológicas del Derecho. Panorama y valoración. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho. 2. SOCIOLOGÍA JURÍDICA APLICADA. TERCIO SAMPAIO FERRAZ, JR., Derecho oficial y Derecho inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal y espacialmente concomitantes. JOSÉ JUAN TOHARIA, Los españoles y la ley. ROBERTO BERGALLI, El control penal en el marco de la Sociología jurídica. JUAN J. RUIZ-RICO y MERCEDES VERA PADIAL, Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española. M.J. AÑÓN; E. BEA; C. LÓPEZ; J. DE LUCAS y E. VIDAL, Las asociaciones profesionales en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales). 3. CLÁSICOS Y CONTEMPORÁNEOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE, Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de Max Weber: un problema metodológico. CARLOS ALARCÓN CABRERA, El Derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, So-

ciología sistémica y política legislativa. II. DOS SIGLOS DE LA «CRÍTICA DE LA RAZÓN PRÁCTICA». ESPERANZA GUIÁN, Necesidad de una crítica de la razón pura práctica. III. ESTUDIOS. NEIL MCCORMICK, Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos. FERNANDO GALINDO, Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. FRANCISCO CARPINTERO, La modernidad jurídica y los católicos. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Racionalismo crítico, Humanismo y Democracia en Karl R. Popper

#### VOLUMEN VI (1989)

I. REVOLUCIÓN LIBERAL Y DERECHO (1789-1989). 1. REVOLUCIÓN FRANCESA. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Pierre Bayle y la ideología de la Revolución. NORBERT BILBENY, Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil. JOSÉ MONTOYA SÁENZ, Rousseau y los Derechos del Hombre. FRANCISCO PUY, Los Derechos en la Declaración de 1789. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. JAVIER DE LUCAS, Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del Code Napoleón. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848). 2. LA REVOLUCIÓN EN ESPAÑA. MARIANO PESET, Motivos y causas de la Revolución en España. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos. MONTSERRAT FIGUERAS PAMIES, La Revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de Eixalá. 3. LA UTOPIA IRREALIZADA. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, La inconsistencia del modelo democrático liberal. AGUSTÍN SQUELLA, Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia. PEDRO FRAILE, Estado e individuo. Delito y prevención. II. ESTUDIOS. MANUEL SEGURA ORTEGA, El problema de las lagunas en el derecho. CARLOS ALARCÓN CABRERA, En torno a la lógica deóntica del último Kelsen. ENRIQUE BONETE PERALES, Tugendhat contra Rawls y Habermas. JOSÉ JUAN MORESO MATEOS, Cinco diferencias entre Bentham y Austin. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Restauración tomista y catolicismo militante en la Universidad de Sevilla (1884-1924)

El Anuario de Filosofía del Derecho se puede adquirir en las librerías jurídicas. Caso de no encontrarlo, dirigirse al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76-8º, teléfono (91) 247 54 22. 28013 Madrid



Se acabó de imprimir  
el tomo VII (1990)  
del  
ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO  
el mes de diciembre de 1990  
en los talleres de  
Gráficas Ancora, S. A.  
de Madrid





