

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

**NUEVA EPOCA
TOMO VIII**



**MADRID
1991**

**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
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, 76-8º, 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 VIII**



**MADRID
1991**

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.B.: 0518-0872

Depósito Legal: M-11151-1958

COMPRINT, S.A.

Argos, 9

Teléfono: 742 98 62

28017 Madrid

INDICE

	<u>Págs.</u>
PRESENTACION	9
 I. ESPAÑA Y AMERICA, AYER Y HOY (1492-1992)	
ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO, <i>El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho</i>	13
JAIME BRUFAU PRATS, <i>La conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela salmantina sobre la guerra justa</i>	29
MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO, <i>La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca</i>	43
ANTONIO OSUNA FERNANDEZ-LARGO, <i>Etica y política en las Leyes de Indias del siglo XVI</i>	77
ALFREDO CRUZ PRADOS, <i>Para un concepto de «guerra» de una filosofía de «paz». Actualidad del pensamiento de Vitoria</i>	103
WOLF PAUL, <i>Los derechos del indio - ayer y hoy</i>	141
JAVIER DE LUCAS, <i>España en el 92: ¿De refugio a fortaleza?</i>	161
FRANCISCO PUY, <i>América en la conciencia gallega ente el Quinto Centenario</i>	197
 II. ESTUDIOS	
1. ANALISIS DEL DERECHO	
NEIL MACCORMICK; ZENON BANKOWSKI, <i>La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos</i>	219
VICTORIA ITURRALDE, <i>Sobre el silogismo judicial</i>	239
CARLOS ALARCON CABRERA, <i>Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas</i>	273

	<u>Págs.</u>
2. PENSAMIENTO JURIDICO	
SALVADOR RUS RUFINO; MARIA ASUNCION SANCHEZ MANZANO, <i>Comentario al texto «Anónimo sobre la Ley»</i>	299
MERCEDES CARRERAS, <i>La presencia del Derecho en la obra de Vilfredo Pareto</i>	321
JUAN ANTONIO GARCIA AMADO, <i>Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho</i>	341
BENJAMIN RIVAYA GARCIA, <i>Un orteguiano en la corte de la escolástica: Salvador Lisarrague Novoa</i>	365
3. DERECHOS HUMANOS	
JOSE GARCIA AÑON, <i>Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto</i>	391
MARIA ENCARNACION FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, « <i>Precursores</i> » en la defensa de los derechos de las mujeres	409
4. FILOSOFIA POLITICA	
RAFAEL HERRANZ CASTILLO, <i>Notas sobre el concepto de violencia política</i>	427
LOURDES GORDILLO, <i>Pragmatismo e ideología política</i>	443
FRANCISCO CASTILLA URBANO, <i>Walter Benjamin: Una filosofía de la historia entre la política y la religión</i>	453
III. IN MEMORIAM: FELIPE GONZALEZ VICEN (1908-1991)	
JUAN JOSÉ GIL CREMADES, <i>Una correspondencia y un artículo inédito</i>	475
FELIPE GONZÁLEZ VICEN, <i>Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva</i>	481
IV. DEBATES	
ESPERANZA GUISAN, <i>De cómo etizar la democracia</i>	497
ELIAS DIAZ, <i>Respuesta a Esperanza Guisán</i>	511
V. INFORMACIONES	
<i>Simposio «Los derechos humanos hoy»</i>	521
<i>Seminario sobre legitimidad democrática y poder judicial</i> ..	533
<i>Jornadas sobre «Persona, avances tecnológicos y Derecho»</i>	539
<i>III Seminario Erasmus de Teoría del Derecho</i>	543
<i>XIII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social</i>	547
<i>XV Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social</i>	549

	<u>Págs.</u>
VI. CRONICA BIBLIOGRAFICA	
VII. CRITICA BIBLIOGRAFICA	
SERGIO COTTA, <i>Diritto, persona, mondo umano</i> (Antonio Luis Martínez-Pujalte)	587
VITTORIO MATHIEU, <i>Luci ed ombre del giusnaturalismo</i> (Vicente Bellver Capella)	593
NGAIRE NAFFINE, <i>Law & Sexes: Explorations in Feminist Jurisprudence</i> (María Angeles Barrère Unzueta)	599
GERHARD OESTREICH, <i>Antiker Geist und moderner Staat bei J. LIPSIUS (1547-1606). Der Neustoizismus als politische Bewegung</i> (Emilio Mikunda Franco)	603
GIANFRANCO PASQUINO, <i>Alla Ricerca dello Scetro Perduto</i> (Cristina García Pascual)	607
MANUEL PORRAS DEL CORRAL, <i>Derecho, Igualdad y Dignidad. En torno al pensamiento de Ronald Dworkin</i> (Blanca Martínez de Vallejo)	613
LUIS PRIETO SANCHIS, <i>Estudios sobre Derechos Fundamentales</i> (Blanca Martínez de Vallejo)	621
JOSÉ RUBIO CARRACEDO, <i>Paradigmas de la política. Del Estado justo al Estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)</i> (Manuel Toscano Méndez)	635

Presentación

Este octavo volumen dedica su primera parte al tema monográfico: *España y América, ayer y hoy (1492-1992)*. En vísperas de la conmemoración, para la que preparativos y preludios no siempre predisponen los ánimos, y como terapéutica, quizá sea aprovechable la lección nietzscheana que nos permita “aprender a rendir homenaje”. En *El gay saber* se nos encarece que debemos saber eso, del mismo modo que debemos saber despreciar. Es difícil expresar la gratitud ante lo insólito. E insólito, incluso para sus protagonistas, fue 1492. Algo se nos pone en la garganta, nos quedamos mudos, carraspeamos o desafinamos. Quizá -sigamos a Nietzsche- eso es más comprensible para los coetáneos del hecho: la fuerza transformadora de ese hecho se presenta de tal forma que parece “más o menos una comedia” y aquellos sobre los que influye parecen ofendidos al ver su independencia amenazada. Montaigne, en el capítulo de sus *Ensayos* que antecede al tan citado a este propósito: *De los caníbales*, relata la bella leyenda de la elección del tributo debido por los aztecas a su conquistador Hernán Cortés: “Señor aquí tienes cinco esclavos; si eres un dios fiero que te alimentas de carne y de sangre, cómelos y te amaremos aún más; si eres un dios bondadoso, he aquí incienso y plumas; si eres hombre, toma estos pájaros y estos frutos”. Si con ello se quiere invitar al victorioso a la moderación, a la renuncia a la depredación de hombres, ya que no de la fauna y de la flora, también se trata de optar entre dioses y hombres. Razonable, parece, renunciar al endiosamiento: los conquistados no son bárbaros, ya que “cada cual considera bárbaro lo que no pertenece a sus costumbres”.

Con tanto humanismo como ética y teología medievales, a medio camino entre la razón y el argumento de autoridad, entre la “libertad de comunicación” y la expansión de “cruzada” que no puede tratar al indígena como musulmán o judío, se debate lo tolerable o intolerable de un hecho histórico. La aportación de la denominada “Escuela de Salamanca” quizá resida en amontonar dudas sobre un hecho él mismo dudoso. Varias de las contribuciones de esta sección del “Anuario” ahondan en ello, comenzando por el balance inicial.

Pero también había que abordar, quizá con más amplitud, el presente de aquel hecho. ¿Habrá llegado el momento en que se posee, repasando otra vez la lección de Nietzsche, la “genialidad de la gratitud”? Las últimas

colaboraciones de la sección abordan algunos aspectos de ese presente. Valgan como testimonios aislados, que necesitarían ampliarse.

En este volumen, como en el anterior, los diversos "Estudios" han sido agrupados conforme a cuatro epígrafes que cubren buena parte de la temática del "Anuario": "Análisis del Derecho", "Pensamiento jurídico", "Derechos humanos" y "Filosofía política". Las diversas aportaciones o bien informan sobre la situación presente del debate, o bien adoptan posturas o inician planteamientos.

Si una bóveda de antecesores se eleva sobre nuestras cabezas, no extrañará que también en este volumen hagamos memoria del Profesor González Vicén, desaparecido hace algunos meses. Aquí, junto al rito de rigor, nos encontramos con el regalo de un inédito, de cuyas vicisitudes de redacción y publicación se da cuenta.

Un libro de ética política escrito por un filósofo del derecho es objeto de debate: las observaciones que dan lugar al mismo provienen de una especialista en ética. Con ello, creemos, se favorece el necesario diálogo interno.

Se inaugura una sección de "Crítica bibliográfica", que intentará hacer una crónica de la bibliografía española y extranjera que vaya apareciendo en el período de tiempo que media entre uno y otro volumen. Siempre se echarán en falta algunos títulos, o se considerarán otros superfluos. Una correspondencia con los lectores, el envío de las publicaciones por sus autores, y la perspicacia del cronista irán mejorando, sin duda, la sección.

J.J.G.C.

I
ESPAÑA Y AMERICA, AYER Y HOY
(1492-1992)

El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho

Por ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO
Sevilla

1. España y América: encuentro, desencuentro y reencuentro

El flujo continuado de la cronología nos sitúa ante la fecha ritual del Quinto Centenario del encuentro entre la cultura española y las de los pueblos americanos. El signo de los tiempos invita a una conmemoración equilibrada y prospectiva. Sería faltar de plano a lo primero oscilar ante esa efemérides entre la exaltación retórica y la descalificación global, apresuradas y sin matices, de un hecho que se ha vuelto cuestionable y que es extraordinariamente complejo. Es cierto que resulta totalmente fuera de lugar quedarse en la alabanza ornamental de un episodio que se decreta "glorioso", pero no lo es menos abjurar despectivamente de algo que se ignora. Porque en pro y en contra de la gesta del arribo al Nuevo Mundo y sus implicaciones se ha discutido con apasionada vehemencia. Es ya tiempo de que el distanciamiento propicie un justiprecio sereno, alejado de perspectivas que ofusquen el conocimiento con los prejuicios de la apología o del rencor.

La conmemoración debe evitar también plantearse como la exhumación de un hecho del pasado, objeto de interés puramente retrospectivo. El encuentro entre España y América ha seguido viviendo en la experiencia colectiva de los pueblos de ambas orillas del Atlántico. No es una anécdota, sino un hecho decisivo en nuestras culturas, de forma que no es posible abordar ninguna de las cuestiones básicas que dimanarían de aquel primer contacto sin que las circunstancias todas de nuestra respectiva historia se conmuevan. La confluencia de la cultura española con las americanas no fue un dato episódico de repercusiones cerradas y acabadas, sino el inicio de una experiencia de difícil vida en común, cuyas posibilidades siguen abiertas.

Todo intento de abordar ese hecho pasado que eluda sus proyecciones de presente y de futuro es no sólo estéril, sino científicamente errado. Procurar lo contrario, es decir, reemplazar la consideración retrospectiva por un acercamiento prospectivo, es el mejor método para un conocimiento del pasado que facilite el conocimiento de nuestro presente y nos ayude a diseñar el porvenir.

Las dificultades que entorpecen la consideración serena y prospectiva del Quinto Centenario no proceden sólo del prejuicio; nacen de la propia designación del evento. Las palabras mismas han perdido su sentido eficaz. Como acontece siempre con los episodios claves de cualquier ciclo cultural, los vocablos que los designan se vuelven problemáticos, imprecisos y equívocos. Quizás, por ello, el término "Descubrimiento de América", que durante mucho tiempo sirvió de referencia para la efemérides, se juzga ahora inadecuado porque evoca el hallazgo de algo que se presiente y se busca; cuando el Nuevo Mundo surge ante los españoles como un continente inesperado en Occidente, en su esfuerzo por explorar un camino más corto hacia Oriente. De ahí, que se proponga como alternativa la denominación de "Invención de América"¹ que, a su vez, no deja de suscitar perplejidades y exigir precisiones².

1. El bachiller Andrés Bernaldez se refiere a Cristóbal Colón como "inventor de las Indias", en su *Historia de los Reyes Católicos Don Fernando y Doña Isabel*, escrita en las dos primeras décadas del s.XVI, de la que existe una edición actual incluida en la obra *Crónica de los Reyes de Castilla III*, de la Biblioteca de Autores Españoles, vol. 70, ediciones Atlas, Madrid, 1953, p. 679. El humanista cordobés Fernán Pérez de Oliva escribió en esa misma época una *Historia de la Invención de las Yndias*, de la que ahora existe una ed. crítica a cargo de J.J. Arrom, Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1965. En la actualidad ha utilizado la denominación para subrayar la actitud ante una realidad distinta de aquella presentida y perseguida, E. O'Gorman, *La invención de América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1958, obra de la que existe una edición en lengua inglesa, *The Invention of America*, University of Indiana Press, Bloomington, 1958.

2. Ha advertido José Antonio Maravall que el término "invención" no significaba lo mismo en la etapa en que lo utilizan los primeros cronistas de América que en la actualidad. No obstante, entiende que esa palabra, ayer y hoy, evoca algo distinto a un tropiezo ciego y azaroso: "Inventar es hallar algo que se busca y se logra dar con ello, venir en ello, "verlo", y todo ver es un elaborar en alguna medida la cosa que tiene ante sí". "El Descubrimiento de América en la Historia del Pensamiento Político", en sus *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, Serie Segunda: La Epoca del Renacimiento, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1984, p. 426. La idea de "invención" reflejaría también la gran ilusión renacentista por reconstruir racionalmente la imagen de la realidad. Por eso, indica Maravall que: "América ofrece a los españoles las más amplias posibilidades de fabricar un mundo con arte y razón". *ibíd.*, p. 419.

La expresión "Conquista de América", que había sido utilizada con asiduidad³, es hoy juzgada insuficiente para dar cuenta con exactitud del arranque de las relaciones entre los españoles y los aborígenes americanos. Se ha indicado al respecto que es muy difícil precisar en qué momento comienza la conquista, porque por muy extraño que resulte a nuestros ojos, ni estaba prevista, ni se programó, ni siquiera se supuso. La presencia española en América comenzó bajo los más felices auspicios, dada la actitud pacífica y obsequiosa de los indios. En esos primeros contactos no se pensó en ningún tipo de dominio territorial, en el sentido que luego se llevó a cabo. Los establecimientos primigenios fueron concebidos para impulsar relaciones amistosas y de intercambio comercial con los indígenas. La ulterior sustitución de esa actitud por la guerra de conquista fue una iniciativa personal. La Corona de España afronta, por tanto, las primeras noticias sobre expediciones de conquista como hechos consumados, que ni había ordenado, ni podía prever. A partir de entonces, intentará encauzar jurídicamente el fenómeno para evitar abusos y consciente de que se trataba de una cuestión no exenta de responsabilidad moral e histórica⁴. En las Ordenanzas generales sobre las Indias promulgadas en 1573 por Felipe II se afirma, en términos concluyentes: "Los descubrimientos no se den con

3. Han contribuido notablemente a difundir esta denominación la amplia investigación de Venancio Carro, *La Teología y los teólogos-juristas españoles ante la Conquista de América*, Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos de la Universidad de Sevilla & Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944, en 2 vols.; así como las importantes contribuciones debidas a: L. Hanke, *The Struggle for Justice in the Spanish Conquest of America*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1949, aquí se citara por la trad. cast. de R. Iglesia, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1949 (existe una ed. posterior de Aguilar, Madrid, 1969); y Silvio Zavala, *La Filosofía Política en la Conquista de América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947.

4. Cfr. D. Ramos, "Estudio Preliminar" del vol. col. *La Ética en la Conquista de América*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1984, pp. 17 ss. Si bien, conviene advertir que al promediar el siglo XVI el término "Conquista" fue utilizado por los primeros cronistas de los hechos americanos. La empleó, por ejemplo, Francisco de Jerez en 1534 al publicar en Sevilla su *Verdadera relación de la Conquista del Perú y Provincia del Cuzco* de la que existe una edición actual incluida en la obra *Historiadores de Indias II*, de la Biblioteca de Autores Españoles, vol. 26, Ediciones Atlas, Madrid, 1947, pp. 319 ss. Francisco López de Gómara la utilizó para titular su *Conquista de Méjico*, Segunda parte de su *Historia General de las Indias*, publicada en 1552, de la que existe una edición actual incluida en la obra *Historiadores de Indias I*, de la Biblioteca de Autores Españoles, vol. 22, Ediciones Atlas, Madrid, 1946, pp. 295 ss. También usó dicha denominación Bernal Díaz del Castillo, en su replica a la obra de López de Gómara, que tituló *Verdadera Historia de los sucesos de la conquista de la Nueva España*, escrita en el año 1568 y publicada por primera vez en 1632 y que se halla ahora incluida en la obra *Historiadores de Indias II*, cit., vol. 26, pp. 1 ss. A su vez, Agustín de Zárate publicó en Amberes en el año 1555 una *Historia del Descubrimiento y Conquista del Perú*, incluida ahora en el vol. *Historiadores de Indias II*, cit., vol. 26, pp. 459 ss.

títulos y nombres de Conquistas; pues habiéndose de hacer con tanta paz y caridad como deseamos, no queremos que el nombre de ocasión para que se pueda hacer fuerza ni agravio a los indios". Que los hechos no fueran siempre acordes con tales premisas, no invalida la rectitud del designio.

No menos faltas de matización resultan otras denominaciones que evocan la dimensión colonial de la presencia española en el Nuevo Orbe: "Colonización de América"⁵, así como su contribución a conformar la imagen imperial de España: "Imperio español de América"⁶; que pretenden justificarla en nombre de su contribución civilizadora y de su vertiente misional: "Evangelización de América"⁷; o que, a la inversa, enfatizan sus aspectos negativos para denunciar sus rasgos de sometimiento: "Dominación de América"⁸, e incluso de su ruina: "Destrucción de América"⁹.

A fin de evitar esas controversias parece mejor opta por una denominación descriptiva: "encuentro entre España y América", que refleja, sin valoraciones preconcebidas, el hecho de la coincidencia de ambas culturales y el inicio de su entrecruzamiento y vida en común. Ese encuentro, saludado

5. Han contribuido a acentuar el sesgo colonial de la empresa americana, entre otros muchos: Fernando de los Ríos, "España en la época de la colonización americana", en su obra *Religión y Estado en la España del siglo XVI*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pp. 131 ss.; y Joseph Höffner, *Christentum und Menschenwürde. Das Anliegen der spanischen Kolonialethik im goldenen Zeitalter*, Paulinusverlag, Trier, 1947, existe ed. cast. con el título, *La ética colonial española del Siglo de Oro*, ver. cast. de F. Caballero, con Escrito preliminar a cargo de A. Truyol y Serra, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1957.

6. Salvador de Madariaga empleó esta denominación en sus volúmenes sobre: *El auge del Imperio español en América*, Sudamericana, Buenos Aires, 1955; y *El ocaso del Imperio español en América*, Sudamericana, Buenos Aires 1955. También la ha utilizado C.H. Haring, *The Spanish Empire in America*, Hartcourt, New York, 2ª ed., 1963.

7. Cfr., en tal sentido, los trabajos de: P. Borges, *Métodos misionales en la cristianización de América. Siglo XVI*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1960; id. *Misión y civilización en América*, Alhambra, Madrid, 1986. Vid. también los trabajos incluidos en las recientes obras colectivas: *Los Dominicos y el Nuevo Mundo*, Actas del Congreso Internacional de Sevilla, 21-25 de abril de 1987, Deimos, Madrid, 1988; y *Los Franciscanos en el Nuevo Mundo*, Actas del Congreso Internacional de La Rábida, 21-26 de Septiembre de 1987, Deimos, Madrid, 1988. En lengua alemana, cfr. el trabajo de Rudolf Grossmann, "Das Erbe der Mönche und Conquistadoren", en la obra a cargo de F. Wehner, *Idee und Wirklichkeit in Iberoamerika. Beiträge zur Politik Geschichte*, Institut für Iberoamerika-Kunde, Hamburgo, 1969, pp. 13 ss.

8. Vid., por todas, las obras de: Manuel Orozco y Berra, *Historia de la dominación española en México*, Porrúa, México, 1938; y M. Mónica, *La gran controversia del siglo XVI acerca del dominio español en América*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1952.

9. Bartolomé de las Casas fue el primero en utilizar esta expresión en su *Brevísima relación de la destrucción de Indias* (1552), ahora en la ed. en V tomos. *Obras escogidas de fray Bartolomé de las Casas V*, a cargo de J. Pérez de Tudela, Biblioteca de Autores Españoles, vol. 110, Ediciones Atlas, Madrid, 1958, pp. 134 ss.

por uno de sus primeros cronistas como: "La mayor cosa después de la creación del mundo"¹⁰, se explicitó, como toda experiencia humana dilatada en el tiempo y en el espacio, en una compleja multiplicidad de avenencias y desavenencias. No es esta la sede para enjuiciarlas. Basta recordar que cuando la tensión entre España y América engendró las revoluciones que culminan en la independencia de las diversas repúblicas hispanoamericanas, se inició un proceso de alejamiento de cuanto había representado la etapa colonial. Se inicia a partir de entonces un "Desencuentro". Los pueblos de América se apartan de España, especialmente de su cultura, y comienzan a vivir de espaldas a ella, suspicaces y hostiles hacia cuanto recuerda su pasado hispano.

Pero, parafraseando a Ortega, se puede afirmar que las nuevas naciones de América habían sido España, y lo que alguien fue, sigue inevitablemente siéndolo, bien que en esa peculiar forma de "haber sido". Por eso, la España que América fue, perdura, sea o no consciente de ello, en lo más profundo de su ser. Allí sigue operando su proyección, a pesar de la voluntad decidida y deliberada existente en amplios sectores de las sociedades hispanoamericanas de hacerlas herméticas al influjo español¹¹. España ha seguido durante más de una centuria influyendo en esas naciones hermanas, bien que en forma menos visible, subrepticia, o de difusa ósmosis. Porque "la comunidad existente entre las naciones Centro y Sudamericanas y España es una realidad que subsiste más allá de toda voluntad o de todo capricho que quiera negarla o destruirla"¹². Los pueblos de habla, sangre y pretérito españoles no pueden renunciar a esa herencia sin renunciar a una parte de sí mismos.

El barlovento que hinchaba las velas de quienes desde La Rábida iniciaron la aventura americana a finales del siglo XVI supuso, en definitiva, "el encuentro más asombroso de nuestra historia"¹³. En la confluencia de la cultura occidental con los habitantes de otras regiones exóticas de África, India o China, no se da esa situación de sorpresa radical, porque los europeos nunca ignoraron la noción de su existencia. Incluso la llegada del hombre a la Luna, pese a su mayor lejanía de nosotros que América, no ha

10. Francisco López de Gómara, *Historia General de las Indias*, cit., en la nota 4, p. 156.

11. Estimo que pueden ser predicadas a la generalidad de los países hispanoamericanos esas observaciones avanzadas respecto a Argentina por José Ortega y Gasset en 1939 en el curso de su intervención, "En la Institución Cultural Española de Buenos Aires", en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, 1983, tomo 6, pp. 237-238

12. *Ibíd.*, p. 241.

13. En esos términos lo define Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique, la question de l'autre*, Editions du Seuil, París, 1982, se cita por la trad. cast. de F. Botton, *La Conquista de América. El problema del otro*, Siglo XXI Editores, México, 2ª ed., 1989, p. 14.

implicado ninguna conmoción cultural, al no haberse traducido en el hallazgo de nuevas formas culturales. Se ha indicado al respecto que: “Mientras que el descubrimiento de América fue producto del azar, de la imaginación y de la aventura, la llegada a la Luna es consecuencia de un gran conocimiento científico y de un enorme desarrollo técnico”. La llegada a América rompió todos los esquemas mentales de la época. Fue uno de los hechos que más decisivamente contribuyeron a afianzar el movimiento humanista antropocéntrico y secularizador de la cultura propio del Renacimiento. La concepción del mundo heredada del Medievo imbricaba, en una unidad indisoluble, los datos científicos y geográficos con las creencias teológico-religiosas. Por eso, la quiebra de una parte de ese conjunto ponía en entredicho todas las demás. No es, por ello, comparable ese fenómeno de revolución cultural con el arribo a la Luna, donde “Lo único que se esperaba era la confirmación de las previsiones científicas realizadas anteriormente”¹⁴.

De ahí, que sea legítimo afirmar que, en términos de confrontación cultural, “el encuentro nunca volverá a alcanzar tal intensidad”¹⁵. Pero el “encuentro” de España y América no sólo es lo que fue para sus contemporáneos, es también una pervivencia y una responsabilidad del presente. La mejor contribución a conmemorar el Quinto Centenario de esa efemérides no puede eludir la reflexión sobre ambas proyecciones.

2. El impacto inicial del encuentro americano en la experiencia jurídica, ética y política española

Dar cuenta de lo que supuso desde la actividad intelectual de su tiempo y del nuestro el encuentro entre España y América es tarea filosófica, si se parte de la consabida tesis hegeliana de que la filosofía es la comprensión del tiempo por el pensamiento¹⁶. Debemos a Hegel el haber auspiciado una filosofía de la historia como historia filosófica (*philosophische*), es decir, como explicación racional de la existencia que indaga el sentido universal y concreto de los acontecimientos humanos¹⁷. Esa inquietud por revelar el sentido del devenir de la experiencia, superador de la mera aglutinación de datos, se halla presente desde a misma génesis de la consideración historiográfica del Nuevo Mundo. El jesuita José de Acosta, Catedrático de la Universidad de Lima y luego Rector del Colegio de la Compañía de Jesús

14. J.L. Abellán, *La idea de América*, Ediciones Istmo, Madrid, 1972, p. 27.

15. *Ibíd.*

16. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, Vorrede.

17. G.W.F. Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Einleitung.

en Salamanca, al justificar en el año 1590 su *Historia natural y moral de las Indias*, advierte en su preámbulo que: "Del nuevo mundo e Indias Occidentales han escrito muchos autores diversos libros y relaciones, en que dan noticias de las cosas nuevas y extrañas, que en aquellas partes se han descubierto, y de los hechos y sucesos de los españoles que las han conquistado y poblado. Mas hasta ahora no he visto autor que trate de declarar las causas y razón de tales novedades y extrañezas de naturaleza, ni que haga discurso e inquisición en esta parte..."¹⁸. Acosta, en intuición que anticipa en siglos el plano orbital de la tesis hegeliana, cifra de novedad de su obra en lo que entraña de explicación filosófica de la historia: "...por ser juntamente Historia, y en parte Filosofía, y por ser no sólo de las obras de naturaleza, sino también de las del libre albedrío, que son los hechos y costumbres de los hombres"¹⁹.

Se hace necesario un esfuerzo reflexivo para comprender el sentido histórico de "los hechos y costumbres de los hombres" que vivieron y/o protagonizaron el evento ocurrido hace ahora cinco siglos. El propio carácter inesperado del encuentro con la realidad americana explica las dificultades de los españoles de aquella época para asumirlo y analizarlo. En el plano geográfico el arribo al, antes insospechado, continente americano obliga a revisar toda la cosmografía europea tradicional. No fue menos el impacto de esa nueva realidad en la vida cultural. El repertorio de ideas jurídicas y políticas de la generación 1492 no contaba con categorías adecuadas para alojar en ellas los problemas derivados del encuentro con el Nuevo Mundo y sus pobladores aborígenes. Las primeras interpretaciones incurren en el anacronismo ingenuo de tratar la nueva realidad con arreglo a conceptos de inspiración y raigambre tradicionales. Así, se intenta aplicar a las tierras recién halladas en América cuanto disponían *Las Partidas*, expresión de la cultura jurídico-política medieval, para la usucapión de tierras e islas sin dueño²⁰.

18. J. de Acosta, *Historia natural y moral de las Indias*, ahora en la Biblioteca de Autores Españoles, vol. 73, Ediciones Atlas, Madrid, 1954, p. 3.

19. *Ibíd.*, p. 4.

20. En las *Siete Partidas* se preveía que en el supuesto de formarse o hallarse nuevas islas en el mar, "suya decimos que debe ser de aquel que la poblase primeramente" (Ley XIX, Título XXVIII, 3). En el caso de territorios poblados su señorío o dominio no podía lograrse por ocupación, sino por el consentimiento de sus habitantes, por matrimonio o herencia o por concesión del Papa o del Emperador (Ley IX, Título I, 2). Cfr. sobre la persistencia de las categorías medievales en el enfoque de la realidad americana, mi trabajo, "Democracia y derechos humanos en Bartolomé de las Casas. Estudio Preliminar al Tratado *De Regia Potestate*", en Fray Bartolomé de las Casas, *Obras Completas*, Alianza Editorial, Madrid, vol. 12, pp. XV ss.

No obstante, la exploración de América mostró, desde su mismo arranque, que. ‘España no halló un continente vacío. Por eso su actuación hubo de ser política, de relación con otros hombres agrupados en sociedad, así se tratara de tribus errantes..., o de imperios más desarrollados, como el azteca o el inca’²¹.

La consideración del *status* jurídico-político de los pueblos recién encontrados se halla ya presente, desde los inicios del siglo XVI, en la reflexión de dos profesores universitarios: Juan López de Palacios Rubios, Catedrático de Cánones en la Universidad de Salamanca, autor del *Tractatus insularum maris Oceani et de Indis in servitute non redigendis*, y el dominio Fray Matías de Paz, Catedrático de *prima* en la Universidad de Valladolid, a quien se debe el libro *De dominio Regum Hispaniae super Indos*²². Ambos parten de la universalidad del Derecho natural, asentado sobre la naturaleza humana, para reconocer la libertad de los indios y, por tanto, para impugnar su condición de esclavos²³. Pero condicionan esa libertad a la aceptación por parte de los indígenas de la fe cristiana, tras ser invitados o requeridos a hacerlo.

Esta doctrina inspiraron el célebre documento jurídico denominado ‘Requerimiento’. Se trata de un instrumento destinado a legitimar la ocupación de las tierras americanas por los españoles, que se implantó a partir de la Junta de Valladolid de 1513, y en cuya elaboración y redacción participó activamente Palacios Rubios. El Requerimiento se inspiraba en el relato bíblico de la conquista por los israelitas de la ‘tierra prometida’. Según el Antiguo Testamento, Josué ‘requirió’ a los idólatras que habitaban Jericó para que entregaran la tierra que Dios había prometido al pueblo hebreo. De igual modo, los españoles podían con justicia requerir a los indios para que les entregaran sus tierras, ya que el Papa Alejandro VI, en cuanto representante de Dios en el mundo, había concedido aquellas

21. S. Zabala, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI-XVIII)*, UNAM & UNESCO, México, 1ª reimp., 1982, pp. 11-12.

22. Estas obras han sido editadas en edición castellana a cargo de Silvio Zavala y Agustín Millares Carlo en el libro, J. López de Palacios Rubios, *De las Islas del Mar Océano*, y Fray M. de Paz, *Del dominio de los Reyes de España sobre los indios*, Fondo de Cultura Económica, México, 1954.

23. Estas tesis han permitido que se haya considerado a Palacios Rubios como el primer abolicionista de la esclavitud en América, según el trabajo de Vicente de la Fuente, ‘Palacios Rubios. Su importancia jurídica, política y literaria’, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1869 (separata), p. 36. Asimismo ha visto en la doctrina de Fray Matías de Paz una anticipación de las ideas sobre la libertad de los indios defendidas posteriormente por Francisco de Vitoria. Vicente Beltrán de Heredia, ‘Un precursor del Maestro Vitoria: el padre Matías de Paz, O.P., y su Tratado *De dominio Regum Hispaniae super Indos*’, en *La Ciencia Tomista*, 1929, vol. XL, pp. 173 ss.

regiones a la Corona de España en virtud de la Bula *Inter caetera* del año 1493. La práctica del Requerimiento consistía en la lectura, ante un escribano y testigos, de un documento en el que se instaba a los indios a aceptar la soberanía de la Corona de España y la religión cristiana. Si accedían al Requerimiento se les consideraba como súbditos libres de los Reyes españoles y se respetaban sus bienes; si lo rechazaban quedaba expedito el recurso a la guerra para garantizar su sumisión²⁴.

La institución del Requerimiento no puede hoy dejar de suscitar perplejidad, como ya la suscitó entre sus contemporáneos. Se pueden argüir diversos reparos en su contra: que era una consagración fáctica de la desigualdad entre quienes lo imponían y quienes se veían en el trance de acatarlo, para éstos era una especie de contrato de adhesión obligatoria, que no admitía otra respuesta más que el sometimiento; que implicaba la contradicción de pretender anunciar el mensaje liberador evangélico mediante la imposición forzada de la fe cristiana; que partía de la premisa ilusoria de que sus destinatarios podían comprender plenamente su sentido; y que, en fin, representaba una coartada para encubrir los abusos de los conquistadores que deliberadamente prescindían de intérpretes, o de cualquier procedimiento para hacerlo inteligible, para simplificar sus actuaciones de sometimiento²⁵.

Bartolomé de las Casas, uno de los primeros y más firmes críticos del procedimiento, llegó a calificarlo de "injusto, impío, escandaloso, irracional y absurdo", porque vacila sobre si "cosa es de reír o de llorar"²⁶. Para ilustrar su opinión se remite al testimonio del bachiller Anciso²⁷, quien refiere que un cacique de la provincia de Cenú (en la actual Colombia) respondió al requerimiento diciendo que el Papa, al conceder sus tierras al rey de Castilla debía estar fuera de sí, porque daba lo que no era suyo, y el rey de Castilla debía de estar también loco cuando tal gracia recibió, "y

24. Cfr. L. Hanke, "The "Requerimiento" and its Interpreters", en *Revista de Historia de América*, 1938, nº 1, pp. 25 ss.; J. Manzano, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1948, pp. 37 ss.; F. Morales Padrón, *Teoría y leyes de la conquista*, Ediciones Cultura Hispanica, Madrid, 1979, pp. 33 ss.

25. Cfr. T. Todorov, op. cit., en nota 13, pp. 158 ss.; S. Zavala, op. cit., en la nota, 19, pp. 18 ss.

26. B. de las Casas, *Historia de las Indias*, Libro II, Cap. LVIII, en *Obras escogidas de fray Bartolomé de las Casas*, ed. en V vols. a cargo de J. Pérez de Tudela, Biblioteca de Autores Españoles, vol. 96, Ediciones Atlas Atlas, Madrid, 1957, p. 312.

27. El bachiller Anciso al que alude Las Casas era Martín Fernández de Enciso, quien publicó en Sevilla el año 1519 una *Suma de Geografía* en la que narra el suceso glosado por Las Casas.

mayor culpa en venir o enviar a usurpar los señoríos ajenos, de los suyos tan distantes”²⁸.

En el requerimiento sobrevive la concepción legalista del Medievo heredera directa del formalismo ritual del Derecho romano. Pero revela, también, una preocupación y una intencionalidad ético-jurídica que presagian la modernidad, entraña en suma, una consciencia de los derechos de los indios, así como un propósito de la Corona española de evitar la violencia y la guerra²⁹.

3. El encuentro entre España y América en la filosofía jurídica y política española del siglo XVI

Los titubeos y dificultades iniciales de la cultura española del siglo XVI para alojar en categorías conceptuales adecuadas la realidad americana, deben considerarse normales si se parte de la magnitud implicativa del fenómeno con que tuvieron que enfrentarse. Pero de esta observación no es lícito inferir falta de consciencia histórica para medir la revolución de los modos de vida y en las creencias que, inevitablemente, preanunciaba el evento americano, ni falta de capacidad para su inteligencia. Al promediar el siglo XVI abundan testimonios intelectuales que revelan que, para los espíritus más avisados del período, América ya no es sólo un espacio físico en la medida en que deviene progresivamente un espacio mental. Por eso, no me siento inclinado a suscribir el juicio de José Antonio Maravall cuando sostiene: “no hemos descubierto ningún pensador político capaz de dar una formulación sistemática y clara a los nuevos hechos, es decir, que represente, respecto a la nueva situación que en el Reino de Castilla se produce por la incorporación de los dominios ultramarinos, algo así como lo que Maquiavelo representa respecto a la nueva forma europea del Estado, unos años antes, o Locke, algunos más después, respecto a la Revolución inglesa”³⁰.

Como toda afirmación tajante ésta reclama, de inmediato, matices que la sitúen en sus justos términos. El primero de ellos se refiere a la propia disparidad de envergadura del encuentro del Nuevo Mundo que representó más que un cambio en la forma de entender las formas de convivencia política, una redimensión cósmica de todos los aspectos de la existencia. Por eso, en la España del XVI, la reflexión sobre el fenómeno americano no

28. *Ibíd.*, p. 310.

29. Cfr. D. Ramos, *op. cit.*, en la nota 4, pp. 41 ss.

30. J.A. Maravall, "El Descubrimiento de América en la Historia del Pensamiento Político", *cit.*, en la nota 2, p. 401.

quedó circunscrita a la especulación de una mente esclarecida, o a un grupo de intelectuales inquietos, ni siquiera a un debate entre las influyentes Universidades del período. Fue un fenómeno que rebasó el ámbito de los gabinetes de estudio y de las aulas, para interesar a todos los espíritus de la época desde la Corona a una gran masa de peninsulares; lo mismo los que veían en América una nueva Tierra Prometida plena de posibilidades de promoción, que quienes se cuestionaban en conciencia la legitimidad de la presencia española en aquellas tierras.

Se trató, por tanto, de un debate pluricéntrico, desarrollado en distintos niveles y a partir de inquietudes heterogéneas. Pero sin que faltaran tampoco puntos de referencia común que aglutinaran y ofreciesen un hilo conductor de esa multiplicidad de aspectos y perspectivas de enfoque del fenómeno americano. Intentaré aludir a esos factores reconduciéndolos al contexto ambiental, al objeto y a los protagonistas de dichas inquietudes.

1. En lo que concierne a la atmósfera en que se desarrolló la discusión sobre las cosas de América resulta obligado ponderar que, básicamente, se inició en un **clima intelectual abierto y libre**. Uno de los mejores historiadores actuales de aquella etapa Lewis Hanke ha indicado: "El investigador que tiene la fortuna de trabajar en el Archivo de Indias, muy pronto se da cuenta de que los españoles del siglo XVI en América no sólo escribían caudalosamente y redactaban extensos informes, sino que expresaban su opinión con asombrosa libertad"³¹.

Quienes desde ambas orillas del Atlántico opinan de América, a través de centenares de memoriales, informes, avisos y cartas, plenos de consejos, advertencias, quejas y hasta amenazas, lo hacen exponiendo con franqueza sus convicciones. La libre expresión y denuncia en lo referente a los hechos de América llegó al extremo de que los adversarios de España pudieron, más tarde, aludir a los abusos y crueldades de la conquista, citando escritos de los propios españoles y sentando así las bases de a "leyenda negra"³².

31. L. Hanke, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, cit., en la nota 3, p. 77.

32. *Ibíd.* p. 94. En relación con la libertad de expresión y la crítica al poder en la España de los siglos XVI y XVII, cfr. el libro de Antonio Ruiz de la Cuesta, *El legado doctrinal de Quevedo. Su dimensión política y filosófico-jurídica*, con "Prólogo", de A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 142 ss. Vid. también, entre otras, las obras de: José-Luis Bermejo, *Máximas, principios y símbolos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 84 ss.; Antonio Domínguez Ortiz, *El Antiguo Régimen: Los Reyes Católicos y los Austrias*, en la *Historia de España Almagro*, vol. III, Alianza Universidad, Madrid, 3ª ed., 1976, pp. 213 ss.; José-Antonio Maravall, *La oposición política bajo los Austrias*, Ariel, Barcelona, 1974, pp. 50 ss. Para los aspectos institucionales en los que se refleja la limitación y la crítica democrática al poder en quel período, vid., por todos, el libro de José M. García Marín, *La burocracia*

Pese al enorme poder de los reyes y a la amenaza de la Inquisición, los leales súbditos de la Corona de España no dudaron en avanzar sus juicios sobre las Indias. Es más, los monarcas españoles no sólo toleraron las discusiones públicas sino que, como lo prueban las Juntas o Controversias de Valladolid de 1550³³, incluso las propiciaron. La sensibilidad del poder hacia los aspectos ético-jurídicos más importantes de ese debate, determinó que el Emperador Carlos V se planteara la posibilidad de abandonar las Indias, es decir, lo que se ha denominado "la duda indiana"³⁴. Es difícil hallar en la historia un ejemplo por parte del poder político de libertad de opinión y de tolerancia de tesis contrarias a sus propios intereses, parangonable al que ofrecen los monarcas españoles en relación con las cuestiones de América.

Conviene advertir que esa actitud de la Corona no fue algo espontáneo, ni tampoco un hecho aislado e insólito. En la España del período se daban unos estímulos que inducían hacia esa postura. Existía un fermento democrático que favorecía la libre discusión de esos problemas. En el plano institucional no puede soslayarse la tradición hispanomedieval de los fueros de franquicias y libertades, la función de control de las Cortes, y las derivaciones propias de la revolución popular de los Comuneros³⁵, coetánea a los acontecimientos de América. Asimismo, en la esfera de las ideas, la difusión del iusnaturalismo racionalista tomista, renovada desde los estímulos humanistas del Renacimiento, propició una idea de la libertad cifrada en la razón, así como una concepción del orden político basado en el bien común, antes que en el miedo y en la coacción.

Resulta necesario insistir en este dato para desvirtuar determinados tópicos que se empeñan en concebir nuestro proceso histórico como insensible o ajeno a la conquista de la democracia. He recordado en alguna ocasión la falta de rigor de quienes, desde un tradicionalismo inmovilista,

castellana bajo los Austrias, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2ª ed., 1986. pp. 17 ss., 93 ss., y 249 ss.

33. Cfr. sobre las Controversias, mi trabajo, "Democracia y derechos humanos en Bartolomé de las Casas", cit., en la nota 20, pp. XVIII ss.

34. Cfr. L. Pereña, "La Escuela de Salamanca y la duda indiana", en el vol. col. *La Ética en la Conquista de América*, cit. en la nota 4, pp. 291 ss.; P. Borges, "Posturas de los misioneros ante la duda indiana", ibíd., pp. 597 ss.

35. Sobre la influencia de las ideas democráticas de los Comuneros en el debate sobre las Indias, vid. V. Abril, "Bartolomé de las Casas, el último comunero", en el vol. *Las Casas et la politique des droits de l'homme*, Actas de las Jornadas de Aix-en-Provence 12-13-14 de octubre de 1974, Institut d'Études Politiques d'Aix & Instituto de Cultura Hispánica, Aix-en-Provence, 1976, pp. 92 ss.; id. "¿Las Casas, comunero? El Sacro Imperio Hispánico y las comunidades indoamericanas de base", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1976, nº 17, pp. 485 ss.

han hipostasiado su propio sistema de creencias para presentar nuestra historia como la de un pueblo indiferente a las libertades y secularmente apegado al dogmatismo y al autoritarismo; así como la de quienes, desde un sedicente progresismo, aceptan esos estereotipos de partida y abogan por hacer *tabula rasa* de nuestro pasado, para buscar en modelos importados una legitimación de las libertades y la democracia, que su miopía les hace descartar de nuestra auténtica tradición. "Estas dos actitudes representan dos caras opuestas de una misma moneda: la del insufrible lugar común del *Spain is different* aplicado a nuestra historia política y cultural. De tal modo que paradójicamente, desde premisas ideológicas contrapuestas, se arriba a una misma y falaz conclusión: la de privar de fundamento y justificación histórica a nuestra lucha por las libertades"³⁶.

2. La polémica sobre América tuvo como principal objeto la discusión sobre el status jurídico político de los indios. El punto central y originario del debate se polariza, en efecto, en relación con la condición personal de los aborígenes americanos. El problema de los "justos títulos", o sea, la cuestión a cerca de la legitimidad moral y jurídica del dominio español sobre las Indias; las controversias sobre la licitud de la guerra frente a los pueblos que no se sometieran a la soberanía hispana; así como las propuestas sobre la forma política que debía revestir el gobierno español en América y la organización de las comunidades indígenas, dependían de la respuesta que se diese a un tema básico y preliminar: ¿cuál es la naturaleza del indio

36. He expuesto esta tesis en mi "Prólogo", a Antonio Ruiz de la Cuesta, *El legado doctrinal de Quevedo. Su dimensión política y filosófico-jurídica*, cit., en la nota 32. Esta obra constituye una valiosa aportación para comprobar, a través del pensamiento de Quevedo uno de los mejores testigos de las inquietudes sociales del siglo XVI y primera etapa del XVIII, la sensibilidad política y cultural de la España de su tiempo hacia los problemas de la libertad. También me parece de interés recordar que el historiador alemán de los derechos humanos Gerhard Oestreich ha reconocido expresamente que antes de la Magna Charta inglesa del 1215 "existía en la Península Ibérica un elenco de derechos fundamentales, hecho que generalmente ha sido tomado muy poco en consideración hasta ahora". Oestreich cita el Pacto convenido entre Alfonso IX y los representantes del Reino en las Cortes de León en 1188, por el que se reconocían las libertades del pueblo: a mantener el Derecho consuetudinario; a las garantías procesales; a la necesaria consulta de los estamentos para codecidir con el Rey las cuestiones más importantes, como la guerra; y a la inviolabilidad de la vida, el honor, el domicilio y la propiedad. *Der Idee der menschenrechte in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Colloquium Verlag, Berlín, 3ª ed., 5ª reimpr., 1974, cito por la trad. cast. de E. Mikunda, *La idea de los derechos humanos a través de la Historia*, incluida en el vol. de G. Oestreich y K.P. Sommermann, *Pasado y presente de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 30. En esta misma obra Gerhard Oestreich advierte de la importante contribución de los clásicos iusnaturalistas hispanos de la Escuela de Salamanca en la conformación de la idea moderna de los derechos humanos, a través de la defensa de los límites del poder monárquico, de la soberanía del pueblo y de la igualdad de todo el género humano, para defender a los pobladores autóctonos de América. *Ibid.*, p. 43.

americano? Porque, si como sostenían algunos, se trataba de seres salvajes, bárbaros más cercanos a los monos que a los hombres, hacía falta muy poco esfuerzo argumentativo para justificar el dominio español. Lo contrario que si se admitía el carácter plenamente humano de los indios y se infería de ello su condición de personas libres, poseedoras de bienes que no podían usurparse arbitrariamente, así como de comunidades políticas autóctonas que no debían ser ignoradas ni abolidas.

Como se ha tenido ocasión de observar anteriormente, desde los momentos iniciales del encuentro entre España y América la tesis de la condición humana, racional y libre del indio fue la que contó con mayor apoyo y la que terminó por imponerse. El debate sobre el Nuevo Mundo comienza, por tanto, con una reflexión antropológica sobre la naturaleza humana. Esa inquietud necesariamente debía desembocar en la abierta polémica entre: quienes, reelaborando la teoría aristotélica de la esclavitud, defendían la división entre pueblos cultos y bárbaros y admitían determinadas formas de servidumbre de éstos; frente a quienes, en base a la común racionalidad del género humano y a su idéntica capacidad para recibir el mensaje cristiano, se anticiparon a su tiempo en la reivindicación de la dignidad, libertad e igualdad de todos los hombres³⁷.

3. Aunque el debate sobre América implicó a la sociedad peninsular del siglo XVI en su conjunto, tuvo unos **protagonistas destacados en los clásicos españoles del Derecho natural**. El clima de discusión libre que contextualiza la forma de plantear el tema de las Indias, coincide, y ello no es casual, con el período de mayor auge político y cultural español. De ahí la denominación de "Siglo de Oro" empleada para designar el período que abarca desde el primer tercio del siglo XVI hasta mediados del XVII³⁸.

El encuentro de América planteó una serie de cuestiones, hasta entonces inéditas, que estimularon el ejercicio libre de la razón. Esa labor intelectual condujo a idear soluciones no previstas en las concepciones doctrinales recibidas del pasado, o adaptarlas a las nuevas situaciones. Ello se vio impulsado por la fuerza motriz cultural que supuso el Renacimiento con su

37. Cfr. mi trabajo mi trabajo, "Democracia y derechos humanos en Bartolomé de las Casas", cit., en la nota 20, pp. XVI ss.

38. Conviene recordar que el propio Hugo Grocio no dudó en reconocer la libertad intelectual de los clásicos hispanos. Así indica expresamente, con referencia a Fernando Vázquez de Menchaca, que se trata de una gloria de España de quien destaca la sutileza de ingenio para investigar el Derecho, y la libertad para ensañarlo: "*Decus illud Hispaniae, cujus nec in explendendo iure subtilitatem, nec in docendo libertatem unquam desideres*" *De Iure Praedae Commentarius*, ed. a cargo de G. Hamaker, Martin Nijhoff, La Haya, 1869, p. 26, n. 3.

actitud humanista, crítica y experimental. En ese contexto deben situarse y analizarse las aportaciones de los iusnaturalistas clásicos españoles a la teorización, y también a la propuesta de soluciones prácticas, sobre la cuestión americana.

La conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela salmantina sobre la guerra justa

Por JAIME BRUFAU PRATS
Valladolid

Planteamiento

Es harto sabido que la visión medieval del cosmos y del hombre sufren profundas fisuras al alborear del tránsito a la modernidad, a lo largo del período que se ha dado en llamar Edad Nueva. En las transformaciones que, en el ámbito del pensamiento y en el plano socio-político y económico, se producen tiene especial relevancia la empresa descubridora colombina.

1. El sentido religioso que había presidido la vida del medioevo, con sus luces y sus sombras, se proyecta en el enjuiciamiento de la conquista y en el proceso de evangelización del Nuevo Mundo que acababa de descubrirse. La preocupación por llevar la fe cristiana a los pueblos de las tierras allende al Océano que quedaban incorporadas a la Corona de Castilla estuvo presente en la empresa ultramarina ya desde sus inicios. Y también, íntimamente ligada a la misma, la de la ortodoxia entendida entonces en un sentido que no concuerda bien con lo que hoy llamamos el derecho de la libertad religiosa tal como nos lo presenta el Concilio Vaticano II.

Se partía del deber de evangelizar para que el mensaje salvador del Cristianismo llegara a los pueblos que no lo habían recibido y del deber de abrazarlo por parte de aquellos a los que hubiere llegado su noticia. Con frecuencia se instó el *compelle intrare* de la parábola evangélica para forzar un asentimiento religioso apoyándose en la fuerza de las armas. Por una parte, se proclamaba la libertad religiosa inherente al acto de fe y, por otra, se presionaba fuertemente el asentimiento religioso con lo que aquella libertad quedaba sumamente maltrecha e incluso anulada, arruinándose así la existencia misma del acto de fe.

Al mandato evangélico de predicar a todos los hombres se consideraba unido el derecho de evangelizar y el de la protección de la acción evangelizadora. ¿Hasta qué punto tal tutela implicaba la posibilidad del derecho a emplear la fuerza para hacer oír a los paganos el mensaje cristiano? De hecho, a tal planteamiento se dio respuesta afirmativa y las consecuencias que se derivaron de la misma se esgrimieron para justificar tropelías y excesos a todas luces reprobables. “Antes se me seque la lengua y la mano que yo diga ni escriba cosa tan inhumana y fuera de toda cristiandad” consignaba Francisco de Vitoria hablando de la actuación de los “peruleros” en la conquista del Perú, no viendo como “excusar a estos conquistadores de última impiedad y tiranía”¹, cuyos desmanes conocía por testigos oculares.

No faltaron quienes, en un primer momento, creyeron que bastaba con conminar a los habitantes de los territorios descubiertos para que aceptaran la decisión pontificia que, según la interpretación entonces en boga, ponía en las manos de los reyes españoles, el dominio y la jurisdicción de las tierras ultramarinas. La no aceptación de tal propuesta plasmada en el *Requerimiento*, obra del Dr. Juan López de Palacios Rubios, -cuyo texto, cargado de resonancias medievales, había de ser leído a los indios previamente a toda acción de fuerza- se interpretaba como negativa a someterse a la Corona de Castilla, pudiéndose proceder desde este momento a someterlos por las armas.

2. La sagacidad política del rey Fernando le llevó, tras el regreso de la Pinta y la Niña, a buscar el respaldo pontificio para consolidar y garantizar la posesión de los territorios descubiertos y por descubrir para tener una base eficaz que le permitiera mermar las prerrogativas que las Capitulaciones de Santa Fe concedían al Almirante. El tenor literal de la bula *Inter Caetera* sonaba a una auténtica concesión de dominio -*donamus, concedimus,...*- y así fue interpretado desde el primer momento; los documentos posteriores parecían confirmar que se trataba de una verdadera donación de propiedad y de poder político. El texto del *Requerimiento*, al que antes hemos aludido, responde a esta interpretación.

Los teólogos-juristas salmantinos, con Vitoria a la cabeza, negaron tal concesión por la sencilla razón de que el Papa no podía conceder un dominio que no tenía. Admitían el texto de los diplomas pontificios, pero les daban otra interpretación. La concesión que se contenía en tales documentos tenía carácter misional, en el sentido de que el Sumo Pontífice podía

1. Carta al P. Miguel de Arcos O.P. de 8 de noviembre de 1534. En V. BELTRAN DE HEREDIA, *Francisco de Vitoria*, Madrid, 1939, p. 123.

encomendar la predicación de la fe cristiana entre los *insulani* a los reyes españoles y prohibirla a los demás, para hacerla más eficaz. Con lo cual, caía el título invocado desde el primer momento para justificar la ocupación, por la fuerza, de los territorios y el sometimiento a servidumbre de la población india que los poblaba.

También rechazan los maestros salmantinos otro título que apareció años más tarde, cuando el nieto de los Reyes Católicos ciñó la corona imperial. Las posturas güelfa y gibelina confluían ahora para justificar la conquista. El dominio del Emperador sobre todo el orbe, *dominus orbis*, defendido por los postglosadores, por Bártolo de Sassoferrato, fue también negado en las aulas salmantinas.

Sí se sostuvo por los maestros salmantinos la existencia del poder pontificio indirecto en lo temporal: el Papa puede intervenir en los asuntos temporales cuando lo requiera el bien espiritual que le está encomendado. Con ello, se rompía una línea de pensamiento que había sostenido el dominio directo del Papa en lo temporal y que había tenido gran predicamento en el medioevo. En tiempos de Vitoria aún se mantenía vigorosa, si bien a lo largo del siglo XVI, fue perdiendo vigor.

3. Las críticas a la acción conquistadora de los españoles en el continente descubierto fueron creciendo y fueron alcanzando también mayor peso y relevancia en las aulas salmantinas y en los centros decisorios del poder político. Se iba creando así un estado de opinión abonado por un conocimiento más amplio de los acontecimientos que se fueron sucediendo en el proceso de ocupación de los territorios descubiertos. De ser exiguamente minoritaria, la postura defendida por Francisco de Vitoria pasó a constituirse en *doctrina communis*; y de ser una actitud opuesta a la oficial, llegó a ser la inspiradora de la política legislativa y de la gobernación de los territorios ultramarinos.

Se trataba de una postura bien asentada doctrinalmente y que contaba con un conocimiento de primera mano referente a la realidad de lo que sucedía en ultramar. La vida dominicana había sido devuelta a su antigua observancia en el convento salmantino de San Esteban. Años antes, el P. Juan Hurtado había logrado restaurar la disciplina y el espíritu de la Orden y, con ello, el estudio directo de Santo Tomás. A la observancia religiosa y al estudio sereno y asiduo según la línea tomista se unió una intensa actividad misional para evangelizar los nuevos territorios descubiertos. Del convento de San Esteban salían jóvenes misioneros y por él pasaban los veteranos que volvían a la Península portadores, como testigos de primera línea, de la descripción pormenorizada de lo que acontecía al otro lado del Océano Atlántico.

De entre los mismos conquistadores que retornaban enriquecidos, no faltaron quienes, deseosos de poner paz a sus conciencias, pedían dictámenes sobre el modo de reparar sus expolios y abusos. Se daba un fenómeno análogo en los mercaderes que pedían consejo para deshacer sus entuertos y sus excesos en el afán de reparar injusticias y así tranquilizar sus almas. La intervención de los grandes maestros en cuestiones entonces candentes, respondiendo a instancias de los órganos de gobierno y del mismo monarca, permitían a aquellos el acceso directo a la problemática que el Descubrimiento y subsiguiente conquista y el asentamiento posterior despertaba, problemática a la que había que dar solución.

Se acudió a juristas expertos solicitando su dictamen. Un ejemplo sobresaliente de ello, entre otros, es el de Domingo de Soto designado secretario de la Junta nombrada para resolver la controversia despertada por el *Demócrates alter* de Juan Ginés de Sepúlveda, a cuyas tesis se oponía Bartolomé de las Casas.

A su vez, la doctrina dada desde las aulas salmantinas configuraba y orientaba la labor de los misioneros y su oposición a los desmanes de los encomenderos y a las medidas del mal gobierno de quienes, desde sus cargos en Indias, buscaban enriquecerse tolerando abusos y cometiendo excesos.

Alumnos del *alma Mater salmantina* ocuparon puestos importantes en los Consejos Reales y en los Virreinos de Ultramar. Tanto en el ámbito de gobierno como en el legislativo, el peso de la doctrina de Vitoria y de sus seguidores fue profunda, aunque no siempre eficaz por la oposición de quienes tenían oscuros intereses y pretendían salvaguardarlos a toda costa. Baste reordar los cuatro gruesos volúmenes de la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* que vieron la luz en el reinado de Carlos II, en Madrid, en 1681, cuyo contenido responde, en no pequeña parte, a las directrices contenidas en la doctrina expuesta en las aulas salmantinas, si bien ésta es más o menos modificada por las demandas de potentes e influyentes fuerzas fácticas que defendían sus propios intereses, mientras que otras veces acaece que queda, de hecho, como bella enunciación de menguada eficacia.

Fue muy fuerte el paso de tales intereses frente a las exigencias de la ley. Por presiones de los encomenderos se suspendieron las llamadas Leyes Nuevas, de 1542, que recogían en gran medida la doctrina de la Escuela salmantina poniendo coto a los abusos y defendiendo a los indios de la voracidad de aquellos. Con tal suspensión, éstos quedaron en la situación de servidumbre en manos de sus dueños españoles.

Es en este contexto en el que se reformula la teoría de la guerra justa. Partiendo de la enunciación que de la misma hicieron siglos antes Santo Tomás de Aquino y que esencialmente sostiene Francisco de Vitoria y sus seguidores, los grandes maestros salmantinos del Quinientos la proyectaron sobre el nuevo y complejo contexto histórico de su época, que comprendía no sólo la problemática de la conquista del Nuevo Mundo, sino también la de los enfrentamientos bélicos para oponerse al movimiento protestante y al avance avasallador de los turcos.

La guerra justa

1. La confrontación bélica a lo largo de la historia de la humanidad se nos presenta como un hecho constante. Es en el ámbito de la civilización cristiana donde se cuestiona su posible justicia o injusticia. Antes regía la pauta del *vae victis* que la tradición pone en boca de Breno, cuando, al frente de los galos puso en grave aprieto a la primitiva Roma. El mensaje evangélico, que se opone a la violencia del hombre sobre el hombre, se proyecta, en el correr de la historia, en contextos culturales diversos; sin que los hombres que en ellos se inscriben queden por ello liberados del lastre de prácticas y de modos de ver las cosas sumamente arraigados en la herencia socio-cultural del grupo al que pertenecen y que no concuerdan con las genuinas exigencias evangélicas. Sólo con el transcurso del tiempo y mediante un esfuerzo tenaz de clarificación se han ido superando, cuestionándose la posible justificación de la acción bélica en determinados casos y situaciones, atendiendo a los retos evangélicos.

Sobre una larga tradición anterior, arraigando especialmente en los planteamientos agustinianos, Santo Tomás de Aquino construye la teoría de la guerra justa que sirve de base a la que siglos más tarde, en un contexto diverso, enunciará como propia *doctrina communis* la Escuela de teólogos-juristas de la Salamanca del Quinientos.

La estructura tradicional de la teoría tomista acerca de la guerra justa gira en torno a la restauración del orden social cuando ha sido injustamente violado. Se requiere, pues, la existencia de una injusticia que ha de ser reparada o la existencia de un peligro insoslayable, grave y real de que la injusticia se produzca y, además, la imposibilidad de utilizar otra vía para superar tal injusticia que no sea el recurso al uso de la fuerza. De esta suerte, se exige que haya justa causa proporcionada para que sea lícito hacer violencia a la violencia. No se trata, en el contexto tomista, de una acción de venganza: la *vindicatio* tiene aquí carácter de reparación debida. De ahí que se requiera también intención recta y que lo que se pretenda sea la reparación de la justicia violada.

También atiende Santo Tomás a los medios a emplear, afirmando no todos los que sean eficaces son por ello lícitos. No cabe el empleo de aquellos que son intrínsecamente perversos, ni puede invocarse que el fin justifica los medios. La utilización de éstos ha de ser adecuada para la obtención del fin propuesto, siempre que sean honestos y no haya desproporción entre el mal que se siga de su utilización y el mal que se pretenda evitar.

Es patente que toda acción bélica produce daños y que éstos, muchas veces, son gravísimos. Resultando incongruente que, aunque haya que procurar que se reduzcan al mínimo tales daños, se ponga una acción, en sí misma honesta, que los produzca para reparar o evitar un daño menor que los que se siguen de la acción bélica. La existencia de causa proporcionadamente grave para justificar el empleo de la fuerza constituye un requisito ineludible y es, con frecuencia, uno de los elementos más difíciles de determinar.

Puesto que en la guerra siempre se producen daños, muchos de ellos irreparables como es la muerte de los combatientes, ¿es lícito poner una causa que los produzca, en el supuesto de que el fin propuesto sea justo? La invocación del que se ha llamado principio del doble efecto adquiere, en el planteamiento tomista, capital importancia: buscando el efecto bueno -cual es la restauración del orden justo- procedente de una acción -el ejercicio de la fuerza- se puede permitir que se produzca un concomitante efecto malo inevitable cuando haya causa proporcionadamente grave para ello y la acción sea en sí misma honesta o al menos indiferente, y los medios empleados lo sean también. Y es a la suprema autoridad legítima de la comunidad política a quien corresponde tomar la decisión última al respecto.

Por tanto, según el pensamiento tomista no es justa la guerra ofensiva de conquista, sino sólo la defensiva; y ésta sometida a las condiciones que acabamos de exponer.

2. Como hemos indicado más arriba, la situación sociopolítica en el siglo XVI había cambiado mucho respecto de la que Santo Tomás tenía ante sus ojos en el siglo XIII. Además, se habían dado nuevos planteamientos filosófico-políticos. Así, el nominalismo, abiertamente rechazado por Vitoria y los maestros que siguieron por el surco por él abierto, había dejado huella profunda en la especial atención que los maestros salmantinos mostraron hacia la realidad concreta y circunstanciada y en su esfuerzo constante por captarla y analizarla en sus elementos más significativos para, de esta suerte, poder enunciar sobre ella juicios de valor a la luz de los principios defendidos por la Escuela. De esta manera, se fue construyendo un cuerpo

de doctrina que pasó a ser acervo común. El tema de la guerra justa es paradigmático a este propósito.

Se procedió a una revisión o, por decir mejor, a una reelaboración de los presupuestos tomistas para aplicarlos a la nueva situación. No modificaron los principios, sino que los perfilaron nuevamente y los extendieron a la realidad socio-religiosa y político-económica de la época.

a) La confrontación entre el mundo cristiano y el pagano había adquirido una nueva dimensión. El peligro del avance turco sobre los pueblos que constituían la cristiandad se había tornado grave. Terminada la Reconquista en la Península se inicia la proyección hispánica en los territorios islámicos del norte de Africa que coincide con los progresos del Imperio turco en el Mediterráneo y en el continente europeo. Todo lo cual incitaba a la acción bélica para contrarrestar una expansión que ponía en serio peligro a los pueblos cristianos de Europa y para continuar la empresa de la Reconquista adquiriendo aquellos territorios peninsulares que habían sido cristianos y que se hallaban en poder de los infieles. La situación de los recientemente conquistados, con una nutrida población musulmana que también poblaba tierras del Levante, había llegado a ser sumamente delicada, como se manifestó en la sublevación morisca de las Alpujarras y se puso de relieve en las medidas tomadas por la Corona para la expulsión de los moriscos ya iniciado el siglo XVII.

Otro capítulo que requería clarificación doctrinal en orden a la política a seguir era el de la represión de la heterodoxia y, con ella, el de la tolerancia del error. Se consideraba que el poder político estaba legitimado para ser vindicador del crimen de herejía a la que se daba relevancia política de primer orden, con el consiguiente empleo de la fuerza que podía llegar hasta la misma ejecución de la pena capital.

El derecho de la libertad religiosa, es decir, el derecho a no ser forzado a aceptar un credo religioso, aunque éste sea el verdadero, estaba muy lejos de ser reconocido y proclamado. Se le contemplaba en la perspectiva de la tolerancia del error, considerándose tal tolerancia como la aceptación de un mal menor y no como un derecho, situándolo en un contexto doctrinal muy diverso del que presenta la genuina libertad religiosa. Como ha quedado dicho, no se fue capaz de percibir ésta como la exigencia de que nadie puede ser obligado a aceptar una fe religiosa, aunque sea la verdadera, ni ser constreñido al comportamiento que ella implica. Todo lo más, según se ha dicho, se rozaba la posible tolerancia del error considerada, según las circunstancias, como un medio para evitar mayores males. Se hace especial hincapié en la situación de súbdito de la Iglesia por la recepción del bautismo y en la de la sujeción al príncipe cristiano, llegándose a

conclusiones que dejaban muy mal parada la libertad religiosa y que contradecían la proclamación que se hacía de la libertad del acto de fe.

El Descubrimiento de América daba base para un nuevo planteamiento de las relaciones de los países cristianos con los *insulani* que habitaban el Nuevo Mundo. Y, con ello, la posibilidad de pretender justificar las acciones expoliadoras que acompañaron la ocupación de los nuevos territorios descubiertos. De hecho, la conquista de los territorios ultramarinos constituyó una genuina guerra ofensiva que fue también depredadora, por más que se quisiera justificarla partiendo de la tesis de que era conveniente una evangelización forzada para implantar el Cristianismo, de la inferioridad racial de los indios, de la comisión por éstos de pecados *contra naturam*, de la defensa de los injustamente tratados, etc.

La grandeza de la obra hispánica en las Indias no gira en brillantes hechos de armas, ni en la ocupación de grandes y ricos territorios, sino fundamentalmente en la actitud noble, sensata, ponderada y valiente de Francisco de Vitoria y de los maestros salmantinos que le siguieron y en la honda huella que dejaron en la legislación y en el gobierno de las Indias y en la obra evangelizadora de esforzados misioneros unida a la de aquellos hombres que ocuparon puestos de gobierno y obraron de acuerdo con sus ideales de servicio a los hombres según una fe sinceramente profesada. Pero no todos fueron así.

En el ámbito del mundo cristiano la correlación de poderes en el siglo XVI era muy otra que la que jugó tres centurias antes en el mundo que le tocó vivir al Aquinate. Los príncipes cristianos actuaban como soberanos y su poder era el supremo en sus respectivas repúblicas. La concepción medieval del Imperio había hecho crisis y aparecía el Estado moderno tendiendo hacia la constitución de las monarquías absolutas. El Papa era uno más entre estos soberanos. Las relaciones de subordinación política entre los diversos titulares del poder que había articulado la cristiandad medieval se iban transformando en relaciones de igual a igual.

Una visión realista del mundo de su tiempo hacía que Vitoria y sus seguidores concibieran el orbe como compuesto por diversas repúblicas que, como comunidades políticas perfectas, esto es como autosuficientes para gobernarse, no se diferenciaban por razón de la fe que profesaban, sino por el carácter supremo del poder con que eran gobernadas. El mundo, pues, constituía una *respublica orbis*, una comunidad universal en la que tenían cabida todas las *communitates perfectae*, todas las *respublicae*. Ninguna de ellas, aunque autárquicas todas, podía desvincularse del consorcio que formaba con las demás. También los pueblos paganos, aunque su nivel de civilización fuera inferior al de los cristianos, constituían comunidades

políticas soberanas, siempre que tuvieran aquellos elementos que les permitieran la autosuficiencia en el gobierno. De hecho, había quedado desdibujado el primigenio papel asignado al Emperador de ser la suprema autoridad defensora de la Cristiandad frente a los enemigos internos, como los herejes, y frente a los enemigos exteriores, como eran los pueblos paganos que atentaban contra ella. Todavía en Vitoria y en la primera generación de teólogos-juristas de Salamanca se mantiene la figura del Emperador ocupando el ápice en la jerarquía de poderes políticos. Pasado el reinado de Carlos V, el Emperador será, de hecho, considerado como uno más entre los príncipes cristianos.

También el Papa pierde la preeminencia político-temporal que había ostentado en la Edad Media. Quedaba aún como supremo árbitro en el conjunto de las naciones cristianas, papel que figura en la fijación de la línea de demarcación establecida por Alejandro VI en la bula *Inter Caetera*, con las connotaciones medievales de su contenido y que no podían traducirse aferrándose a su tenor literal -como hemos visto que se hizo- en un mundo que había cambiado profundamente y continuaba aceleradamente su transformación. La Escuela salmantina rechazó la teoría del poder directo pontificio en el ámbito temporal, admitiendo su poder indirecto en el mismo en orden al fin sobrenatural.

El planteamiento de los conflictos bélicos entre los príncipes cristianos, incluyendo al Papa como uno más entre ellos, tenía otro tenor que el que presentaba a los ojos de los tratadistas medievales. Tal planteamiento se extendía también a los pueblos paganos, fueran éstos los que ponían en grave aprieto a las naciones cristianas, como era el turco, o se tratase de los que, antes desconocidos, entraban en contacto con el mundo cristiano en occidente y en oriente.

De ahí que la doctrina de la guerra justa alcance en el seno de la Escuela más altos vuelos y presente una problemática más rica que en los planteamientos medievales. Nunca Vitoria ni sus seguidores abdicaron de su condición de teólogos y, a la vez, reivindicaron su derecho pleno a entrar en esta temática que, como en otras muchas, la asientan fundamentalmente no en razones derivadas del depósito de las verdades reveladas, sino en los principios de derecho natural que son válidos para todos los hombres independientemente de que sean cristianos o paganos.

También tuvieron sus limitaciones, pues también fueron hijos de su época. Mantuvieron una actitud de intransigencia frente a lo que consideraron espurio y, lejos del servilismo a los poderes constituidos, supieron defender con gallardía aquello que consideraron justo. Dieron pasos grandes;

aunque no pocas veces quedaron cortos, sobre todo cuando contemplamos su doctrina desde nuestra perspectiva de hoy.

b) Cuando Soto, en su Relección *De Dominio* dada en 1535 y, por tanto, anterior a la de Vitoria *De Indis recentèr inventis* y *De Bello*, se pregunta acerca de cómo los españoles pueden acceder al dominio de los territorios ultramarinos recién descubiertos, confiesa paladinamente que no sabe contestar, que lo desconoce. E insinúa dos posibles títulos: el derecho de predicar el Evangelio y el derecho a defendernos cuando en el ejercicio de tal derecho seamos atacados. El texto original, que hace años dimos a conocer en edición crítica, dice así: *Quo ergo iure retinemus Imperium quod modo reperitur ultramarinum? Re vera ego nescio. In Evangelio habemus: Ite praedicate Evangelium omni creaturae, ubi datum est nobis ius praedicandi ubique terrarum et, ex consequenti, datum est nobis ius defendendi nos a quibuscumque nos impedirent a praedicatione*².

Más tarde, añade, y en esto coinciden Vitoria y Soto y, en general, los demás miembros de la Escuela, que si la defensa del derecho a predicar es obstáculo a la misma evangelización, no se justifica tal defensa. También estaría justificada la intervención bélica para defender a los injustamente oprimidos, por ejemplo, a las víctimas del canibalismo o a las de los sacrificios humanos, siempre que el daño causado no sea mayor que el que se querría evitar. Ante los ojos de los maestros salmantinos de primera hora estaban presentes las atrocidades cometidas por los conquistadores y que aquellos condenaron de plano a pesar de que no faltaron quienes quisieron justificarlas con el pretexto de defensa de los inocentes que padecían injusticia.

No admiten como títulos válidos para la intervención armada ni la idolatría de los indios, ni los pecados *contra naturam*. Nadie ha constituido jueces a los españoles para que puedan castigarlos.

En cambio, señalan que sí cabe el empleo de la fuerza cuando sean violados derechos naturales y que sólo por la violencia pudieren hacerse efectivos. Así acaece con el *ius peregrinationis* o derecho a la libre circulación, con el derecho a comerciar, etc. cuando son indebidamente coartados; aunque para justificar la guerra para reivindicarlos haya que someterla a las limitaciones antes establecidas y a los condicionamientos debidos que restringen mucho los casos en los que pueda hablarse de guerra justa.

2. Relación "De Dominio". Edición crítica y Traducción con Introducción, Apéndices e Índices por Jaime Brufau Prats. Universidad de Granada, 1964, lins. 968-973.

La represión de la herejía tiene un tratamiento singular. Se argumenta que si el hereje puede ser castigado con la muerte, el uso de la violencia para extirpar aquella queda, cuando se den los requisitos debidos, sancionado. La enunciación de tal doctrina queda mejor perfilada si se tiene en cuenta la consideración de que la herejía constituía un crimen y la vertiente socio-política que alcanzó entonces.

En síntesis, para la Escuela salmantina sólo la reparación de una injusticia puede, en ciertos casos, justificar la guerra; porque hay que tener en cuenta los graves daños que se siguen de la acción bélica. Siempre se requiere que se haya agotado la vía del arreglo pacífico y que sea la misma *respublica* o el príncipe quien la declare y lleve adelante. Al ser autosuficiente, toda comunidad política perfecta puede vindicar para sí y para los suyos la injusticia inferida, como dice Francisco de Vitoria en la relección *De bello*; lo mismo acaece en el príncipe³. De ahí que enuncie como tesis irrefutable que el fin de la guerra no puede ser otro que la paz y la seguridad de la comunidad política, *finis belli est pax et securitas reipublicae*⁴. Como señala Domingo de Soto, sólo puede llegarse a la guerra después de haber agotado todos los medios para lograr la paz, ni debe extenderse más allá de lo que exige la justicia, *ut nisi cunctis pacis rationibus prius oblatis non indicatur, neque ulterius proferatur quam fert aequitas*⁵.

Conclusión

La postura adoptada por Francisco de Vitoria y por los que le siguieron gira, pues, en torno a la defensa de los derechos humanos. Los reivindican, aunque hayan sido injustamente violados, y aceptan que haya ocasiones en las que pueda usarse de la violencia para repeler la violencia. Las exigencias que brotan del ser del hombre, visto como persona y no como simple individuo, suponen condicionamientos y limitaciones al uso defensivo de la fuerza.

El centro de su especulación lo constituye lo que hoy denominamos dignidad de la persona humana. De ahí que no quepa causar un daño que sea mayor del que se quiera reparar, pues la violación del derecho no justifica nunca la demasía en la defensa, que haría que ésta dejara de ser tal.

3. q. 2, 2-3.

4. *Ibid.* q. 1, 2.

5. *De Iustitia et Iure*, lib. V, q. 3, a. 5, *ad primum*.

Realistas a la vez que amantes de la justicia, Vitoria y los demás miembros de la Escuela no se confinan en un mundo utópico e idealizado, sino que se mueven por la consideración de alcanzar lo mejor dentro de lo que sea posible obtener. Es admirable que lleguen a considerar el dominio de la Corona en el Nuevo Mundo como algo transitorio, como camino para las gentes descubiertas lleguen a un nivel cultural material y espiritual suficiente que les permita constituirse en *communitates perfectae* y, así, entrar en pie de igualdad en el consorcio de todas las gentes en la *respublica orbis*.

Para Vitoria y sus seguidores, la Corona de Castilla tenía el deber de promocionar a las poblaciones indias. Estas no podían ser objeto de explotación como si de seres inferiores se tratara. No son monas, sino hombres declara Vitoria con ocasión de la conducta observada en la conquista del Perú. Había que promocionarles, aunque en el cumplimiento de esta misión los españoles pudieran compensarse participando de las riquezas que existían en aquellos territorios. Después, logrado su objetivo de promocionar adecuadamente a los indios, los españoles deberían retirarse de su función tuteladora, dejando el ejercicio de la plena soberanía a los naturales del Nuevo Mundo. Tal mensaje, de punzante actualidad, constituye una herencia que hace grandes a quienes lo propusieron y urge, también hoy, a los hombres y a las naciones.

Aquellos hombres supieron ver el encubrimiento del juego real de intereses que, aquende y allende el Océano, pugnaban por mantener y desarrollar sistemas de explotación opresora. No siempre lograron su empeño, ni siempre acertaron en lo que demandaban las exigencias de la justicia. Admitieron, también eran hijos de su tiempo, el inadmisibles sometimiento a servidumbre de quienes habían sido vencidos en guerra justa. Pero, en su época, supieron ser enormemente sensibles a los horrores de la guerra. Así, según ellos, el inicio y la prosecución de las hostilidades debe estar siempre condicionado a las exigencias de la justicia que, por ser tal, ha de estar impregnada de humanidad. De ahí, que impongan una serie de cortapisas que no eran práctica habitual en su tiempo. Dicen que no pueden causarse destrucciones que no sean estrictamente necesarias; que no pueden matarse a los inocentes, haciendo especial referencia a los niños; que no es justo el pillaje, y los abusos en la población inerme que ha caído en poder del vencedor, etc.

Tienen muy en cuenta las destrucciones materiales y espirituales que toda conflagración bélica lleva consigo. Tales ruinas son, para ellos, motivos, para limitar lo que consideran guerra justa. En esta perspectiva, no cuesta mucho sacar a la luz la calificación de injusta que asignarían, hoy, a la

guerra total y al empleo devastador de armas terriblemente destructoras como las que hoy están en manos de Estados superpotentes.

Queriendo ser fieles al mensaje Evangélico a fuer de sinceros y fervientes creyentes, dentro de sus limitaciones se acercan, en su tiempo, a la doctrina expuesta en la Constitución *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II. Quisieron ser campeones de la justicia y pugnaron por ser libres de las ataduras a intereses bastardos y por ser fieles a los dictados de su conciencia. Siempre atentos a no caer en la injusticia en la defensa de la justicia, dieron en su tiempo, desde la cátedra, doctrina luminosa y, desde su vida, testimonio fiel y valiente de lo que proclamaban de palabra y por escrito.

La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca*

Por MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO

Salamanca

Lo dice justamente el sabio historiador Vicente Beltrán de Heredia, sin duda el mejor conocedor de su vida y de su obra, y lo dice exactamente al comienzo del excelente estudio introductorio a la edición crítica y bilingüe de la relectión *De Indis*: “Francisco de Vitoria es uno de esos hombres geniales que aparecen de tarde en tarde en el horizonte de la historia. Siempre es oportuna su aparición; pero lo es sobre todo en momentos de crisis como enviados providenciales para dar solución a la serie de problemas creados por las injusticias y ambiciones humanas que rompen el equilibrio del orden natural, con la consiguiente cadena de atropellos a los débiles y desvalidos. Si a esto se añade que, conscientes de su alta misión, se esfuerzan por corresponder a ella, su paso por el mundo deja una estela de gratitud y recuerdo que, lejos de extinguirse, crece con los años hasta rayar en la inmortalidad”¹. Estas certeras afirmaciones adquieren todo su valor en relación con el problema de la colonización de los pueblos indígenas descubiertos hace ahora exactamente cinco siglos, problema al que el gran maestro salmantino dedicó dos de sus mejores escritos.

Desde una perspectiva más genérica es no menos elogioso el testimonio de algunos de sus contemporáneos. Así dice de él ya en el siglo XVI el flamenco Johannes Vaseus, que se trasladó a Salamanca para oír sus

* El presente estudio contiene el texto reelaborado de una conferencia impartida el 10 de junio de 1988 a un numeroso grupo de alumnos de Puerto Rico, venidos a España en viaje de estudios patrocinado por la Fundación Ortega y Gasset, que me ha recomendado publicarla.

1 V. Beltrán de Heredia, *Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal*, en la edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis o libertad de los indios*, por L. Pereña Vicente y J.M. Pérez Prendes (Madrid, C.S.I.C., 1967), p. XIII.

lecciones y, prendado de ellas, se quedó durante dos años: “Era de condición increíble, de lectura casi infinita, juicio segurísimo, memoria pronta, de suerte que parecía una especie de milagro de la naturaleza...”². Y el también flamenco Nicolaus Cleynaerts, que también viajó a Salamanca para oírle y después se quedó seis años como profesor de griego (1531-1537), no dudó en pronosticar: “Si algún día Vitoria se decide a escribir, su fama llenará el mundo. Ignora Salamanca el tesoro que posee en él”³. Juicio éste que repetía a finales del siglo pasado uno de los pioneros de la rehabilitación mundial de su memoria, el eminente historiador y archivero Franz Ehrle: “A Vitoria principalmente debe Salamanca el ocupar en el siglo XVI un lugar como el que consiguió París en la segunda mitad del siglo XIII”⁴.

Pero quienes contemplan las cosas desde el otro lado de los Pirineos sólo ven las alturas que existen de este lado y no se percatan de las bajezas; además quizá ignoren el refrán español que dice que no se pueden pedir peras al olmo. Que esto no es una mera ocurrencia, lo prueba el hecho histórico de que, poco después de la muerte de Vitoria, ante las reiteradas peticiones de que se imprimieran sus escritos o una selección de ellos, fue creada una Comisión en el seno de la Universidad para que decidiera si ésta debía aportar los fondos necesarios al respecto; el dictamen hubo de ser tan poco favorable que no se publicó ninguno de los escritos; quedó así para Francia el alto honor de imprimir por primera vez sus incomparables *Relectiones*, lo que se hizo en Lyon en 1557. Si tratásemos de recrear el pasado según el método y estilo de Claudio Sánchez Albornoz, podríamos muy bien imaginarnos a los miembros de tal Comisión, sin duda muy similar a las muchas que ahora se crean por doquier, discutiendo muy someramente un asunto tan importante y votando luego en secreto, para que el sorprendente resultado no pueda ser atribuido a nadie más que al colectivo.

2 Este y otros elogios de contemporáneos de Vitoria han sido transmitidos por J. Echard en la biografía que hace de Vitoria en su obra *Scriptores Ordinis Praedicatorum* (París 1719-1721); después han sido recogidos en la edición de la *Relectiones* hecha en Madrid en 1765 por Manuel Martín.

3 Los testimonios de N. Cleynaerts, latinizado *Clenardus*, gran amigo y admirador de Vitoria, constan por escrito en su colección de cartas publicadas en Amberes en 1566. Así en otro lugar dice del maestro que era “dictu mirum quam scribat nervose, quam apte partiatur, quam colligat acute, et tamen omnia iucunditatis plena”. *Epistolarum libri duo* (Antuerpiae 1566), p. 133.

4 Así lo dice en su memorable publicación *Die Vatikanischen Handschriften der Salmanticensen Theologen des XVI Jahrhunderts von Vitoria bis Barnez*, en la revista “Der Katholik”, 1884-85; años después fue traducida y editada por José M^a Mach con el título *Los manuscritos vaticanos de los teólogos salmantinos del siglo XVI, de Vitoria a Bañez*, en la revista “Estudios Eclesiásticos”, 8 (1929), cfr. p. 4.

De hecho algo similar ocurrió cuando hace algunos años se propuso cambiar el nombre de la Cátedra Francisco de Vitoria, creada en la Universidad de Salamanca por la Asociación Internacional de la misma denominación, por el nombre de Bartolomé de las Casas, el no menos famoso defensor de los derechos de los indios. Cuando la verdad es que el mismo Las Casas reconoce y testifica que sus ideas tuvieron origen en el magisterio salmantino de Vitoria. Lo más triste del caso fue que de esa manera se perdió la cátedra que durante varios lustros había servido para recordar a la figura más preclara del Estudio salmantino.

Para contribuir a rememorar su doctrina, en las páginas que siguen me propongo ofrecer una exposición clara, debidamente ordenada y suficientemente documentada de los aspectos fundamentales de la postura de Vitoria ante el problema del descubrimiento de los pueblos indios por parte de los españoles, que entonces eran la mayor potencia del orbe. En la medida de lo posible trataré de conjugar la terminología original, que no siempre es la misma de la corriente en su época, con la terminología actualmente en uso para referirse a las diversas cuestiones que son tenidas en cuenta, a no ser que el valor histórico de la expresividad de las palabras originales aconsejen mantenerlas. Para no desfigurar tampoco el proceso evolutivo en que se fue gestando su doctrina, trataré de seguir fielmente los pasos dados por el eximio maestro desde que por primera vez se hizo cargo del problema hasta la redacción de sus dos admirables relecciones sobre los indios. Y para recrear el marco histórico en que esa doctrina apareció formulada, trataré de describir previamente lo que supuso para el Estudio salmantino la incorporación de Francisco de Vitoria a su claustro y su admirable dedicación a la docencia durante veinte años ininterrumpidos.

I. UNA NOBLE EMPRESA: LA ESCUELA DE SALAMANCA

Parece definitivamente indiscutible el hecho histórico de la existencia de una auténtica y floreciente Escuela de Salamanca, una de cuyas principales manifestaciones, y seguramente la de más notoriedad, corresponde al campo del Derecho público. Involucrada durante varias décadas en la pomposa denominación de Escuela española del Derecho natural y de gentes o también encubierta bajo el nombre genérico de Escolástica española, muy del agrado de la mentalidad glorificante del pasado régimen político y en gran medida tributarias ambas de la reivindicación de la Ciencia española hecha en su juventud por Marcelino Menéndez y Pelayo, hoy parece ser que las aguas vuelven a su cauce natural, que nunca debió ser desbordado. En realidad no hubo una *Escuela* española ni cosa que se le parezca, y lo que sí hubo fue una auténtica Escuela de Salamanca de universal renombre. Y fueron principalmente algunos cultivadores europeos del Derecho público,

quienes, al indagar los orígenes de no pocas instituciones y conceptos jurídicos modernos, pusieron de relieve la valiosa aportación de los maestros de Salamanca al respecto. También fueron ellos quienes acuñaron la denominación Escuela de Salamanca, aunque por cierto en otras lenguas, como la de "die Schule von Salamanca" o "l'Ecole de Salamanque"⁵. Me complace haber contribuido en la medida de mis posibilidades a la confirmación y divulgación de tan justo nombre en lengua hispana⁶. Claro que mucho más peregrino y hasta pudiera decirse ridículo es el pretender acuñar la denominación de Escuela castellana o Escuela de Castilla, sin otra razón aparente que la supuesta similitud con la pintura o, lo que es más lamentable, por estimar que todo lo que no suena a catalán o levantino es castellano. De risa, pero así consta por escrito y en letra impresa.

Una de las aportaciones más brillantes y singulares de la Escuela de Salamanca, que la distingue precisamente de la labor de los demás autores hispanos y también de los castellanos, fue su valiente y novedosa postura ante el difícil problema de la conquista y posterior anexión por el poder regio de los entonces llamados pueblos insulanos o indios. Frente a la tesis imperialista propalada con gran ruido por los juristas y letrados de la Corte y frente a la tesis teocrática propugnada por los teólogos que estaban a su servicio, los maestros de Salamanca, siguiendo fielmente la doctrina de Francisco de Vitoria, defendieron los derechos inalienables de los pueblos indios, entre ellos a conservar sus propiedades y a mantener a sus gobernantes legítimos, así como a preservar su lengua y tradiciones.

5 Merecen citarse al respecto el ya mentado trabajo de Franz Ehrle, *Die Vatikanischen Handschriften der Salamanticensen Theologen des XVI Jahrhunderts, von Vitoria bis Bannez*, que data de 1884; F. Pelster, *Zur Geschichte der Schule von Salamanca*, en "Gregorianum", 12 (1931) 303-313; E. Reibstein, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca* (Karlsruhe 1955). No se refiere en cambio a la Escuela de Salamanca el artículo *Salamanque (Théologiens de)*, del *Dictionnaire de Théologie Catholique*, t. XIV, col. 1.017 ss., del que es autor Th. Deman; pues este artículo trata de los "Salmanticenses", autores de un tratado de Teología moral muy citado y que son del siglo XVII, por lo que constituye un craso error aducirlo en este contexto.

En España comenzó a divulgar la denominación, como no podía ser menos, V. Beltrán de Heredia, con su trabajo *Los manuscritos de los teólogos de la Escuela salmantina, siglos XV-XVI*, en "La Ciencia Tomista", 42 (1930) 326-346. En la última década se han publicado varios libros con este título, algunos como Actas de Congresos o *Symposiums*, lo que comprueba su común aceptación.

6 En ello he insistido en algunos de mis libros y artículos anteriores y de manera explícita en mi trabajo *Legitimación del Derecho, emanado del Poder, según los maestros de la Escuela de Salamanca*, publicado en *Derechos y Soberanía popular*, n. 16 de "Anales de la Cátedra F. Suárez" (Granada 1976), pp. 111-128.

Si la delimitación espacial de lo que se ha de entender por Escuela de Salamanca es clara de por sí, pues indica que se trata de maestros que de hecho enseñaron en la Universidad de Salamanca o que se formaron en ella y luego llevaron su doctrina a otros centros universitarios de la península, la delimitación temporal tampoco ofrece demasiados problemas. Propiamente se puede decir que comprende algo más de dos tercios del siglo XVI, pues su inicio corresponde a la incorporación a sus aulas de Francisco de Vitoria, formado en la Universidad de París, hecho que ocurre en 1526, y también de Martín de Azpilcueta, llamado por su origen el Doctor Navarro, que se había incorporado en 1524 procedente de Toulouse; y su final coincide con la última década del siglo, aunque algunos de sus discípulos continuaran su labor tanto en la península como ya en las nuevas Universidades del Mundo Nuevo. Sus principales figuras, aparte de las dos citadas, y que tuvieron también una intervención más o menos directa en el tratamiento de la cuestión indiana, son sin lugar a dudas Domingo de Soto (1494-1560), Melchor Cano (1509-1560), Alfonso de Castro (1494-1558) y Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1571), aparte de otros maestros de gran fama que destacaron sólo en el ámbito teológico, como Andrés de Vega (1498-1560), el gran teólogo tridentino del decreto sobre la justificación, o Domingo Báñez (1528-1604), famoso por su polémica sobre el libre arbitrio, para culminar con la singular figura de Fray Luis de León (1527-1591), autor de un tratado *De Legibus*, quien no sólo fue eminente en sabiduría y dedicación a la docencia, sino también admirable por su entereza ante el infortunio ocasionado por la maldad académica, que también en Salamanca quiso tener uno de sus más cálidos nidos. Todos ellos fueron discípulos más o menos directos del creador de la Escuela, el nunca suficientemente ponderado Francisco de Vitoria, y todos le tributaron gran admiración y gratitud.

Hoy parece suficientemente comprobado que el gran maestro y fundador de la Escuela no nació en Vitoria, sino en Burgos. Pero también lo está que era vasco por su línea paterna, pues procedía del linaje de los Arcaya, y que era leonés por su línea materna, pues procedía de la ilustre familia de los Compludo, de antecedentes judíos. Su padre se llamaba Pedro Arcaya, que hubo de cambiar el apellido al establecerse en Burgos por la poca aceptación y motivo de burlas que los apellidos vascos tenían en Castilla, pasando a llamarse Pedro de Vitoria por su origen. Y su madre fue Catalina de Compludo, que también se había establecido en Burgos. Por tanto, el verdadero nombre del insigne maestro fue Francisco de Arcaya y Compludo⁷.

⁷ Cfr. V. Beltrán de Heredia, art. cit., p. XIII-XIV; y también *Final de la discusión acerca de la patria del maestro Francisco de Vitoria; La prueba documental que faltaba*, en "La Ciencia Tomista", 80 (1953) 275-289; J. Iriarte, *Francisco de Vitoria, del linaje de los Arcaya*

Así pues, con la llegada del insigne vasco-leonés al Estudio salmantino, se inicia una nueva era, sin duda alguna la más gloriosa de su historia. Abocado a la inercia y al desamparo por la huída masiva de los mejores profesores con que contaba a la nueva Universidad Complutense con sede en Alcalá, donde recibían mejores emolumentos y la protección de su fundador el cardenal Cisneros, logró resurgir en pocos años por la incansable tarea renovadora que Vitoria logra implantar. Durante los últimos veinte años de su nada larga vida él mismo se dedicó por entero a la docencia tanto ordinaria -las *lectiones*- como extraordinaria -las *relectiones*- con una constancia admirable. Consta que cuando, minada su salud por la artrosis y los achaques de gota, apenas podía caminar, era trasladado en andas por sus alumnos desde su lugar de residencia de San Esteban hasta el aula magna del viejo Estudio salmantino para explicar el mismo la lección, que con esmero y extrema minuciosidad preparaba cada día. Es este un dato que no encuentro registrado en la biografía de ningún otro maestro o profesor universitario. Existen además múltiples testimonios de alumnos y contemporáneos suyos que acreditan no sólo su extraordinaria sabiduría y su dedicación a la docencia, sino también sus incomparables dotes pedagógicas naturales. Baste recordar lo que de él dijo Melchor Cano, uno de sus más ilustres discípulos: "El maestro Vitoria podía tener discípulos más sabios que él, pero ni los más doctos de entre ellos enseñaban como él"⁸.

Sin menoscabo de su labor docente ordinaria, que hoy sólo se podría apreciar debidamente si se hubieran publicado sus lecciones, es su docencia extraordinaria, contenida en las *relectiones*, la que le ha dado su gran fama⁹.

de Vitoria-Alava, en "Hispania", 36 (1949) 43 ss.

8 Este testimonio del más directo discípulo de Vitoria, según V. Beltrán de Heredia, parece haber sido transmitido oralmente y recogido por sus biógrafos, a veces con alguna variante, como la de "ni doce de ellos" en vez de "ni los más doctos" enseñaban como él; también es narrada uniformemente la anécdota del traslado de San Esteban a la Universidad, sobre la que recientemente Camilo Barcia Trelles ofrece esta emotiva versión: "Al peregrino entristecido, que, con el dolor en el alma, recorre lo que fueron campos de batalla de la guerra europea, suele mostrársele, en Verdún, la que se llama 'vía sagrada', camino recorrido sin cesar por miles de camiones, que en su acelerado ir y venir renovaron las fuerzas francesas, en plena ofensiva alemana, salvando así la plaza sitiada. También en Salamanca hay una vía sagrada; parte del convento de San Esteban y muere en la Universidad; es el camino que recorría Vitoria, cuando su cuerpo, tullido e imposibilitado de todo movimiento, era portado a hombros por sus discípulos. El maestro, día a día, recorría aquella ruta sagrada; a lo lejos la guerra que asolaba a Europa, la conquista del Nuevo Mundo, mezcla de santidad y destrucción, propia de todas las grandes epopeyas; en Salamanca, un cuerpo que se inclina buscando el lugar donde ha de reposar para siempre, pero un alma encendida por el amor a la verdad, al bien y a la justicia". *Francisco de Vitoria fundador del Derecho Internacional moderno* (Valladolid, Universidad, 1928), pp. 217-218.

9 Fueron impresas por primera vez en Lyon en 1557, por Jacobo Boyer; ocho años después, en 1565, aparece la edición de Salamanca, cuidada por Alfonso Muñoz, discípulo de Vitoria, que sirvió de prototipo para todas las ediciones posteriores.

Como género académico la relección era una especie de lección magistral, que necesariamente había de versar sobre alguna de las materias leídas o alguno de los lugares o temas explicados en el curso académico, y que tenían obligación de dar una vez por curso todos los que eran titulares de cátedra. Aunque la mayoría de éstos no cumplía con esa obligación o la soslayaba dando una lección más amplia que las ordinarias, Vitoria mantuvo desde su incorporación a la cátedra la costumbre de dar una *relección* cada curso sobre una materia de gran interés para los asistentes y que normalmente flotaba en el ambiente social. De entre ellas destacan, por su gran eco e influencia, la segunda de las impartidas por él, que trata de la potestad o poder civil (1528), y las dos dedicadas al problema de los indios recientemente descubiertos (ambas en 1539), que fueron redactadas en el curso 1538-39. Es sin duda la primera de ellas, la titulada *De Indis recenter inventis*, la más conocida internacionalmente, la que merece atención preferente para conocer el pensamiento colonial del insigne maestro. Mas como muchas de las ideas en ella expuestas fueron ya anticipadas en lecciones y relecciones anteriores, es preciso tomar el hilo de su aparición desde un principio y seguirlo cuidadosamente en lo que nos ha dejado escrito o impreso para así mostrar su paulatino desarrollo.

II. GENESIS Y PRIMERAS MANIFESTACIONES DE LA DOCTRINA COLONIAL DE VITORIA

La génesis de la doctrina vitoriana sobre la colonización indiana ha de ser buscada en el relato y en las muchas noticias que los misioneros de San Estaban de Salamanca y otros muchos discípulos suyos le transmitían con relativa frecuencia de lo que realmente ocurría en las islas y tierra firme del mar océano descubiertas por los hispanos. Para un espíritu como el suyo, abierto a todas las cuestiones de importancia que entonces se planteaban, no podían pasar desapercibidas ni la magnitud del hecho del descubrimiento y su enorme repercusión en la mentalidad de la época, que llegó a acambiar radicalmente la misma imagen que del mundo se tenía, ni tampoco las múltiples cuestiones tanto morales como jurídicas que planteaba el hallazgo de un mundo nuevo habitado por otros pueblos, máxime si se tiene en cuenta que algunos ponían en duda la condición humana de aquellos seres o que los consideraban destinados a esclavitud perpetua. Conviene recordar que sólo en 1537, por la bula *Sublimis Deus* de 9 de junio, se reconoce por una autoridad mundial que los indios tienen la misma condición humana que los habitantes del viejo mundo y que por tanto tienen la misma capacidad para ejercer y para disfrutar los mismos derechos que los que allí llegaron; además se declara como cosa de fe que los indios son verdaderos seres humanos como los demás hombres, destinados por tanto a la salvación eterna y a los que se deben proporcionar los mismos medios para conseguirla.

1. Peruleros contra peruanos

Uno de los problemas que más preocupaba, según las informaciones llegadas de las islas y tierra firme del mar océano, era el relativo a la licitud de las *encomiendas* y el consiguiente reparto de tierras y bienes de los aborígenes. Como no siempre parece existir una idea clara acerca de lo que en realidad fueron las encomiendas, conviene explicar brevemente en qué consistían y cómo funcionaban en la práctica. La encomienda, desde el punto de vista jurídico, es una institución típica del Derecho indiano de los tiempos de la conquista, implantada primeramente en la Española y luego extendida a las demás islas y a la tierra firme, en virtud de la cual se concedía a los conquistadores la explotación del territorio conquistado y también cobrar a los indígenas empleados en el cultivo rentas vitalicias, que además eran transmisibles por herencia lo mismo que la titularidad de la explotación. Dada su amplitud, en la práctica existieron varias formas o clases de encomienda y las fuentes históricas no son coincidentes respecto a su alcance en cada uno de los territorios sometidos. La más grave de ellas, y por desgracia la más extendida, era aquella en que los encomenderos quitaban la propiedad de la tierra a quienes desde antiguo venían cultivándola, sometiendo a los indios a un régimen más o menos duro de servidumbre o de esclavitud agraria. Para solucionar las disputas que con frecuencia surgían entre los conquistadores convertidos en colonos, se recurría a otra institución típica, el llamado "repartimiento". Pero esto sólo conseguía soslayar las continuas luchas entre los encomenderos, mientras que los abusos más o menos graves contra la población indígena nunca eran discutidos. Contra estos abusos, más que contra el propio sistema de las encomiendas, fue contra lo que lucharon decididamente los misioneros enviados para la evangelización de los indios, que en varias ocasiones mandaron delegados a España para conseguir frenar tales desmanes¹⁰. De ellos se hace cargo expresamente Francisco de Vitoria, quien, con visible ira y justo enojo, escribe duramente contra los que con cierto desprecio llama "peruleros", sin duda porque, cuando comienza a preocuparse del tema, era las noticias de lo que ocurría en Perú las que más reiteradamente le llegaban. En su famosa carta a su gran amigo Miguel de Arcos, fechada el 8 de noviembre de 1534, sobre los asuntos de los indios, se expresa con gran desenfado, que parece inhabitual en él, y dice textualmente: "Cuanto al caso del Perú, digo que ya, *tam diuturnis studiis, tam multo uso*, no me espantan ni me embarazan las cosas que vienen a mis manos, excepto trampas de beneficios y cosas de Indias, que se me hiela la sangre en el cuerpo

10 Sobre las encomiendas, v. especialmente J. Solórzano Pereira, *Política Indiana* (Madrid 1930); Mario Góngora, *El Estado en el Derecho Indiano* (Santiago / Chile, 1951); R. Altamira y Crevea, *Diccionario de legislación indiana* (México 1951), pp. 128 ss.

mentándomelas”. Y prosigue diciendo: “Lo que yo puedo hacer es *primum fugere ab illis*. Yo no doy ni tomo que sepa que tiene beneficios, digo fuera del dicho y carta”. -Aquí se refiere probablemente a alguien que desde el estamento clerical le consultaba sobre la rectitud de su proceder o trataba de justificar la actuación de los encomenderos-. Con respecto a éstos añade: “Lo mismo procuro hacer con los *peruleros*, que, aunque no muchos, algunos acuden por acá. No exclamo *nec excito tragoedias* contra los unos y contra los otros, sino, ya que no puedo disimular, ni digo más, sino que *no lo entiendo*, y que no veo bien la seguridad y justicia que hay en ello, que lo consulten con otros que lo entienden mejor”¹¹.

No menos expresivo y lacerante es su lenguaje al referirse a la supuesta carencia de condición humana de los indios y a su aparente similitud con los simios, patraña inventada y propalada por los encomenderos para someterlos a un vasallaje a veces inhumano. Dice al efecto: “En verdad, si los indios no son hombres, sino monas, *non sunt capaces iniuriae*. Pero si son hombres y prójimos, *et quod ipse prae se ferunt*, vasallos del emperador, *non video quomodo excusar* a estos conquistadores de última impiedad y tiranía, ni sé que tan grand servicio hagan a su magestad de echarle a perder sus vasallos”¹².

2. Primeros testimonios doctrinales de su postura ante el problema colonial

a) En realidad, como atestigua V. Beltrán de Heredia, la doctrina del eximio maestro vasco-leonés sobre el problema colonial está ya plenamente configurada en su magnífica relección sobre la potestad o poder civil, pronunciada en 1528. Pues “en ella sienta Vitoria los principios de la sociedad natural de la humanidad, acentuando su distinción de la eclesiástica, por razón del origen, finalidad y poder que la encarna. Parece como si tuviera prisa en lanzar esas ideas para aclarar un poco las confusiones en que se debatían los teólogos y canonistas en doctrinas de sentido común”¹³. Además de ello, dedica un apartado entero, concretamente el noveno, a tratar la cuestión subsidiaria de si lo dicho respecto a la constitución y legitimidad del poder civil en los pueblos civilizados vale también para otros pueblos.

11 Cfr. *Relectio de Indis*, edición crítica bilingüe (Madrid, C.S.I.C., 1967), donde se reproduce en el Apéndice I el texto completo de la famosa carta, p. 137. En adelante citaré siempre por esta edición crítica bilingüe de 1967.

12 *Ibidem*, pp. 138-139.

13 V. Beltrán de Heredia, *Personalidad de Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal*, 1. cit., p. XXV.

Dicho con más precisión y subrayado por él mismo: *si entre los paganos los príncipes y magistrados son legítimos*. Se trata de una primera aproximación al debate de la tesis del teocratismo medieval, tesis que posteriormente rebatirá con profusión de argumentos en la relección *De Indis*. En el fondo la argumentación que sustenta tal tesis se reduce a querer demostrar que en el estado de infidelidad no es posible hablar de un poder legítimo. Esta suposición le parece inadmisibile y además históricamente desmentida. Por ello llega a la conclusión de que es impensable dudar o poner en tela de juicio que en los pueblos gentiles exista un poder legítimo y también una organización política y una administración pública igualmente legítimas; en consecuencia es obvio que los príncipes y reyes cristianos, tampoco el emperador, pueden privarles de uno y otras por tales causas, salvo que les ocasionen alguna injuria, lo cual por lo demás también ocurre entre príncipes y reyes cristianos, lo que prueba que la causa desencadenante del conflicto sería la injuria hecha, que como tal puede dar lugar a una guerra justa, pero no la condición o estado de infidelidad o de gentilidad, que por sí solas nunca pueden justificar una guerra¹⁴.

b) Este razonamiento lo repite casi literalmente, ilustrándolo además con ejemplos concretos de lo ocurrido en las Indias, en la ya citada carta a Miguel de Arcos, de 8 de noviembre de 1534. En ella se desahoga y expansiona ampliamente diciendo: “Destos del Perú *timeo* que no sean de aquellos *qui volunt divites fieri*... Aquí, pues esta hacienda fue ajena, no se puede pretender otro título a ella sino *iure belli*. -Primum omnium, yo no entiendo la justicia de aquella guerra, nec disputo si el Emperador puede conquistar las Indias, que supongo que lo puede hacer estrictísimamente. Pero a lo que yo he entendido de los mismos que estuvieron en la próxima batalla con Tabalipa, nunca Tabalipa ni los suyos habían hecho ningún agravio a los cristianos, ni cosa por donde les debiesen hacer la guerra. Sed, responden los defensores de los peruleros, que los soldados ni eran obligados a examinar esto, sino hacer y seguir lo que mandaban los capitanes.- *Accipio responsum* para los que no sabían que no había ninguna causa más de guerra, más de para roballos, que eran todos o los más. Y creo que más ruines han sido las otras conquistas después acá”¹⁵.

Por último nos ofrece una muestra indeleble de su integridad moral y de su valentía ante los halagos y promesas con que le tentaban para que cambiara de opinión, y no duda en declarar: “Si yo desease mucho el arzobispado de Toledo, que está vaco, y me lo hubiesen de dar porque yo

14 *Relectio de potestate civili*, en *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*. Edición crítica y versión española de Teófilo Urdániz (Madrid, B.A.C., 1960), p. 164.

15 *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 138.

firmase o afirmase la inocencia de estos peruleros, sin duda no lo osare hacer: Antes se seque la lengua y la mano, que yo diga ni escriba cosa tan inhumana y fuera de toda cristiandad. Allá se lo hagan, y déjennos en paz. Y no faltará, etiam *intra Ordinem Praedicatorum*, quien los de por libres, immo laudet, et facta, et caedes et spolia illorum”¹⁶.

c) De las lecciones ordinarias dictadas por Francisco de Vitoria durante los veinte años de su docencia universitaria, que consta fueron escritas siempre a mano por él mismo y cuidadosamente corregidas, apenas se conservan manuscritos originales ni tampoco copias auténticas. Los pocos que existen versan sobre la primera parte de la *Summa* de carácter puramente teológico-dogmático, y además están plagadas de interpolaciones; por otra parte no era esa su materia preferida para extenderse en el análisis y para ahondar en el tema y ofrecer así un tratamiento original y completo de la cuestión planteada¹⁷. En cambio de lo que constituye la segunda parte de la *Summa*, que como es sabido consta de dos secciones, y que era la materia preferida por el maestro para sus lecciones, no se conserva o no se conoce hasta el momento ni un solo folio original. Una verdadera pena, pues se trata de aquella parte de la *Summa* en que se abordan las principales cuestiones ético-jurídicas. Existe ciertamente una copia de los apuntes tomados en clase por el alumno Francisco Trigo, que corresponden a los cursos 1534 a 1537; aunque no nos transmiten el texto original preparado y leído por el maestro, no puede negarse que constituyen un documento muy valioso para vislumbrar su pensamiento¹⁸. En estos apuntes encontramos varios textos relativos al problema de los indios. Así al exponer la cuestión 60 de la II-II^o, que como es sabido versa sobre el juicio, rechaza la idea de que el rey pueda hacer siervos suyos a los indios recientemente descubiertos, aduciendo como prueba una serie de textos bíblicos que eran invocados con reiteración por algunos teólogos imperiales. Y aún con más claridad examina otro de los aspectos fundamentales de su doctrina colonial, cual es la cuestión relativa al dominio o propiedad de las tierras y posesiones de los nativos, así como la cuestión anteriormente indicada de si la infidelidad o gentilidad es causa justificante para proceder a esa privación de bienes. De todo ello se ocupa con bastante amplitud al exponer sus ideas sobre el dominio y la

16 *Ibidem*, p. 139.

17 Cfr. V. Beltrán de Heredia, *Los manuscritos de Francisco de Vitoria; Estudio crítico de introducción a sus Lecturas y Relecciones* (Madrid-Valencia, 1928); también en el estudio introductorio a la edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis* hace una breve referencia a estos manuscritos, l.c., pp. XXI-XXII.

18 Han sido editados, ya en nuestro siglo, por V. Beltrán de Heredia con el título *Comentarios a la Segunda Secundae de Santo Tomás*, en seis volúmenes, I y II (Salamanca 1932), III y IV *De iustitia*, sin duda los más importantes (Salamanca 1934), V (Salamanca 1935) y VI (Salamanca 1952).

propiedad en el comentario a la cuestión 62 de la misma II-II^{ae}. Al respecto explica ante todo qué cabe entender por dominio o propiedad y cuáles son las condiciones que deben cumplirse para poder tener verdadero dominio; es entonces cuando reconoce a los indios las mismas aptitudes para ser verdaderos dueños que las que se exigen en los pueblos civilizados. En base a ello concluye que no deben nunca ser privados de sus bienes por el mero hecho de no ser cristianos. El texto de esta conclusión, cuya importancia para conocer la gestación del pensamiento colonial de Vitoria ha sido ya indicada por R. de Agostino¹⁹, y que por tanto conviene reproducir íntegramente, dice lo siguiente:

“De lo cual se sigue la conclusión que los cristianos no pueden ocupar las tierras de los infieles, si éstos son los verdaderos dueños de aquéllas y no son de los cristianos. Porque si las adquirieron por la fuerza es cosa distinta, como consta que ocurrió en Africa, que los sarracenos las tomaron a los cristianos. Y la conclusión es clara, porque hecha la división de las cosas, tales tierras pertenecían a los infieles; y éstos no quieren dárnoslas ni tampoco sus príncipes; siendo pues ellos los verdaderos dueños, si ellos no quieren dárselas, se sigue que no podemos retenerlas y ocuparlas. Del mismo modo nadie podía quitarles las tierras a estos indios. Además porque ningún príncipe cristiano es superior respecto a ellos. Asimismo ni el Papa es superior respecto a ellos ni en lo temporal ni en lo espiritual si no están bautizados, pues el Papa sólo está por encima de aquéllos que son cristianos o que fueron cristianos, como los herejes. Verdad es que podemos predicarles y, si impidiesen que les predicásemos la doctrina de Cristo, podríamos reducirlos por derecho de guerra, para que se propague el evangelio; o también para nuestra seguridad, cuando nos acecha algún peligro, podemos apropiarnos algunos de sus bienes, porque estas cosas son de Derecho de gentes. Del mismo modo que los hispanos podrían hacerse dueños de alguna ciudad de Francia por necesitarlo para su seguridad, pueden también apropiárselos, y con mayor razón si los franceses les causaron daño, porque todo esto es de Derecho de gentes, del mismo modo se ha de decir tratándose de infieles”²⁰.

Todavía con mayor amplitud y no menos claridad se expresa en la cuestión 66 de la II-II^{ae}, que trata del hurto y del robo o rapiña, y en la que

19 En su estudio *Génesis del pensamiento colonial en Franco de Vitoria*, incluido en la edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis*, cit., cfr. p. XXXIII-XXXIV.

20 Véase el texto original latino, que he procurado traducir con fidelidad, en *Comentarios a la Segunda Secundae de Santo Tomás*, t. III, *De iustitia*, ed. V. Beltrán de Heredia (Salamanca 1934), pp. 81-92; y en la *Relectio de Indis*, ed. cit., Apéndice II, p. 140.

considera ilícita la aprobación de los bienes de los indígenas por parte de los hispanos, y examina también la cuantía de los tributos que se exigían a quienes cultivaban las tierras de los encomenderos. A este respecto estima que se deben distinguir dos supuestos: que los indígenas sean súbditos de príncipes cristianos y que no lo sean. En el primer supuesto opina que vale lo mismo que se aplique a los que son súbditos cristianos, pues la no profesión de la religión cristiana no puede ser causa para privar de sus bienes a quienes son verdaderos dueños; quizá pudiera admitirse un gravamen tributario algo mayor, siempre que no exceda la justa medida y sea soportable. En el segundo supuesto, es decir, que no sean súbditos, cabe distinguir todavía dos casos: el primero, que se trata de gentes que ni *de iure* ni *de facto* han sido o son súbditos, como ocurre con estos insulanos antes de ser ocupados; en tal caso, de ningún modo es lícito *per se* privarles de sus bienes, ni siquiera por autoridad pública, porque por el simple hecho de ser gentiles no se les puede quitar sus bienes, siendo como son verdaderos dueños. El otro caso posible sería que, aunque no sean súbditos *de facto*, lo sean *de iure*, porque son los infieles quienes han ocupado las tierras de los cristianos, como ocurre con los turcos en Grecia y con los serracenos en Africa; en tal caso tampoco se les puede arrebatar los bienes por autoridad privada, pues aunque ocupen tierras de los cristianos, éstas no son propiedad de tal o cual particular; pero sí se les puede privar por autoridad pública, según la partición que existe de los diversos territorios²¹.

3. El fragmento de la relectión “De temperantia”

Todos estos elocuentes datos, que comprueban la temprana preocupación de Vitoria por el problema indiano, adquieren aún mayor relieve en algunas de las relectiones posteriores, cuyo texto es más fiable, por ser original, que el que nos ha sido transmitido de las lecciones ordinarias. Así, ya en la relectión del curso 1534-35, que versaba sobre lo que está obligado a hacer el hombre cuando adquiere el uso de la razón, se refiere expresamente a los indios aborígenes. Pero cuando al parecer se ocupa por primera vez ampliamente del tema y con ganas de abordarlo es en la relectión del curso 1536-37 titulada *De temperantia* o sobre la templanza, en la que dedica una gran parte a debatir la cuestión de si los supuestos delitos contra el Derecho de gentes y los vicios *contra naturam*, principalmente el rito de sacrificar seres humanos a los dioses y la antropofagia o comer carne humana, justifican la conquista y la posterior sustracción de los bienes a los naturales. Este amplio excursus sobre un tema candente motivó una reacción airada de

21 Véase el texto latino en la ed. cit. de V. Beltrán de Heredia, q. 66, art. 8, 6, concretamente pp. 345-346; y en la *Relectio de Indis*, ed. cit., Apéndice III, pp. 141-142.

los círculos implicados, lo que obligó a Vitoria a retirarlo del texto completo de la relectión. Pero él mismo había enviado ya una copia a su gran amigo y confidente Miguel de Arcos, copia ésta que logró conservarse y fue encontrada y posteriormente editada por el eximio investigador Vicente Beltrán de Heredia. Desde entonces es conocido como el fragmento *De temperantia*²².

En dicho fragmento Vitoria plantea abiertamente la cuestión de si es lícito hacer la guerra a los bárbaros a causa de la costumbre abominable que al parecer tienen de comer carne humana o de inmolar vidas humanas inocentes, sobre todo niños, a sus dioses, como se dice que hacen en la provincia de Yucatán. Desde un principio distingue si tal declaración de guerra se hace por propia autoridad o también, como algunos sugieren, por autoridad del Papa. Planteada la cuestión de modo tan diáfano, pretende resolverla en varias conclusiones, método muy usual en todas sus relectiones. Las dos primeras conclusiones establecen que sus propios jefes o gobernantes sí tienen autoridad para obligar a sus súbditos a que abandonen para siempre tales prácticas aberrantes u otras similares que contengan vicios *contra naturam*. Mas, con respecto a los demás, propone una serie larga de conclusiones, en las que de forma casuística indica cual sería la conducta recta, y que podemos concretar en los siguientes puntos:

1º Los príncipes cristianos no pueden intervenir en este asunto por la mera condición de tales, y esto ni con autoridad del Papa ni sin ella. De esta manera pretende rechazar la tesis de la autoridad moral universal del Papa, que había sido ardorosamente defendida por algunos tratadistas medievales, sobre todo por el célebre moralista Antonino de Florencia.

2º Tampoco es lícito hacer la guerra a los indios a causa de los vicios *contra naturam* que practican, más que por otros delitos que no son *contra naturam*.

3º Pero sí es lícito hacer la guerra a los bárbaros si se alimentan de carne humana y sacrifican vidas inocentes. La razón radica en que se trata de la violación de derechos inalienables e irrenunciables; además en la mayoría de las ocasiones consta que son llevados a la muerte contra su voluntad, sobre todo cuando se trata de niños. Por ello es lícito intervenir y recurrir a la guerra para proteger el derecho a la vida de seres inocentes.

22 Su texto original completo lo reproduce la edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis*, pp. 100-116.

4º Mas, si no hay otro título de guerra justa, una vez suprimida la causa se suprime el efecto, y por tanto no es lícito prolongar la guerra, ni mucho menos aprovecharse de la situación creada para despojar a los nativos de sus bienes y quitarles la propiedad de sus tierras.

5º Además de este título pudiera haber otras razones para declarar la guerra a los bárbaros, como el que éstos no quieran recibir a los predicadores de la fe cristiana o, lo que es peor, si, después de haberlos recibido y aceptado, los matan o asesinan e incluso los devoran y se alimentan de sus carnes, además de otras posibles causas, que no es preciso examinar porque no afectan a la cuestión planteada.

6º No obstante, cualquiera que sea el título por el que se hace la guerra a los bárbaros, nunca será lícito ir más lejos que si la guerra fuera entre cristianos. Pues la licitud de la guerra no depende de la condición de creyente o no creyente. Si pues entre cristianos no es lícito apoderarse de los bienes de los vencidos, tampoco lo es cuando éstos son gentiles o bárbaros.

7º Lo que sí se debe hacer, cualquiera sea el título de guerra justa, es inducir a los habitantes a que reciban la fe cristiana y apartarlos de los vicios *contra naturam* o de la práctica de cualquier otra conducta ilícita.

8º Por muy legítima que sea la soberanía conseguida sobre quienes no son cristianos, tal circunstancia no permite gravar a los habitantes nativos con mayores tributos de los que se exigen a los cristianos, ni privarles de su libertad o someterlos a cualquier otro tipo de opresión.

9º Obtenida la potestad sobre los pueblos, el titular del poder está obligado a promulgar las leyes que sean convenientes para el gobierno y administración de la república, de tal modo que sus bienes materiales se conserven y aumenten y no sean expoliados en su riqueza y en su oro.

10º Si conviene a los indígenas acuñar moneda, el rey de España no debe impedirlo o prohibirlo, pues esto iría contra el bien de la república; y si conviene hacerlo en la propia patria, debe también permitirlo en los territorios dominados.

11º Por último no es suficiente con dar leyes buenas, sino que además es preciso nominar buenos ministros y administradores que las hagan cumplir. Y mientras esto no se consiga, el rey no está exento de culpa, y mucho menos lo están aquellos que le asisten y aconsejan en las tareas de gobierno y administración pública.

Todos estos puntos contienen ya las líneas fundamentales de la doctrina colonial de Francisco de Vitoria, doctrina que por tanto no surgió repentinamente como muchos parece estar empeñados en creer y también en divulgar, sino que, muy al contrario, se fue elaborando pausadamente y con un esfuerzo continuado de reflexión dentro de los muros del ilustre colegio salmantino de San Esteban, donde el eximio maestro consumió su vida dedicada intensamente al estudio y a la docencia²³.

III. LOS TITULOS ILEGITIMOS DE LA OCUPACION Y DEL DOMINIO COLONIAL

Las ideas principales en torno a las cuales Francisco de Vitoria va diseñando progresivamente su postura ante el hecho colonial podemos decir que son éstas: el poder o potestad, el dominio o propiedad, la legitimidad y la licitud de la guerra. Estos elementos, junto con otros de menor relieve y entidad, son utilizados posteriormente para constituir una síntesis doctrinal, y de esa manera se convierten en la columna vertebral de las dos largas disertaciones sobre el problema indiano. Molesto y sin duda profundamente contrariado al haberse visto obligado a retirar de la elección *De temperantia* el fragmento que acabamos de comentar, Vitoria decide dedicar el tema una extensa elección, que por su extensión luego se convirtió en dos elecciones. La primera la titula *De Indis recenter inventis* y debía impartirla en el curso 1537-38, pero, debido a sus continuos achaques, no la pronunció al parecer hasta el 1 de enero de 1539. La segunda, titulada *De iure belli*, correspondía al curso 1538-39 y fue impartida el 18 de junio de 1539. De ambas elecciones la que más directamente se ocupa del problema colonial es sin duda la primera, que además es la más importante, pues la segunda es ya una consecuencia de ella. Lo que primordialmente preocupa a Vitoria en esta elección es demostrar que los indios naturales eran legítimos propietarios de sus territorios y de sus bienes. Partiendo de este presupuesto, dilucida la cuestión indiana en base a la distinción de títulos ilegítimos y títulos legítimos. Los primeros atañen directamente a la conquista y a la ocupación; los segundos se refieren más bien a la colonización y civilización de los pueblos aborígenes. Unos y otros han de ser explicados, aunque sea brevemente, para formarse una idea cabal del alcance y del valor de la doctrina colonial vitoriana. Comencemos por los títulos ilegítimos.

23 Como estudio de conjunto de todo el período anterior a la *Relectio de Indis* v. el trabajo de V. Beltrán de Heredia, *Ideas del maestro Francisco de Vitoria anteriores a las Elecciones de Indis acerca de la colonización de América según documentos inéditos*, en "Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria", vol. II (Madrid 1931), pp. 23-68, y en "La Ciencia Tomista", 4 (1930) 145-165.

1. La tesis imperialista o la pretendida autoridad universal del emperador

La tesis imperialista, que en su versión extrema sostiene la autoridad universal de un emperador de todo el orbe, contaba ya con una tradición multiseccular y también con defensores de gran prestigio. Aunque sus orígenes remotos hay que buscarlos en la época de expansión del Imperio romano y en sus legistas, su formulación expresa es consecuencia de la coronación de Carlomagno, justamente el año 800, como "emperador de todo el orbe cristiano". Con el auge de la Teoría política en la baja Edad Media, concretamente a partir del siglo XII, son numerosos los legistas y juristas, tanto decretistas como decretalistas, que subscriben la tesis imperialista y consiguen para ella multitud de adeptos.

Francisco de Vitoria se hace cargo de esta larga tradición doctrinal y de la solidez argumentativa alcanzada por la tesis imperialista, ahora revitalizada e incrementada por los legistas al servicio del Imperio. Por todo ello la elige como posible primer título de debate para legitimar la conquista. Así arguye que el primer título invocable podría ser que el emperador es el dueño de todo el mundo y que si en tiempos pretéritos pudieran señalarse algunos inconvenientes contra tal suposición, éstos han sido superados al tener ahora la condición de César cristianísimo. Por lo que, aún concediendo que los indios son verdaderos dueños de sus territorios, puede también admitirse el dominio imperial distinguiendo al efecto varios grados de dominio como hacen los juristas, a saber, "alto y bajo, directo y útil, puro y mixto"²⁴. Lo que cabe discutir entonces es si, con la llegada de los hispanos, los indios han quedado sometidos a un poder superior, al igual que ocurre con los demás reinos que componen el Imperio y que están sometidos a la autoridad suprema del emperador²⁵.

Formulado con tan meridiana claridad el argumento, después de examinar algunas razones, tanto históricas como doctrinales, que parecen postular la conveniencia de un solo emperador de todo el orbe, Vitoria rechaza sin titubeos ni concesiones la tesis imperialista y formula su doctrina al respecto en dos conclusiones muy claras y sumamente precisas. La primera dice simplemente: *el emperador no es el dueño de todo el orbe*. Pues no tiene un dominio de tal entidad y amplitud ni por Derecho natural, ni por Derecho divino, ni por ningún tipo de Derecho humano, como lo

24 "Unde illa distinctio iuristarum: dominium altum bassum, directum utile, merum mixtum". *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 34.

25 *Ibidem*.

prueban multitud de textos no sólo bíblicos, sino también filosóficos y jurídicos. La segunda conclusión es aún más rotunda y explícita si cabe, pues afirma que, aún suponiendo que el emperador fuese dueño de todo el mundo, no por eso podría ocupar las provincias de los bárbaros, establecer en ellas nuevos dueños, deponer los antiguos jefes y cobrar impuestos. Esto se prueba porque la gran mayoría de quienes sostienen que el emperador es dueño de todo el orbe, no por ello le atribuyen un dominio de propiedad sino solamente de jurisdicción, que como tal no le concede la facultad de apropiarse de las provincias y territorios descubiertos y donar a su arbitrio las ciudades y las haciendas en ellos existentes. De ello se deduce que los españoles no pueden ocupar legítimamente esas provincias en virtud de este título²⁶.

2. La tesis teocrática o la supuesta potestad universal del Papa

Con no menos pasión y vehemencia se recurre según Vitoria al supremo poder del Papa como título legitimante de la conquista. Pues quienes defienden esta tesis afirman que el Papa es el jerarca universal, también en lo temporal, de todo orbe, y por consiguiente pudo constituir a los reyes de España en príncipes legítimos de aquellos bárbaros, y que de hecho así lo hizo. Esta supuesta atribución de la soberanía se basaba en la célebre bula *Inter caetera* del no menos célebre y celebrado papa valenciano Alejandro VI, el inigualable Papa Borgia, que fue promulgada el 4 de mayo de 1493, y por la cual se dirimían las disputas territoriales y zonas de evangelización correspondientes a España y a Portugal. Se ha discutido y se seguirá discutiendo interminablemente si mediante esta bula únicamente se demarcaba la línea divisoria de los territorios correspondientes a cada una de las potencias litigantes para ejercer su labor evangelizadora, o si, además de esto, se concedía a cada una la soberanía en materia temporal y política. Si nos atenemos al puro tenor literal del famoso documento, esta última interpretación sería la verdadera. En su favor está también el codicilo del testamento de la reina Isabel de España, a quien ahora algunos pretenden nada menos que beatificar y es de suponer que después canonizar, en las que se refiere “a las islas y tierra firme del mar océano, descubiertas y por descubrir”, cuyo dominio le había sido atribuido por el pontífice. Sin embargo parece claro que ni uno ni otro argumento confirman la viabilidad

26 "Sed haec opinio est sine aliquo fundamento; et ideo sit prima conclusio: *Imperator non est dominus totius orbis* [...]. -Secunda conclusio: Dato quod imperator esset dominus totius mundi, non ideo posset occupare provincias barbarorum et constituere novos dominos et veteres deponere et vectigalia capere... Ex dictis ergo patet quod hoc titulo nec possunt hispani occupare illas provincias". *Relectio de Indis*, ed. cit., pp. 36-42.

de tal interpretación. En particular, por lo que respecta al texto de la bula *Inter caetera*, aún teniendo en cuenta quien fue su signatario, cabe advertir que tales documentos suelen obtenerse por métodos no siempre transparentes, máxime en tiempos como aquéllos en que las grandes potencias procuraban tener en la curia romana personas de gran influencia que trabajaban sin disimulo por sus intereses. Lo cierto es que Francisco de Vitoria en modo alguno menciona esta atribución de la soberanía por medio de la bula *Inter caetera*, mientras que en cambio sí examina muy atentamente otros documentos anteriores, al igual que otros muchos testimonios y textos doctrinales aducidos por los partidarios de la tesis papista.

Su postura personal ante tal tesis la concreta en cuatro lúcidas y muy elocuentes proposiciones. Primera: el Papa no es dueño civil o temporal de todo el orbe, hablando con precisión de dominio y potestad civil. En prueba de ello aduce múltiples testimonios doctrinales y el mismo argumento básico alegado contra la tesis imperialista, cual es que el Papa no tiene un tal dominio o potestad ni por Derecho natural o divino, ni tampoco por Derecho humano. En la segunda proposición asegura que, aún admitiendo que el Papa tuviera tal potestad en todo el orbe, no puede concederla a los reyes o príncipes seculares. Y en la tercera proposición admite que en cambio sí tiene potestad temporal en lo que sea necesario para la administración de las cosas espirituales. Y en la cuarta proposición, que contiene la conclusión de todo el proceso argumentativo, declara que el Papa no tiene potestad alguna temporal sobre los bárbaros ni sobre los no cristianos. De lo cual extrae el corolario de que, aunque éstos no quieran reconocer poder alguno del Papa sobre ellos, no por ello se les puede hacer la guerra y ocupar sus territorios²⁷.

3. El “*ius inventionis*” y la ocupación de territorios “*nullius*”

El tercer título aducido es el que en un principio se tuvo como único título justificante de la conquista: el derecho del descubrimiento o *ius inventionis*. Según Vitoria se trata de un título idóneo, puesto que tanto el Derecho natural como el Derecho de gentes otorgan la propiedad de los territorios desiertos al primer ocupante. Como consta con certeza que los españoles fueron los primeros que descubrieron y ocuparon aquellas provincias, a ellos corresponde el poseerlas según Derecho, cual si hubiesen descubierto un paraje hasta entonces inhabitado. Esta doctrina, que considera la ocupación de territorios *nullius* o sin dueño como uno de los modos legítimos de adquirir la soberanía, ha sido mantenida uniformemente hasta

27 *Ibidem*, pp. 43-54.

el siglo XIX, aplicándola incluso a aquellos territorios habitados por gente con escasa o nula civilización, como podían ser algunos de los pueblos entonces llamados *bárbaros*. En cierto modo esta ampliación había sido ya defendida con ardor durante las primeras décadas del siglo XVI por los partidarios de la extensión territorial del Imperio.

Con singular clarividencia, que revela una vez más que no estamos ante un teórico cualquiera, Vitoria rechaza de plano tal tesis y, con envidiable coraje, llega a afirmar que, una vez que ha probado, con abundancia de argumentos y de manera irrefutable, que los bárbaros eran verdaderos dueños, tanto en lo público como en lo privado, de sus territorios y de sus bienes, aquéllos no eran *res nullius* y por consiguiente no eran susceptibles de ocupación; si ésta se llevara a cabo, tendría la misma legitimidad que si los indios llegaran a tierras europeas e implantaran en ellas su dominio²⁸. Son muchos los tratadistas de Derecho internacional que no dudan en reconocer que esta doctrina vitoriana sorprende tanto por su novedad como por la precisión con que fue formulada, anticipándose en tres siglos a lo que después fue aceptado por las Convenciones Internacionales de la segunda mitad del siglo XIX.

4. Infidelidad pagana frente a universalidad del cristianismo

Desde la baja Edad Media imperaba también la tesis de que la infidelidad, entendida más bien como aversión al cristianismo, podía ser causa justa de guerra. Esta tesis había conseguido gran respaldo social en el mundo cristiano medieval merced a la actitud beligerante de los musulmanes asentados en territorios de tradición cristiana, principalmente los entonces llamados sarracenos; algunos de esos territorios, como era el caso de Grecia o el norte de Africa, seguían en su poder en el siglo XVI, y de ello se hace cargo repetidas veces el maestro salmantino. Además en la España de entonces, que acababa de conseguir la unificación territorial con los Reyes Católicos, era lógico que esta tesis tuviera todavía mayor arraigo popular, debido a dos hechos de suma importancia política: la expulsión de los judíos y la supresión del último reducto árabe en el Al-Andalus. No es extraño por tanto que fuera invocada con profunda convicción para legitimar la conquista de territorios lejanos habitados por gentes que desconocían totalmente la religión cristiana.

28 "Sed de isto titulo, qui tertius est, non oportet multa verba facere, quia, ut supra probatum est, barbari erant veri domini et publice et privatim... Et sic, licet iste titulus cum alio aliquid facere possit..., tamen per se nihil iuvat ad possessionem illorum, non plus quam si ipsi invenissent nos". *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 54.

No obstante, la tesis contraria, que reconocía a los infieles plenos derechos de dominio y jurisdicción en sus territorios, había sido defendida con gran acopio de argumentos por teólogos y canonistas de gran peso y autoridad, entre ellos nada menos que por el eminente canonista Sinibaldo de Fieschi, que luego fue papa con el nombre de Inocencio IV, en su famoso *Apparatus*²⁹, y por el príncipe de los comentaristas de la *Summa* de Sto. Tomás, el gran teólogo italiano Tomás de Vio Caietanus³⁰. Fue este último quien distinguió al respecto tres clases de infieles, a saber: aquéllos que de hecho y de derecho viven en un territorio de la cristiandad, como ocurre con los judíos y sarracenos en España, y que están sometidos en todo al poder legítimamente constituido; aquéllos otros que mantienen ocupados por la fuerza territorios que antes habían sido de la Cristiandad; y por último, aquéllos que nunca han pertenecido ni de hecho ni de derecho a un reino cristiano y que además nunca han tenido noticias de la religión cristiana. Esta clara tipificación de los llamados genéricamente infieles es recogida y comentada ampliamente tanto por Francisco de Vitoria como por su discípulo Domingo de Soto³¹. Conforme a ella Vitoria concluye que los infieles de la tercera clase son por Derecho dueños de sus territorios, y por consiguiente nunca será legítimo privarles de ese dominio por causa de la religión recurriendo a la guerra o a cualquier otro medio violento³². Pero además ahora añade que, para dilucidar convenientemente la cuestión, es preciso examinar todos sus aspectos, lo que le lleva a formular nada menos que seis proposiciones para exponer su parecer. Ante todo advierte que, si los bárbaros no tenían noticia alguna de la religión cristiana, no pueden ser considerados infieles; además no están obligados a aceptarla tan pronto como le es anunciada; pero también que no podrán ser exculpados de culpa moral si rehusan escuchar a quienes pacífica y convincentemente se la proponen; e incurrir en culpa moral grave si tenazmente se resisten a aceptarla. Con ello sin embargo únicamente les imputa culpabilidad moral más o menos grave, pero en modo alguno sugiere que deba emplearse la fuerza para obligarlos a aceptar la religión cristiana. Más aún, en su opinión ni siquiera les ha sido anunciada suficientemente y con el tiempo necesario para ser instruidos en ella. Y en la última proposición concluye que, aún concediendo

29 *Apparatus praeclarissimi Iuris Canonici D. Inocentii editis, quae modo sunt insertae, super quinque libros Decretalium* (Lugduni 1548).

30 Cfr. *Commentarii in Secunda Secundae*, q. 66, a. 8 (Venetiis 1518). La mejor edición actual para su consulta es la edición Leonina de la *Summa* de Sto. Tomás, que incluye los comentarios de Cayetano.

31 Cfr. *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 63 ss.; para D. de Soto en especial la *Relectio an liceat civitates infidelium seu gentilium expugnare ob idolatriam*, en V. Beltrán de Heredia, *Los manuscritos de Francisco de Vitoria* cit., pp. 235 ss.

32 *Relectio de Indis*, ed. cit., pp. 54-57.

que les ha sido anunciada de manera razonable y suficiente, no por ello es lícito hacerles la guerra por tal causa y arrebatarles sus bienes³³.

5. Delitos contra el Derecho de gentes y vicios contra naturam

Aunque Vitoria trata esta cuestión más bien desde un punto de vista moral, sus reflexiones se centran sobre todo en los delitos contra lo que llama "orden natural", que distingue de la ley natural, y contra el Derecho de gentes. De ahí que algunos internacionalistas estimen con razón que sus ideas en esta materia trascienden con mucho la pura consideración moral y que constituyen el primer intento teórico serio de determinar lo que ha de entenderse por delito contra el Derecho de gentes; también subsidiariamente contienen la primera aproximación a la cuestión de concretar a quien compete la represión de tales delitos o, dicho con mayor precisión, si cualquier nación civilizada es competente para castigar y prevenir ese tipo de delitos o si sólo lo es la nación en cuyo territorio son cometidos.

Entre los delitos contra el Derecho de gentes Vitoria menciona expresamente los sacrificios humanos a los ídolos y la antropofagia o costumbre de alimentarse de carne humana; y entre los vicios *contra naturam* enumera el incesto o cohabitación con parientes de primer grado vertical, la sodomía, tanto la homosexualidad como el lesbianismo, la bestialidad o concúbito con animales y el comercio carnal con niños y menores de edad. Del primero de estos aspectos se había ocupado ya, como hemos tenido oportunidad de ver, en el fragmento de la relección sobre la templanza, y volverá a ocuparse de él al examinar los títulos legítimos de la colonización; al segundo aspecto, de índole más específicamente moral, alude frecuentemente. La solución a la cuestión conjunta la ofrece en una conclusión única, en la que asegura sin vacilar que los príncipes o gobernantes cristianos, ni aún con la autoridad del Papa, pueden hacer uso de la coacción para impedir que los bárbaros cometan vicios *contra naturam*, ni tampoco tienen poder punitivo contra ellos por tal causa; la competencia, tanto preventiva como punitiva, corresponde al poder legítimo de cada pueblo o nación³⁴.

6. La aceptación o cesión voluntaria de la soberanía

No menor talento y perspicacia previsoras revela el análisis de las condiciones objetivas que deben darse para poder hablar de adhesión o de

33 *Ibidem*, pp. 57-67.

34 *Ibidem*, pp. 67-72.

cesión voluntaria, ya sea temporal o perpetua, de la soberanía, junto con la aceptación de un gobierno y administración foráneos. Esta cuestión sólo adquirió gran relieve a finales del siglo XIX, aumentando su interés en el siglo XX, debido sin duda a la ocupación de numerosos territorios de Asia y Africa por las principales potencias europeas, que trajo consigo la creación de numerosas colonias y protectorados. Para dar una apariencia de legitimidad a la ocupación, en algunos casos se fraguaron tratados de protección o de cesión territorial e incluso de venta, tratados que siempre fueron elaborados por la potencia ocupante sin intervención de ningún otro poder internacional que garantizara los derechos de los pueblos ocupados y de los territorios anexionados. Para salvaguardar en lo posible estos derechos y para garantizar una serie de medidas tendentes a establecer un régimen colonial internacionalmente aceptable, se celebraron reuniones de alto nivel que terminaron en Convenciones Internacionales, fruto de las cuales fueron las diversas Actas y Convenios internacionales sobre el problema colonial.

Francisco de Vitoria se había referido ya a esta cuestión en ocasiones anteriores, como hemos indicado. Ahora la aborda directamente y ofrece una solución que, como se ha dicho con razón, se adelanta en varios siglos a la doctrina sentada por los Convenios internacionales sobre el problema colonial. Pregunta en efecto si la *elección voluntaria* puede ser título legítimo de la ocupación de los territorios indios. Pues se asegura que los hispanos, al llegar a los territorios indios, explicaron a sus habitantes que iban enviados por el rey de España para su propio bien y progreso, invitándoles a que lo aceptaran como su propio rey y señor, propuesta que se dice fue aceptada por ellos. Si así fuera, como después explicará al hablar de los títulos legítimos, no habría inconveniente en admitirlo. Pero en su opinión los hechos ocurrieron de muy distinto modo. Para que la elección y aceptación sean causa legitimante, deben estar libres de toda presión así como de miedo e ignorancia; esto no fue lo que ocurrió allí, “pues los bárbaros no saben lo que hacen, es más, seguramente no entienden lo que los españoles les piden; y además se lo piden compareciendo armados ante una turba inerme y mediosa”³⁵. Por otra parte los indios tenían ya sus propios gobernantes y el pueblo no ha de destituirlos sin causa razonable para poner en su lugar a otros que además son extraños. Por todo ello es

35 "Patet primo, quia deberet abesse metus et ignorantia, quae vitiant omnem electionem. Sed haec interveniunt in illis electionibus et acceptationibus. Nesciunt enim barbari quid faciunt, immo forte non intelligunt quid petunt hispani. Item hoc petunt circumstantes armati ab imbelli turba et meticulosa". *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 73.

evidente que aquí no cabe hablar de elección y aceptación legítimas, al no cumplirse los requisitos necesarios, y en consecuencia no pueden ser invocadas como título legítimo de la ocupación de aquellos territorios³⁶.

7. La tesis providencialista y el destino inevitable

Como último título ilegítimo menciona Vitoria la denominada tesis providencialista, que supondría una especial donación divina a los españoles, como si fueran el nuevo pueblo elegido, o un castigo a los pueblos indígenas y bárbaros por sus aberraciones. Tal suposición entraña a su juicio una elucubración absurda que encubre una profecía vacua, desmentible por sí misma; tan absurda e ingenua para quienes la han inventado como para quienes creen en ella. Vuelve a insistir una vez más que, aun concediendo que tales aberraciones existieran, éstas no justificarían por sí solas la invasión de aquellos pueblos ni eximirían de culpabilidad a los invasores; en vano se puede argüir entonces que se trata de un castigo justo por ellas. Por si fuera poco, añade que, puestos a descubrir aberraciones, también éstas se dan entre los españoles y no por eso se podrían considerar motivo justificante para despojarles de sus bienes. Y por último señala que la condición o situación de subdesarrollo de los pueblos no es causa justificante de una intervención directa de los pueblos civilizados³⁷.

Todos estos títulos son considerados por Vitoria igualmente ineptos para justificar la conquista y ocupación de los territorios indianos. Por ello advierte claramente que, de no haber otros títulos, queda en entredicho la justicia de todo el asunto y se acumulan las dudas sobre el recto proceder de quienes en él participan. Si para otros cualquiera de estos títulos es suficiente, “yo por ahora no puedo defender otra cosa que lo dicho”, subraya con énfasis³⁸. Y además procura dejar constancia de su originalidad e independencia, tanto en el juicio como en el tratamiento del tema, puesto “que se ha de tener en cuenta que nada he visto escrito acerca de esta cuestión, ni he intervenido en disputas o deliberaciones sobre este asunto”³⁹.

36 "Cum ergo in huiusmodi electionibus et acceptationibus non concurrant omnia requisita ad legitiman electionem, ideo ille titulus non est idoneus nec legitimus ad occupandas et obtinendas illas provincias". *Ibidem*.

37 *Relectio de Indis*, ed. cit., pp. 74-75.

38 "Sed ego hactenus non possum aliud intelligere nisi quod dictum est". *Ibidem*, p. 75.

39 "Sed notandum quod ego nihil vidi scriptum de hac quaestione nec unquam interfui disputationi aut consilio de hac materia". *Ibidem*.

IV. LOS TITULOS LEGITIMOS DE LA COLONIZACION Y DE LA ACCION CIVILIZADORA

Los ocho títulos que Vitoria denomina *legítimos*, y que examina extensa y ordenadamente en la segunda parte de su relección *De Indis*, no se refieren propiamente a la conquista y a la posterior anexión territorial, sino que atañen más bien a estos puntos: a la llegada y arribo de los hispanos a nuevas tierras hasta entonces desconocidas por los europeos, al desembarco y primer asentamiento en las islas y tierra firme del mar océano, a los viajes por mar y tierra adentro, y sobre todo a la colonización, evangelización y civilización de sus habitantes. A pesar de que esta diferencia en el modo de enfocar los títulos ilegítimos y los títulos legítimos es fundamental, y por otra parte bastante clara, apenas se repara en ella; no obstante tanto el desarrollo del discurso como la terminología utilizada no ofrecen lugar a dudas. Precisamente algunos de estos títulos fueron ya examinados antes y considerados ilegítimos; si ahora son analizados de nuevo y se estima que son legítimos, es por contemplarlos desde otra perspectiva y dirigidos a otra finalidad. De ellos el más importante para él, por la extensión que dedica a su análisis, es sin duda el primero, que trata de la natural comunicación y de la libertad de navegación y de comercio entre todos los pueblos del orbe. Los tres títulos siguientes, que expondremos conjuntamente, versan sobre la libertad de propagación del cristianismo, sobre la protección y defensa de quienes lo acepten, y sobre la necesidad de procurarles gobernantes cristianos si los que tienen les impiden profesar la religión. El título quinto vuelve a tratar la cuestión de la tiranía y los crímenes contra la condición humana. Y el sexto plantea de nuevo la legitimidad de la libre aceptación, la cesión territorial y la sumisión voluntaria. El título séptimo alude a los acuerdos de amistad, cooperación y defensa, y el octavo al estado de subdesarrollo tanto político como cultural. En los seis epígrafes que siguen intento recoger sus principales ideas sobre cada uno de estos ocho títulos legítimos.

1. La sociedad natural universal y la libertad de comunicación y de comercio

La afirmación de que existe una sociedad natural entre todos los hombres, que origina el derecho a la libre comunicación entre los diversos pueblos, es una constante en el pensamiento de Vitoria, cuya primera descripción gráfica ofrece en su magistral disertación sobre el poder civil (1528). Lo que ahora hace es resaltar algunos de sus rasgos para justificar en primera instancia la llegada de los españoles a los nuevos territorios descubiertos y su permanencia en ellos. A tal fin establece una serie de proposiciones, siete en conjunto y a cada cual más clara, en las que sus

ideas sobre la sociedad humana universal adquieren un brillo y una grandeza incomparables.

En la primera proposición, formulada a la manera de una tesis, Vitoria afirma sin titubeos que los hispanos tienen derecho a recorrer aquellas provincias y permanecer en ellas, siempre que no causen daño a sus habitantes nativos, y añade además que éstos no pueden prohibírsele⁴⁰. Para probar esta proposición, aduce una larga serie de argumentos, entre los cuales cabe destacar los siguientes. En primer lugar arguye que tanto el Derecho natural como el Derecho de gentes exigen y postulan una comunicación natural entre los pueblos y, debido a ello, en todas las naciones se considera inhumano que, sin causa justificante, no se reciba bien a los huéspedes y transeúntes, mientras se tiene por muy humano recibirlos bien y tratarlos cortésmente. A ello se suma el argumento basado en la comunidad natural originaria, pues, cuando todo era común, se podía recorrer todo el orbe sin que nadie lo impidiera y no parece que esta situación haya cambiado con la división de la tierra. Si no es lícito prohibir la entrada y permanencia en otra nación civilizada, como por ejemplo Francia, a no ser que se cause daño a sus habitantes, tampoco debe serlo en el caso de los bárbaros. La prohibición de entrada y la expulsión de residentes foráneos sólo puede hacerse por ciertos delitos o en caso de guerra, circunstancias ambas que en principio no se dan respecto a los hispanos. Si los bárbaros o indígenas admiten a otros indígenas y les permiten establecerse en sus territorios, con igual razón deben permitirlo a quienes no lo son. El derecho a transitar y a recorrer nuevos territorios está también amparado por el Derecho de gentes y por el mismo Derecho natural, y este derecho sólo con justa y grave causa puede ser limitado por una ley humana⁴¹.

En la segunda proposición presenta Vitoria otra de las tesis capitales de su doctrina internacional: la libertad de comercio, así como de intercambio de bienes y productos entre los pueblos. Dice en efecto: es lícito a los hispanos negociar con los indios, sin dañar a su patria, importando a aquellas tierras productos y mercancías de los que sus nativos carecen y trayendo de allí oro, plata y otras cosas en las que ellos abundan. Por ello ni los jefes indios pueden impedir que sus súbditos comercien con los hispanos ni a éstos que negocien con ellos. Se trata también de una tesis cuyo último fundamento radica en el Derecho de gentes como expresión del Derecho

40 "*Prima conclusio*: Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, sine aliquo tamen nocumento barbarorum, nec possunt ab illis prohiberi". *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 78.

41 *Ibidem*, pp. 78-80.

natural. Además se prueba por el hecho de que, si está reconocido el libre comercio entre naciones civilizadas, como por ejemplo, una vez más, entre españoles y franceses, no hay razón para excluirlo entre naciones civilizadas y pueblos bárbaros o indígenas⁴².

La tercera proposición se refiere a la libre comunicación de bienes entre los naturales y los residentes extranjeros, y sostiene que, si hay bienes comunes entre unos y otros, no pueden los primeros prohibir a los segundos su disfrute y participación; y explica además que, si los naturales conceden a otros extraer oro de las tierras que son comunes, o de los ríos, o también sacar perlas del mar, no pueden prohibir esto a los hispanos, siempre que no les perjudiquen; es más, muchas de estas cosas pueden tener la condición de *res nullius*, por lo que su propiedad pasa al primer ocupante, como ocurría en los primeros tiempos que las cosas eran comunes y no se había introducido la división y apropiación⁴³.

En la cuarta proposición se alude a la adquisición de la condición de natural por parte de los hijos de españoles nacidos allí y a la adquisición de domicilio y residencia por matrimonio o por cualquier otra causa. Sobre este aspecto indica: "Si allí nacen hijos de algún español y quisieran ser ciudadanos, no parece que puedan prohibirles la ciudadanía y las ventajas de los otros ciudadanos; me refiero a los padres que tuvieron domicilio allí"⁴⁴. Pues se trata de un precepto del Derecho de gentes, que se confirma por el hecho de que cada uno es ciudadano de la ciudad donde nace. Asimismo tampoco se puede prohibir el adquirir el domicilio y con ello la condición de ciudadanos, con todos los privilegios inherentes, con tal que acepten también las cargas correspondientes, a quienes contraen matrimonio con mujeres nativas o por cualquier otra de las causas legales de adquisición del domicilio⁴⁵.

En las tres últimas proposiciones analiza Vitoria las situaciones de conflicto y las consecuencias derivadas del incumplimiento del Derecho de gentes por oponerse a la libertad de comunicación y de comercio entre los pueblos sin causa justificante. A este respecto sugiere ante todo que se debe

42 *Ibidem*, pp. 80-81.

43 *Ibidem*, pp. 81-82.

44 "Quarta propositio: Immo si aliquo hispano nascantur ibi liberi et vellunt esse cives, non videtur possint prohiberi vel a civitate vel a commodis aliorum civium. Dico ex parentibus habentibus illic domicilium". *Relectio de Indis*, ed. cit., pp. 82-83.

45 "Immo videtur quod qui vellet accipere domicilium in aliqua civitate illorum, ut accipiendo uxorem vel alia ratione qua illi peregrini solent fieri cives, non videtur quod possent prohiberi plus quam alii, et per consequens gaudere privilegiis civium sicut alii, modo etiam subeant onera aliorum". *Ibidem*, p. 83.

intentar un arreglo pacífico de las diferencias, no sólo con razones y argumentos persuasivos, sino también con hechos y tratando de “demostrar con todos los medios que no han ido a perjudicarles, sino que quieren habitar allí y viajar por esas tierras sin daño alguno para ellos”⁴⁶. Si aún así no fueren aceptados y se recurre a la fuerza para impedir el ejercicio de tales derechos, sería lícito “defenderse y hacer todo lo que sea conveniente para su seguridad”, respondiendo a la fuerza con la fuerza. Esta hostilidad podría crear incluso un *casus belli* y justificar el recurso a la guerra para hacer respetar el derecho a la libertad de asentamiento y comercio, siempre que con ello no se traspasen los límites de la legítima defensa y con la condición de que, una vez obtenida la victoria, se respeten los derechos del estado de guerra y no se les mate, se les expolie o se ocupen sus poblados o ciudades, pues se trata “únicamente de una guerra defensiva”. Aparte de que los derechos de la guerra no son los mismos cuando una de las partes atacante es culpable y maligna que cuando es inocente e ignorante, como parece ocurrir en estos casos. No obstante, si no se pudiera obtener la paz y la seguridad sin ocupar y someter las ciudades y poblados donde habitan, podría declararse la guerra e iniciarla. Y por último, si después de todos estos pasos perserverasen en su hostigamiento, se podría “actuar ya no como contra inocentes, sino como contra enemigos perniciosos, haciendo valer todos los derechos de la guerra, expoliarlos y reducirlos a la cautividad, deponer a sus jefes y poner a otros nuevos”, pero siempre moderadamente y de acuerdo con la gravedad del asunto y las injurias que ocasionaren. La razón es que, si estas medidas son aplicables entre naciones civilizadas, deben serlo también cuando uno de los beligerantes es un pueblo bárbaro⁴⁷.

2. La extensión del cristianismo y la defensa de sus fieles

En los tres títulos legítimos siguientes Vitoria vuelve a tratar la cuestión de la libertad en materia religiosa y hasta qué punto el oponente a ella puede justificar una intervención directa de la nación afectada. Al exponer los títulos ilegítimos había rechazado la legitimación de la conquista como paso previo a la evangelización de los aborígenes y también el recurso a la fuerza o a cualesquiera medidas coercitivas para implantar el cristianismo. Ahora analiza la cuestión desde el polo opuesto: el de la protección de la libertad en materia religiosa y el derecho de propagar y defender la religión cristiana.

46 "Si barbari vellent prohibere hispanos in supra dictis, hispani primo debent ratione et suasionibus tollere scandalum et ostendere omni ratione se non venire ad nocendum illis, sed pacifice velle hospitari et peregrinari sine aliquo incommodo illorum; et non solum verbis, se etiam re ostendere...". *Ibidem*, p. 83.

47 *Relectio de Indis*, ed. cit., pp. 83-87.

Por ello indica que el segundo título legítimo de entrada y de permanencia en aquellos territorios puede ser la propagación de la religión cristiana⁴⁸. De su enunciado extrae como primera conclusión que los cristianos tienen derecho a predicar y anunciar el evangelio en los territorios indígenas. Mayor interés tiene la segunda conclusión, que se refiere veladamente a la célebre bula *Inter caetera* de Alejandro VI, en la que se indica que, aunque este derecho es común y lícito a todos los cristianos, el Papa pudo encomendar a los hispanos este asunto y prohibírselo a todos los demás⁴⁹. Por tanto, aunque al exponer los títulos ilegítimos había rechazado abiertamente la tesis teocrática y en consecuencia negaba que el Papa pudiera conceder libremente la soberanía de aquellos territorios por no tener dominio o postestad sobre ellos, Vitoria reconoce ahora esa potestad en cuanto a la propagación de la fe cristiana y con ello la facultad de delimitar el campo de actuación de cada una de las naciones cristianas colonizadoras. Finalmente, en otras dos conclusiones, señala el modo de proceder tanto en el caso de una pronta aceptación como en el de oposición a la labor evangelizadora. En ninguno de los casos considera justo el recurso a la guerra, si bien en el segundo admite esa posibilidad por razones de seguridad, sobre todo en la hipótesis de que, aunque se permita la predicación de la doctrina cristiana, se impide su aceptación matando o castigando de cualquier modo a quienes la aceptan⁵⁰.

La doctrina expuesta en estas dos últimas conclusiones es desarrollada más ampliamente en los dos títulos legítimos enunciados a continuación, que se refieren a la posibilidad de una intervención directa para defender a los convertidos y a la posibilidad de cambiar a los gobernantes para garantizar su seguridad. Así en el título tercero indica que, si algunos se convierten al cristianismo y sus jefes quieren hacerles volver a la idolatría mediante el miedo o la violencia, siendo necesario y no existiendo otro camino, se puede declarar la guerra y hacer que los bárbaros desistan de tal actitud; es más, es lícito seguir aplicando los derechos de la guerra contra los pertinaces y llegar incluso hasta la destitución de los jefes, como en cualquier otra guerra justa⁵¹. Consecuencia esta que explicita todavía más en el título cuarto, según el cual, si una buena parte de la población nativa se hubiera convertido y no se les permite profesar su religión, el Papa podría cambiar a sus jefes con causa razonable, ya sea pidiéndoselo ellos o sin pedírselo, y

48 "Alius titulus potest esse *causa religionis* christianae propagandae". *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 87.

49 "Licet hoc sit commune et liceat omnibus christianis, tamen Papa potuit hoc negotium mandare hispanis et interdicere omnibus aliis". *Ibidem*, p. 88.

50 *Relectio de Indis*, pp. 89-92.

51 *Ibidem*, p. 91.

sustituirlos por gobernantes cristianos. Es sin duda la consecuencia extrema de una doctrina heredada de la concepción medieval del orbe cristiano, que proclamaba la absoluta primacía de lo espiritual sobre lo temporal, y que hoy sería considerada cuando menos anacrónica e inaceptable, aún formulada con la moderación y condicionamientos con que Vitoria la presenta⁵².

3. El derecho de intervención por crímenes contra la condición humana

Hemos visto ya, al exponer los títulos ilegítimos de la conquista, que Vitoria no consideraba que la comisión de delitos contra el Derecho de gentes, como la antropofagia o el canibalismo, así como la práctica reiterada de vicios contra naturam, como la sodomía y el incesto, fueran causa justificante de la ocupación de los territorios indios y de intervención bélica contra sus habitantes. Ahora retoma el tema y muestra qué condiciones han de darse para que la práctica constante de crímenes contra la humanidad legitimen la actuación colonial e incluso la intervención bélica en base a la interdependencia natural de todos los pueblos del orbe. Por todo ello afirma que otro título legítimo pudiera ser a causa de la tiranía de los jefes bárbaros o también a causa de las leyes tiránicas en perjuicio de los inocentes, como es el sacrificio de seres inocentes o el matarles para comer su carne⁵³.

Frente a la tesis abstencionista de no interferir en los asuntos internos de otros pueblos y frente a la actitud pasiva ante tales hechos, Francisco de Vitoria sostiene ya en la primera mitad del siglo XVI que es lícito intervenir para acabar con costumbres y ritos tan nefastos, porque "se debe defender a los inocentes de una muerte injusta". En prueba de ello invoca la solidaridad natural humana y la necesaria cooperación de todos los seres humanos como hijos de un mismo Dios, cuyo mandato de atender y cuidar al prójimo tiene carácter universal. Por tanto concluye que cualquiera debe defenderlos de tal tiranía y opresión, pero mucho más quienes gobiernan. No obstante, guiado una vez más por su talante de templanza, indica que en la práctica conviene dar varios pasos; primeramente se ha de procurar intimidarlos para que desistan de tales ritos; si se niegan, se les puede ya declarar la guerra por esta causa; por último, si aún no se consigue abolir tales ritos y costumbres, se puede destituir a sus jefes y sustituirlos por otros gobernantes que respeten y protejan los derechos que son comunes a toda la humanidad. Y esto aún cuando todos o la gran mayoría de los bárbaros

52 *Ibidem*, pp. 92-93.

53 "Alius titulus posset esse propter tyrannidem vel ipsorum dominorum apud barbaros vel etiam propter leges tyrannicas in iniuriam innocentium, puta quia sacrificant homines innocentes vel alias occidunt indemnatos ad vescendum carnibus eorum". *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 93.

estuvieran de acuerdo en tales costumbres y ritos, y rehusaren la defensa de lo que son sus derechos innatos, pues “en esto no son dueños de sí mismos, ni pueden entregarse a la muerte ni a sí mismos ni a los demás”⁵⁴.

4. La cesión voluntaria y la libre aceptación

Otro título que también vuelve a examinar de nuevo, después de haberlo recusado como ilegítimo, es la libre aceptación y la cesión voluntaria de la soberanía. Tampoco aquí existe contradicción con lo antes expuesto, pues lo que ahora intenta es señalar los requisitos que deben cumplirse para que la elección no esté radicalmente viciada. En este sentido asegura que, si los mismos aborígenes, “comprendiendo la prudente administración y humanidad de los hispanos, quisieran recibir libremente”, tanto los jefes como sus súbditos, y aceptar la soberanía del rey de España, existiría sin duda un título de dominio, que además sería de Derecho natural y de gentes. Los requisitos para que tal título sea válido afectan fundamentalmente al acto de elección: ésta ha de ser libre y voluntaria, hecha por los propios aborígenes, por iniciativa propia y sin ningún tipo de presión o de sugestión extrañas; ha de basarse en la convicción de que es útil y oportuna para el desarrollo y buen funcionamiento de la república; y no es necesaria, ni mucho menos, la unanimidad del parecer de todos los miembros, sino que es suficiente la conformidad de la mayoría *-maior pars-*, pues sería muy difícil que todos coincidieran en la opinión *-“cum difficile sit ut omnes conveniant in unam sententiam”-*⁵⁵.

5. Acuerdos o pactos de amistad, cooperación y defensa mutua

Podría también invocarse como causa legítima de intervención y de dominio los acuerdos o pactos de amistad, cooperación y defensa con los pueblos aborígenes. Hemos visto una vez más que esta causa había sido ya considerada al tratar de los títulos ilegítimos, rehusándola por estimar que los pueblos indígenas apenas son capaces de concertar acuerdos o establecer pactos en condiciones de igualdad con la potencia colonizante. Al reexaminar ahora la cuestión desde otra perspectiva, Vitoria indica que, para su admisión como título legítimo, deben cumplirse dos requisitos esenciales: primero que, supuesto que exista ese acuerdo o pacto de amistad, la

54 "Nec obstat quod omnes barbari consentiant in huiusmodi leges et sacrificia, nec volunt super hoc vindicari ab hispanis; in his enim non ita sunt sui iuris, ut possint se ipsos vel filios suos tradere ad mortem". *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 94.

55 *Relectio de Indis*, ed. cit., pp. 94-95.

cooperación para la defensa mutua debe ser solicitada por la parte perjudicada; y segundo, que el daño o la injuria sean verdaderos y de tal entidad que por sí solos justifiquen una guerra justa. Cumplidos estos dos requisitos, pudiera admitirse incluso una ocupación territorial, respetando siempre el Derecho de guerra. Tal parece haber sido lo que ocurrió con los tlaxcaltecas que llamaron a los hispanos en su auxilio para vencer a los mexicanos. Y este pudiera ser el último título legítimo por el que los indios y sus provincias podrían haber pasado a posesión y dominio de los hispanos⁵⁶.

6. La necesidad de tutela y protección

Simplemente como un posible título adicional menciona Vitoria la necesidad urgente de tutela y protección, tanto en lo cultural como en lo administrativo, de los pueblos indígenas. No lo cuenta como un título más de legitimidad, porque no se atreve a incluirlo ni a rehusarlo entre los títulos legítimos, pero sí estima que es merecedor de ser discutido al ser considerado tal por algunos. En su opinión podría enunciarse así: Estos bárbaros, aunque, como bien se ha dicho, no son del todo amentes, distan poco de los que lo son, por lo que no son idóneos para constituir y organizar una república legítima y ordenada dentro de unos límites humanos y civiles. Por eso no tienen leyes adecuadas ni magistrados, es más, ni siquiera son idóneos para dirigir una familia. Y además carecen de cultura, desconocen las letras y las artes, no sólo las artes liberales, sino también las mecánicas e incluso la agricultura diligente, carecen de operarios y de muchas cosas útiles y hasta necesarias para la condición humana. Pudiera pues decirse que los reyes españoles deberían hacerse cargo, para su utilidad, de su gobierno y administración, nombrándoles nuevos gobernadores y hasta incluso nuevos dueños⁵⁷.

Esta manera tan gráfica de presentar una cuestión entonces tan candente *presagia* muy claramente la moderna institución de la tutela, institución que tuvo un auge muy considerable después de la primera guerra mundial hasta más o menos la última década. Para su licitud y viabilidad, Francisco de Vitoria exige tres condiciones sustanciales. La primera de ellas que la tutela sea *necesaria* o por lo menos *muy conveniente*; la segunda que sea *en beneficio* de los pueblos tutelados y nunca para su explotación; y la tercera que sea *temporal* y nunca perpetua, de modo que, una vez conseguido el suficiente desarrollo, se les permita gobernar y administrarse por sí mismos. Cumplidas estas condiciones, la tutela no sólo sería lícita, sino convenientísi-

56 *Relectio de Indis*, ed. cit., pp. 95-96.

57 *Relectio de Indis*, ed. cit., p. 97.

ma; dice textualmente: “*non dubium est quin hoc esset non solum licitum sed convenientissimum*”; incluso añade que, quienes gobiernan, estarían obligados a implantar esa institución como si se tratara de infantes o de niños que son incapaces de gobernarse por sí mismos, o como si por azar ocurriera que no existen adultos en tales pueblos, sino niños y adolescentes, si es verdad lo que cuentan quienes de allí vienen⁵⁸.

58 “... supposita hebetudine, quam de illis referent quod apud eos fuerunt; quae multo maior est quam apud alias nationes sit in pueris et adolescentibus”. *Ibidem*, p. 98.

Etica y política en las Leyes de Indias del siglo XVI

Por ANTONIO OSUNA FERNANDEZ-LARGO

Valladolid

La legislación indiana en el siglo XVI constituye un monumento jurídico de excepcional importancia y modélico en su pretensión de establecer justicia en el gobierno de pueblos conquistados. Por eso ha sido objeto de incontables investigaciones históricas y filosóficas. También desde la filosofía del derecho se ha prestado atención a aspectos filosóficamente revelantes de aquella legislación: su referencia al derecho natural y de gentes, su toma de postura a favor de doctrinas humanistas entonces en boga y su condición de instrumento para la obra de transmisión de una fe religiosa y una cultura. Brevemente, podría ser expresado su interés filosófico-jurídico si describimos toda aquella legislación como una "lucha por la justicia", como la ha presentado alguno de los más conspicuos historiadores (Lewis Hanke), es decir, la justicia en la ocupación de territorios descubiertos, justicia del régimen político allí instaurado y justicia del dominio impuesto a aquellas poblaciones.

Pero estos estudios filosófico-jurídicos han atendido sólo a aspectos parciales, cuando no deformantes, como es investigar a qué autores en concreto cabe la gloria de ser los redactores de aquella legislación o qué opiniones de escritores de aquel tiempo fue la que prevaleció en la legislación. Es un tratamiento partidista y algo doméstico, que, aunque llevado a cabo por autores de gran preparación, contribuye en poco a esclarecer el alcance de la legislación.

Nosotros ahora, aunque no aportemos nuevas invenciones historiográficas, sí pretendemos dar una visión más global de cuáles eran las motivaciones éticas y políticas que guiaban aquella legislación y en qué grado las cumplieron.

En cualquier caso, este tratamiento filosófico no debe confundirse con la historia de lo que realmente fue la conquista y dominio de aquellas tierras. Se equivocaría quien creyera que el estudio de aquella legislación puede suplir o solapar la historia intrincada de lo que constituyó la devastación de todos los imperios precolombinos, la destrucción de todas las culturas precedentes y de gran parte de la población, el implantar en pocos años en un continente una cultura totalmente distinta, el conseguir que innumerables razas hablaran un mismo idioma y que las religiones anteriores fueran suplantadas por una nueva religión. Todo esto, tanto si nos merece un juicio positivo como negativo, se hizo a costa de enormes sacrificios y desgaste humano por ambas partes. Pues bien, el derecho difícilmente nos podrá revelar algo de cómo fue toda aquella epopeya humana y cultural.

A lo que nos puede ayudar el estudio filosófico-jurídico de la legislación es a captar qué concepciones de ética humana se reflejaban en aquellas leyes y qué propósito políticos guiaban a sus ejecutores, los cuales, por supuesto, pertenecían al bando de los conquistadores. Ese conjunto de ideas fue lo que alumbró el derecho indiano, que es el que ha marcado la historia de las naciones actuales de aquel continente. Y puede, en efecto, comprobarse que la política de la monarquía española intentó amoldarse a unos principios de justicia y de política que eran los más aceptables en aquel momento y los más válidos dentro del panorama de ideas entonces prevalente en España, la cual estaba en primera fila del pensamiento.

Atendiendo al progreso cronológico de las ideas y de la propia legislación, pueden señalarse tres etapas que, en términos generales, responden a las políticas fernandina, del emperador y de la monarquía católica de Felipe II. Y cada una de estas etapas se aglutina en torno a los problemas doctrinales que sirven de clave de interpretación de las respectivas legislaciones: el cambiar los comportamientos reprobables de los conquistadores en el trato con los indios y el pretender una hegemonía del poder civil sobre el eclesiástico, en la primera etapa; el tema de la legitimidad de las encomiendas y la opción pro o contra las guerras de conquista, en segundo lugar, y la instauración de una nueva base política para la unificación de todos los reinos de la monarquía española, en la tercera etapa.

I. DE LA OCUPACION TERRITORIAL AL IDEAL DE UNA CONVIVENCIA EN LA MISMA CRISTIANDAD. EL CAMINO HACIA LAS LEYES DE 1512.

Para nuestro propósito podemos fijar el límite de la primera etapa del desarrollo indiano a comienzos del año 1516, con la muerte del rey Don Fernando, con la que se pone término a una política de incorporación a la corona de Castilla de la responsabilidad en la obra misionera de Indias con

las prerrogativas y poderes que ello comportaba. Es una política que se va perfilando paralelamente al nuevo significado que van adquiriendo los sucesivos descubrimientos y la amplitud creciente de los territorios descubiertos.

En este período salen a flor las principales posturas ideológicas suscitadas por los debates acerca de la justicia del dominio de las Indias y de su gobierno. Pero no se ofrecen soluciones para los nuevos problemas o, al menos, no se ofrecen con generalizada aceptación. Así sucede con el problema de las guerras de conquista o con los títulos de legitimidad para el dominio de las Indias o con el modo más acertado de incorporar las poblaciones descubiertas a la corona de Castilla.

El descubrimiento y conquista de los nuevos territorios se llevó a cabo con el instrumento jurídico de las *Capitulaciones*. Estas constituyeron las piezas clave en el orden jurídico para una primera ocupación de las tierras y su aprobación. Las capitulaciones se empleaban para los casos de empresas cumplidas por particulares con delegación de la autoridad regia. A cambio de mercedes y beneficios futuros derivados de la empresa, el rey concedía el apoyo legal necesario y la autoridad delegada¹. Estos pactos tenían una forma contractual entre la corona o aquellas instituciones que procedían por delegación de la misma, como la Casa de Contratación, y los particulares, que se responsabilizaban de la empresa o de la acción militar. Durante algún tiempo podían pactarlas también las autoridades en las Indias, pero, a partir de las ordenanzas de Felipe II, se centralizaron en el Consejo de Indias.

El contrato se cerraba entre la corona y el súbdito, a cuenta del cual corrían todos los gastos, trabajos y organización (“haciendo vos lo susodicho *a vuestra costa*”, decía la fórmula usada). Por parte de la corona, no había otro compromiso que la promesa de mercedes, honores o premios materiales.

Las capitulaciones, que eran una institución ya antigua y habían sido practicadas con anterioridad, como en el caso de las Canarias, se efectuaron en dos campos: las de descubrimiento y las de población. Todas ellas reportaron importantes beneficios para la corona, pues, sin riesgo alguno,

1. Cf. SILVIO A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América* (Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1935) cap. VIII. En la *Colección de Documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de Ultramar*. Segunda serie (Madrid, Academia de la Historia, 1885-1925) t. XXIII, se recogen abundantes capitulaciones otorgadas entre 1492 y 1600.

extendieron su poderío en nuevas tierras y le reportaron cuantiosos beneficios materiales.

Mirando las cosas con realismo, hay que aceptar que fueron origen de innumerables injusticias y extorsiones cometidas por los conquistadores, que no tenían que responder a nadie de sus actos, mientras que las obligaciones a que se comprometían eran principalmente directrices de conducta moral. Muchos de ellos no se movían por deseo de acrecentar el reino de Castilla, ni por la gloria nacional ni la motivación religiosa, sino por el beneficio personal de la empresa, que sería tanto mayor cuanto mayor fuera el botín tomado a los indios. Los mismos pactantes no se recataban de reconocerlo. Nuño de Guzmán escribía a la emperatriz el 12 de junio de 1532: "¿Cómo han de querer ir los cristianos a reducirlos (a los indios) a obediencia si algún interés no tienen en su trabajo?"². Para los conquistadores era una tentación fácil el enriquecimiento y el ascenso en el status social en sus empresas y en sus guerras y para la Corona, a su vez, una ocasión de acrecentar sus arcas en tiempos en que andaba muy falta de recursos. Pero el daño lo sufrían los indios desposeídos y tiranizados³.

Otro medio legal para ordenar todo lo referente al gobierno de las Indias en los primeros años fueron las *Instrucciones* dadas por los reyes a los conquistadores o gobernantes. Las concedía el rey o, en su nombre, el Consejo de Indias. Si el asiento se concertaba con alguna autoridad de las Indias, la instrucción la concedía su gobernador o la Audiencia. En todo caso, se trataba de un documento en que se reglamentaban los comportamientos de los expedicionarios y conquistadores, señalando los objetivos de sus funciones y sus competencias para solventar los problemas civiles y criminales. Se trataba, pues, de una delegación de autoridad para situaciones de excepción o de suma urgencia en que era imposible el recibir órdenes de las autoridades. En esos casos los delegados se hacían responsables de sus actuaciones ante el otorgante de las instrucciones⁴.

Entre las instrucciones, es digna de recordarse la otorgada a Nicolás de Ovando de 1501 para su gobierno en la Española. En ella se expresaban las

2. Citado en Silvio A. Zavala, o.c., p. 141, n. 2.

3. "Estos ofrecimientos que ofrecían al rey de ir a descubrir, conquistar y poblar las tierras y provincias destas Indias a su costa, desde comenzaron, han sido causa de grandes despoblaciones y pérdida de grandísimas partes dellas, y de haber los reyes de Castilla inmensos tesoros perdido, y la conciencia, por ventura, puestas en gran peligro". BARTOLOME DE LAS CASAS, *Historia de las Indias*, 1. III, c. 158.

4. Algunas de estas instrucciones han sido modélicas y ampliamente estudiadas por los historiadores. Así, la de los Reyes Católicos a Cristóbal Colón, la de Don Fernando a Pedrarias Dávila, la de Hernán Cortés a Francisco Cortés, etc.

líneas eje de lo que ya empezaba a dibujarse como principios definidores de una política. Ante todo, la corona asume todo el poder jurisdiccional de aquellas tierras que, por lo mismo, se retira a Colón que la tenía concedida por la reina a perpetuidad.

Pero, cuando se aborda la efectividad de semejantes instrucciones, surge una doble enseñanza. En primer lugar, la absoluta ineficacia de los propósitos que movían las instrucciones. Nicolás de Ovando no llevó a la práctica esas leyes amparadoras del indio. El se justificó ante la Corona pretextando que, si se concedía la libertad a los indios, abandonaban los poblados, retornaban a su estilo de vida errante y se negaban al trabajo que se les imponía y a la convivencia con los españoles, y de este modo resultaba imposible el integrarles en la sociedad con españoles y predicarles la fe. Y, como la libertad del indio era inviable, se reinstauró la anterior explotación personal mediante el empleo de la fuerza para hacer rentables las minas, justificando tan tiránico proceder en que sólo así se obtenían los medios para subsistir y organizar poblaciones. De este tenor eran las informaciones que el Comendador de Alcántara enviaba a la Corona para tranquilizar su conciencia y poner freno a las quejas que por otros caminos llegaban a la corte contra su gobernación. En segundo lugar, aquella legislación, por muy bien intencionada que fuera y muy respetuosa con el derecho vigente en Castilla, estaba fuera de todo contexto social y político. Aquellos indios vivían en una cultura a años luz de distancia respecto al régimen de trabajo asalariado que se les imponía. La sociedad civil a la que se les quería integrar (la "policía") era algo desusado para ellos como forma de vida ("es gente que de sólo vivir en orden se muere" decía Vázquez Ayllón, procurador de larga experiencia en la Española). Su economía de subsistencia familiar o tribal en nada se parecía a la economía mercantilista en la que se les forzaba a integrarse y difícilmente podrían comprender la sumisión que se les exigía al emperador de los cristianos. Así, pues, una vez más se comprobaba que las leyes no sólo han de ser justas, sino también eficaces y proporcionadas a la sociedad y sistema de valores de quienes deben cumplirlas. Aquellas leyes no tuvieron más eficacia que la de enriquecer a algunos españoles y obtener beneficios para la corona, pero nada mejoraron la condición del indio y sí causaron su esclavitud. De ese modo se inició la destrucción y ruina de la población indígena, acrecentada por las nuevas enfermedades que se cebaron en aquellas poblaciones y por las crueles guerras entabladas por el gobernador contra aquellas poblaciones, las cuales, en su desesperación se lanzaban ciegamente a una muerte segura

en la guerra pero preferible a la condición de esclavitud y trabajo forzoso a que se les obligaba⁵.

Cuando Ovando hizo pública su incertidumbre respecto a si procedía cumplir con el mandato de libertad a los indios, la reina Isabel despachó una Cédula el 20 de diciembre de 1503 en Medina del Campo, por la que se restauraba la normativa anterior de sujeción personal y forzada de los indios a los españoles, si bien exigiendo simultáneamente para los mismos un trato benigno y recordando, una vez más, que el cometido principal de todo esta legislación era atraer aquellas gentes a la fe cristiana. Estas buenas intenciones y sentimientos llenos de compasión hacia los indios, que la reina Isabel mostró hasta el lecho de la muerte, no eran suficientes para obtener un tratamiento justo para con los indios ni para dar fin a las violencias y estado de servidumbre a que se veían reducidos. Era una legislación de tipo paternalista y bondadosa, pero ineficaz en aquel estado de cosas⁶.

Otro ejemplo significativo de las ideas jurídicas y políticas vigentes son las Instrucciones a Pedrarias de Avila. En ellas se intentaba reorientar la política y el gobierno de las Indias, aprovechando la ocasión de iniciarse el poblamiento de un territorio no sometido al gobernador de la Española, como era la Tierra Firme, a partir de 1509. El 27 de julio de 1513 el Rey nombró gobernador y capitán general de Castilla del Oro -así pasó a designarse aquella tierra, como expresando los sueños de tantos sobre sus riquezas- a Pedro Arias de Avila, propuesto, al parecer, por la camarilla intrigante del obispo Fonseca, en quien tenía delegada su confianza el rey

5. La crítica de Las Casas a esta legislación apunta a su ineficacia más que a sus propósitos y al tenor literal de la misma. El modo como procedió Ovando no se parecía en nada a lo que pretendían las leyes. Por eso, cuando la corona decide volver a exigir el trabajo obligatorio de los indios, Las Casas dirá que los reyes estaban engañados y salva siempre su buena fe. La voluntad de los reyes expresada en las Instrucciones no se cumplió: "la libertad que se les dio fue la que está contada con verdad (antes), porque ni supieron ni a su noticia jamás llegó que los reyes les mandasen libertad (los indios). Y así no huían ni se apartaban de los españoles más que de antes por la libertad que les hobiese dado, sino siempre huían dellos por sus infinitas e implacables vejaciones, furiosas y rigurosas opresiones, condición feroz, brava y a todos los indios espantables... Esta fue y es siempre y será la causa de huir los indios de los españoles y meterse en las entrañas de la tierra y sus soterraños, y no la libertad, que jamás nunca se les dio, ni la tuvieron después que cognoscieran cristianos. Y esta es la pura y verdadera realidad de la verdad, y a lo que a los reyes se escribió fue falsísima maldad y perniciosa falsedad". *Historia de las Indias*, 1. II, c. 11: BAE v. 96, p. 33. Posiblemente en lo que no estuvo acertado Las Casas fue en dictaminar las causas de la inoperancia de las leyes: él lo atribuía sólo a la codicia y tiranía de los españoles, pero no imaginaba que, por muy buena voluntad que éstos hubieran tenido, y la tuvieron en bastantes casos, no servía para unos pueblos en situación cultural totalmente distinta a la que era propia de los conquistadores.

6. Las Casas hace un extenso comentario, en el sentido señalado, a la Real Provisión de la reina de finales de 1503 en *Historia de las Indias*, 1. II, c. 12-13.

para todo lo referente a aquellas tierras. Con el nombramiento se postergaba a Vasco Nuñez de Balboa, quien tenía méritos muy superiores para dicho cargo. Fue Pedrarias Dávila una de las figuras más nefastas y calamitosas de aquella época, al decir de sus contemporáneos⁷.

Aquellas instrucciones estaban redactadas en el nuevo clima de buscar soluciones a las situaciones de opresión sufridas por los indios, que eran denunciadas por misioneros procedentes de aquellos lugares. Y, en consecuencia, contempla corregir los malos tratos al indio: "no habéis de consentir que les haga algún mal o daño, porque de miedo no se alboroten ni levanten, antes habéis mucho de castigar a los que les hicieren mal sin vuestro mandato, porque por esta vía vernán antes a la conversión y al cognoscimiento de Dios y de nuestra santa fe católica"⁸.

La idea política que transparentan estas instrucciones es la de que el indio debe quedar sometido al soberano español. Esta sujeción se les ha de intimar con buenas maneras y formas afables, pero, si rehusaran hacerlo, se les podrá hacer guerra para reducirlos, la cual guerra "habéis de mirar que por ninguna cosa se les haga no siendo ellos los agresores y no habiendo hecho o probado hacer mal o daño a nuestra gente".

Si se acepta la soberanía del monarca español, el gobernador podría proceder de tres modos distintos, según le dictare la prudencia en cada situación. Se podría establecer, en primer lugar, el régimen de encomiendas de indios (¡ya entonces muy objetado por personas de conciencia!) y servidumbres personales continuadas (las llamadas "naborías"), con lo cual se aceptaba como válida una institución que tantas injusticias había causado. Una segunda posibilidad era el régimen de salarios concertados, de modo que el trabajo se hiciera por turnos de grupos de indios y así todos tuvieran asegurada una temporada de descanso, y siempre bajo la dependencia de los propios caciques. Incluso se sugería que el trabajo en las minas se pospusiera hasta que se hubieran acostumbrado a los trabajos duros, empezando antes por labores agrícolas o de pesca. Y una tercera opción era la aceptación de pagos de tributos periódicamente al monarca por los poblados, en proporción al número de habitantes. Pero aquí la cantidad a exigir se dejaba a la libre disposición, a la codicia digamos, del gobernador. Y, en cualquiera de las

7. Las Casas, de por sí poco benévolo para cualquier gobernador, cuando habla de este personaje lo describe con una lamentación: "¡Pluguiera a Dios que Pedrarias nunca asomara a aquella tierra!, porque no fue sino una llama de fuego que muchas provincias abrasó y consumió, por cuya causa lo llamábamos furor Domini". *Historia de las Indias*, 1. III, c. 53: ib., p. 300.

8. Citado por Las Casas en *Historia de las Indias*, 1. III, c. 54: 1.c. p. 301.

posibilidades, se urgía la nota moralizante de actuar “con amor y voluntad y amistad y buen tratamiento”, y, procediendo así, “serán mejor conservadores y mejor tractados y más adoctrinados en nuestra santa fe católica”⁹. De mayor eficacia era la ordenación por la que se arbitra un procedimiento para exponer las quejas y demandas de justicia en contra de las mismas autoridades.

La intimidación a aceptar el señorío y la sumisión al monarca se empezó a hacer en este gobierno de Pedrarias con el instrumento del *Requerimiento*, una forma legal de dirigirse a las sociedades de indios para que, bajo la amenaza de penas, se aceptara la autoridad que el Romano Pontífice tenía de “poner silla en cualquier parte del mundo y juzgar y gobernar a todas las gentes, cristianas, moros, judíos, gentiles y de cualquier otra secta o creencia que fuesen”, de cuya amplísima potestad se “hizo donación destas islas e tierra firme del mar Océano a los dichos rey y reina... con todo lo que en ellas hay”. Así se había obtenido el señorío: “que sus Altezas son reyes y señores destas islas y Tierra Firme, por virtud de la dicha donación”.

El *Requerimiento* había sido fruto de deliberaciones doctrinales en España entre teólogos y juristas y, al parecer, su autor fue el renombrado jurista Palacios Rubios. Con el tiempo, el *Requerimiento* será objeto de una crítica despiadada por parte de otros teólogos y juristas, pero en aquel momento era la manifestación de ideas políticas universalmente aceptadas¹⁰.

Las Bulas alejandrinas

Nadie ignora el decisivo significado político y jurídico que tuvo en la conquista de América el otorgamiento de unas Bulas por Alejandro VI en favor de los reyes de Castilla en el año 1493.

Esos documentos “*motu proprio*” del Papa español Alejandro VI son cuatro: la Bula “*Inter coetera*” del 3 de mayo de 1493, en que se conceden a los Reyes Católicos todos los territorios por descubrir en el Atlántico navegando hacia occidente; una segunda, con las mismas palabras (*Inter coetera*) del 4 de mayo -posiblemente redactada en junio, aunque con fecha

9. *Ib.*, p. 302.

10. Las Casas hizo una profunda crítica de las Instrucciones a Pedrarias Dávila en *Historia de las Indias*, 1. III, cap. 54-56. Y el *Requerimiento* también es sometido a crítica en cap. 57-58. El texto completo del *Requerimiento* puede verse en Silvio A. Zavala, *Las instituciones...*, apéndice II, p. 286 s. En términos generales, el juicio de las Casas sobre las anteriores Instrucciones salva las intenciones rectas del monarca, pero no la misma normativa ni sus finalidades, de modo que el resultado es “bueno, non simpliciter” (*ib.*: 1.c. p. 303).

retrospectiva-, en que se señala una línea de demarcación imaginaria de meridiano a cien leguas de las Azores, de modo que la parte oriental quedara para Portugal y la occidental para Castilla; la tercera es la Bula "Eximiae devotionis" del 3 de mayo -probablemente es de junio-, en que se equiparan los privilegios otorgados a los Reyes Católicos a los que disfrutaban los reyes de Portugal; y la Bula "Dudum siquidem" de 26 de septiembre, en que se amplían las anteriores concesiones a los Reyes Católicos¹¹.

La más significativa de ellas es la segunda, donde se puede leer el texto tanto tantas veces citado: "motu proprio... y por el tenor de las presentes, todas las tierras con sus señoríos, ciudades, fuerzas, lugares, villas, derechos, jurisdicciones y todas sus pertenencias os las damos, concedemos y asignamos perpetuamente a Vos y a los Reyes de Castilla y de León, y hacemos, constituimos y diputamos a Vos y a vuestros herederos y sucesores señores de ellas con libre, pleno y absoluto poder, autoridad y jurisdicción...". Como el rey de Portugal, Juan II, no aceptara los límites de los territorios que se le asignaban, hubo que negociar con él un acuerdo de territorios, los cuales se ponían ahora 370 leguas al oeste de Cabo Verde y quedaba para él todo lo que estaba al este de dicha demarcación. Así se estipuló en el Tratado de Tordesillas de 7 de junio de 1494.

El sentido alcance y valor jurídico de tales bulas ha sido muy controvertido. Hoy ya sabemos que no fue una intervención sin precedentes, pues similares concesiones jalonan todos los descubrimientos del siglo XV por Portugal. Y eran fruto de las ideas teocráticas y agustinianas que predominaban entonces en la curia pontificia, según las cuales el poder otorgado a los sucesores de S. Pedro para predicar la fe implicaba un poder temporal y de dominio consecuente, pues sin él no podía cumplirse eficazmente el mandato. Un gran teórico de estos temas, Francisco de Vitoria, que negó el poder temporal del Papa, todavía concede una parte de verdad a aquella pretensión curial¹².

11. Estas Bulas fueron publicadas en latín en MARTIN FERNANDEZ DE NAVARRETE, *Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles desde finales del siglo XV...* (Madrid 1837) 5 vol., v. II; y en *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas en América y Oceanía...* de J.F. PACHECO, F. DE CARDENAS, L. TORRES Y MENDOZA (Madrid 1864-1889), t. XVI, p. 359s y t. XXXVIII p. 242. La traducción española puede verse en BARTOLOME DE LAS CASAS, *Tratados* (México, FCE, 1974) t. II, apéndice.

12. "Correspondiendo al Papa especialmente la divulgación del evangelio por todo el mundo, si los príncipes españoles podían más cómodamente dedicarse a la propagación del evangelio en aquellas provincias, pudo el Papa confiárselo a ellos y prohibirlo a los demás; y no sólo prohibir la predicación, sino también el comercio, si así convino para la propagación de la religión cristiana, pues puede disponer de las cosas temporales como convenga para las espirituales". Relect. *De Indis prior*, tít. leg. n. 10: F. de Vitoria, *Obras. Relecciones teológicas*

Según aquella doctrina, lo que el Papa otorgaba era un verdadero señorío temporal y jurisdiccional sobre las tierras y poblaciones, si bien derivado, como instrumento necesario para instaurar la cristiandad y, por lo mismo, los indios convertidos pasaban a ser súbditos del emperador cristiano (con o sin dependencia de los anteriores señores naturales, según las opiniones), ya que se incorporaban a la cristiandad querida por Dios. La fe personal era libre, por supuesto, pero el régimen de cristiandad a que se incorporaba el bautizado era el que le asignaba el Papa, a España en este caso. La Conquista y población de las Indias se hizo amparándose en la legitimidad que concedían las Bulas interpretadas a tenor del pensamiento político de entonces. Y, por lo mismo, no puede extrañarnos que los reyes de Francia o Inglaterra no aceptaran que se les excluyera de tan sustanciosos reparto de unos tesoros tan codiciados. Es conocida la mofa con que Francisco I comentó esas concesiones: "el sol brilla para mí tanto como para los demás reyes. Y quisiera conocer la cláusula del testamento de Adán en la que se me excluye del reparto del orbe". El hecho real es que, en los años de la conquista, los españoles usaron las bulas como título legítimo de posesión y razón para intimar a los indios por el Requerimiento a aceptar la soberanía del rey y para exigir el trabajo y para pago de tributos en vasallaje a esos señores¹³.

Por lo demás, esta interpretación y uso de las bulas para refrendar la conquista de Indias, encajaba bien con los ideales políticos del Rey Don Fernando, de tipología casi cesaropapista.

A las gestiones políticas del rey Don Fernando se debe, además, la creación del *Patronato de Indias*, por el cual se controlaba la iglesia de las

(Madrid, BAC, 1960) p. 716.

13. El gran tratadista de estas cuestiones, Silvio A. Zavala, opina que los reyes de Castilla se tenían por señores de aquellas tierras con título legítimo jurídico, como también los portugueses, e independientemente de las bulas. Alejandro VI no había hecho más que levantar acta pública de tal dominio: "las bulas eran instrumentos públicos tradicionalmente aceptados con valor autenticador, correspondiendo al papado la función de notario mayor de los derechos de los reyes" (l.c., p. 28). Nos parece más bien que los reyes usaron esas bulas como fundamento jurídico del dominio en razón de las exigencias de la fe, como proponían los moralistas de aquel tiempo. Si se despachó la segunda bula citada de Alejandro VI fue para atender las reclamaciones presentadas por el rey portugués. El mismo Las Casas, conocido impugnador de las pretensiones de dominio de los españoles en aquellas tierras, parece aceptar ese significado: "por la carga y expensas que el rey toma en la empresa como protector de los ministros evangélicos, el papa le concede el sumo principado de esos dominios, por donación cuasi-remuneratoria del cuidado, solicitud y trabajos grandísimos y gravísimos peligros... que como cabeza universal de tantas y tan numerosas repúblicas había sobre ellas de influir". *Tratado comprobatorio*. Prueba de la primera conclusión, en *Tratados de Bartolomé de Las Casas* (México, FCE, 1974) v. II, p. 1.111.

Indias y se asociaba la obra misional con el dominio español. Era, pues, una actuación regalista, adelantándose a la época de la Ilustración.

En virtud de esa institución, no sólo la Inquisición, obra de Isabel la Católica, pasaría a las Indias, sino también el derecho de presentación de la jerarquía eclesiástica, haciendo así de la Iglesia un elemento de la concepción del Estado, al igual que sucedía en España. Otra importante actuación a este respecto fue reivindicar el derecho a los diezmos eclesiásticos para la Corona. Posteriormente a las bulas, esa concesión se obtuvo de Alejandro VI en la bula "Eximiae devotionis" de 16 de noviembre de 1501. Y, cuando el papa Julio II erige las primeras diócesis indianas, por los días en que muere la reina Isabel, su esposo negociará y exigirá en Roma que se le confirmen los derechos de presentación y de percepción de los diezmos y patronato sobre todos los beneficios eclesiásticos, lo cual se obtendrá en la bula "Universalis Ecclesiae" de 28 de julio de 1508¹⁴. Posteriormente se detallaría más la percepción de los diezmos, de los que la Corona se reservaba los provenientes del oro y de la plata y otorgaba a los beneficiados eclesiásticos los provenientes de los productos agropecuarios.

Las encomiendas

La institución de las encomiendas centró, como tema polémico de justicia, las controversias de políticos y moralistas. Era el tema más sensible para una conciencia cristiana y, diríamos hoy, el tema clave de la justicia social de aquellos tiempos. Por ello este tema sale al camino siempre en los estudios históricos de aquel tiempo, en las referencias jurídicas y en las controversias académicas, sin olvidar su presencia en la voz de los predicadores.

Aunque se confundan las encomiendas con los repartimientos, no van necesariamente unidas. Colón en sus primeros viajes parece que practicó la antigua costumbre de que en la guerra se podía hacer esclavos a los vencidos. Sus conquistas pusieron en sus manos a indios bárbaros que podían ser reducidos a esclavitud. Como tales, trajo a algunos a España, y hasta pensó que podrían ser objeto de un lucrativo comercio, como el que

14. Con los primeros obispos nombrados para Indias el rey hará unos asientos, detallados por Las Casas, el cual sagazmente advertirá a que nos fijemos en que se obligaban los obispos a "que ni directe ni indirecte apartará a los indios de aquello que agora hacían para el sacar oro, antes los animarán y aconsejarán que sirvan mejor que hasta aquí en el sacar del oro, diciéndoles que es para hacer la guerra a los infieles y otras cosas que vieren que pueden aprovechar para que los indios trabajen bien". *Historia de las Indias*, l. III, c. 1 y 2: 1.c. p. 173. ¡Empiezan los males de la connivencia con el poder temporal!

practicaban otros pueblos, máxime cuando se advirtió que los tesoros soñados no existían. En su tercer viaje tuvo que transigir con el rebelde Roldán, cuyos secuaces habían procedido durante su ausencia a repartirse los indios y las tierras. Este fue el inicio de los llamados repartimientos. Y es conocido que la reina Isabel reaccionó con súbita vehemencia tan pronto como se percató de que este modo de proceder no era más que una forma de esclavitud: “¿Con qué derecho, exclamó, dispone el Almirante de mis súbditos? ¿Quién es él para hacer esclavos a mis vasallos?”.

Se dispuso inmediata libertad para los indios, como consta en las Instrucciones a Ovando. Y se ordenó también que sólo era legítimo el imponer tributos a los indios como vasallos libres que eran de la corona. Además, se les podía compeler a trabajar como asalariados en las minas. Y ya sabemos el fracaso de tal política y que todo acabó permitiendo que fueran forzados a trabajar y *encomendados* a los conquistadores. Era lo que más deseaban aquellos codiciosos hombres de las huestes de Roldán y los muchos beneficiados durante el gobierno de Francisco de Bobadilla. Se procedió, pues, a las encomiendas de indios a los españoles, que podían obligarles a trabajar bajo castigos, con la sola contraprestación de mirar por su sustento y su adoctrinamiento en la fe. Esto es lo que sancionó el rey el 30 de abril de 1508, renovado luego al sucesor de Ovando, Diego de Colón, el 14 de agosto de 1509. A éste se le otorgaba poder para “que las tales personas a quienes así se les *encomendaren*, se sirvieran dellos en cierta forma e manera”. Esta es la primera vez que legalmente se expresa que los repartimientos se hacen a título de encomienda, es decir, asumiendo una institución antigua, la encomienda, que Ovando conocía bien en las órdenes militares y que se practicó algún tiempo en los beneficios eclesiásticos, pero que en la realidad del Nuevo Mundo significó el señorío sobre indios con posibilidad de obligarles a un trabajo en beneficio exclusivo del señor. La riqueza no consistía en ser dueños de campos o minas, sino en el número de indios de que se disponía para hacerles trabajar y explotarlos.

Pero ya por entonces había aflorado a la conciencia de algunas personas la duda sobre la justicia de esa institución. Recuérdense los casos de los dominicos de la Española en 1511 y la conversión del clérigo y anterior encomendadero, Las Casas, en la primavera de 1514, el cual sería el mayor impugnador de esta institución¹⁵.

15. El tema de las encomiendas ha sido ya suficientemente estudiado por buenos tratadistas e historiadores. Baste recordar la obra de SILVIO A. ZAVALA, *La encomienda indiana* (Madrid 1935); y JUAN PEREZ DE TUDELA, *Ideas jurídicas y realizaciones políticas en la historia indiana*, en "Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria" 13 (1960-61) 137-171.

Las Leyes de Indias de 1512

En la Española ya había surgido el chispazo de la discordia en el tema de las encomiendas y la consiguiente legitimidad de la presencia española. Cada una de las opiniones en liza envió sus procuradores a la Corona para representar sus respectivos puntos de vista. El rey mandó reunir una junta consultiva de miembros de su Consejo y de teólogos para dictaminar un criterio al respecto.

Las conclusiones ofrecidas por la junta eran siete. La primera, que los indios son libres y como tales deben ser tratados. La segunda, que deben ser instruidos en la fe, conforme al deseo del Papa expresado en las Bulas. La tercera, que se les puede imponer un trabajo en razón del señorío que ejerce el monarca. La cuarta, que el trabajo debe ser soportable y compatible con tiempos de ocio. La quinta, que se les facilite el acceso a la propiedad de casas y haciendas y tiempo para trabajarlas. La sexta, que se fomente el trato continuado con los pobladores españoles. Y la séptima, que perciban un salario en especie por sus trabajos. Se trata, pues, de unas normativas favorables a los indios y de carácter protector y paternalista. Son guías para una conducta justa y de buen trato, si bien, como afirmaba Las Casas, fuera de las dos primeras, "las demás van oliendo y sabiendo a la sustentación de la tiranía", pues se daba por supuesto que los españoles eran dueños naturales de los indios y sólo se preceptuaba que ese dominio se ejerciera benévolamente y con cierta compensación por los trabajos exigidos¹⁶.

La Junta pensó que con esos principios de política legislativa había terminado su misión y se negó a redactar una articulación legal sobre los mismos. Tras pedir pareceres a letrados y teólogos, el Consejo de Castilla pasó a elaborar un cuerpo legislativo que, por primera vez, sería válido para todas las Indias hasta el momento descubiertas. Su redacción se debe a la sección del Consejo con responsabilidad en Indias, los cuales, es necesario decirlo, tenían muchos intereses creados en la perduración de las encomiendas.

Las leyes se promulgaron el 27 de diciembre de 1512. Contienen un largo prólogo -que transmitió literalmente Las Casas para hacer su oportuna crítica- y las ordenanzas propiamente tales, que son 35¹⁷.

16. *Historia de las Indias*, l. III, c.8: 1.c. p. 187.

17. El prólogo lo recoge Las Casas en *Historia de Las Indias*, l. III, c. 13. El texto original de esta legislación ha estado olvidado mucho tiempo. En el año 1936 pudo ser recuperado por Rafael Altamira, quien posteriormente lo publicó: *El texto de las leyes de Burgos de 1512*, en "Revista de Historia de América" 1938, n. 4, diciembre, p. 5-79. Como él mismo advierte, "las

El núcleo de las leyes está en dos decisiones: primera, que el régimen de total libertad a los indios hace imposible la instrucción religiosa de los mismos, pues "de su natural son inclinados a ociosidad y malos vicios... y no han ninguna manera de virtud ni doctrina, y el principal estorbo que tienen para no se enmendar... es tener sus asientos y estancias tan lejos como las tienen e aportados de los lugares donde viven los españoles" (pról.). Y, segunda, que los indios deben ser obligados a la convivencia con los españoles bajo la forma de encomendados a éstos con la obligación de facilitarles casas, labranza y patrimonio en proporción al número de encomendados (ley 1). Este régimen de sociedad exige condiciones justas en el trato y en el salario: instrucción religiosa (3-12), normas laborales y de salario y vacaciones (13-15, 18-21, 26), de justa y pacífica convivencia (14-17, 22-25, 27-28) y disposiciones de buen gobierno y penas por delitos (29-35).

Estas ordenanzas significaban una aceptación del régimen de encomiendas, al menos como mal menor para obtener la inculturación y evangelización del indio. Se exige un trato en las relaciones laborales y de servicio que difícilmente tendría igual en otra legislación de aquel tiempo.

Pero los enemigos declarados de las encomiendas, representados en la corte por Antonio de Montesinos y otros religiosos, no quedaron muy satisfechos y con sus gestiones posteriores consiguieron la corrección de alguna de ellas. Nada más promulgadas las leyes, se nombró dos comisionados en la Española para que procedieran a un nuevo reparto de indios en conformidad con la nueva normativa¹⁸.

El P. Pedro de Córdoba, vicario de los religiosos dominicos en la Española se encontró, al llegar a España, con que ya habían sido promulgadas las leyes y, comprendiendo que no remediarían ninguno de los males que él y los suyos venían denunciando desde tiempo, acudió a la persona del rey para que arbitrara remedios más eficaces. Se ordenó, en consecuencia, que el Consejo y los teólogos volvieran a reunirse para buscar remedios más oportunos. En virtud de ello, se añadieron algunas nuevas disposiciones en

leyes de Burgos poseen para el historiador jurista un valor propio, mucho mayor del que hasta ahora le concedieron los autores, por considerarla, seguramente, como legislación fugaz y pronto olvidada por quienes, en España, representaron el pensamiento colonial y legislaron conforme a él" (ib., p. 67). Cf. también A. MUÑOZ OREJÓN, *Ordenanzas reales sobre los indios. Las leyes de 1512-1513*, en "Anuario de Estudios Americanos" 13 (1958) 417-471.

18. Baste recordar que, como fruto del nuevo reparto "más justo" el rey recibió en encomienda 1.400 indios; el obispo Fonseca 244; Lope de Conchillos, su leal secretario, 264; Hernández de la Vega, miembro del Consejo, 745; doña María del Toledo, 428 y Diego de Colón 250; y así sucesivamente, repartiéndose un total de 32.000 indios.

la nueva junta de Valladolid: que las mujeres casadas no sean obligadas a ejercer los mismos trabajos que sus esposos; que los niños estén libres de trabajos hasta los catorce años; que las mujeres casadas queden trabajando en la casa paterna o donde deseen; y que en los tiempos de vacaciones los indios se ocupen en trabajar en sus propias haciendas para que el ocio no los pierda. Estas Adiciones a las leyes fueron promulgadas por el rey en Valladolid el 28 de julio de 1513.

Las anteriores leyes abrieron una zanja profunda entre las dos opciones en pugna. Los responsables del Gobierno de Indias y los españoles de aquellas tierras entendieron que quedaban legitimadas para siempre las encomiendas, pues servían para premiar sus grandes trabajos por la corona y permitirles hacer fortuna. Los denunciadores de todos los males físicos y sufrimientos que acarreaban a los indios las encomiendas entendieron que las leyes producirían los mismos abusos intolerables de antes: el mal trato de los indios, su reducción a un estado de esclavitud perpetua y la destrucción y muerte de las etnias indias. Estos últimos aceptaban que los principios y finalidades de las leyes eran justas (“reglas universales o principios para juzgar de la justicia o injusticia de las leyes” es como Las Casas califica las siete proposiciones de la Junta¹⁹), pero otra cosa muy distinta era el juicio sobre las mismas normas, todas ellas inservibles para tan nobles finalidades, hasta el punto de que agriamente afirmara Las Casas que “aquellas leyes estaban fundadas en la injusticia y la tiranía y para conformación y perpetuidad del detestable repartimiento”²⁰.

II. EL DERECHO DE UN REINO EN FORMACION

Una nueva etapa de las leyes de Indias abarca desde 1516 hasta 1566. En esta segunda fecha muere Las Casas, quien había sido un debelador constante de esa legislación, y, al año siguiente, Juan de Ovando inicia la visita al Consejo de Indias, que producirá un gran giro en la legislación. En el correr de estos cincuenta años la legislación fue en aumento creciente, tanto en el Consejo de Indias como en los nuevos virreinos.

Fernando el Católico muere a comienzos de 1516 y se inicia la regencia de Cisneros. Con él daba también inicio el intento de un nuevo rumbo al gobierno de Indias, pues la crítica a las leyes de 1512 ya estaban muy extendidas. Entra en escena Bartolomé de Las Casas, quien ve una coyuntura favorable a sus tesis en el hecho de que Cisneros era muy sensible a los

19. *Historia de la Indias*, 1. III, c.9: 1.c. p. 188.

20. *Ib.*, c. 18: 1.c. p. 216.

problemas de la justicia en aquellas tierras. Se aprovechó la ocasión de que Diego Colón había sido llamado a España para rendir cuentas. Y se trazó una estrategia de gobierno que consistía en enviar a Indias a un grupo de personas imparciales y de probada honorabilidad, en este caso unos frailes jerónimos, para que allí, con plenos poderes delegados, tomaran acta de todos los problemas y buscaran las soluciones oportunas. A estos frailes, que llegaron a Santo Domingo el 20 de diciembre de 1516, les siguió Las Casas, quien había intervenido en su selección, con la función de asesorarles y de informar personalmente al regente “de todas las cosas que se hicieran y convinieren en dichas islas”²¹, misión que se transformaría en la de “procurador o Protector universal de todos los indios de las Indias”. Los frailes recibieron una instrucción detallada sobre su cometido y líneas de actuación (18 de septiembre de 1516). En estas instrucciones ya hay correcciones a las leyes de 1512, pero, además, su mismo poder dejaba en suspenso aquellas leyes, pues podían retocarlas a su arbitrio.

Pero la misma situación de aquel mundo se transformó radicalmente durante estos años y hacía inútil casi toda la política legislativa anterior. Son los años de las grandes conquistas de vastísimos imperios: expedición de Grijalva al Yucatán (1518), de Hernán Cortés (1519) y conquista de México, de Alvarado (1525), exploraciones de la costa del Pacífico, conquista del Perú (1533), expedición posterior de Almagro (1535) y exploración y fundaciones en Río de la Plata (1515). Todo ello trajo consigo el dominio de un extensísimo imperio, para el que no servían las leyes redactadas con miras sólo a las Antillas.

En la consiguiente controversia doctrinal surgen problemas nuevos que incidirán en las leyes: la legitimidad de las conquistas, los derechos a dominar las nuevas tierras y explotar sus habitantes y el justificar la expropiación de las riquezas de los naturales por los españoles.

Por otra parte, es el momento en que se inician las grandes instituciones del gobierno de las Indias. La Casa de Contratación instalada en Sevilla (1503) es remodelada para hacer frente al auge del transporte y de viajes a las Indias en 1539. La obra legislativa, hasta entonces en manos del capellán de la reina Isabel, Juan Rodríguez de Fonseca y, luego, secretario para Indias de Don Fernando, pasó a estar en manos del nuevo Consejo Real y Supremo de las Indias a partir de agosto de 1524. Su primer reglamento interno se redactará en 1542²².

21. *Historia...*, 1. III, c. 90.

22. Cf. *El Consejo de Indias en el siglo XVI*. Universidad de Valladolid 1970; y E. SCHAFFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias* (Sevilla 1935).

Nueva política para nuevos territorios de la Corona

Posiblemente el rey o sus consejeros quisieron aprovechar la ocasión de solicitárseles nuevos descubrimientos y conquistas desde 1522, para emprender una nueva política y deshacerse de los colonos y gobernantes ya establecidos en las Antillas y Tierra Firme que tantos problemas insolubles les habían creado.

Las Instrucciones a Hernán Cortés de 26 de junio de 1523 en Valladolid tenían un nuevo cariz, distinto a las leyes de 1512, pues prohibían el repartimiento de indios y las encomiendas taxativamente y no como disposición libre para los gobernantes, como había sido hasta ahora²³. La ley ordena que a los indios “les dejéis vivir libremente como los vasallos viven en nuestros reinos de Castilla”. Y algo similar encontramos en las Ordenanzas de Toledo de 4 de diciembre de 1528 al Presidente y Oidores de la Audiencia de México. Por su parte, a Pizarro y Almagro se les da una Real Cédula en 1530, donde se manda respetar la libertad de los naturales.

Otra vía decisiva para la reforma y actualización legal fue la reforma del Consejo de Indias. Este había sido organizado en 1524, cuando adquirió plena autonomía institucional y distinta del Consejo de Castilla, del que hasta entonces había formado parte. De momento, lo presidió el obispo Fonseca, pero falleció a los pocos meses. El nuevo presidente era Fr. García de Loaysa, religioso de gran prestigio intelectual y de gobierno, pues había sido Maestro General de la Orden Dominicana. El nuevo nombramiento animó a los religiosos que nunca habían estado conformes con la legislación relativa a las encomiendas y ahora pensaban que tendrían un buen valedor. El Consejo se reunió en Granada para tratar el tema de la justicia de las guerras de conquista. Aunque no tengamos actas de aquella junta, allí se dictó una provisión, el 27 de noviembre de 1526, que contiene doce ordenanzas. Manifiesta una toma de conciencia de las injusticias cometidas por los conquistadores y suspende las conquistas hasta que se dé con una forma más apta de convivencia con los indios, pero sin que ello signifique suspender las penetraciones en nuevas tierras, las cuales deberán hacerse con mucha cautela y atención a no dañar las personas de los indios. Se prohíbe hacer esclavos, forzar a los indios a trabajar en las minas y se prescribe que las encomiendas procedan respetando la condición libre del indio. Se reitera la exigencia de cumplir los Requerimientos y se encomienda a los clérigos

23. Cf. R. ALTAMIRA, *Colección de textos para el estudio de la Historia y de las Instituciones de América*, t. V: Documentos primitivos, cap. XXII.

que acompañan a los conquistadores que velen por el cumplimiento de las nuevas normas²⁴.

Esta provisión será el modelo a que se ajustarán las capitulaciones otorgadas en los años siguientes. No se prohíbe la encomienda, como era la reclamación de la postura ética intransigente, pero se la cambia de significado, esperando que también se acabarán cambiando los comportamientos de los encomenderos: “para que vivan en policía (los indios) conviene y es necesario que se encomienden a los cristianos para que se sirvan dellos como de personas libres que los dichos religiosos o clérigos los puedan encomendar” (XI). De nuevo se manifiesta la voluntad de hallar fórmulas jurídicas que permitan compaginar la libertad de los indios y el estar encomendados a los españoles, es decir, aquello mismo que los impugnadores de las encomiendas juzgaban incompatible.

Las Nuevas Leyes

Hacia 1540 el ambiente del gobierno de las Indias vuelve a estar revuelto. De aquellas tierras había retornado Las Casas con nuevos bríos para luchar por sus ideas. Francisco de Vitoria había iniciado sus planteamientos académicos que cuestionaban las anteriores razones jurídicas para el dominio de las tierras. Y el rey cumpliría pronto su visita al Consejo de Indias para corregir defectos denunciados en las Cortes de Valladolid, en consecuencia de la cual resultarían sancionados los consejeros Beltrán y Suárez de Carvajal.

Para poner remedio a los males persistentes en las Indias se convocó una junta, cuyas deliberaciones duraron de mayo a noviembre de 1542²⁵. El resultado fue la promulgación de 39 leyes con el título de Ordenanzas, que fueron suscritas por el emperador en Barcelona, el 20 de noviembre de 1542. Se trataba de unas reales provisiones y se publicaron bajo el rótulo de “Leyes y Ordenanças nuevamente hechas por su Magestad...”.

24. Cf. FRANCISCO MORALES PADRON, *Teoría y leyes de la conquista* (Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1979) p. 374-379; y *La ética en la conquista de América* (Corpus Hispanorum de Pace, v. XXV) (Madrid, CSIC, 1984).

25. Su presidente era el Cardenal Loaysa y estaba integrada por el presidente de la Real Chancillería de Valladolid, Sebastián Ramírez de Fuenleal, obispo con larga experiencia en los asuntos indianos, don Juan de Zúñiga, comendador mayor de Castilla, Francisco de Cobos, García Manrique, los doctores Hernando de Guevara, Juan de Figueroa, Mercado, Jacobo González y, por parte del Consejo de Indias, Bernal, Velázquez, Salmerón y Gregorio López. Las reuniones tuvieron lugar en Valladolid y en alguna de ellas estuvo presente el monarca.

Los principales temas abordados eran: reestructuración del Consejo de Indias (1-9), creación del virreinato del Perú y de dos nuevas Audiencias (Lima y Confines) y supresión de la de Guatemala (10-19), trato debido a los indígenas (20-33), disposiciones para realizar los descubrimientos (34-38) y reforma del sistema tributario (39). Las más conflictivas fueron las referentes al régimen de encomiendas, en las cuales se procedía con un rigor extremo y con la voluntad de hacerlas desaparecer. Se traspasan a la Corona todas las encomiendas que tenían los virreyes, gobernadores, obispos, monasterios, etc. y las Audiencias podrán desposeer en adelante a cualquiera como castigo. En lo sucesivo no habrá más encomiendas y las que vaquen se devolverán a la Corona. En sustitución de este régimen, se crea un régimen de tributos a satisfacer por los nativos, de los cuales se exime a las Antillas para así favorecer su crecimiento demográfico.

Quienes habían promovido esta avanzada legislación, entre ellos Las Casas, quien siguió de cerca los pasos de su elaboración, volvieron a reclamar contra algunos aspectos en los que les parecía que la ley quedaba todavía corta, como eran los referentes a los tributos, a la prohibición de las guerras de conquista y a la liberación inmediata de los indígenas, así como su petición de imponer un escarmiento ejemplar a quienes habían maltratado a los indios. El Consejo volvió a reunirse en Valladolid al año siguiente para tratar estas propuestas y dictó una Real Orden firmada por el Príncipe el 4 de junio de 1543, como declaración complementaria. Constaba de 6 nuevas disposiciones, en las que se provee a situaciones particulares y se detalla algo lo referente a los tributos imponibles a los indios "de modo que sean menos que lo que solían pagar en tiempo de los caçiques y señores que los tenían antes de venir a nuestra obediencia" (42) y que a nadie se le imponga tributo que no sea tasado por la Audiencia (44). Es decir, de nuevo se denegaban las pretensiones de la posición rígida²⁶.

Las Leyes se promulgaron en Sevilla y en las provincias y reinos de las Indias con amplia resonancia, como era la voluntad del rey. Pero el asombro y la consternación cundieron por todas partes: las autoridades eran desposeídas de las encomiendas; los encomenderos no podían dejarlas en herencia a sus descendientes ni tampoco permutarlas; ningún conquistador podría en adelante soñar con ese premio.

26. El texto puede verse en F. MORALES PADRON, *Teoría y leyes de la conquista* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1979) p. 428 ss; cf. ANTONIO MURO OREJON, *Las Nuevas Leyes de 1542-1543*. Edición, estudio y notas de... (Sevilla 1961). Sobre estas leyes cf. ISACIO PEREZ FERNANDEZ, *Fr. Bartolomé de Las Casas en torno a las "Leyes Nuevas de Indias"*, en "Ciencia Tomista" 102 (1975) 379-457; y *Primera edición desconocida de las "Leyes Nuevas" de 1542, promovidas por Fr. Bartolomé de Las Casas*, en "Studium" 25 (1985) 399-422.

El emperador convoca una junta para reconsiderar el asunto, ante la cual se leyeron amplios informes de procuradores, cabildos, órdenes religiosas - dominicos, franciscanos y agustinos de Nueva España-, que se mostraban favorables a las encomiendas para conseguir la pacificación y obtener el progreso en la instrucción y evangelización de los indios, sin olvidar, por supuesto, lo muy rentables que resultaban para la Corona, por entonces muy necesitada de réntas para financiar las guerras. Si se cumplían las leyes, -era la amenaza solapada-, todos los españoles abandonarían aquellas tierras y con ello se daría fin a la misión cultural y religiosa.

Las conclusiones de esta Junta se enviaron al emperador en Alemania y el 20 de octubre de 1545, revocó la ley que prohibía a los gobernadores conceder encomiendas y poder heredarlas (ley 30). Así consta en tres Reales Provisiones. Más tarde, en febrero de 1546, también se revocaba la determinación de sustraer las encomiendas por malos tratos a los indios, la no perpetuidad de las encomiendas, así como la privación de encomiendas que se había hecho a pizarristas y almagristas. Por tanto, se anulaba cuanto de revolucionario y de exigencias radicales había en aquellas leyes.

Por entonces el debate político y académico se había ampliado a dos nuevos temas no totalmente explicitados antes: la legitimidad del dominio político de los españoles y la justicia de las guerras de conquista. Para ambos temas no existía más apoyo doctrinal que la concesión del dominio político derivado de las bulas alejandrinas. Pero, por aquellas fechas, ya estaba cuestionado el valor de las bulas y se había aceptado un concepto de guerra justa identificado con el de guerra defensiva, la cual no era compatible evidentemente con las guerras de conquista. También estos debates y reclamaciones llegaron al emperador y exigían nuevas determinaciones.

Este problema ya se presentó en una decisión de la Junta Eclesiástica de México en 1546, convocada por el revuelo armado al hacerse público el Confesionario de Las Casas²⁷.

El 29 de abril de 1549 se expide una Real Cédula a la Chancillería de Nueva España mandando que “ahora ni de aquí en adelante ninguno de vosotros entendáis en armadas ni descubrimientos”, a la cual sigue otra, del 22 de mayo, a la Chancillería del Perú con igual significado. El Consejo de Indias interviene solicitando del emperador una junta para discutir “sobre

27. Cf. PEDRO BORGES, *Posturas de los misioneros ante la duda indiana*, en *La ética en la conquista de América*, p. 597-630. Pero, a nivel del derecho de la Corona, lo significativo son algunos documentos que datan de 1549. Cf. J. GONZALEZ, *La Junta de Valladolid convocada por el emperador*, en *La ética en la conquista...*, 1.c., p. 208-215.

la manera como se hiciesen estas conquistas justamente y con seguridad de conciencia”.

Es conocido que en julio de 1550 se convocó una junta para dirimir una controversia sobre este punto entre dos posturas encontradas: la de Las Casas y la de Ginés de Sepúlveda. La reunión se celebró a fines de verano de 1550 y en los meses de abril y mayo de 1551 en Valladolid²⁸.

Entre la abundante legislación que se produce durante estos años en torno al mismo tema, debemos resaltar la Real Cédula que se envía en 1556 al virrey del Perú, Marqués de Cañete. Consta de un preámbulo y 21 ordenanzas, en las cuales se revoca la anterior prohibición de hacer entradas (1551) y se autorizan de nuevo las guerras, si los indios obstaculizan la predicación evangélica, aunque poniendo por delante la política de amistad y buena convivencia con las nuevas poblaciones de indios. Se insinúa allí también una política de poblamiento pacífico y amistoso con los indios²⁹.

III. EL DERECHO DE UN NUEVO REINO DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA

Una tercera fase puede abarcar de 1566 a 1596, como fecha simbólica, pues es el año de la edición del Cedulaario Indiano de Diego de Encinas y dos años después fallecía el rey Felipe II, quien tanto contribuyó a configurar una nueva política de las Indias. Durante este período, la legislación indiana obtuvo gran autonomía de contenidos frente a la legislación castellana por sus propias fuentes jurisdiccionales y gubernativas, iniciándose así la realidad de un derecho indiano.

Felipe II había decidido, desde los inicios de su reinado, prestar una atención inmediata a los problemas de Indias, debido a su convicción de que constituían una parte fundamental en su reino. Para ello despachó comisarios y encargados de referirle todos los problemas de cada región y proponerle soluciones aptas. A ello se añadieron importantes éxitos en la obra de pacificación, como fue la paz de Ocabamba, pactada con el reino del último

28. Estas reuniones, de las que no se han conservado las actas pero sí los escritos alegados por los contendientes, han sido ya abundantemente estudiadas. Pero no todos están concordes acerca de la eficacia que obtuvo para cambiar la política regia y la legislación futura. Véase entre otros trabajos: JAIME GONZÁLEZ, *La Junta de Valladolid convocada por el emperador*, l.c., p. 199-217; y VIDAL ABRIL, *Bipolarización Sepúlveda-Las Casas y sus consecuencias*, ib., p. 229-288.

29. Sobre el desarrollo de las leyes de 1542 en Cédulas, Instrucciones, Ordenanzas, etc., hay una lista detallada y ordenada cronológicamente y por materias en JUAN DE LA PEÑA, *De bello contra insulanos* (Madrid, CSIC, 1982) t. I, p. 123 ss y t. II, p. 533-35.

inca en Vilcabamba. Las doctrinas enseñadas en las universidades acerca de la justicia en las Indias ya adquirieron rango de teorías ampliamente compartidas, incluso en las nuevas universidades americanas, por aquellos que Luciano Pereña llama pensadores de la segunda generación (1560-1585). Las Casas había fallecido, dejando como testamento el mensaje de los dos grandes reivindicaciones por las que había luchado toda su vida: la abolición de las encomiendas y la injusticia de toda guerra de conquista³⁰.

Para llevar a cabo el “viraje político” (M. Hernández Sánchez-Barba), el rey convoca en Madrid una junta, que, en relación íntima con el Consejo de Indias, haga una exposición global de problemas y remedios posibles en Indias. Se reúne en 1568 y participan Juan de Ovando, quien sería una importante pieza en las nuevas reformas, y el virrey del Perú, don Francisco de Toledo. Fue una labor con variedad de comisiones y propuestas y una casi exhaustiva agenda de temas indianos. Entre ellos, destacaba el referente al Patronato Regio, con todo lo que éste conllevaba: el gobierno espiritual, creación de obispados, establecimiento de la Inquisición y reforma de la regulación de los diezmos. Un segundo tipo de cuestiones se refería a la organización económica de la producción agraria y minera y al comercio con España. Y un tercer grupo lo constituía la normativa de los virreinos y las audiencias.

Sobre este tercer grupo de cuestiones, se intentó unificar y renovar la amplia legislación dispersa hasta entonces. Se encargó de ello a Juan de Ovando, quien había advertido durante su visita al Consejo de Indias que ni siquiera los consejeros conocían los detalles de la legislación. En su intención estaba que las materias se articularían en torno a siete partes o cuestiones: el gobierno espiritual, el gobierno temporal, la jurisdicción, la organización de la sociedad española, la de los indios, la hacienda y la contratación. Recibió el nombre de Copulata de Leyes de Indias, pero no llegó a puerto final todo su trabajo. El libro I sobre la organización eclesiástica no fue del agrado ni de la curia pontificia ni de la real y la obra fracasó antes de estar acabada. Al morir Ovando, se abandonó definitivamente el proyecto (1575).

Tras su visita al Consejo de Indias por mandato del rey, Juan de Ovando fue designado presidente del Consejo de Indias. Desde su nuevo cargo se convirtió en centro de cumplimiento de la política del rey. Empezó

30. En un Memorial al Rey pocos meses antes de su muerte reitera lo siguiente: "las dos especies de tiranía con que hemos asolado aquellas tan innumerables repúblicas son: la una, nuestra primera entrada que llamaron conquista de aquellos reinos...; la otra, y es la tiránica gobernación... a que pusieron por nombre repartimiento o encomiendas": BAE v. 110, p. 536.

reestructurando el funcionamiento del Consejo de Indias para hacerlo más adaptado a la nueva política mediante las Ordenanzas del Consejo de Indias (25 de septiembre de 1571).

Otro paso legislativo importante fue el relativo a la reglamentación de los descubrimientos. En el capítulo referente al gobierno temporal de las Indias había una sección dedicada a este problema. Como urgía legislar esta materia, pues las controversias seguían vivas y, por otra parte, se contaba con solicitudes de nuevas conquistas, se entresacó este material de los estudios preparatorios y con él se compusieron las nuevas "Ordenanzas de descubrimiento, nueva población y pacificación", que, una vez presentadas al Consejo, fueron promulgadas por Felipe II el 13 de julio de 1573 y son conocidas como Ordenanzas Ovandinas.

Estas ordenanzas constan de 148 capítulos y es un cuerpo completo sobre la materia. Tiene tres secciones: la primera cubre todo lo referente a descubrimientos por tierra o por mar (1-31); la segunda ordena el modo de fundar nuevas ciudades (32-137) y la tercera trata la pacificación de los territorios (138-148)³¹. Ovando se sirvió para esta legislación de las Instrucciones al virrey Cañete (1556). La primera sección las sigue muy de cerca. En cambio, la segunda y tercera son ampliación y disposiciones nuevas.

Lo más significativo de estas nuevas ordenanzas es la desaparición definitiva del término "conquistas": "los descubrimientos no se den con título y nombre de conquistas, pues habiéndose de hacer con tanta paz y caridad como deseamos, no queremos que el nombre de ocasión ni color para que se puedan hacer fuerza ni agravio a los indios" (29). Ya vimos que la Provisión de Granada (1526) no prohibía la guerra contra los indios, aunque sí daba preferencia a toda forma de encuentros pacíficos y se ponían muchas condiciones para "hacerles la guerra, e hacer en ella aquello que los derechos de nuestra sancta fe e religión cristiana permiten, e non en otra manera, ni en otro caso alguno". En la presente legislación la conquista es sustituida por "pacificación"³².

31. Pueden verse estas ordenanzas en F. MORALES PADRON, *Teoría y leyes...*, p. 489-518.

32. Por estas fechas ya los teólogos y juristas habían dejado en claro la no procedencia de las guerras ofensivas. Con esta determinación se daba la razón, aunque fuera después de muerto, a Las Casas. El había escrito: "llamar conquista y poner debajo de su yugo y servidumbre las gentes... por la ignorancia y ceguedad de los del Consejo... destos vocablos se usó muchos años en el Consejo de Indias, en tanto que duró la ceguedad suya susodicha". *Historia de las Indias*, 1. III, c. 124: 1.c. p. 475.

Los nuevos criterios para obtener la pacificación procedían en este orden: asentamiento de la población española; entrada en contacto pacífico con los indios solicitando la sumisión al emperador y aceptación de la fe; establecimiento de rescates o trueque de mercancías; explicación del poder del monarca y su genuina finalidad; repartimiento de los pobladores "con el consentimiento de los señores naturales" (144); imposición de tributos "en reconocimiento del señorío y jurisdicción universal que tenemos sobre las Indias" (145) y creación de pueblos de indios con sus correspondientes iglesias para que "vivan en policía" (148). Donde los indios no aceptaren esta convivencia pacífica, se procurará que los predicadores o intérpretes u otros indios ya pacificados entren en amistad con ellos y les expliquen la razón de su presencia, sin intervención de las tropas (143).

Estamos, pues, ante una legislación que ha superado todo lo referente a las guerras de conquista y en la que las actuaciones bélicas quedan reducidas a casos de extrema necesidad defensiva. Claro está que para entonces ya había dado fin la época de las conquistas y todos los territorios estaban sometidos al dominio español, excepto pequeñas tribus dispersas o inaccesibles y el caso pendiente de los araucanos de Chile. No obstante, todavía se practicaban en algunos lugares las llamadas "rancherías" de indios que cobraban a buen precio sus trabajos³³.

En los supuestos de las Ordenanzas de 1573 sigue todavía presente la doctrina del emperador como señor natural de los pueblos descubiertos, de modo que los descubridores "tomen posesión en nuestro nombre de todas las tierras, de las provincias y partes adonde llegaren" (13).

Un texto significativo de la política de Felipe II en las Indias lo constituyen, por estas mismas fechas, las Instrucciones dadas al nuevo virrey de Perú, D. Francisco de Toledo, y las Ordenanzas del mismo durante el ejercicio de su virreinato (1571-1581)³⁴.

Las Ordenanzas Ovandinas son un testigo excepcional de la nueva política de la monarquía. Su reorganización del Consejo de Indias lo convierte en pieza fundamental del gobierno e instrumento eficaz de la política centralizadora del monarca. En él se centran todas las funciones

33. La Recopilación de 1680 no hará más que recoger estas mismas disposiciones en el título I, libro IV (los descubrimientos), en el título II, libro IV (descubrimientos por mar), título III, libro IV (descubrimientos por tierra) y título IV, libro III (prohibición de guerras de conquistas).

34. Véase una lista de estos documentos informativos y legislativos de la monarquía en las Indias en JOSE DE ACOSTA, *De procuranda indorum salute* (Madrid, CSIC, 1984) p. 621-627.

ejecutivas y legislativas de las Indias y estaba integrado por un presidente, varios consejeros, todos ellos letrados y casi siempre eclesiásticos, un fiscal, un cosmógrafo y un cronista.

El oficio de gobernador, que en los primeros años de la conquista había asumido todo el poder judicial y militar, fue pronto traspasado a un gobierno colegial, cual eran las Audiencias. La primera, la de Santo Domingo, fue creada en 1511 y, después, la de Nueva España (1529), Panamá (1538) y Lima y Guatemala. Pensadas para una forma de gobierno más consultivo y colegiado, alguna de ellas fue desastrosa, como la primera Audiencia de Nueva España de Nuño de Guzmán, pero en general fueron instrumento de una justicia más realista y ecuánime. No obstante, pronto se vio la necesidad de personificar la plenitud de la autoridad del monarca en una autoridad con plenos poderes. Para ello se acudió a la institución de los virreyes, tal como la monarquía los tenía en Valencia o Nápoles. La función del virrey asumía las de gobernador, capitán general y presidente de la Audiencia de su capital. Como estas funciones eran también legislativas, se convirtió en el germen de un derecho autóctono indiano.

Pero todo este cuerpo gubernativo y legislativo estaba animado por el poder eclesiástico, que representaba el objetivo primario y justificante de toda la obra de conquista y dominio de aquellas tierras: la evangelización e incorporación a la cristiandad presidida por el monarca.

La fe católica se convirtió en la médula espinal de aquella monarquía y todas las instituciones y objetivos políticos estaban matizados por el concepto de cristiandad. A finales del siglo XVI y en la mente del monarca, estaba presente que todos los indios eran vasallos de la corona española y que la presencia de españoles allí y su dominio estaban fundamentados en la empresa político-eclesiástica de llevar la fe a nuevos pueblos. También aquellos que, como Las Casas, Vitoria o Juan de Acosta, habían propugnado que las bulas alejandrinas sólo otorgaban un poder misional, pues los indios tenían una sociedad política de derecho natural y eran señores de sus tierras, sin embargo, admitían un alto dominio de la Corona en razón de la empresa cristianizadora que tenía delegada.

Esta responsabilidad asumida por la Corona española conllevaba así mismo un poder eclesiástico. Todo esto se configuró como un Patronato Regio, que ponía en manos del rey una enorme discrecionalidad en asuntos internos de la Iglesia, casi similares a los del Papa. Felipe II obtuvo también la constitución de un Patriarcado de Indias, el cual representaría en el régimen eclesial, las prerrogativas temporales otorgadas al monarca. Este poder delegado entró en conflicto con la política y las ideas de la Curia Romana cuando posteriormente se creó la Congregación de Propaganda Fidei

en 1623, pero en aquellos tiempos era imposible que la Iglesia hubiera puesto a disposición de la obra evangelizadora del Nuevo Mundo tantos recursos y medios como puso la Corona Española al asumir el Patronato de las Indias.

Pues bien, este tipo de organización política, legislativa y eclesial fue la osamenta de la Monarquía Católica configurada por Felipe II y el tipo de cristiandad que se implantó en América. Todo ello había quedado delineado en la década de los setenta del siglo XVI. Y con estos instrumentos legales y administrativos se llevó a cabo la inigual empresa histórica de implantar la fe en un continente entero, que casi duplicaba numéricamente el resto de la cristiandad de aquellos tiempos, y la creación de una cultura que era mezcla de dos mundos, por completo ajenos entre sí hasta entonces y cuyo encuentro fue origen de infinitos sufrimientos, heroicidades y también injusticias y tiranías.

Para un concepto de "guerra" de una filosofía de la "paz". Actualidad del pensamiento de Vitoria

Por ALFREDO CRUZ PRADOS

Navarra

1. Concepto de guerra y primacía de la paz

Es probable que ninguna época de la historia haya apreciado tanto la paz y aborrecido tanto la guerra como la nuestra. A la extensión e intensidad de esta actitud -respecto de la cual, los movimientos pacifistas no son sino la punta del iceberg- han colaborado diversos factores: entre otros, la confianza en las capacidades de los organismos internacionales, y la pérdida del aparato estético que solía revestir a lo bélico. Pero muy probablemente, el factor más decisivo ha sido la nueva dimensión de destrucción que la guerra ha alcanzado en nuestros días. En consecuencia, el temor a esa violencia sin límite, el horror al horror de la guerra, puede estar siendo el motivo fundamental de nuestro amor a la paz. Y es importante reparar en esto, pues las posibilidades del futuro no dependen sólo del sentimiento actual, sino también -y quizá primordialmente- del concepto de guerra y de paz que estén actuando en ese sentimiento. No basta, pues con reconocer esa actitud antibelicista y felicitarse por ella; es necesario analizarla, y extraer cómo aparecen entendidas la guerra y la paz en la configuración de tal actitud, pues es posible que esos conceptos propicien, paradójicamente, lo contrario de lo que el sentimiento anhela.

Efectivamente, esto es lo que parece ocurrir. El miedo a la guerra está actuando como la causa principal del amor a la paz. Esto significa, como ha señalado Sergio Cotta, que el desvalor de la guerra está siendo la justificación fundamental del valor de la paz (COTTA, 1989, p. 19). El concepto de paz que está aquí presente es, por lo tanto, un concepto meramente negativo; la paz es simplemente la negación de la guerra. Pero la reducción de la paz a simple no guerra implica necesariamente, como correlativa, la reducción de la guerra a mera violencia, entendida ésta como pura acción de

fuera. Esta doble reducción configura un modo de pensamiento que, aunque se enarbole en favor de la paz, lleva en realidad a dar primacía a la guerra sobre la paz. Esta primacía es triple: semántica, en cuanto que el significado de la paz es sólo la negación del de la guerra; experiencial o existencial, pues es la guerra lo que aparece bajo el signo de la acción, de la energía, con mayor fuerza vivencial por tanto que la paz, que queda caracterizada por lo contrario; y por último, ontológica, pues la guerra posee aquí mayor originariedad que la paz. En este modo de pensar, la realidad se presenta como primigeniamente conflictiva. La guerra constituiría lo natural originario y espontáneo; mientras que la paz sería lo mediato, artificial y superpuesto. La guerra -como también apunta Cotta- pertenecería al plano del ser, y la paz, en cuanto lo deliberado y artificial, al plano del valor.

Estos presupuestos, y la consiguiente primacía de la guerra, están presentes -explícita o implícitamente- en la mayoría de las filosofías modernas. Estas filosofías, que podemos denominar "conflictivistas", pueden ser agrupadas en tres grandes líneas: a) biologicista-vitalista; b) mecanicista-utilitariasta; c) dialéctico-historicista. En la primera, podemos mencionar, por ejemplo, a Freud. En la segunda, se encuentra Hobbes. Representante máximo de la tercera es sin duda Hegel.

A pesar de sus diferencias, todas ellas conducen al establecimiento de la primacía de la guerra. Para Freud, la guerra es "una cosa bastante natural, profundamente biológica y prácticamente inevitable" (EBENSTEIN, 1965, p. 1.053). Para el pensamiento vitalista, la lucha y la violencia pueden representar la dinámica por la cual la realidad misma -la vida- se supera a sí misma, y extrae de sí sus mejores posibilidades. Así, para Nietzsche, la destrucción es la condición misma de la creación, y Ortega habla de la "sana barbarie" del hombre guerrero. Por otra parte, para Hobbes, la guerra sería lo único natural, inevitable y permanente entre los Estados, pues éstos, en sus relaciones recíprocas, se encuentran en condición de pura naturaleza. Y para Hegel, la guerra representa una sacudida saludable, que revitaliza la colectividad, que despierta y despliega su vigor, que conserva su salud ética y refuerza su cohesión, reprimiendo el surgimiento de inclinaciones particularistas y disgregantes. "Al igual que el movimiento del viento, protege a los lagos de ser corrompidos por una calma duradera, así los pueblos lo serían por una paz prolongada e incluso eterna" (Filosofía del Derecho, 324). El conflicto conserva la salud colectiva porque ya antes ha sido la causa de la constitución de la misma unidad colectiva, pues es mediante la generación de antagonismo como se constituye, a partir de la universalidad indiferenciada, la identidad concreta y particular. Como ha señalado Rafael Alvira, "en el siglo XIX, con la entrada del pensamiento dialéctico, entran también las ideas belicistas" (ALVIRA, 1988, p. 195).

El derrocamiento de esta primacía de la guerra es una tarea filosófica. El verdadero servicio a la causa de la paz no queda satisfecho con cualquier tipo de adversión a la guerra, sino sólo por aquel sentimiento que se fundamente e inspire en un concepto de guerra que pertenezca a una filosofía que otorgue el peso específico a la paz. Conseguir esto último implica eliminar la dependencia semántica de la paz respecto de la guerra, eliminar por tanto la reducción de la paz a no-guerra y, asimismo, la reducción de la guerra a pura violencia. En el fondo, se necesita una antropología que permita la supremacía semántica y existencial de la paz, que dé a ésta un contenido positivo, específico y originario, no derivado y negativo respecto del de la guerra. Esa antropología será la que conciba al hombre como un ser esencialmente personal, es decir, coexistencial, abierto, relacional, dialógico; un ser cuyo vivir es siempre un vivir con y para otro. Desde semejante concepción de la realidad humana, la paz aparecerá indudablemente como su condición originaria, como lo que pertenece y es expresión de su ser radical. "En cuanto es relacional, el ser es paz" (COTTA, 1989, p. 117).

Esta antropología llenará de contenido positivo a la paz, pero también dotará de sentido a la guerra. Téngase en cuenta que esas dos reducciones - la de la paz a no-guerra y la de la guerra a pura violencia- se implica mutuamente y no es posible eliminar una sin eliminar también la otra. La definición -fáctica, descriptiva- de la paz como no-violencia procede de la igual definición -fáctica y descriptiva- de la guerra como pura violencia. Ese tipo de definición no nos muestra más que dos situaciones fácticas, dos simples hechos, desnudos de sentido, respecto de los cuales, toda elección resulta subjetiva. Ese modo de definir no justifica suficientemente la preferencia por una de las dos situaciones, y elimina todo fundamento objetivo para realizar una crítica de la guerra. La paz que constituye un bien frente a la guerra es la "paz vital", no la "paz letal" (ALVIRA, 1988, P. 196); es la paz que recibe su vida de la justicia: "opus iustitiae pax" (Isaías). No se trata por tanto de una simple situación de hecho, sino de un orden de vida que contiene una razón de justicia. Esta razón y los bienes que ella sostiene y ordena pueden, efectivamente, convertirse en causa de guerra; pero, al mismo tiempo, sólo ellos pueden poner límites a su violencia. Sólo si existe un contenido positivo, un verdadero patrimonio común, la guerra puede ser realmente controlada. De lo contrario, se hace verdad la idea de Clausewitz de que la guerra es sólo la colisión de dos fuerzas opuestas, "sin que existan otras barreras que las de los contrapesos inherentes": no hay en juego ninguna cuestión de justicia pues se trata de un fenómeno puramente físico. No es casualidad que esta guerra, así entendida, sea la "prosecución de la política por otros medios", pues esa concepción de la guerra -como puro hecho de fuerza- acaba arrastrando a la paz -a la política- a una concepción semejante: como conflicto de fuerzas también; y vuelve a dar la

primacía a la guerra, pues viene a decir que, en el fondo, lo único real y permanente es la lucha.

2. “Comprender” la guerra para racionalizarla

Hay autores (ver, por ejemplo, RUIZ MIGUEL, 1988, p. 49 y ss.) que intenta evitar lo que llaman una “definición valorativa” de la paz, pues piensan que atribuir a la paz valores más allá de la simple no-violencia sería perjudicial para ella misma. Esos requisitos exigirían un acuerdo unánime sobre ellos, y de no darse, podrían convertirse en motivo de guerra. Además, se haría discutible qué sea la paz misma, es decir, podría considerarse no pacífica una situación que tampoco fuera bélica. Pero reduciendo las señas de la paz a la simple no-violencia, no se evita en realidad la valoración. Lo que se hace es establecer la mera existencia fáctica como valor supremo, poniendo en peligro los demás, y suponiendo que tal juicio de valor goza de unanimidad.

Ni para la paz ni para la guerra cabe distinguir entre concepto y justificación, pues todo concepto acabado incluye el fin de lo que se define, y el fin es la fuente de justificación. Esto es así a menos que entendamos la racionalidad como meramente instrumental. Los conceptos de la paz y de la guerra son correlativos, por lo que para dar un sentido positivo a la paz y evitar la primacía de la guerra, es necesario eliminar también la reducción de la guerra a simple violencia. Esto contradice la actitud de algunos que pretenden enfatizar el valor de la paz a base de desvalorizar absolutamente la guerra. Este espíritu supuestamente pacifista lleva a afirmar que “siempre es mejor la paz que cualquier guerra justa” (TEICHMAN, 1986, p. 62). Para quienes así piensan, la guerra es algo absolutamente horrible y monstruoso, un puro mal del que no cabe moderación alguna, algo que se sitúa más allá de todo derecho y de toda razón. Por tanto, carece de sentido todo intento de entenderla y racionalizarla -es más, es visto como un posible y peligroso cómplice-; el único esfuerzo legítimo es el que vaya encaminado a eliminarla y condenarla por completo.

Pero aunque a primera vista parezca comprensible y atractiva esta posición, en el fondo hace un flaco servicio a la causa de la paz. Mientras la guerra siga siendo una posibilidad real -y esta posibilidad no sólo no ha sido eliminada, sino que parece dudoso que pueda llegar a serlo-, la pretensión de condenarla por completo, sin reconocer ninguna forma de racionalización, renunciando a toda justificación y limitación de ella, puede llevar a las más terribles formas de guerra. Si la guerra es algo ajeno por completo a la razón, quedará abandonada al libre dictado de su propia dinámica destructiva. Si carece de toda virtualidad jurídica, será pura fuerza

que, como tal, sólo responderá a la ley de la fuerza: en la guerra, si la razón no existe, todo está permitido. No hemos de olvidar que, aunque el propósito de abolir la guerra es sin duda loable y obligado, su objetivo carece de la practicabilidad suficiente como para desdeñar la racionalización de la guerra.

Es necesario, por tanto, mantener la guerra en el interior del campo de acción de la razón, lo cual significa reconocer la posible racionalidad de aquélla. La guerra no puede ser pura violencia si queremos que la paz no sea la mera negación de ella. No toda utilización de la fuerza es violencia. Sólo cuando la fuerza se aplica en contra del fin propio de una realidad, se ejerce violencia. Pero la fuerza puede utilizarse también para salvar ese fin o para recuperarlo: su uso puede tener un valor terapéutico o restaurativo (ALVIRA, 1988, p. 192). La guerra, como ejercicio de la fuerza, puede tener ese valor, y por tanto, no es sin más pura violencia. De este modo, la guerra puede participar de la razón que reside en la paz, y ambos no se definen como extremos de una contradicción. La intención restaurativa sólo puede referirse a alguna cualidad que constituya parte del contenido positivo de la paz, por lo que ésta aparece con mayor peso específico que la guerra. La primacía corresponde ahora a la paz.

La reflexión acerca de la guerra debe albergar, por supuesto, la intención de colaborar a su impedimento, pero no puede eludir el reconocimiento de su posible grado de racionalidad, y quizá esta *comprensión* de la guerra sea el mejor aliado para ese anhelado deseo. Cuando se pretende eliminar la guerra presentándola como una completa sinrazón, para despertar así su total aborrecimiento, se recurre al miedo como causa del amor a la paz, y se toma la guerra exclusivamente por sus consecuencias dolorosas. Junto con esta postura, hay otra también muy actual, que centra su atención no tanto en las consecuencias aunque siguen -presentes en el fondo-, sino en los medios, y busca eliminar la guerra mediante la eliminación de sus recursos. En el campo de la práctica, la primera parece estar representada por la política de disuasión, y la segunda, por la política de desarme. Pero ambos procedimientos son parciales, insuficientes, y de muy dudosa licitud el primero. Un adecuado tratamiento de la guerra ha de tener en cuenta no sólo las consecuencias y los medios de ésta, sino también, y sobre todo, sus causas y sus fines; de lo contrario, los procedimientos que se deriven carecerán de suficiente justificación. La parcialidad e insuficiencia de los planteamientos anteriores se revela, por ejemplo, en que, siendo su meta la misma, su actuación resulta sin embargo contradictoria, pues en la medida en que el desarme reduce la capacidad destructora de los medios, las consecuencias de la guerra inspiran menos temor.

Estos planteamientos se limitan al tratamiento del *modo* de la guerra, pero abandonan la consideración del *fin*. Este abandono supone la renuncia

al reconocimiento de la posible racionalidad de la guerra, y deja sin fundamento adecuado la valoración del modo, pues el juicio acerca de éste es indisociable de la determinación del fin. Podríamos decir que la primera postura, enfatizando la ilimitación inevitable que en la realidad se da de lo que corresponde al *ius in bello*, pretende anular todo posible *ius ad bellum*; y la segunda, limitando máximamente el *ius in bello*, pretende hacer irrelevante la cuestión del *ius ad bellum*. Es cierto que la definición de este último ha sido siempre más problemática que la de aquel otro, pero no por esto se ha de abandonar la dilucidación del segundo. Dicha pretensión no es posible ni productiva, ya que ambos derechos -aunque relativos a materia diferentes- son interdependientes en su determinación. En esencia, la justicia de una guerra es directamente proporcional al rigor de los medios utilizables lícitamente, y una guerra, cuanto más justa es, más tiende -por su propia naturaleza- a convertirse en guerra total (SCHMITT, 1979, p. 159).

Quizá el modo más común e inmediato de intentar comprender la guerra es su comparación con la legítima defensa individual. En el ámbito internacional, los Estados actuarían como individuos que se defienden de una agresión, como hacen las personas físicas en el ámbito intraestatal. Esta analogía puede tomar dos modalidades básicas, y ambas -como veremos- resultan inadecuadas. Una pretende asemejar la guerra y la defensa individual en cuanto que las dos constituirían igualmente una situación completamente ajurídica, con vigencia exclusiva de la fuerza. La otra, por el contrario, las asimila en cuanto que las dos serían acciones particulares pero jurisdiccionales, dotadas por tanto de un cierto *imperium*. La primera modalidad aparece comprendida en la máxima ciceroniana "silent leges inter arma", que Alvaro D'Ors glosa de esta manera: "En aquel momento las leyes, impotentes, callan (...). Se cumple, en cambio, una ley que no es jurídica, sino biológica, la del instinto de conservación; una ley (...) que no habla, una ley muda (...). Por tanto, no se trata propiamente de un derecho a defenderse, sino de una abstención, de un silencio de la ley, frente al instinto de conservación. Es la resignación de unas leyes humanas impotentes ante la ejecución inapelable y brutal de una ley biológica" (D'ORS, 1954, p. 38).

Pero si, respecto del individuo podemos -y acostumbramos- hablar no simplemente de defensa, sino de legítima defensa, es porque dicha conducta no es sin más "la ejecución inapelable y brutal de una ley biológica", sino una acción humana, fundada en una razón jurídica y sometida a una medida jurídica, cuyo rebasamiento la convierte en ilegítima por cuanto deja de ser verdadera defensa. La ley no caya para dejar al instinto campar por sus fueros. Una ley calla para dejar hablar a otra que la primera ha previsto, medido y sancionado, por lo que aquélla sigue siendo afirmada en la actuación de ésta. Ni la defensa individual ni la guerra son pura biología, sobre la que -por no intervenir la libertad- nada tendría que decir el derecho.

No es, pues, el supuesto carácter ajurídico lo que puede servir para asemejar, la guerra y la legítima defensa. Ambas acciones poseen dimensión jurídica. Entonces, ¿es su forma jurídica la que nos permite asimilarlas, y entender una por su analogía con la otra? A mi modo de ver, tampoco. La legítima defensa sólo puede llevarse a cabo -además de proporcionadamente a la agresión- mientras el peligro es inmediato. Una vez removida la causa que hace inmediato el peligro -a eso se dirige la acción defensiva-, el defensor no puede proseguir su acción con el fin de castigar o exigir una reparación por parte del agresor: esto corresponde a la autoridad pública. Por tanto, el legítimo defensor, aunque actúe jurídicamente, carece de jurisdicción sobre el agresor, e interviene como simple particular. Que ante el peligro inminente, la autoridad pública sea incapaz de defenderle, y su protección recaiga sobre él mismo, no significa que también le advenga esa autoridad. Decir -como antes hemos hecho- que una ley calla para dejar hablar a otra, no es igual que decir que es *la misma* ley la que, callando su portavoz ordinario, habla ahora a través de otro, extraordinario. En cambio, lo propio de la guerra no es limitarse a lo estrictamente necesario para repeler la agresión, sino que la lucha puede llevarse más allá, con objeto de castigar e infligir una pena al enemigo. Y si la guerra no es pura y libre dinámica de fuerzas, si posee una razón jurídica, esa prosecución de la lucha implica cierta autoridad jurisdiccional, cierto *imperium*, del justo beligerante sobre suponente. Esto lo veremos con más detalle cuando hablemos de una de las más acabadas y clásicas doctrinas sobre la guerra: la de Francisco de Vitoria. Por ahora, a la luz de lo que acabamos de ver, baste decir que la analogía entre la legítima defensa y la guerra, esto es, el paralelismo entre el individuo y el Estado, no es un recurso adecuado para entender cabalmente la guerra, pues ni el Estado se comporta en la esfera internacional como un individuo particular, ni el individuo actúa en la sociedad estatal como un Estado en pequeño.

3. Antagonismo y fondo común

Para comprender la guerra en su precisa especificidad, hemos de reparar, en primer lugar, en la causa que la explica y en el fin que la dota de sentido. Hemos dicho que la paz adquirirá un sentido positivo a partir de una antropología que reconozca al hombre como un ser esencialmente coexistencial. Esta coexistencialidad, este carácter dialógico y abierto, no sólo corresponde al hombre individual, sino también a toda colectividad humana. La coexistencialidad -si es algo más que mera existencia contigua- supone la presencia de un plano común, constituido por más o menos factores de unidad: ontológicos y morales, físicos e históricos. Pero, al mismo tiempo, aquélla implica también la presencia de la diversidad; y no sólo como un dato inevitable, sino como un contenido deseable, en cuanto que gracias a

ésta la coexistencialidad se convierte en dinámica y vital. Sin embargo, la diversidad encierra siempre la tendencia a agudizarse, que funda objetivamente la posibilidad de ser radicalizada subjetivamente (COTTA, 1989, p. 135). La diversidad puede ser acentuada hasta el extremo de ser tomada como lo más original y primario, como lo más definitorio y decisivo, rompiendo así el plano común, y ocupando el lugar fonal que corresponde a éste. La diversidad deja entonces de adjetivar lo común, y pasa a ser lo sustantivo. En este momento, lo diverso ya no es sólo la modalización con que aflora lo común, sino que, por el contrario, es lo común -si se busca y pretende- lo que matiza y modera lo diverso, constituido esto *a priori*. Lo común ya no actúa positivamente, sosteniendo y firmando lo diverso, sino negativamente, amortiguándolo *a posteriori*. Esto es así porque cuando se pretende construir lo común a partir de lo diverso, lo común resulta negativo y artificial: su presencia es producto de un convenio y su contenido, resultado de la limitación y restricción de lo diverso. Cuando en vez de ser lo común lo que sostiene lo diverso, se pretende que sea lo diverso el origen de lo común, sólo se llega a un equilibrio inestable. Una cordillera no se sostiene invertida, sobre sus cimas. Lo natural y estable es un macizo común, desde el cual ascienden y se individualizan sus cumbres.

Pues bien, la diversidad puede radicalizarse llegando incluso a negar la posibilidad de toda instancia común, ya sea previa o posterior, es decir, puede agudizarse hasta el extremo de hacerse antagónica. Esta es la causa de la guerra, que significa la suspensión práctica de la coexistencialidad esencial de los hombres y pueblos. La ruptura del plano común hace al otro *completamente otro*, convierte la diversidad en absoluta alteridad. Si la coexistencialidad exige un sustrato común, la absolutización de la diversidad estable dos existencias sin fundamento alguno para co-existir. La existencia del otro aparece como límite e, incluso, como negación de la propia, por lo que anular aquélla constituye la condición imprescindible de la confirmación de ésta. Y como lo común ha sido disuelto, la anulación del otro no reporta ninguna pérdida en lo propio.

Aclaremos, en primer lugar que, obviamente, las causas de la guerra, en su materialidad, pueden ser muchas y diferentes, pero en el fondo -y esto es lo que queremos señalar- todas ellas responden al esquema formal que acabamos de describir. Por otra parte, la existencia de la que hablamos no tiene por qué ser necesariamente la existencia física; puede tratarse de cualquier modo de existencia (en cuanto nación, Estado, clase social, religión, etc.) que reviste y especifica el mero existir empírico. Se trata, en definitiva, de cualquier aspecto de la propia y ajena identidad. Por último, y en virtud de lo anterior, la quiebra del plano común puede ser más o menos profunda, según que el antagonismo se establezca en niveles más o menos radicales respecto de la configuración de la propia identidad. En la

medida en que más franjas del plano común sean mantenidas, cabrá una mayor racionalización y humanización de la guerra. Teniendo en cuenta que sólo hay derecho donde hay sociedad, sólo será posible un derecho de la guerra, que la modere y controle, donde persista algún grado de comunidad entre los opuestos beligerantes. Sólo desde y dentro de algo común es posible el conocimiento del otro como un igual, es decir, el re-conocimiento, el conocerse en el otro; y este reconocimiento es lo que permite el derecho: el reconocimiento de *lo suyo*. Por consiguiente, si el plano común se fractura completamente, si la alteridad es absoluta y en todos los niveles, no es posible ningún derecho de la guerra, ninguna limitación que no sea simplemente la impuesta por los "contrapesos inherentes".

Si la causa de la guerra es la radicalización de la diversidad, y la diversidad viene exigida por la coexistencialidad, por cuanto lo común se actualiza en sus modalizaciones; entonces, la coexistencialidad misma es lo que, en cierto sentido, posibilita la guerra, pero también, y más propiamente, lo que la limita. En la medida en que se preserve la coexistencia, la guerra será racionalizable, y en la medida en que se anule, la guerra será "razonable".

Por otra parte, si la guerra tiene un sentido terapéutico, y no es un bien en sí -lo positivo y sustantivo es la paz: coexistencia, convivencia-; entonces, el fin de la guerra no puede ser otro que la eliminación de su propia causa. La meta de la guerra tendrá que ser el restablecimiento de lo común, de las condiciones de la coexistencia mediante la eliminación del antagonismo. Siempre que se reconozca que bajo la diversidad radicalizada pervive un sustrato común, la eliminación del antagonismo será moderada por la necesaria salvaguarda de ese sustrato, cuya destrucción implicaría un cierto grado de destrucción propia. Como ya se enunció antes, la guerra puede ser atemperada si hay algo de la paz -lo común que posibilita la coexistencia- que se prolonga en la guerra y que, por tanto, circunscribe su fin. Pero para que haya comunidad hace falta que exista algo compartido: la paz ha de tener, pues, un contenido positivo. Este contenido inevitablemente se diversifica, pudiendo servir, desgraciadamente, de motivo de guerra, en la cual se prolonga como objeto de restauración: restauración de lo común y de lo diverso en lo común. La guerra ha de participar de algún modo de la racionalidad de la paz, para poder ser racionalizada.

4. De la guerra antigua a la concepción cristiano medieval

Si la guerra es efecto de la radicalización de la diversidad, su limitación dependerá de la limitación de esa diversidad, es decir, del mantenimiento de un fondo común. Esto es lo que ha estado en juego y lo que ha actuado en

los esfuerzos del hombre por humanizar la guerra, en las diversas concepciones de ésta que a tal fin ha ido formulado. Las guerras antiguas fueron con frecuencia guerras devastadoras e, incluso, de exterminio. Esto era posible en virtud del radicalismo y exclusivismo con que era vivida la religión. La fe era el fundamento último y omniabarcante de todas las dimensiones de la propia identidad, y era tenida en monopolio: el dios de un pueblo era sólo dios de ese pueblo. Este exclusivismo religioso daba lugar a un exclusivismo nacional, que permitía ver en cualquier otro pueblo un ser absolutamente ajeno. No existía nada común que permitiese un cierto reconocerse en el otro, que fundase un derecho compartido, y que así hiciera posible una limitación de la capacidad destructora de la guerra. La victoria podía adquirir el sentido de un don divino, de una sentencia favorable a la propia causa, y de una confirmación de aquel exclusivismo religioso. En este contexto, la institución de la esclavitud supuso un avance en la humanización de la guerra, en cuanto que dio una razón para la conservación de la vida del vencido y proporcionó una formalización común a semejante proceder. El siervo -*servatus*- era conservado vivo, por gracia del vencedor, a costa de su libertad. Se descubría, pues, cierto plano común: al menos, el de la mutua utilidad vital.

La constitución de grandes áreas comunes -desde la *ecumene* griega hasta el orbe cristiano- fue haciendo surgir formas de racionalización de la guerra, que afectaban fundamentalmente a la guerra entre los que compartían aquel espacio. La guerra se moderaba en función del grado de comunidad existente. Aquellos espacios eran la porción del universo físico que había sido convertida en "mundo", en auténtico hogar humano, conteniendo un orden verdaderamente adecuado al hombre; es decir, eran la parte de la tierra *habitada* y no sólo *poblada*. La definición de esos ámbitos dependía primordialmente de factores culturales, los cuales se nutrían en general de una raíz religiosa. Así, mientras la guerra interior a esas zonas disponía de instituciones de control y moderación, la guerra exterior o no las tenía o eran menos y de menor rigor, y habitualmente adquiría el sentido de guerra sagrada. La parcialidad de esos espacios comunes -consecuencia de la particularidad de su raíz determinante, religiosa-cultural-, unida al carácter exclusivo y absoluto con el que se presentaban, establecía una clara discriminación entre los de dentro y los de fuera, situando a éstos -bárbaros o infieles- en un plano inferior. Esta desigualdad afectaba plenamente a la concepción de la guerra: el contrincante interior podía ser reconocido como *iustus hostis*, el extraño era sólo *inimicus*.

En el orbe cristiano medieval, la guerra entre cristianos fue siempre tenida como un gran mal, como guerra civil, y sometida a exigentes requisitos de justificación y realización. En cambio, la guerra contra el infiel -llamada "guerra romana"- se consideraba, por lo general, como una guerra

en principio justa, y en la que cabían mayores licencias. Si en el orbe cristiano -como también en los demás-, el principio unificador básico era la fe común, resultaba lógico que la religión fuera la principal causa de guerra justa. Así, en las *Partidas*, la primera forma de guerra justa que aparece señalada es aquella que se lleva a cabo "por acrecentar los pueblos su fe et para destruir los que la quisieren contrallar". El emperador, cabeza temporal de aquel orbe, tenía como suprema misión la defensa de la fe, como vínculo esencial y constitutivo de la *Christianitas*. Por eso, en la ceremonia de coronación de los emperadores, aparece la llamada *fórmula de la espada*: "Recibe la espada de manos de los Apóstoles (...). Extermina a los enemigos del nombre cristiano y aniquílalos" (HÖFFNER, 1957, p. 71). La crudeza de los términos utilizados da muestra de la ausencia completa de comunidad que se producía entre quienes se enfrentaban en lo religioso. Es fundamentalmente la guerra entre cristianos la que se intenta racionalizar y moderar. En ella se encuentra en juego un patrimonio común: la paz. Pero, como vemos, la paz que se pretende salvaguardar no es un ideal universal y abstracto, es un valor con un contenido determinado y también con un continente concreto: es la paz de la Cristiandad.

El *Derecho de Graciano* (1139-1142) -la más completa recopilación del derecho de la guerra cristiano medieval- define la guerra justa con la definición que usara San Agustín: son guerras justas las que "vindican la injusticia, cuando un pueblo o una ciudad, contra los cuales se haya de guerrear, han omitido reparar un crimen cometido por los suyos o restituir aquello de que injustamente se apoderaron" (HÖFFNER, 1957, p. 74). Aparece claramente expresado el carácter justiciero de la guerra. No se trata de un acto de mera defensa, sino de la imposición de una sanción que repara el crimen cometido.

El mantenimiento de un nivel de comunidad permitía -y exigía para su custodia- el establecimiento de una serie de limitaciones en el uso de la fuerza. Así, por ejemplo, la *tregua de Dios*, cuyas prescripciones todo cristiano, desde los catorce años, debía jurar observar (PERNOUD, 1987, p. 36). El II Concilio Lateranense (1139) prohibió el uso de armas de largo alcance en las guerras entre cristianos, pero no así contra los infieles (SCHMITT, 1979, p. 427). Cristianos y musulmanes no pertenecían al mismo orbe, y no existía entre ellos un plano común, pues éste se constituía radicalmente a partir del factor religioso, que era lo que les separaba. La guerra contra el extraño carecía de las limitaciones que racionalizaban la guerra entre los iguales. Cuando el Papa recibe noticias de que los cruzados tienen intención de tomar Constantinopla, les dirige las siguientes instrucciones: "Dedicad vuestras fuerzas tan sólo a liberar la Tierra Santa y a vengar la injuria del Crucificado; si necesitáis botín y conquistas, tomadlas de los saracenos, vuestro auténtico enemigo. Al deteneros en el Imperio griego, os

arriesgáis a despojar a vuestros propios hermanos” (PERNOUD, 1987, p. 218).

Santo Tomás, en el tratamiento de la guerra (II-II, q. 40), sigue de cerca el *Decreto de Graciano* y, por tanto, a San Agustín. Con él, la doctrina de la guerra justa adquiere mayor sistematización, enumerando en tres sus condiciones fundamentales: que sea promovida por mandato del príncipe o similar; que exista una causa proporcionada o justa; que se lleve a cabo con recta intención, es decir, buscando la recuperación de un bien y no sólo la producción de un mal al enemigo. Las dos primeras se refieren a la justificación *ex titulo*, y la tercera a las exigencias *quoad exercitium*. Estas tres condiciones implicaban consecuencias distintas si la guerra era entre cristianos o entre cristianos y musulmanes. En cuanto a la autoridad competente, en la guerra entre cristianos bastaba la del príncipe particular. Pero la “guerra romana” suponía una autoridad superior, del Papa o del Emperador, siendo ellos sus promotores o, al menos, respaldando la iniciativa de un príncipe. Este tipo de guerra no se llevaba a cabo como súbdito de un reino determinado, sino como cristiano, y sólo si contaba con el apoyo de la *autoridad cristiana* adquiría la justificación que procedía del carácter de empresa común cristiana. En cuanto a la tercera condición, por lo que llevamos visto, es fácil suponer que el bien que había que perseguir era primordialmente, tanto en un tipo de guerra como en el otro, un bien cristiano. Por esta razón, se podía dudar -como hacía Erasmo en *De bello Turcis inferendo*- de la licitud de la guerra contra el Turco, cuando su resultado podía ser un perjuicio para la Cristiandad.

Respecto de la segunda condición, la cuestión central era qué constituía propiamente la causa de guerra: sólo la injuria contra los hombres o también la ofensa a Dios. Obviamente, esta alternativa afectaba fundamentalmente a la guerra contra los no cristianos; no sólo porque entre cristianos la ofensa pública y pertinaz a Dios fuera extraña, sino sobre todo porque ésta era perseguida por procedimientos civiles y canónicos. Pero dicha cuestión no venía a distinguir materialmente -como posibles causas de guerra- entre actos contra lo sagrado y actos contra lo puramente humano. La duda se refería a las dos dimensiones -humana: injuria a los hombres; teológica: ofensa a Dios- que poseía un mismo acto contra la religión. Aceptar como constitutivo de causa justa de guerra un acto anti-cristiano en cuanto ofensa a Dios, suponía establecer una clara diferencia entre la doctrina de una clase de guerra y la de la otra. Ambas dimensiones fueron aceptadas inicialmente como constitutivas de causa justa. En estas páginas, hemos visto hablar con ánimo bélico de “los que la quisieren contrallar [la fe]”, de “enemigos del nombre cristiano”, y de “injuria del Crucificado”. Si la injusticia que -según el Decreto y San Agustín- la guerra vindicaba por omisión irresponsable de otro, podía ser también la injusticia contra Dios, entonces -como

efectivamente se sostuvo- la idolatría podía constituir causa de guerra, pues arrebatava a Dios el culto que le era debido, y que así lo prescribía la simple ley natural que obligaba a todo hombre.

5. La doctrina de la guerra de Francisco de Vitoria

El esfuerzo de la razón en este punto fue una progresiva desteologización de la guerra, desvinculando paulatinamente del campo de las relaciones del hombre con Dios, la razón de la causa justa, y situándola primordialmente en el ámbito inter-humano. Este proceso experimentó su paso decisivo con la obra de los grandes tratadistas españoles del siglo XVI, que aportaron una de las más acabadas y completas concepciones de la guerra, cuyo influjo es de indudable importancia, y que aún hoy constituye punto obligado de referencia. La aportación de estos escolásticos -Vitoria a la cabeza- no es sólo una decisiva secularización de la guerra, sino también su completa juridización. Santo Tomás, aunque había dado pasos importantes en orden a una consideración puramente natural, de la guerra, situaba esta reflexión más en el ámbito de la moral que en el del derecho, entendiendo la guerra y sus condiciones en función fundamentalmente de su índole moral. En la Suma Teológica, la guerra aparece tratada en la parte dedicada a la caridad (II-II, q. 40), y no en el tratado del derecho y la justicia (II-II q. 57). Esta secularización y juridización permitió la elaboración de un concepto y de una doctrina de la guerra verdaderamente universales, que eran válidos para todo tipo de guerra, de sujeto y de espacio, en cuanto que eliminaban las discriminaciones procedentes de factores que ahora quedaban apartados.

La pieza clave que permitió esta universalización -secularización y juridización- del concepto de guerra fue la idea vitoriana del *Totus Orbis* (cfr. *Relectio De Indis I y II*, en URDANOZ, 1960). Al constituir todo el Orbe una sola *República*, una unidad y un orden común, toda guerra era igualmente interna, y se encontraba sometida a las restricciones inherentes a la salvaguarda de lo común. Por debajo de cualquier ciudadanía particular -francesa o inglesa, cristiana o musulmana-, existía una ciudadanía universal. Quienes se enfrentaban, lo hacían teniendo en común, al menos, esta ciudadanía; y tal comunidad permitía un primer grado de racionalización de ese enfrentamiento. Por otra parte, al constituir todo el Orbe una misma realidad social, cabía un auténtico derecho, válido para todo ese ámbito universal. La guerra, como acción interior a ese ámbito -aunque supranacional-, podía ser tratada jurídicamente. Según el pensamiento tradicional, sólo podía haber derecho dentro de una comunidad política, pues sólo donde existía sociedad -constitución de una realidad común- podía realizarse esa distribución equitativa por la que se atribuye a cada uno lo suyo, en que consiste el arte del derecho. Por esta razón, al no concebir el ámbito

universal como realidad social, la consideración de la guerra correspondía más a la moral que al derecho, pues allá donde no cabía estricto derecho - atribución equitativa de bienes objetivos-, todo era cuestión de rectitud de conductas subjetivas.

La guerra es una forma -desde luego, extrema- de ejercer el derecho. Su fin es restablecer el orden de justicia universal, que ha sido alterado ilícitamente, retribuir a alguien el derecho que le corresponde como miembro del *Totus Orbis*. La causa justa de guerra será la violación grave de ese derecho. El orden jurídico que rige para todo el Orbe es el *ius gentium*. Los bienes -derechos- que corresponden a cada uno en cuanto miembro de la República universal son aquellos que son atribuidos por este ordenamiento, y es el agravio en estos bienes -y no en otros- lo que constituye causa justa de guerra.

Ese agravio -como hemos dicho- ha de ser suficientemente grave. Dada la gravedad y extremosidad de la guerra como forma de realizar la justicia, debe haber proporcionalidad entre aquélla y el daño que se pretende reparar. Pero la realización de la justicia no exige sólo la recuperación material de lo arrebatado, sino también la satisfacción del agraviado y la penalización del agresor. La guerra justa no sólo es defensiva, sino que también puede ser ofensiva, ya sea que adquiera este carácter en una segunda fase de su despliegue, o que lo posea desde su mismo inicio. Entonces, quien guerreara justamente no actúa como simple individuo que defiende lo suyo, sino como juez que condena al agresor. El justo beligerante actúa revestido de una autoridad superior: la autoridad del *Totus Orbis*, de esa unidad social, moral y jurídica cuyo orden están restaurando. La violación del derecho de otro constituye causa de guerra primordialmente por lo que tiene de perturbación del orden jurídico universal, y no sólo, ni principalmente, por el daño a otro en lo suyo que significa. El fin primordial de la guerra es, por consiguiente, el restablecimiento de ese orden, y quien lleva a cabo ese fin, lo hace con la personalidad de la unidad social a la que corresponde el bien que se está recuperando. El Orbe, como cualquier sociedad, posee su autoridad propia; pero en él, esa autoridad se encuentra habitualmente de manera sólo virtual y sin formalización, descansando en su sujeto primario que, en la doctrina de estos tratadistas, es el cuerpo social mismo. Se podría decir que esta autoridad se actualiza plenamente y adquiere su ejercicio en la figura de quien combate por la causa de dicha autoridad. En la guerra, el Orbe, mediante aquel que combate con justicia, ejerce su *ius puniendi*.

Es patente que el que hace guerra injusta queda en condición jurídica inferior al que actúa como juez. Pero -insistamos- esa superioridad no le pertenece a este último como particular, sino como representante y encarnador de la suprema jurisdicción del Orbe. Esto viene a decir que el *ius*

ad bellum no es la manifestación suprema de la soberanía externa de cada nación -como posteriormente será entendido-, pues no constituye una facultad perteneciente a la nación en su individualidad, sino una facultad del Orbe que éste ejerce a través de uno de sus miembros. Que las naciones necesiten, para el normal desarrollo de su vida política, no sólo paz interna, sino también paz externa -y no siendo ésta una paz meramente negativa-, ello significa que cada nación necesita que el espacio exterior a ellas tenga también condición social. La paz exterior de las naciones es la paz interior de ese nuevo nivel de sociedad en el que las naciones se enmarcan para no ser sociedad en precario. Por consiguiente, la administración de lo relativo a esa paz -entre ello, la guerra- pertenece a ese ámbito supremo de sociedad, que es quien alberga esa paz y quien provee de ella. La guerra es, pues, una institución exclusivamente pública -tomando aquí lo nacional como privado-, pues al sobrepasar su esfera interior, las naciones no se encuentran actuando en un plano completamente asocial, donde sólo caben individuos en completa igualdad y libertad, sino en un nuevo ámbito social, en el que nuevamente se encuentran con condiciones de autoridad y subordinación. Por este motivo, la guerra sólo puede ser emprendida ordinariamente por los príncipes o similares, es decir, por los que ya poseen un modo de autoridad, pues son ellos los que representan y encabezan las naciones, las cuales son los sujetos inmediatos de ese supremo ámbito social. No obstante, ante la irresponsable pasividad del rey, la sociedad misma, a través de sus instituciones inferiores, puede emprender la guerra sin contar con aquél, pues ella es el sujeto primario de la autoridad, y el ejercicio de ésta revierte sobre la sociedad en caso de incuria por parte del rey.

La guerra, en cuanto punición y reparación que se imponen al enemigo, viene exigida y justificada por la justicia y la paz universales; pero esta justicia y esta paz, que por ser universales son comunes, constituyen al mismo tiempo la razón de la limitación de la guerra. El justo beligerante no actúa como mero individuo, ni reivindica exclusivamente un derecho y una paz propios, al margen e, incluso, a expensas de un orden superior común. La restauración de ese orden común no puede producir peores daños que aquellos que pretende restañar. Por esta razón -como afirma claramente Vitoria-, si una guerra pareciera justa desde la simple consideración de sus implicados inmediatos, pero acarrease graves perjuicios para el orbe común, dicha guerra no sería justa en última instancia. Así como la atribución del derecho surge en relación con una realidad común, la defensa de ese derecho ha de llevarse a cabo también con esa misma relatividad. Esa capacidad, a la par, de justificación y limitación de la guerra, aparece también en el carácter de juez que corresponde al que hace guerra justa. Como juez que es, ha de actuar, tanto en la batalla como después de ella, con la serenidad y moderación propias del que, por ser autoridad pública, debe velar por lo

común; y no con la vehemencia del acusador particular, que sólo reclama lo propio.

La guerra es, pues, una acción que pertenece a la justicia universal -la forma extrema de su ejercicio-, al orden de esa sociedad total que es el *Totus Orbis*. Es una acción reglada en cuanto que constituye un derecho, *ius belli*, y en su naturaleza jurídica encuentra su justificación y sus límites. No es, por tanto, el despliegue de la pura fuerza que tendría lugar cuando la acción se desarrollase más allá del extremo hasta el que las normas pueden acompañarla. Eso sucedería si no hubiera más ámbito social, más espacio por tanto para la vigencia del derecho, que el de las naciones particulares. El *ius belli*, siendo atribuido y exigido desde lo común, posee carácter objetivo, y su determinación procede de los requisitos correspondientes a su doble dimensión: en cuanto *ius ad bellum*, sujeto legítimo y justa causa; en cuanto *ius in bello*, recta intención (los cuales recogen, respectivamente, las exigencias de la justicia *ex titulo y quoad exercitium*, establecidas por Santo Tomás).

Como podemos observar, la doctrina de Vitoria y sus seguidores recogía en esencia la teoría tradicional, pero dotándola de alcance universal. Al cambiar la fe por la naturaleza, como raíz de la constitución de una sociedad suprema, hacía esa sociedad más elemental y profunda, y por tanto, de mayor extensión. Desaparecía toda discriminación entre diferentes guerras, y todas ellas podían beneficiarse de las posibilidades de racionalización que proceden de la pertenencia a un orbe común. Por supuesto que dentro de este orbe -*Totus Orbis*-, y como en un plano superior, podían constituirse otros, de alcance parcial, configurados en virtud de un factor particular, y que aportasen para sus guerras internas una racionalización sobreañadida. Es el caso de la misma Cristiandad. Así, por ejemplo, mientras el derecho de gentes permitía esclavizar al vencido, esta práctica estaba prohibida entre cristianos. Lo importante es que siempre subsistía un plano común, en el que lo particular se sustentaba, y que possibilitaba la limitación tanto de las causas como de los modos de la guerra, pues sobre él era posible un mutuo reconocimiento.

6. La concepción moderna de la guerra

Hasta este momento, vemos cómo el esfuerzo por someter la guerra a razón ha estado enmarcado en conceptos y estructuras de creciente universalidad. Desde el exclusivismo teológico-nacional hasta el *Totus Orbis* de Vitoria, se observa un progresivo espíritu universalista, que ha ido dando a lo común formas de mayor amplitud cada vez, como base para una más humana concepción de la guerra. Sin embargo, este proceso sufre una súbita

interrupción, e incluso un notable retroceso, con el advenimiento de la época moderna y su peculiar concepto de la guerra.

Son muchas las causas que explican este fenómeno, y aquí sólo señalaremos algunas. Es posible que la vasta concepción de Vitoria resultase demasiado avanzada y prematura para la experiencia que los hechos de aquel tiempo podían aportar a la conciencia de los hombres. Parece que es precisamente nuestro mundo el que está dando realidad experiencial a los generosos conceptos que forjara aquella mente visionaria. La doctrina vitoriana estaba muy vinculada a la aparición de América en el horizonte del hombre europeo. Aquel acontecimiento suscitaba y exigía para su comprensión ideas universalistas, de mayor amplitud que las que inspiraban -y eran inspiradas por- la *Christianitas* medieval. Pero esta experiencia incitadora fue vivida de forma inmediata y apremiante sólo por los españoles y portugueses. En el resto de Europa, los acontecimientos capitales fueron otros, y su experiencia inspiró un pensamiento completamente opuesto: particularista y reduccionista.

La Reforma protestante supuso la ruptura definitiva del plano común, cuyo fundamento era la unidad de la fe. Lo que antes era común y, por tanto, fuente de limitación de los conflictos, se convertía ahora en el factor de mayor y más cruda disputa. Se produce así una teologización -con su consecuente ilimitación- de la guerra, dentro de la misma Cristiandad de antaño. De esta radicalización de la diversidad, se va a pretender salir, no mediante la potenciación de una dimensión común, sino neutralizando en cuanto factor bélico esa radical diversidad (la religiosa), mediante la inversión de los exclusivismos: el exclusivismo nacional no va a ser ahora producto del religioso, sino al revés: el exclusivismo religioso, producto del nacional: *cuius regio, eius religio*. El principio inspirador de la comunidad ecuménica -la fe común- no va a ser sustituido por otro -como en el caso de Vitoria-, sino que la común posesión de un mismo principio va a ser sustituida por la coincidente posesión individual de principios iguales: la soberanía y su consecuencia, el estado. Al convertir la religión en un asunto estatal, ésta va a quedar anulada como causa de acción supraestatal (guerra) y, también, de acción infraestatal (sedición, revolución). Paradójicamente, la confesionalidad del estado moderno es sólo la fórmula para la completa secularización de la realidad política, y procede del intento de neutralizar las virtualidades bélicas y políticas de las contradicciones religiosas¹.

1. La obra del Estado ha ido dirigida "no tanto a allanar las diferencias, como a vaciarlas de relevancia, de sentido colectivo, a despolitizarlas. Como estructura de neutralización, el Estado moderno, (...) ha intentado crearse a sí mismo como el lugar fundamental de convivencia pacífica (...)" (D'AGOSTINO, 1990, p. 84).

Careciendo de un patrimonio común que sirviera de base para la formulación de criterios materiales de racionalización, el control de la guerra tenía que hacerse en función de principios puramente formales. La primera medida fue la reducción de sus posibles agentes y por tanto, la simplificación de su posible origen. Surge así el estado moderno como “aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama para sí el monopolio de la violencia física legítima” (WEBER, 1972, p. 83). Pero téngase en cuenta que, propiamente, “legítima” no añade nada a “monopolio”: esto último es todo lo que se exige para aquélla. Habiéndose hecho problemático -más aún, motivo de la máxima violencia- lo que antes permitía un juicio material sobre la justicia de la guerra -es decir, en función de su causa y de su fin-, ahora sólo cabía proveerla de requisitos para una justicia meramente formal -es decir, en función del agente y del modo-. La determinación restrictiva del primero (el estado) no iba sola, sino que implicaba necesariamente -pues esa era su intención- eliminar del juicio sobre la guerra la cuestión de su causa y de su fin -hacer de éstas algo irrelevante para aquél-, ya que eran los elementos que concurrían en tal cuestión los que ahora despertaban la disputa y la violencia. Esto significaba expulsar del ámbito intersubjetivo la definición de la causa y del fin justos, y abandonarla por completo a la absolutamente libre apreciación subjetiva del agente. Por consiguiente, la caracterización del estado como el monopolizador de la violencia implicaba la renuncia completa al examen de la justicia material de la guerra².

El estado es, pues, el único sujeto del *ius ad bellum*, pero éste es ahora un derecho subjetivo y absoluto, que corresponde al estado según su pura individualidad. Es la máxima manifestación *ad extra* de su soberanía, y por esta razón, sólo a él corresponde decidir -con libertad absoluta- acerca de su ejercicio: es sólo cuestión de razón de estado. La pretensión de soberanía por parte de los estados viene a decir que la unidad social que ellos abarcan y configuran es la forma social última y suprema. Por encima de ellos, no hay ya ninguna realidad social. Esta idea recibió su formulación acabada en la obra de Hobbes (CRUZ PRADOS, 1986), y, casi sin variación ninguna, sigue siendo sostenida aún en nuestros días (ver, por ejemplo, MORRIS, 1985).

Se produce una espacialización restrictiva de la razón política. Sólo es racionalizable aquella realidad política comprendida dentro del espacio bien delimitado del estado; o, dicho de otro modo, sólo las relaciones inter-

2. Para las siguientes reflexiones, véase la obra ya citada de Carl Schmitt, cuyas lúcidas apreciaciones han servido de pauta para muchas de las nuestras, aunque no siempre le seguimos en sus conclusiones.

humanas que se desarrollan en el interior del estado pueden alcanzar condición política. Fuera de ese espacio, la razón carece de toda competencia. La suma racionalización política que el estado moderno, como fórmula política, pretende representar, sólo es posible concentrando toda racionalización en un espacio definido y cerrado con precisión; es decir, a costa de abandonar a la sinrazón todo campo de interacción humana que no pueda ser abarcado por dicha fórmula. La eliminación de la guerra intestina, mediante el monopolio estatal que anula la discusión sobre valores materiales, conlleva la concesión, a la guerra interestatal, de una completa libertad.

La segunda medida de esta regulación formal, y que debía paliar los riesgos que implicaba la primera, era la fijación de su modo. La licitud no le venía ahora a la guerra de la justicia de su objeto, sino de su sometimiento a una forma reglamentada. Se trata de una justicia simplemente procesal, que afecta, por tanto, sólo al *ius in bello*. Este se independizaba así del *ius ad bellum*, ya que este último -constituido en derecho subjetivo- no servía para establecer diferencias ni entre guerras ni entre beligerantes. Precisamente, la subjetivización del *ius ad bellum* respondía a la intención de trivializar la cuestión de la justicia material de la guerra, que implicaba necesariamente la posesión exclusiva, por parte de uno de los dos bandos, de ese derecho. En una situación de irreconciliable disenso sobre los criterios materiales, la única manera de establecer una limitación de la guerra era considerar a los beligerantes como estrictamente iguales respecto de la justicia de la causa - del *ius ad bellum*- y, consiguientemente, definir la justicia de la guerra en función, únicamente, de su método.

La guerra se lleva a cabo como un duelo entre personas soberanas (Carl Schmitt), que miden sus fuerzas con sus ejércitos, y que mutuamente se reconocen de modo incondicional como *iusti hostes*, como poseedores de ese *ius ad bellum* que ejercen con soberana decisión. Sólo el estado posee ese derecho, por lo que la guerra es sólo guerra entre estados: no entre pueblos, sociedades, religiones, etc. Y si la guerra es únicamente estatal, no ha de afectar más que a lo estatal: puede alterar la estructura del poder público (la política, el *imperium*), pero no la del poder privado (la economía, el *dominium*). Mientras estas condiciones se cumplan, los demás estados permanecen como neutrales espectadores de un duelo particular y legítimo. Esta neutralidad testimonia públicamente el cumplimiento de aquel único requisito sobre el que cabe un juicio público: el sometimiento a la forma.

Esta concepción de la guerra pretende eliminar toda razón de discriminación -como lo es la cuestión de la justa causa-, en la idea de que toda valoración distintiva sólo contribuiría a alimentar la violencia. Desaparece, pues, la desigualdad entre el justo y el injusto combatiente, entre juez y reo. Mientras se trate de estados y la lucha sea en forma, ambos contrincantes se

encuentran en idéntica condición jurídica. Los estados son puros individuos, y no tienen más realidad que la que corresponde a su individualidad. Se carece de un ámbito común que permitiera una consideración de cada uno en relación con ese ámbito, y que de la diferente índole de esa relación, resultaran condiciones distintas para unos y otros. Pero si lo común ha sido disuelto, y los estados actúan como puros individuos, si -volviendo a la imagen que usamos antes- cabe representarlos como cimas contiguas pero que no forman cordillera, entonces por qué recurrir a una formalización de la guerra, cuál es la razón que da sentido y garantía a esa reglamentación común de la lucha. La razón no puede ser otra que la coincidencia en los intereses particulares. Lo general -por no llamarlo impropriamente común- se construye a partir de lo particular, como optimización aritmética del conjunto de intereses; y por ello, la armonización de las individualidades no consiste más que en su sometimiento a la ley mecánica del equilibrio, pues mediante esa armonización -que realmente sólo es compatibilización-, no se pretende dar vida a ninguna unidad superior, sino sólo a los mismos individuos que compaginan sus intereses. La formalización de la guerra tiene por objeto el mantenimiento de ese equilibrio, que representa el marco común artificial de la optimización de lo individual. Así, mientras el equilibrio se mantenga, por estar la guerra sometida a forma, los restantes estados permanecerán neutrales, pues dicha contienda se desarrollará dentro de los límites de un conflicto privado, que no afecta al marco general.

Pero esta formalización de la guerra que, como hemos visto, pretende eliminar toda desigualdad entre los beligerantes, introduce, no obstante, una nueva forma de discriminación: la que resulta entre las comunidades que son estado y las que, aun siendo también plenamente independientes, no han alcanzado esa configuración. La guerra que ha quedado racionalizada gracias a esa formalización es sólo la guerra entre estados. La definición del estado como portador exclusivo y absoluto del *ius ad bellum*, y la concepción de la guerra como el ejercicio soberano de ese *ius*, hace que el conflicto armado sólo sea *guerra* cuando ambos implicados sean estados, y sólo entonces, el conflicto -por ser *guerra*- dispone de esa racionalización formal. El estado es -en un principio, y durante bastante tiempo después- una figura política exclusivamente europea; por lo tanto, la guerra que en realidad va a ser reglamentada es sólo la guerra europea. Como podemos observar, se produce un claro retroceso respecto de la universalización lograda con la doctrina de Vitoria. Las bases de la nueva concepción vuelven a proporcionar un concepto de guerra diferenciado y una racionalización de la misma de alcance restringido. Esto es así porque, como dijimos, la pertenencia a un orbe común, que se fundamentaba en la común posesión de un mismo principio de identidad, era sustituida en la época moderna por la coincidente posesión individual de idénticos estatutos formales: el estado.

Este nuevo fundamento, por ser sólo una coincidencia en lo individual, no podía dar lugar, en principio, a la constitución de un espacio común, sino sólo al establecimiento convencional de relaciones particulares, entre aquellos que, por ser iguales, se reconocían mutuamente. Por su propia entraña, este planteamiento estaba abocado a producir un concepto de guerra y un derecho de la misma que -aunque restringidos- fueran abstractos, desligados de todo espacio concreto. Si esto no ocurrió así en un primer momento, fue porque de hecho no había más estados que los europeos, y por ello, Europa actuó en esta doctrina como un supuesto espacio común, mientras las circunstancias lo permitieron.

Estas circunstancias eran las representadas por un conjunto de estados, todos europeos, situados ante inmensos océanos y territorios que, por carecer de configuración estatal, carecían también de reconocimiento, y sólo constituían espacios libres para la expansión. El equilibrio europeo era simplemente la fórmula con la que garantizar la tranquilidad doméstica que era necesaria para lanzarse con seguridad a la acción exterior. La necesaria tranquilidad doméstica implicaba independizar las relaciones intraeuropeas, de los choques que el libre dinamismo de las mismas fuerzas europeas pudiera producir en otras tierras. La racionalización moderna de la guerra no tenía ya el sentido de defender un orbe común del también común peligro exterior, sino la defensa de un conjunto de intereses individuales del peligro inherente al desarrollo de esos mismos intereses. El procedimiento seguido parece ser el poner a disposición, en la lejanía, tal cantidad de posibilidades de satisfacción, que hiciera irrelevantes las que pudieran ser procuradas a costa de los vecinos.

Como puede observarse, vuelve a aparecer la dicotomía orden-caos (mundo-tierra virgen), aplicada esta vez a Europa frente al resto del planeta. Al no haber otro orden que el europeo, el interestatal, la acción exterior se desplegaba en un ámbito completamente libre, careciendo de toda reglamentación que no fuera la que pudiera advenirle del orden que ella misma dilataba, es decir, una reglamentación en función de exigencias europeas. El derecho moderno de la guerra, como parte de lo que se ha llamado el *ius publicum europaeum*, era efectivamente un derecho centrado en Europa. Pero "centrado" significa que era un derecho *de* Europa, *desde* Europa y *para* Europa, aunque su eficacia se hiciera sentir mucho más allá de dicho continente. Surgido de problemas intraeuropeos y orientado a exigencias europeas, ese derecho ordenaba todo el mundo conocido, en función de esos requisitos; otorgaba a Europa una condición jurídica superior, y juzgaba sus acciones exteriores desde lo específicamente europeo, y no según lo que pudiera haber de común entre ella y aquel otro espacio que recibiera tal acción. La desigualdad, en un principio abstracta, que el exclusivismo formal

del estado establecía, se convertía en una desigualdad espacial, habida cuenta de que no había más estados que los europeos.

7. La guerra en la edad contemporánea

En la época contemporánea, la concepción de la guerra vuelve a sufrir una nueva transformación. Se trata esta vez, de un cierto regreso a planteamientos pre-modernos, de una vuelta a la calificación de la guerra en función de criterios materiales de justicia, pero con un sentido condenatorio y penalizador mucho más severo que en el pasado. Entre las causas de esta evolución, podemos señalar en primer lugar la universalización del estado. Numerosas comunidades no europeas van a adquirir esta configuración política, e incluso, algunas de ellas alcanzarán la categoría suprema de gran potencia internacional. El abstraccionismo que, respecto del concepto de guerra y de su regulación, llevaba en su seno el planteamiento estatalista, y que había sido frenado por la coincidencia de que no había más estados que los europeos, surgió ahora sin restricciones³. La fórmula del equilibrio, que venía aplicándose a Europa, se proyectó sobre el conjunto entero de los poseedores de un idéntico estatuto formal, como si este nuevo conjunto sólo supusiera un aumento cuantitativo del anterior. Sin embargo, este nuevo conjunto y su equilibrio quedaban desligados de todo espacio determinado, y esto suponía la uniformización del espacio en general, es decir, la eliminación de la distinción entre el espacio estatal (Europa) y el no estatal (espacio de libre expansión), que era precisamente lo que daba razón a aquel equilibrio, a la racionalización del espacio estatal.

Eliminar esta distinción suponía anular aquel libre espacio a disposición, y esto debilitaba profundamente la eficacia de la doctrina que se pretendía extender sin pérdida de vigencia, pues se trataba precisamente de una doctrina cuyo fundamento era el establecimiento -como única- de una forma política que tenía por esencia la soberanía: la afirmación libre de su poder, tanto *ad intra* como *ad extra*. La formalización de la guerra europea y la independización de la situación europea respecto de lo que pudiera acontecer más allá de sus límites, perdían razón de ser. Para la reglamentación de la lucha sólo cabían acuerdos individuales, en atención a la igual condición estatal, pero al margen de cualquier consideración espacial. Por ser uniforme,

3. Este es uno de los puntos en los que no coincidimos con el sentir de Carl Schmitt. Según este autor, el carácter abstracto de la doctrina de la guerra -en el sentido de eliminación de toda referencia espacial concreta- aparecería, como completa novedad, al quedar universalizado el estado. En nuestra opinión, sin embargo, ese carácter pertenece a la misma esencia de la doctrina moderna de la guerra, de la guerra interestatal, y sólo fue acallado accidentalmente por la circunstancia fáctica de la que ya hemos hablado.

todo el espacio servía para la afirmación soberana del poder, ya que se carecía de una porción reservada para ello. Todo esto colaboraba a proveer a todo conflicto de una enorme capacidad de expansión, pues ahora cualquiera de ellos podía afectar a un equilibrio no circunscrito espacialmente, pero que seguía representando el marco que posibilitaba, compaginándolas, la afirmación de todas las soberanías. Fácilmente, una confrontación cualquiera se convertía en universal, con la consiguiente dificultad para controlarla.

Este carácter expansivo tiene relación con el otro fenómeno que cabe destacar aquí: las nuevas dimensiones de la violencia bélica. La guerra muestra en este momento una capacidad destructora sin precedentes, y en acelerado progreso. El horror de lo experimentado y la sombría presunción del posible futuro, hacen tambalearse la fría aceptación de la guerra como un derecho subjetivo reconocido incondicionalmente a los estados. Se desconfía de la posibilidad de humanizarla mediante una regulación meramente formal, y, sin abandonar la determinación de las exigencias del *ius in bello*, se pasa a buscar requisitos y condicionamientos objetivos para el *ius ad bellum*. El mal es la misma guerra, y su humanización verdadera sólo puede consistir en el progreso hacia su eliminación, mediante el establecimiento de una jurisdicción internacional estable. De este modo, la guerra -en cuanto acto que se sustrae a esa jurisdicción- constituye un delito, que queda definido mediante la nueva tipificación de "crimen contra la paz". Junto con los tradicionales crímenes de guerra, cuya imputación caía generalmente sobre el ejecutor de la lucha, es decir, el militar, y exigía responsabilidades personales, aparecen ahora los crímenes contra la paz, los cuales se imputan al promotor y decisor de la guerra. Esta criminalización de la guerra llevaba a una descalificación del que la emprendía aún más severa que la sostenida por Vitoria, pues para éste no cualquier guerra justa permitía deponer al príncipe enemigo ni arrebatarse su territorio (*Relectio de Indis II o De iure belli*, en URDANOZ, 1960, p. 856). Desaparecía por completo aquella consideración de los beligerantes como estrictamente iguales respecto del *ius ad bellum*. Este deja de ser un derecho subjetivo y absoluto; se intenta someterlo a criterios objetivos, y recobrar así la posibilidad de un juicio público sobre su ejercicio. Se produce casi una completa inversión del planteamiento moderno. Es el *ius ad bellum* lo que se intenta determinar con independencia del *ius in bello*, y es en el campo de aquél donde se juega lo decisivo en la justificación de la guerra, mientras que este último pierde relevancia. Se da, pues, una vuelta al criterio de la recta intención, que la teoría medieval sostenía.

Más claro aún es el regreso a la doctrina de la causa justa; pero pensada con tal rigor, que su única conclusión es la negación de toda posibilidad de una causa justa para emprender la guerra, es decir, para esa guerra que será

denominada “de agresión”, y que es la que constituye un crimen contra la paz. Correspondientemente, una guerra de agresión será la única causa que justifique la guerra, que será por tanto guerra defensiva. La tradicional distinción entre guerra justa y guerra injusta, que se había mantenido hasta el presente -aunque en la época moderna se apoyase en criterios formales-, queda reducida a la distinción entre guerra defensiva y guerra de agresión, ya que la doctrina de la causa lo único que dice es que no hay causa justa para la guerra, lo cual hace de ésta una agresión, que lo que legitima es la defensa. Se volvía así -como ya hemos aludido- a la consideración desigual de los beligerantes; pero también este rasgo se adoptaba ahora con una radicalidad mayor que en el pasado, pues mientras en el pensamiento tradicional cabía la posibilidad de una guerra que fuera subjetivamente justa por ambas partes, en el planteamiento contemporáneo, esta reserva frente a la desigualdad no tiene lugar, pues no es posible -ni objetiva ni subjetivamente- una defensa propia contra otra defensa propia (DINSTEIN, 1988, p. 168).

Pero esta doctrina -por sinceros que fueran los sentimientos antibélicos que la animaban- adolecía de importantes debilidades. En primer lugar, la paz que pretendía custodiar era una paz universal, uniforme y abstracta, sin referente material concreto. Una paz entre estados que, por ser éstos una categoría formal, no recogía las diversas exigencias que planteaban, para su pacificación, las distintas partes de un mundo materialmente plural. En segundo lugar, la jurisdicción internacional que se debía establecer como condición necesaria para la completa abolición y criminalización de la guerra, era una jurisdicción construida desde los estados y para los estados. Por tanto, contaba para su constitución con lo que esa forma política afirma, y de lo que podía proveerla, y carecía de lo que ella niega. No constituía, pues, la expresión jurídica de una realidad común, superior a las individualidades, en cuanto englobadora y sustentadora de ellas, sino sólo un artificio convencional, apoyado en individualidades cuyo fundamento es la afirmación de su soberanía. Tal jurisdicción sólo podía comprender un cuerpo de normas abstractas y para sujetos supuestamente idénticos, y sin más apoyadora real que la libre voluntad de auto-obligarse de aquellos cuya conducta pretendía regular.

Otras debilidades procedían de los mismos conceptos usados para este tratamiento penalizador de la guerra. Se volvía a una valoración material, que aportaba una censura mayor de la guerra; y para ello, se recurría al concepto de *agresión*, que representaba -supuestamente- una simplificación aclaratoria del concepto de guerra injusta, mucho más problemático. Se diría que la guerra es más fácilmente reconocible en cuanto agresión que en cuanto injusta. Pero, en verdad, el concepto de agresión resultaba una calificación formal, pues se definía en atención exclusiva al modo de la

guerra, y al margen de los motivos reales de ella, de la justicia del *status quo* y de la eficacia de la jurisdicción internacional. Por otra parte, aun concediendo la discutible identificación entre guerra injusta y guerra de agresión -de cara a un más fácil reconocimiento de aquella mediante ésta-, surgía el problema de cómo reconocer la segunda, pues su identificación no resultaba patente, habida cuenta de la inconmensurabilidad que media entre una guerra de agresión y un acto de agresión. Esto problematizaba la determinación del agresor, pues éste podía ser bien el que cometiera un primer acto de agresión, o bien el que respondiera iniciando la auténtica guerra.

En general, no quedaba suficientemente justificado por qué la agresión siempre era condenable, pues -como ya vimos- el uso de la fuerza no siempre es violencia (ANSCOMBE, 1981, p. 52). Permanecía en el aire la pregunta de por qué la agresión bélica era el único tipo de agresión que justificaba la guerra, convirtiéndola en defensa. Y en el fondo de esta pregunta, latía otra más primordial: ¿qué era aquello que la guerra defensiva defendía: la justicia o la simple paz fáctica? El problema quedaba aún más agudizado con la aceptación, por parte de esta doctrina, de tres nuevos tipos de guerra como guerras defensivas: la preventiva, la de intervención y la de liberación (colonial, racista, etc.). Son patentes las dificultades y ambigüedades que esta aceptación plantea en el seno de la doctrina. Baste señalar, por ejemplo, que en el último tipo, lo que se defiende es un derecho (de autodeterminación, de igualdad, etc.) frente a una injusticia, y no la simple paz frente a una violencia armada.

Correlativamente al concepto de agresión, el de defensa pretendía identificar con certeza la guerra justa. El mal de la guerra tenía que ser abolido mediante el establecimiento de un sistema de justicia y seguridad internacional. Pero a tenor de las deficiencias operativas de este sistema, se reconocía a los estados el derecho de legítima defensa, al igual que ocurre con los individuos dentro de cada estado. Sin embargo, en realidad, se reducía la legítima defensa a la pura y simple defensa, como si aquella consistiese en una mera situación fáctica, que acababa siendo definida simplemente por su posterioridad cronológica respecto de la agresión. Esta definición, tan pretendidamente concreta y material, dejaba sin contestar numerosas cuestiones, como, por ejemplo, hasta dónde cabía repeler la agresión sin que esa acción pasase a ser ofensiva; qué medios podía usar una guerra defensiva sin que dejara de ser tal; o si la reacción contra el agresor era verdadera defensa una vez que la agresión hubiera sido consumada y la paz -fáctica- restablecida. La guerra defensiva resultaba también una definición formal, pues -entre otras razones- olvidaba que, en realidad, la defensa y la ofensa constituyen habitualmente dos fases de una misma guerra.

Por otra parte, esa defensa debía ser ejercida como reacción inmediata y provisional, a la espera de la entrada en acción de la seguridad colectiva. Sin embargo, el derecho a la autodefensa fue invocado constantemente, enarbolándolo como un derecho individual y constitutivo, no derivado. De este modo, la autodefensa individual acababa sustituyendo al sistema colectivo (DINSTEN, 1988, p. 278), atribuyéndose las competencias de éste, es decir, la anulación completa de la agresión y del agresor, y no sólo la eliminación de su inminencia. Este modo de proceder agudizaba en la práctica una dificultad que ya se presentaba en la teoría, al entender la guerra justa como guerra defensiva. Tanto la defensa como la agresión son ejercidas por sus agentes en cuanto individuos, por tanto, la reducción de la dicotomía guerra justa-guerra injusta al binomio guerra defensiva-guerra de agresión, situaba a ambos beligerantes en idéntica condición, sin que ninguno quedara establecido en autoridad sobre el otro. Sin embargo, se admitía teórica y prácticamente la prosecución de la lucha más allá de lo estrictamente defensivo, se utilizaban medios que excedían la simple evitación del peligro, y no se concluía el combate hasta infligir al enemigo un daño que no pudiera resistir. Es difícil admitir, por ejemplo, que el uso de la bomba atómica constituyera una acción puramente defensiva, y que las dos guerras mundiales, en sus respectivas últimas fases, continuaran siendo guerras de defensa. Al reducir la justicia a la defensa, se renunciaba al carácter judicial que la guerra justa tenía en la tradición, y se rebajaba al antiguo juez a la condición de defensor legítimo. Pero, no obstante -y he aquí la contradicción-, la guerra seguía dirigida hacia la aplicación de un castigo al agresor. Había, pues, pena sin sentencia, verdugo sin juez. De hecho, se actuaba judicialmente pero a título individual: con el espíritu del acusador particular, que reivindica lo propio, y no con el del juez, que vela por lo común. Y tengamos en cuenta que, mientras los presupuestos que hemos visto no cambiaran, la titularidad individual de la acción no quedaba trascendida por el hecho de que los agentes actuaran en alianza, pues tal concertación sólo significaría una coincidencia en lo individual.

En realidad, lo que ocurría era que la dramatización que la experiencia de la guerra estaba sufriendo, y aquello a lo que esta dramatización empujaba, superaba con mucho las posibilidades de orientación y justificación contenidas en una doctrina que buscaba su claridad en la simplicidad de sus fundamentos: paz fáctica, estado, agresión, defensa. Como en otros momentos de la historia, la intensidad de lo vivido no correspondía con la pobre fertilidad del pensamiento, y éste quedaba rebasado por la experiencia, sin ser capaz de hacerse cargo de ella. A la profunda aversión que la violencia de las nuevas guerras despertaba, el pensamiento quería contestar mediante la concepción de un orden universal. Pero este orden era constituido como ampliación del anterior, sin modificar -por una parte- sus principios fundantes, que eran de índole particularista, y -por otra- sin

reparar en que lo que sí cambiaba era la estructura material del nuevo ámbito al que se quería extender aquel orden. Esto hacía que dicha concepción resultase una construcción abstracta, que proponía unos ideales y preceptos sin adecuada apoyatura real, y que imprimía a la actuación un espíritu que no se correspondía con los esquemas que en verdad la presidían.

La dramática experiencia de la guerra, de una guerra que por sus nuevas dimensiones de destrucción ya no parecía calculable ni controlable, llevaba a ver en ella un horrible crimen, un crimen que era, en definitiva, contra la humanidad. Como tal, lo que reclamaba no era sólo la defensa, sino el más severo castigo; y quienes se enfrentaban a ese crimen, lo hacían supuestamente en nombre de la misma humanidad. Obviamente, este punto de vista descalificaba por completo -como irresponsable absentismo- la espectación neutral. La desigualdad entre los beligerantes y el antagonismo se radicalizaban. El promotor de la guerra quedaba fuera de la humanidad, desaparecía todo plano común entre éste y quienes se le enfrentaban encarnando a aquélla. Su condición era sólo la de criminal, sin posibilidad de atemperarla, pues su extrañamiento era tal -el de un completamente *otro*- que desaparecían las condiciones para algún tipo de reconocimiento, como el de *hostis*. Este fenómeno, que podríamos denominar "satanización" del enemigo, significaba en el fondo una nueva teologización de la guerra, pero esta vez, una teologización secularizada. La descalificación del agresor era, pues, total, y la contraposición entre éste y sus oponentes era el enfrentamiento entre lo inhumano y lo humano, entre la sinrazón y la razón. Lo que se suponía en juego era un valor universal y abstracto, sin correlato real concreto, el cual permitía una enajenación absoluta -en cuanto también abstracta- del que lo contradecía.

Pero este radical extrañamiento, a lo que llevaba era a que ya no se encontrasen razones -por parte de ningún bando- para limitar los medios de la guerra emprendida. Por un lado, la inhumanidad a la que era arrojado el agresor, casi le exoneraba de toda moderación. Y por otro, la superioridad moral que ostentaban los representantes de la humanidad era tan completa, que justificaba y exigía, como confirmación de ella, la consecución de una igual superioridad en la fuerza. Esta superioridad -teniendo en cuenta las desigualdades y la enérgica acción que permiten las posibilidades armamentísticas modernas- podía dar tal ventaja a los defensores, que la acción bélica no sólo dejara de ser defensa, sino que adoptara el carácter de una acción policial, más que el de una auténtica guerra (SCHMITT, 1979, p. 426). La actuación de los defensores contra el agresor era tan contundente y sin posibilidad de réplica, como la del estado sobre el delincuente, del cual se defiende como de un cuerpo extraño. Pero se olvidaba que mientras en la jurisdicción estatal pueden darse unas garantías prácticamente totales acerca de la culpabilidad e injusticia del reo, no ocurre así en el orden internacio-

nal. Esta inevitable incertidumbre debe ser respetada mediante el mantenimiento de una cierta igualdad -o la moderación de la desigualdad- en las armas, es decir, mediante la aceptación de un proporcionado grado de incertidumbre respecto de la victoria. Como ya se indicó, siempre ha estado presente el pensamiento de que cuanto más justa es una guerra, más contundentes pueden ser sus medios. Por lo tanto, la incertidumbre sobre lo primero debe verse traducida en una moderación de los últimos. Cabe también recordar aquí aquella prohibición de las armas de largo alcance que el Concilio Lateranense II establecía para las guerras entre cristianos. Y si esto es válido para todos los tiempos, en los nuestros exige una mayor atención, pues la eficacia y destructividad de las armas actuales, y la desigualdad que supone el poseer o no algunas de ellas, implican un cambio no sólo cuantitativo, sino también cualitativo, respecto de las posibilidades de tiempos pasados. Cuanta mayor superioridad y destructividad entraña una acción o una determinada arma, mayor justificación, mayor certeza sobre la justicia de la guerra, exige su empleo, ya que supone una más profunda discriminación y enajenación del enemigo. De aquí no es difícil concluir que no pueden existir guerras suficientemente justas como para legitimar el recurso a acciones y armas exterminadoras⁴.

8. Última etapa: la política de "bloques"

Podríamos decir que en la última etapa del mundo contemporáneo -esa que ahora parece agonizar-, la doctrina sobre la guerra pierde abstracción, y recobra cierta apoyatura real, mediante la erección de los dos grandes bloques que han presidido la política mundial de los últimos decenios. Aunque su raíz fuera ideológica, en realidad han actuado como grandes estructuras espaciales; y así, por ejemplo, lo que afectaba a Cuba no era valorado en función de la adscripción ideológica de este país, sino en función de su pertenencia al espacio occidental. La política de bloques ha remedado en parte la relación entre orbes antagónicos de épocas pasadas. La paz queda de nuevo espacializada: es la paz del propio bloque, sin que la paz del otro sea el mismo e idéntico valor. Consiguientemente, también la guerra adquiere sentido distinto según se trate de una guerra interna o externa al bloque en cuestión, es decir, según a qué paz afecte. En el fondo, se está volviendo a pensar la paz desde la necesidad de defensa frente al bloque antagónico. Lo que está en juego no es ya un valor universal y abstracto, sino algo real: la supervivencia como bloque. Por tanto, la paz y

4. "Toda acción bélica que tiende indiscriminadamente a la destrucción de ciudades enteras o de extensas regiones junto con sus habitantes, es un crimen contra Dios y la humanidad, que hay que condenar con firmeza y sin vacilaciones" (*Gaudium et spes*, 80).

el tratamiento de la guerra que de ella se desprende, se convierten en exigencias reales. El extrañamiento del oponente -en una guerra interior- aparece mediatizado y limitado por la pertenencia al mismo bloque. La fuerza normativa de los preceptos cobra realidad, pues ahora aquello común a cuya protección se ordenan no es un constructo artificial a partir de puras individualidades, sino un sustrato real, con verdadera eficacia en el sostenimiento de lo propio. De este modo, el equilibrio ya no es la fórmula aplicable al mundo entero, entendido como mosaico de estados. El equilibrio ya no es entre estados sino sólo entre bloques; y dentro de cada bloque, lo que rige es la cohesión, la defensa común y el amparo bajo la correspondiente gran potencia.

Por consiguiente, aunque la doctrina oficial ha seguido hablando de equilibrio y paz universales, y de estados soberanos como sujetos de esa estructura y de ese valor, la realidad ha sido muy otra. Los estados han dejado de ser y de actuar como auténticas individualidades soberanas, y la única paz tomada verdaderamente en serio por todos, ha sido la correspondiente al único equilibrio real, el de los bloques o superpotencias, cuya traducción operativa ha sido la política de disuasión. Se podría decir que si en el período clásicamente moderno el equilibrio servía para mantener la paz entre los estados, al margen de las luchas que ellos mismos promovían en los espacios extraeuropeos; ahora, ya que no quedan espacios libres, el equilibrio sirve para mantener la paz entre las superpotencias, con independencias de los acontecimientos que, en el resto de cada bloque, se produzcan por obra directa o indirecta de esas superpotencias. El antiguo espacio libre, que era libre para todos y estaba a la espera de ser adquirido por cualquiera, es en este tiempo dividido en dos subespacios, quedando cada uno a disposición de una de las dos grandes potencias. Por lo tanto, sólo ellas representan en este momento lo que eran los estados en la época moderna. Y, efectivamente, también hacia dentro, cada una de ellas ha actuado en su campo de acción como lo hizo el estado en el suyo: reivindicando el monopolio de la violencia y unificando mediante la neutralización de lo diverso. Por ello, ahora que los bloques empiezan a disolverse, aparecen nuevas divisiones, que no coinciden con las fronteras de aquéllos, y que habían sido enmudecidas bajo la uniformidad artificial y superpuesta.

La diferencia ha estado en que estas superpotencias ya no se encontraban asentadas -como los estados europeos- en un mismo espacio, desde el que se lanzaban al unísono sobre *el* otro espacio, en el que cabía la libre disputa. Ahora, cada una tenía su solar dentro de su propio subespacio de intervención, por lo que era la misma línea divisoria la que separaba tanto el espacio doméstico de las potencias como el espacio de sus satélites respectivos. De este modo, las mismas potencias, en sus relaciones directas, quedaban tan mutuamente extrañadas como los antiguos estados en sus acciones extraeuro-

peas. Desaparecido el asiento común, desaparecía la razón real para el establecimiento de una racionalización común de la guerra; y el equilibrio, que antes era mantenido precisamente mediante esa racionalización, ya sólo podía ser mantenido por el sistema justamente inverso: mediante una carrera, siempre emparejada, de irracionalización de la guerra. Al contrario que en el planteamiento moderno, la guerra que carecerá de limitación será la de los mismos protagonistas entre sí.

Reaparece la actitud que veíamos en Erasmo, el cual valoraba la guerra contra el Turco en función de sus consecuencias para la paz, es decir, para la paz cristiana. La guerra contra la otra superpotencia se juzga con ese criterio, y queda evitada mientras el cálculo de consecuencias arroje un saldo negativo. Hay, pues, dos tipos de guerra: la que puede afectar a la paz propia y la que no la afecta. Esta división aparecía ya en la época moderna, distinguiendo la guerra europea de la colonial. Pero -insistimos- en aquella época, era la primera la que, lógicamente, se sometía a una forma de limitación, mientras que ahora se produce lo contrario. Por eso hemos afirmado que el sistema de bloques reproducía el enfrentamiento de orbes antagónicos propios del tiempo premoderno.

La política de disuasión nuclear ha puesto de manifiesto la ineficacia de una doctrina desvinculada de la estructura real del mundo. Sin la existencia de un verdadero plano común, no es posible una auténtica limitación de la guerra. Mientras cada bloque se entendiera como la negación del otro, no era posible sentir la necesidad de una limitación *a priori* en la destrucción de ese otro, pues se trataba de la destrucción de algo completamente ajeno. En la completa ausencia de comunidad, la lucha sólo puede ser regulada por la lógica de los "contrapesos inherentes". Esto significa abandonar la guerra a los imperativos de la fuerza, sin posibilidad alguna para el derecho. Efectivamente, la guerra nuclear traspasa los límites de todo *ius belli*, no sólo del *ius in bello*, sino también del *ius ad bellum*, pues -como puede colegirse de lo dicho más arriba- deja incluso de ser propiamente guerra, es decir, de ser aquella acción que puede constituir un derecho. Por esta razón, me parece muy acertada la reformulación que W.L. La Croix propone de esta cuestión: la pregunta no es si las armas nucleares son un medio admisible, sino más bien qué fines son admisibles en la era nuclear (LACROIX, 1988, p. 208). Se ha argumentado que se amenazaba con la fuerza nuclear para no tener que usarla, pero no se cuestionaba si la amenaza era un propósito lícito en unas condiciones en las que la completa destrucción resultaba posible. El peligro que la política de disuasión entrañaba se debía a su carácter superestructural. Constituía un sistema que pretendía controlar la guerra *desde arriba*, sin alterar la disposición de fondo, donde se encuentran las tensiones reales que la fomentan.

9. Conclusión: la patencia de la apoyatura común en la experiencia de lo particular

No sabemos con exactitud cuál será el resultado final de los grandes cambios que estamos presenciando. Pero es obvio que éste es un momento óptimo para hacer un profundo replanteamiento del modo de concebir la guerra y su racionalización, de hacer propuestas que, inspiradas en lo ya acontecido, se adelanten a inspirar y orientar lo que esté por acontecer. Dentro de esa innegable incertidumbre, me parece observar que en los nuevos derroteros que el orden mundial está tomando, hay indicios que apuntan hacia una reactualización de los universalistas conceptos de Vitoria. El mundo actual parece estar exigiendo y posibilitando, necesitando y dando realidad, a aquellas intuiciones que quizá se adelantaban a su tiempo.

Pienso que la enseñanza de la historia nos permite concluir que la limitación de la guerra depende de la existencia de un plano o fondo común. Cuanto más vigoroso y experiencial sea éste, tanto más difícil y menos profunda será su ruptura, es decir, tanto menos posible y violenta será la guerra. Representemos esta idea con una imagen. Dos náufragos que flotan sobre una misma balsa, podrán discutir e incluso pelear, pero mientras necesiten la fuerza del otro para remar y sobrevivir, y la vida de ambos se apoye en la misma plataforma flotante, no llegarán a la eliminación del otro, y, mucho menos, se atacarán con fuego, si fuera posible tenerlo. Pero no reduzcamos el alcance de la idea a los límites del ejemplo. La patencia del plano común no se refiere sólo a las necesidades más materiales y perentorias. Incluye todas las dimensiones que concurren en la determinación de la propia identidad. Pero la raíz comunitaria, la apoyatura en lo común, de esa identidad, ha de hacerse tan experiencial como la de la supervivencia individual en el caso del naufragio. El modo de vivir el náufrago su propia supervivencia -como inmediata e irremisiblemente sostenida por lo común- ha de ser el modo de vivir, en general, la completa identidad, personal y colectiva. Mas la consecución de ese modo no se encuentra en su mera proclamación y requerimiento, sino en una determinada disposición de las condiciones reales del suelo en el que esa identidad se apoya. La misma estructura real de la vivencia de lo propio ha de manifestar su dependencia de lo común.

La solución al problema de la guerra -dentro de lo que es posible- no está, pues, en la centralización política. Esta centralización sólo sería la culminación del camino iniciado por el estado moderno: la monopolización de la violencia. Un sólo monopolio sustituirá a los dos -las dos superpotencias- que, a su vez, sustituyeron al conjunto de los estados. Tampoco se halla en el desarme, pues éste, por sí mismo, siempre será provisional: la marcha atrás -en tiempos de paz- de un proceso que se reanuda en cuanto apareciera la guerra. Algunos cifran sus esperanzas pacifistas en el desarrollo

tecnológico. Pero es obvio que la tecnología no es fundamento para esas esperanzas, pues es claro que sus productos son ambivalentes de cara a la violencia. Otros las han fundado en la expansión de la democracia, ya que ésta sería la forma política que “excluye en mayor medida la violencia, ya que coloca siempre el diálogo en el origen de las decisiones políticas” (Ballesteros) (cit. en SORIA, 1991, p. 179). Tampoco me parece suficiente garantía, pues del diálogo interno de una democracia puede también surgir la decisión del uso externo de la fuerza. Para que el diálogo fuera relevante de cara al alejamiento del peligro de la guerra, tendría que establecerse, desde el origen, entre los que son posibles beligerantes; pero poco se conseguirá mientras el origen de esa decisión sean dos diálogos independientes, que, muy democráticamente, pueden hablar del otro como de algo completamente ajeno. Dicho de otro modo, haría falta que ambos diálogos internos sólo pudieran establecer como tales -como origen de un decidirse- en el seno de un diálogo común; pero esto no depende tanto del régimen democrático, como de la experiencia de ese fondo compartido, que aquí estamos señalando.

Algunas propuestas apelan a la cultura. “Cualquier cosas que se haga por el desarrollo cultural -escribía Freud a Einstein- servirá para evitar la guerra” (en EBENSTEIN, 1965, p. 1.055). Aquí desarrollo cultural se entiende como progresiva intelectualización, que serviría para dominar los sentimientos agresivos, e impondría una disposición psíquica antibelicista. Pero es patente que entre los más poderosos móviles de la guerra, se encuentran, precisamente, los motivos culturales, y que son éstos los que pueden provocar aquellos sentimientos de agresión. No toda cultura es favorable para la paz. Tampoco por constituir -cuando así sea- un proceso de intelectualización. Eso pretendió ser la cultura de la modernidad, y las tragedias bélicas de nuestro siglo echaron abajo la ingenua fe en la Razón, que había alimentado la esperanza de un indefinido progreso bajo el imperio de aquella.

En definitiva, la solución no ha de buscarse -valga la expresión- por arriba, en complejas y sofisticadas superestructuras; sino por debajo, en contenidos y condiciones reales. El ordenamiento del ámbito internacional carecerá de verdadera y legítima eficacia mientras pretenda seguir apoyándose en esa forma monopolizadora y hermética de configurar la realidad política, que es el estado. A la reconsolidación de esta figura podría llevar -en una equivocada reacción- la disolución de los bloques. Pero toda normativa que se pretenda levantar desde individualidades soberanas, no pasará de ser un constructo artificial y convencional, que sólo puede aportar una racionalización formal y abstracta. La fuerza vinculante de un precepto internacional no reside en la auto-obligación que libremente pueden imponerse unidades atomizadas, sino -como afirma Carl Schmitt- en la

pertenencia común a un espacio acotado (SCHMITT, 1979, p. 280) (sobre este calificativo "acotado", volveremos más adelante). Entiendo que este espacio no puede constituir un mero continente, sino que ha de tener contenido; y que la pertenencia no puede significar simple ubicación, sino auténtico enraizamiento.

La respuesta al problema de la guerra, el logro de una humanización con fuerza impositiva real, se encuentra en la vitalización de ese sustrato común. Para que este proceso cobre vigor en la conciencia de los hombres, se precisa una inversión en el orden de los conceptos: que lo común sea concebido -como ocurría en Vitoria- como lo previo y fundante de lo particular, y como su destinatario último. Para Vitoria, desde el principio, todo el género humano formaba -al menos, intencionalmente- una sola comunidad. La posterior división por naciones no podía significar la anulación de esa comunidad primera, sino por el contrario, una forma más práctica y eficaz de organizarla, de cara a la realización acabada de aquella intención. Desde este modo de pensar, el ámbito internacional aparecerá como dotado también de carácter social, y no como esencialmente conflictivo. En cuanto sociedad, los bienes a los que tiende proyectan exigencias que pueden ser entendidas como auténticas leyes. Sólo así, la guerra puede representar un auténtico derecho, atribuido a un sujeto y sometido a medida, pues aquellas leyes pueden preverla como el modo extremo de custodiar los bienes que ellas persiguen. La guerra se juzgará -en cuanto a su conveniencia y en cuanto a su medida- en función de esos bienes. El *ius belli* no será, por tanto, una pura convención, un acuerdo entre particulares, por el que limitan voluntariamente una libertad individual, es decir, una libertad tenida al margen de toda referencia a los otros.

Todavía hoy, la fundamentación jurídico-política de la paz va unida a la idea de que son los estados los titulares del derecho a la paz, los sujetos principales del derecho internacional. Pero para una justificación más profunda y una exigencia más real del derecho a la paz, es decir, para una limitación más sólida de la guerra, es necesario atribuir ese derecho a los hombres reales, como sus sujetos primordiales y originarios. Los derechos internacionales de los estados deben ser entendidos como derechos derivados de los personales, a cuya garantización se ordenan (RUIZ MIGUEL, 1988, p. 275-276). Los estados son mediaciones que administran y perfeccionan esos derechos. La división en estados -o en cualquier tipo de unidad política- es sólo un modo de organizar, en segunda instancia, la sociedad que originariamente forman los hombres, y en la que surgen sus derechos fundamentales; y aquel modo de organización, lejos de cuartear esta sociedad radical, se justifica como el procedimiento más adecuado de dar viabilidad práctica a lo que ella proporciona al hombre.

Cuanto más presente se haga la dependencia respecto del plano común, menos obligados nos encontraremos a construir un gigantesco estado mundial, pues las exigencias de la paz cobrarán realidad en la experiencia de cada uno. Cuanto más patente sea la realidad de lo común, menos necesidad habrá de superestructuras. La paz ha de dejar de ser una aspiración ideal, con el sentido de rectificación de lo dado, y convertirse en la expresión normativa de lo ya real.

Estas consideraciones nos dan una perspectiva desde la que cabe entender la guerra de forma análoga a un conflicto social, abriendo así la posibilidad de aplicar a la guerra consideraciones propias de ese tipo de conflictos. Pensemos, por ejemplo, que la seguridad de bienes generales puede exigir la renuncia a la defensa de bienes propios; y, así, en la sociedad, no siempre compensa castigar, o hacerlo severamente, un delito. También parece razonable que, según va apagándose el foco de la violencia, la acción represora se vaya moderando igualmente. No cuadran, pues, con estas consideraciones, es decir, con una comprensión de la guerra dentro de un contexto social, la práctica de la explotación del éxito, el responder al debilitamiento del enemigo con una intensificación de su castigo, o el exigir -como única fórmula de armisticio- una humillante rendición sin condiciones, so pena de una completa destrucción. Estos modos no corresponden a una defensa de lo propio que se concibe y ejerce enmarcada en la salvaguarda de lo común. En última instancia, la limitación de la guerra depende de que, en atención a determinados bienes, se esté dispuesto a algún tipo de derrota, que no se ambicione una victoria a cualquier precio, o que se acepte alguna limitación en el éxito; de manera semejante que la legítima defensa es legítima si hay proporcionalidad en los medios, lo cual implica asumir algún tipo de riesgo. La guerra no es un fenómeno que *estalla*, es una acción que se decide; y como toda decisión práctica, en su determinación juegan un papel relevante las disposiciones presentes en la voluntad.

Antes hemos afirmado con Carl Schmitt, que la fuerza vinculante de un precepto de derecho internacional se encuentra en la pertenencia común a un espacio acotado. Por mi parte, no veo la necesidad de que ese espacio, plano común, orbe o mundo, tenga que ser acotado, si por este término se entiende delimitación que aísla e incomunica. Me parece que la prescripción de esa limitación procede -y recibe su sentido- del enfoque que impone el binomio amigo-enemigo, tenido por Schmitt como una categoría fundamental de lo político. Esta categoría le lleva a pensar que la humanidad no tiene realidad política, pues como tal carece de enemigo. No considero que ese binomio -aunque de hecho haya actuado en la historia- constituya una categoría esencial y necesaria de lo político. Si, por el contrario, así fuera, no sería posible dar apoyatura real a las exigencias de la paz, sin por ello dividir la paz en paces parciales, divergentes e incomunicadas, en cuanto reales; y en

consecuencia, nos veríamos obligados a aceptar siempre un determinado nivel de interacción humana como esencialmente conflictivo. Tendríamos que aceptar como ineludible el planteamiento del estado moderno: definir un *topos* para la paz, a costa de definir otro como *topos* de la guerra.

Al principio, hemos reclamado una antropología que asuma en todo su rigor la esencial coexistencialidad humana. Esta dimensión del hombre no dice, por sí misma, limitación alguna. Si su cumplimiento se debiera a su limitación, entonces no sería verdaderamente humana, no correspondería al hombre en cuanto tal, y sólo sería, por ejemplo, occidental, europea, francesa... Otra cosa es que estas concreciones sean momentos escalonados de la emergencia de aquella dimensión. La coexistencialidad humana se expande en una gradualización sin solución de continuidad. No se para, pues, en las fronteras de un espacio acotado. Este no es más que un momento de modalización de esa coexistencialidad que sigue construyendo -hacia arriba o hacia abajo- otros planos comunes -más restringidos o más amplios-.

Hay, pues, dos modos equivocados de entender la formación de lo común. Uno es el dialéctico: la comunidad surgiría de la contraposición frente a lo que resulta ajeno: la amistad común, del enemigo común. El otro es el que entiende lo común como efecto de la neutralización. Lo primario sería lo que distingue y separa, y la unidad se conseguiría vaciando y acallando las diferencias, quitando toda relevancia a lo inmediato y distintivo, y ateniéndose exclusivamente a lo mediano y homogéneo. En los dos modos, lo común resulta secundario y limitado. Esta limitación, en el primer caso es -por decirlo así- *horizontal*: para unir a unos, se prescinde de otros; y en el segundo, *vertical*: para unir a todos, se prescinde de algo en cada uno. Con más acierto, lo común puede entenderse de un tercer modo: como fruto de la instancia a vivir de un modo más elevado las diversas dimensiones humanas. Cuanto más elevado y pleno es el modo de desarrollar esas dimensiones, cuanto más alto es el nivel en el que situamos las acciones de su despliegue, más amplio se hace el mundo que esas dimensiones exigen como soporte, más se ensancha el marco de referencia de las acciones que las despliegan. Cuanto más elevamos nuestra perspectiva, más dilatado se hace el horizonte de nuestra visión, y más relativo al todo, más dependiente y deudor del conjunto, aparece cada elemento del panorama. Fijándonos, por ejemplo, en la dimensión económica, podemos observar que una economía de subsistencia nos instala en un mundo -el que ella exige- mucho más restringido que el correspondiente a una economía de abundancia. Lo mismo ocurre con cualquier otra dimensión de nuestra existencia. El nuevo mundo de referencia es compartido por más sujetos, sin ser menos propio de cada uno. Se dilata aquello que cada uno siente como suyo, se hace cercano lo distante, sin que por ello pierda concreción. Al ampliarse,

ese mundo abarca a un número superior de miembros y a sus respectivos mundos previos; es decir, cobra cuerpo un soporte común de soportes particulares. Surge o se amplía lo común, sin pérdida de realidad, pues no se configura por abstracción o neutralización, sino por verdadera comunicación de las particularidades. Podemos decir, siguiendo la imagen anterior, que cada balsa se apoya en otras progresivamente más amplias y compartidas. La constitución de lo común no anula las particularidades, ni las priva de operatividad. Sin perder su especificidad, se comunican a través del soporte común, y de este modo, en virtud de esa mediación, resultan traducibles. Esto quiere decir que se hace posible el mutuo reconocimiento, sin necesidad de uniformización ni de desarraigo. Y si tenemos presente que la constitución de lo común y universal era la intención primera de la coexistencialidad humana, entonces entenderemos esa comunicación de las particularidades como el modo de llevarlas a su perfección, de que sean lo que en realidad les corresponde ser: órganos que dan vida y viabilidad a la sociedad total.

Contra el peligro de la destrucción total de la guerra nuclear, se ha ensayado la fórmula de la disuasión, del equilibrio de amenazas, de la respuesta inmediata e inevitable. En definitiva la tarea de la disuasión consistía en hacer realidad que la destrucción del otro se convertía inexorablemente en autodestrucción. Pero esta identificación entre destrucción ajena y propia puede lograrse de otro modo, de un modo intrínsecamente pacífico: haciendo que el otro pase a ser condición y parte del propio yo. Consiste en hacer inmediatos a los sujetos en vez de hacer inmediato el peligro de sus armas. Contra la amenaza de una agresión nuclear, la mejor medida de seguridad es, simplemente, la cercanía al posible agresor. En el contexto de nuestras reflexiones, bien puede entenderse que esa cercanía no es sólo cuestión física, sino vital. Esa cercanía es la fórmula que puede y debe sustituir en su tarea a la disuasión. La magnitud que la acción humana, en algunas dimensiones, está alcanzando, va consiguiendo poner de manifiesto la realidad de que el mundo es uno sólo y el mismo para todos, que el mundo de cada uno es todo el mundo y el de todos. Esa magnitud está haciendo el planeta demasiado pequeño para que quepan mundos radicalmente diversos. La progresiva conciencia ecológica es buen índice de ello. Pero es necesario que esto cobre realidad respecto de otras dimensiones de la vida humana. Es preciso convertir en vital y experimentable lo que en Vitoria quizá sólo era conceptual.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ALVIRA, R., *Reivindicación de la voluntad*, Pamplona, Eunsa, 1988.
- ANSCOMBE, G.E.M., "War and Murder", en *The Collected Philosophical Papers*, vol. III, Oxford, Basil Blackwell, 1981.
- COTTA, S., *Dalla guerra alla pace*, Milano, Rusconi, 1989.
- CRUZ PRADOS, A., *La sociedad como artificio. El pensamiento político de Hobbes*, Pamplona, Eunsa, 1986.
- D'AGOSTINO, F., "Repensar el Derecho en clave postmoderna", *Atlántida*, 3, 1990.
- DINSTEIN, Y., *War, Aggression and self-Defence*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1988.
- D'ORS, A., *De la guerra y la paz*, Madrid, Rialp, 1954.
- EBENSTEIN, W., *Los grandes pensadores políticos*, Madrid, Revista de Occidente, 1965.
- HÖFFNER, J., *La ética colonial española del siglo de oro*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1957.
- LACROIX, W.L., *War and International Ethics*, Lanham, University Press of America, 1988.
- MORRIS, Ch., "A Contractarian Defense of Nuclear Deterrence", *Ethics*, 3, 1985.
- PERNOUD, R., *Los hombres de las Cruzadas*, Madrid, Swan, 1987.
- RUIZ MIGUEL, A., *La justicia de la guerra y la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- SCHMITT, C., *El Nomos de la Tierra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- SORIA, C., "La función pacificadora de los medios informativos", *Persona y derecho*, 1991.
- TEICHMAN, J., *Pacifism and the just war*, Oxford, Basil Blackwell, 1986.
- URDANOZ, T., *Obras de Francisco de Vitoria*, Madrid, B.A.C., 1960.
- WEBER, M., *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1972.

Los derechos del indio - ayer y hoy

Por WOLF PAUL

Frankfurt a. M.

La cuestión de los derechos del indio en Suramérica es un problema de ámbito histórico. Se trata de ella desde hace casi 500 años, y siempre con decisiones transitorias, dilatorias, sin un resultado final justo. El indio es, desde su "descubrimiento" y "conquista" por los europeos a partir de 1492, materia problemática y polémica de carácter político, moral y jurídico. Es decir, una cuestión social que ni se ha resuelto en paz, ni en paz siquiera ha sido planteada, a pesar de los muchos empeños violentos. Hoy, sin embargo, en vísperas del 12 de octubre de 1992, día en que se celebra el 500 aniversario del descubrimiento y apropiación por Colón del continente suramericano juntamente con sus "nativos", ha de observarse un hecho, que da ocasión a una cierta esperanza: la cuestión india se ha hecho universal, mundial, y ha dejado de ser sólo una cuestión doméstica de los Estados latinoamericanos, convirtiéndose así en tema político de enorme alcance moral. Los Estados latinoamericanos se encuentra hoy frecuentemente a la defensiva, cuando no en el banquillo de los acusados de las discusiones y tribunales sobre derechos humanos. Incluso están bajo sospecha de genocidio y etnocidio, y tienen dificultades para defenderse de pruebas cada vez más apremiantes. En otras palabras, la cuestión india se ha convertido, para la humanidad, en escándalo que, en cuanto tal, ha encontrado eco en los foros de las más altas organizaciones internacionales, y ha sido ya regulada en diversas "Declaraciones sobre los derechos de los indios" y "Convenciones sobre su protección". Parece como si, a través de esa universal atención de la opinión pública y del derecho internacional, los derechos del indio hubieran tenido la oportunidad de reconocimiento y realización: lo que supone un progreso en la global situación histórica.

No debería pasar inadvertido un segundo avance. Aconteció en forma de acto constitucional el 5 de julio de 1988 en Brasilia, cuando Brasil debatió

en segunda lectura y votó favorablemente la “constitución del indio” (arts. 231 y 232)¹. Cuando el Presidente de la Constituyente, Ulysses Guimarães, anunció el resultado de la votación (497 a favor, 5 en contra y 15 abstenciones), ocurrió algo conmovedor: en la tribuna del público se levantaron treinta indios, con sus vestidos tradicionales y sus variopintos adornos de plumas y celebraron su “victoria” bailando con cantos rítmicos. Y ciertamente con toda razón: el poder constituyente brasileño acababa de reconocer los derechos de los indios brasileños a su peculiaridad cultural, a los territorios tradicionalmente habitados por ellos, al aprovechamiento y potenciación de los recursos naturales que en ellos se encuentren, a la seguridad y protección estatal frente a los ataques de terceros a sus territorios y modos de vida, así como la capacidad procesal de hacer valer sus derechos. Lo ocurrido allí

1. Texto oficial y traducción alemana de la Constitución en: PAUL, Wolf (ed.), *Die Brasilianische Verfassung von 1988*, Frankfurt/Berna/Nueva York, 1989, pp. 121 ss.; también en: "Jahrbuch des öffentlichen Rechts" (Nueva Serie), 38 (1989) 462 ss. Se reproducen los artículos indicados:

Capítulo VIII

DOS INDIOS

Art. 231. São reconhecidos aos indios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos indios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

7º Não se aplica as terras indígenas o disposto no art. 174. 3 e 4.

Art. 232. Os indios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

puede considerarse un innovador acto constitucional para toda América Latina, que ha aportado dinamismo y progreso a la cuestión de la emancipación política y jurídica del indio.

El aplauso de los indios salido de las butacas de espectadores no priva de simbolismo a la referencia histórica: descendientes de los *tupinambá*, primitivos pobladores de Brasil, autóctonos en sentido etnocultural, manifestaban a los descendientes de sus “descubridores” y “conquistadores”, ahora unos y otros brasileños del mismo linaje nacional, su aplauso y consenso tributados a una Constitución, que regula con alcance vinculante las relaciones entre indios y brasileños, ahora y en el futuro, incorporados ambos a la sociedad nacional. Juristas que creyeran en los símbolos podrían decir que se ha dado en Brasilia un reencuentro constitucional entre el Viejo y el Nuevo Mundo, que ha tenido lugar un nuevo acuerdo entre la etnia india y la sociedad brasileña, así como también una especie de contrato social o contrato entre pueblos en un contexto nacional.

Se mantiene el interrogante del valor de ese contrato social, del grado de progreso que haya podido significar para los indios de Brasil. Hoy, una vez que se ha acallado el aplauso de los indios y se ha vuelto a la cotidianidad social, se extiende la sobriedad y nadie puede tener en verdad confianza en el nuevo ordenamiento, y en su desarrollo, de las relaciones indio-brasileñas, tal como fue proclamado el 6 de octubre de 1988 por una asamblea constituyente de no-indios a los indios de Brasil, como su constitución. A la vista de las realidades políticas, no está claro o, al menos, se muestra problemático, por qué la Constituyente -órgano representativo de los intereses nacionales prevalentes- reconoce con cierto desprendimiento y magnanimidad amplios derechos patrimoniales y privilegios culturales a una minoría étnica que supone sólo el 1% de la población total, y no lo hace respecto de otras minorías en una comparable situación de miseria y privación.

Tan escéptico como el interrogante de si el reconocimiento constitucional de derechos específicos para los indios proporciona una solución duradera, ha de considerarse también el otro interrogante de si la protección de *derecho internacional* y la defensa de los pueblos, comunidades y tribus indios permiten garantizar su supervivencia, conservación y continuidad. Las realidades del derecho internacional así como las experiencias de la historia jurídica empujan al escepticismo y justifican la duda de si las promesas de la nueva juridificación del problema indio se cumplirán y modificarán el destino histórico de los indios.

Sobre esos interrogantes y dudas referentes al tema “derechos del indio” han de darse, a continuación, informaciones, plantearse reflexiones y defenderse una tesis en la siguiente sucesión de cuestiones:

1. ¿Quién es el sujeto de los derechos indígenas, quién es “indio”?
2. ¿Qué es “derecho indígena”?
3. ¿Cuál es la realidad de los derechos indígenas?

II

¿Quién es “indio”? Emplear el término “indio” proporciona no pocos escrúpulos y exige una aclaración. Los escrúpulos provienen de que la palabra “indio” refleja inevitablemente concepciones colonialistas y, consecuentemente, estereotipos y prejuicios consolidados. Quien dice “indio” da a entender, a pesar del cambio de conciencia producido, lo que expresaban con esa palabra los conquistadores españoles: tanto el modo semántico de percibirse el no-europeo, el extranjero y distinto por el yo europeo, como la percepción del otro como “salvaje” y, consecuentemente, inferior². Este “indio” llegó con los conquistadores al mundo sudamericano y pervive con ese significado. Los sinónimos usados todavía hoy, incluso en contextos legislativos, confirman ese histórico núcleo significativo. En Sudamérica siguen en uso términos tales como “nativos”, “naturales”, “silvícolas”, “indígenas”, “salvajes”, “aborígenes” y no pueden prescindir de contenidos semánticos discriminatorios. Históricamente considerado, ese rebajante y eurocéntrico uso del término se ha mostrado por demás estable y resistente a toda crítica. Incluso ha superado incólume, desde el conocido ensayo de Montaigne *Des Cannibales*, los intentos de relativización y objetivación filosóficamente ilustrados o idealistas; los estereotipos de observación y enjuiciamiento contenidos en él fueron lo suficientemente poderosos como para atraer a su órbita los mayores espíritus. Espíguese tan sólo de Kant y de Hegel³ alguna que otra afirmación sobre la diferencia entre el Antiguo y el Nuevo Mundo, sobre la sensibilidad y carácter de los “nativos”, sobre “su intacta, espontánea cultura..., que habría de sucumbir en cuanto se aproximase a ella el Espíritu (europeo)”.

2. Cfr. TODOROV, Tzvetan, *Die Eroberung Amerikas. Das Problem des Anderes*, Frankfurt, 1982.

3. KANT, *Werke* (Theorie-Werkausgabe, Frankfurt), vol. II, pp. 868 ss.; HEGEL, *Werke* (Theorie-Werkausgabe, Frankfurt), vol. XII, pp. 107 ss.

La palabra "indio" ha sobrevivido además como una categoría colonial, está lastrada históricamente por un significado culturalmente difamatorio, y en tan gran medida que su uso es hoy altamente problemático, al menos en un contexto científico valorativamente neutro.

El uso del término "indio" tiene sin embargo sentido especialmente cuando tiene lugar en el contexto de derechos y situaciones jurídicas de las etnias. Dos razones juegan aquí un papel: de una parte, con el significado discriminator y humillante de la palabra "indio" se denuncia su situación histórica existente desde hace 500 años, esto es, la del aborígen del continente americano, sometido, perseguido, reprimido, explotado y despojado de derechos; de otra parte, apunta la necesidad histórica de la crítica y superación de esa miserable y precaria situación. El uso de la palabra "indio" tiene por tanto implicaciones denunciatorias y emancipatorias, tal como lo ha expresado un manifiesto indigenista en Perú del año 1983: "Si 'indio' fue el término con el que fuimos sometidos, 'indio' será el término con que nos alzaremos" (Movimiento indio Pedro Vilca Apaza). Así los mismos indios han adoptado el concepto de "indio" y, en cierto modo, rehabilitado⁴.

A la cuestión de quién es "indio", antropólogos, etnólogos, sociólogos, científicos de la cultura, políticos e indigenistas dan respuestas diversas, según su interés cognoscitivo y propósito. No parece posible una definición interdisciplinaria, capaz de alcanzar consenso. Criterios biológicamente raciales, étnicos, lingüísticos, culturales configuran las características principales, juntamente con criterios históricos, sicosociales, como la pertenencia o vinculación con grupos étnicos o comunidades de origen precolombino, así como criterios políticos-económicos como explotación, empobrecimiento, marginación, con criterios sociopolíticos como dominación y discriminación e incluso con criterios de una autoconsciente identidad india. "Indio es aquél que se considera tal y es considerado por otros como tal. Lo fundamental es que él, en razón de su modo de vida, de su pertenencia étnica y de su identidad, quiere saberse considerado como indio; además, en razón de ese supuesto, será reconocido y discriminado como tal"⁵.

Definiciones de éstas son consideradas, sin embargo, como muy generales para su utilización en un discurso jurídico o para fines legislativos.

4. Para el contexto: MAIHOLD, Günther, *Identitätssuche in Lateinamerika: Das indigenistische Denken in Mexiko*, Saarbrücken/Fort Lauderdale, 1986; IDEM, José C. Mariátegui: *Nationales Projekt und Indio-Problem*, Frankfurt, 1988.

5. WELLEN, Aloys Ignatz, *Indianische Rechte in Brasilien*, Mettingen, 1986, p. 16.

No pueden cumplir su tarea específica: delimitar ámbitos de validez de regulaciones jurídicas referidas al indio, y consecuentemente relevancias jurídicas, competencias de actuación y campos de interacción.

Otra dificultad viene a añadirse: los intereses que se manifiestan en las distintas políticas específicas dirigidas al indio se enfrentan a una definición unitaria, así como los intereses de los muchos movimientos indigenistas, tal como confluyen en el *World Council of Indigenous Peoples*. En el superior nivel del discurso del derecho internacional tiene lugar la discusión sobre el problema del derecho a la autodefinition y autoidentificación del indio a la vista de una historia común, tal como se muestra en la definición de Martínez Cobo⁶, informador especial de la ONU: "Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, en razón del hecho de ostentar una continuidad histórica con las antiguas sociedades precoloniales existentes antes de la invasión (europea), se consideran a sí mismas distintas de otros sectores de la sociedad, o de parte de ellos, hoy dominantes en esos países. Constituyen sectores no dominantes de la sociedad y tienen la misión de conservar sus territorios originarios para las futuras generaciones, así como desarrollarlos y transmitirlos, y hacer lo mismo con su identidad étnica, como base de su continuidad como pueblos que respetan sus tradiciones culturales, instituciones sociales y peculiaridades jurídicas".

Esa definición está pensada con carácter universal; quiere abarcar a todos los pueblos indígenas, y por tanto, además de los indios de Sudamérica, los indios piel roja de Norteamérica, los aborígenes australianos, los *inuit* (esquimales), los *maori* de Nueva Zelanda y los *sami* (lapones) de Escandinavia; reúne criterios objetivos como origen, cultura y lengua, con criterios subjetivos como la autoidentificación y aceptación bajo el concepto de "pueblos" y el principio de (relativa) autonomía, esto es, el principio de autodeterminación interna, autogobierno y autodesarrollo, incluyendo el derecho a un derecho propio y a un desarrollo del mismo⁷. Como se ve, un progreso definitivo en la moral internacional.

Pero al mismo tiempo, y quizá por eso, es problemático aplicar esa definición al indio del ámbito sudamericano. Los indios de Iberoamérica se diferencian demasiado entre sí por lo que hace a su densidad demográfica y expansión, organización social, cualidades étnico-culturales, grado de aculturación, situaciones nacionales y regionales, formas de vida económica,

6. MARTINEZ COBO, J.R., *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, en: UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 Add. 4, para 379.

7. HEINTZE, Hans-Joachim, "Völkerrecht und Indigenous Peoples", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 50/1, 39 ss.

situación jurídica. Con carácter general hay que distinguir entre pequeñas tribus y pueblos que como enclaves étnicos diseminados por todo el territorio, viven en los márgenes de la sociedad nacional (tal es el caso de Brasil), y poblaciones indias dentro de una totalidad nacional, esto es, grandes formaciones sociales. "Estas últimas son descendientes de culturas superiores precolombinas. Se concentran en algunos países, en los que constituyen masas campesinas; en algunos casos constituyen la mayoría de la población total (Guatemala y Bolivia), en otros casos (Perú, Ecuador, México, Colombia) la mayoría de la población de vastas regiones"⁸. Características de los pequeños grupos es su gran número: están registrados varios cientos de tribus esparcidas por Sudamérica, de las que sólo en Brasil hay 170. A su vez, constituyen menos del 10% del total de la población india de Sudamérica (unos 30 millones), y sólo entre el 1 y 2% del total de la población (por ejemplo, en Brasil, unos 200.000 indios para un total de 140 millones de brasileños)⁹.

A las pequeñas tribus afecta por igual una situación de expulsión y migración. Son víctimas de la llamada "frontera", del límite que avanza sin tregua en razón de la civilizadora dinámica de expansión y de ocupación de la sociedad nacional, que obliga a los indios a retirarse a los yermos o selvas que aún quedan, a las llamadas regiones naturales de repliegue, o a permanecer en las reservas a ellos destinadas. Bajo esas condiciones, les resulta particularmente difícil conservar su peculiaridad étnica, su salud física y su identidad cultural. Tienen necesidad de medidas de protección contra la expulsión, exterminio, enfermedad, pérdida de la salud, discriminación, odio racista, y contra la arbitrariedad violenta, a veces criminal, de los grupos y empresas que irrumpen en esos amplios fronterizos de la civilización en busca de bienes económicos ya que, como es sabido, constituyen ricas reservas de recursos naturales y materiales primas, y por ello ejercer irresistible atractivo sobre la economía nacional y el comercio internacional. Los indios se enfrentan indefensos a esos poderes, necesitan la protección del Estado o de las misiones, y por supuesto -aunque suene paradójico- han de ser protegidos de las consecuencias de esas medidas tutelares, es decir, de la dependencia y apatía.

En otra dimensión, aunque en principio no se trate de algo distinto, ha de verse la situación de las grandes poblaciones indias en relación con las

8. RIBEIRO, Darcy, *Die Indianer un wir. Unterentwicklung, Kultur und Zivilisation*, Frankfurt, 1979, p. 255. Extensamente en: *Os Índios e a Civilização*, 5ª ed., Petrópolis, 1986. Ahora también: PEREIRA GOMES, Mércio, *Os Índios e O Brasil*, Petrópolis, 1988.

9. Cálculos más recientes en: GORGEN, Karl, *Deutsch-brasilianische Hefte*, 2/1990, pp. 78-80.

sociedades nacionales. En su mayoría constan de comunidades de agricultores pobres, que obtienen lo imprescindible en tierras inhóspitas y apenas fértiles, que sobreviven en pequeñas comunidades de producción (cabildos, en Colombia), o se ajustan a un trabajo agrario por bajo salario. Ocupan el más bajo escalón en la escala de los índices socioeconómicos y de los estratos sociales de los países sudamericanos tercermundistas, viven en condiciones trágicas e inhumanas, configuradas por una situación colonial secular. Los agobiantes niveles de vida de las comunidades indias son sólo el resultado de un proceso histórico de sometimiento y, por tanto, explicables como consecuencia de las formas en que se insertaron, primero, en el sistema de las sociedades coloniales, y posteriormente en las estructuras económicas de las llamadas sociedades nacionales, es decir de los países latinoamericanos que llegaron a declararse políticamente independientes. Su degradada situación se ha mantenido hasta hoy como consecuencia de una doble opresión: su explotación económica en cuanto clase de campesinos pobres marginados, a quienes faltan tierra y medios y que en la mayoría de los casos sirven al sistema semifeudal latinoamericano en forma de "peonaje", y su represión cultural a través del racismo inherente, sentimientos de superioridad cultural e intolerancia de las sociedades criollas¹⁰. Ambos factores, explotación económica y discriminación étnica, conforman ese todo en el que tienen lugar masivas lesiones de los intereses vitales de los pueblos indios: el llamado problema agrario, con ocupación de tierras y expulsión, muerte o masacre, expropiación o movimientos forzados de población, represalias, discriminación en la aplicación de la ley y el procesamiento penal, suspensión de las garantías constitucionales, dificultad para la actividad política o sindical, y otras muchas cosas.

Todos esos factores, que someten a las poblaciones indias en su contacto conflictivo y en competencia con otros grupos de población, y que van forzando un proceso más o menos intensivo de pérdida cultural, exigen medidas enérgicas de protección y promoción, con el fin de darles una oportunidad "de sobrevivir en forma integrada dentro de la sociedad que les circunda"¹¹. La autoridad proteccionista del Estado y del derecho estatal se ha convertido en condición de vida y supervivencia para los indios, la integración estatalmente protegida es la única oportunidad de futuro de los actuales descendientes de los pueblos precolombinos.

10. Cfr. STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, El Colegio de México, 1988, pp. 9 ss.

11. RIBEIRO, o.c. (nota 8), p. 258.

III

¿Qué es el “derecho indígena”? A la cuestión de qué derechos tiene el indio sudamericano, o qué haya que entender por “derecho indígena” (“fuero indígena”), no es fácil responder. Que en sus derechos se manifieste “el drama de su entrega a la civilización” (Darcy Ribeiro), y que al derecho indígena corresponda una función civilizadora bajo un signo proteccionista e integrador, puede ser una primera, aunque fundamental, orientación, que requiere posterior explicación. El derecho, es decir, la situación jurídica de los pueblos indios bajo las actuales condiciones, se caracteriza por su contingencia y alta complejidad, y bloquea toda unificación conceptual construida sobre la base de las categorías jurídicas tradicionales. Aproximaciones sistematizadoras sólo pueden tener el alcance de una tentativa. A continuación se ha de tratar de aclarar las diferenciaciones que se dan en el concepto “derecho indígena” o “derechos de los indios”.

El derecho indígena no presenta en Sudamérica una estructura homogénea o un ordenamiento jurídico unitario. Consta de una pluralidad de normas y conjuntos normativos de distinto rango, proveniencia y funcionalidad, así como de principios y objetivos entre sí contradictorios. Refleja, en cuanto tal, la historia llena de tensiones, saturada de conflictos, externamente determinada, del derecho de los indios en el continente latinoamericano.

El “derecho indígena”, con pretensión de validez, puede hoy dividirse en tres categorías:

1. Derecho consuetudinario indio, derecho popular, “fuero indígena”, derecho tribal, derecho autóctono.
2. Derecho nacional, es decir, un derecho constitucional y administrativo, civil, agrario, social, y de previsión, procesal, que regula las relaciones específicas del indio con la sociedad nacional.
3. Declaraciones y convenciones de derecho internacional y de derechos humanos, mediante las cuales los derechos individuales y colectivos de los indios han recibido un reconocimiento de principio, casi iusnaturalista, y una forma sistemática así como posibilidades procedimentales en el alto nivel del derecho internacional y de los derechos constitucional y público referidos a los derechos humanos.

De esas tres categorías, de las que a continuación vamos a hablar con sentido crítico, el desarrollo del contexto normativo iusinternacionalista referido a los derechos humanos se presenta como la manifestación más actual y llamativa. Progresivamente se trata de “*questão indígena*” a ese

nivel, y ello constituye una señal muy alarmante. Quien invoca los “derechos humanos” para lograr protección o hacer valer sus pretensiones vive política y socialmente en las condiciones más precarias. Corroborando el hecho, los indios de Latinoamérica, en opinión de la UNO, se considerarn “*the most deprived and ill-treated group in most countries*” de los 200 millones de “*indigenous peoples*” que existen en el mundo, ya que: “Su renta, en comparación con la de los demás ciudadanos, es más baja, peor su nivel sanitario, y comparativamente más expuestos a medidas coercitivas como detención y privación de libertad. Incluso en países ricos viven como ciudadanos de segunda clase, aproximándose frecuentemente a los más pobres de su grupo en el tercer mundo”¹².

A causa de esa valoración, el fomento y protección de los derechos humanos de los “*indigenous peoples*” se ha convertido, junto con el problema de las minorías, en un reto para las actividades de la ONU en este terreno. La ONU ha declarado 1992 -500 aniversario del “descubrimiento” colombino- “*Year of the Indigenous Peoples*” y concentra actualmente su trabajo sobre derechos humanos en la elaboración de un proyecto de “*Universal Declaration of the Rights of Indigenous Peoples*”. Base para ello ofrece la *Indigenous and Tribal Populations Convention* de 1957 (Convention n° 107), ciertamente en su redacción revisada, ampliada y mejorada en sentido emancipatorio, de 1989, tal como se decidió en la 76ª conferencia de Trabajo de la *International Labour Organization* (ILO)¹³. La versión revisada tiene como objetivo sobre todo la clarificación de la debatida cuestión de la protección colectiva, es decir, el derecho de autodeterminación de los *pueblos* indígenas y la protección *colectiva* de los derechos humanos, completando así la red ya existente de la protección *individual* de los derechos humanos, que se considera suficiente. El principio de derecho internacional de la autodeterminación de los pueblos debe ampliarse a los *pueblos aborígenes*, y precisamente en el sentido de una “autodeterminación interna”, lo que significa una relativa “autonomía”, que permita a esos pueblos, dentro del Estado ya existente, autogobernarse, desarrollarse y, con ello, conservar sus peculiaridades culturales étnicas y sus derechos tradicionales. La peculiaridad de los derechos de los indígenas debe consistir en que esos derechos (incluyendo también, por ejemplo: derechos a la tierra, a recursos naturales como agua, selvas, animales, terrenos de caza y captura)

12. KHAN, Aga, "Forty years on: A continuing Need for Humanitarism", *Bulletin of Human Rights* (Special Issue: 40th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights), 1988.

13. *Teilrevision der Ubereinkommens (Nr. 107) über eingeborene und in Stämmen lebende Bevölkerungsgruppen, 1957, Arbeitskonferenz, 76. Tagung, 1989, Internationales Arbeitsamt Genf, Bericht IV (2 A).*

son hechos valer colectivamente, se reconocen políticamente objeto de protección y, como resultado del estatuto de autonomía, parte del derecho vigente de los estados en los que viven los indígenas. En ese sentido la *DRAFT Universal Declaration on Rights of Indigenous Peoples* exige el reconocimiento el “derecho de los pueblos indígenas a existir como pueblos de peculiaridad diferenciada, a estar protegidos frente al genocidio, así como el reconocimiento de los derechos individuales a la vida, integridad corporal, libertad y seguridad de la persona”. Al catálogo de exigencias pertenecen también el reconocimiento de la prohibición de todo criterio discriminatorio, así como del título de propiedad y posesión inalienables sobre el territorio del que tradicionalmente han dispuesto los pueblos indígenas, del derecho a autogobernarse y administrarse y a una no mediatizada capacidad jurídica, del derecho al propio idioma, a la identidad cultural, a la propia religión, a la pertinente defensa frente al etnocidio y, por último, del derecho a un derecho propio, a conservar y respetar sus propias leyes y usos.

En conjunto estamos ante un bien intencionado catálogo de exigencias que tiene en cuenta las deficiencias generales y las necesidades emancipatorias de los indios, pero que desgraciadamente peca de un decisivo defecto estético: es sólo “declarativo”, y se mueve en la altura de los principios en lugar de en las bajas cotas de las realidades.

A los derechos de los indios, por cuyo respeto y protección se esfuerzan los organismos internacionales, pertenece el *derecho popular, tribal y consuetudinario* de los indígenas. Su pretensión de validez es, sin embargo, insegura y problemática, tal como se puso claramente de manifiesto en la Conferencia de trabajo de la OIT de 1988 en muchas “respuestas y comentarios”, dispares y contradictorios, de los representantes gubernamentales de 53 Estados miembros referentes a la revisión parcial del acuerdo nº 107¹⁴. Indudablemente supone un audaz paso hacia adelante que los comisionados de la ONU amplíen a los ordenamientos jurídicos autóctonos los derechos humanos colectivos y de autodeterminación, así como que también exijan garantías de su observancia, pero es igualmente indudable que con ello han declarado las hostilidades a los Estados nacionales y de las que, en última instancia, los indios serán sus víctimas. No por acaso los Estados nacionales ven en peligro la unidad del derecho interno, se niegan e impiden de modo diverso el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, se aferran a la “unidad del ordenamiento jurídico” y al “derecho igual para todos”, y regulan el derecho de los indios dentro de la estructura de las legislaciones nacionales de cada Estado.

14. *Ibidem*, pp. 3 ss.

Hasta la década de los ochenta no se ha reconocido por los Estados latinoamericanos ni la autodeterminación ni los derechos peculiares de los indios, y la razón de ello reside en que esos Estados, sin excepción, han practicado y plasmado legislativamente una política indígena entendida como una "integración" o "asimilación" más o menos forzada de los indios en la sociedad nacional. Sólo con la nueva Constitución de Brasil (1988), así como las de Guatemala (1985) y Nicaragua (1986), se han producido *signo de cambio de mentalidad*. Lo que significa, a la vista de los espacios de tiempo que la Constitución latinoamericana necesita para su realización, que el derecho indígena no es observado o que sólo es válido en el marco de las legislaciones estatales. Han de contar con fuertes resistencias políticas conceptos de los que se habla en Latinoamérica como el del derecho indígena como "ordenamiento jurídico paralelo", o el de "coexistencia" entre ordenamiento jurídico nacional y ordenamiento indígena. Pero es también un hecho que los derechos y usos tribales y consuetudinarios, así como los procedimientos de mediación, existen como un *sub-sistema jurídico* del ordenamiento jurídico nacional, se viven como *sub-culturas jurídicas* de los indios y, desde la perspectiva científica, son considerados en su plural conjunto como una especie de *ius commune indioamericanum*. Ello tiene una importancia existencial para las sociedades indias, constituyen una parte integral de sus modos de vida, estructuras sociales y praxis culturales, y es, junto con el lenguaje, un elemento de su identidad "étnica", ya que pertenece a "las fuerzas recónditas de la vida del pueblo" (Savigny).

El derecho foral indígena autóctono o derecho consuetudinario indígena existe y se vive, pero es poco accesible y científicamente apenas abordado¹⁵. No está escrito ni codificado, sólo existe oralmente como palabra, discurso, aforismo y, sobre todo, como conducta, como organización, como procedimiento, como estructura. La forma de vida comunitaria del indio, su organización política, orden interno y externo, división del trabajo, acceso a los recursos, reparto e intercambio de bienes, regulación de conflictos, convivencia, etc., están hoy configuradas de dos formas:

De modo predominante por medio de tradiciones vivas y costumbres normativas (que, naturalmente, no son ya antigüedades precolombinas) y - en medida creciente- por normas, surgidas de los diversos contactos del indio con el Estado y la sociedad nacional; ya sean contactos con la economía (relaciones de mercado y de trabajo), ya sean contactos con sectores estatales (autoridades, policía, jueces, escuela), ya sean con sectores políticos y culturales (sindicatos, misiones eclesiásticas, grupos indigenistas).

15. Cfr. STAVENHAGEN, Rodolfo/ ITURRALDE, Diego (com.), *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, México, 1990.

Que en esos contactos, parcialmente revestidos de forma jurídica, con la economía, la sociedad y la autoridad experimentan los indios la perpetuación de su opresora situación e incluso empeoramientos de la misma, es lo normal, es decir, la realidad de una situación jurídica, que determina el proceso de su integración en la sociedad nacional. En el momento en que tienen lugar violaciones de derechos humanos y se denuncian, invaden sus propios países las llamadas comisiones de derechos humanos o cooperadores para ayudar y defender (en México: Defensoría de Presos Indígenas del Instituto Nacional Indigenista)¹⁶, sin por supuesto estar en condiciones de remover el vicio de origen. En la medida en que, a través de contactos y relaciones establecidas entre comunidades o poblaciones indias y sociedades nacionales, colisionan los derechos nacional e indígena y entran en contradicción, el derecho indígena ha de adaptarse y ceder ante el derecho estatal (tal como ocurre en las colisiones entre el derecho consuetudinario de los indios y los derechos del Estado referentes al trabajo, propiedad, suelo, planificación del espacio, materias primas e, incluso, derecho penal), o surgen ámbitos en los que por la no presencia de autoridad en el lugar se practica de hecho la coexistencia de dos o más ordenamientos jurídicos. Así coexisten en las regiones más apartadas los derechos indígenas y estatal en sectores como derecho municipal, educación, matrimonio, infancia, familia, así como en campos como persecución del delito y administración de justicia. Sea cual sea la relación del indio con la sociedad nacional, sólo se dará una práctica emancipatoria de la convivencia cuando la política indigenista de los Estados tienda a la cooperación, en lugar de la integración y asimilación, y reconozca el derecho de los indios, esto es el derecho propio y su desarrollo, así como también lo estimule y asegure mediante garantías prácticas¹⁷.

Hay que reconocer que las realidades políticas y estatales de Latinoamérica están muy lejos de esa perspectiva, a pesar de todas las reformas jurídicas y constitucionales.

IV

Cuando en Latinoamérica se habla de “Direitos do Indio” o de “Derecho Indígena”, se hace referencia ante todo al derecho estatal referido al indio, dominante y en el último término determinante, al derecho indígena

16. Cfr. GOMEZ, Magdalena, *La Defensoria Jurídica de Presos Indígenas*, *Ibidem*, pp. 371 ss.

17. Así, por ejemplo, *Plan Nacional de Rehabilitación. Fuero indígena Colombiano*, Presidencia de la República, Bogotá, 1990, pp. I-XII.

nacional codificado, decretado y practicado, mediante el que los Estados de Latinoamérica controlan “a questao indígena”, “el problema indio”¹⁸. En consecuencia son numerosas y abigarradas las leyes, estatutos, reglamentos, decretos, provenciones y providencias, que aseguran la competencia estatal y su capacidad de acción (“tutela”) en todos los ámbitos relevantes. El derecho del indio es regulado por separado y específicamente dentro, casi siempre, del contexto del conjunto del ordenamiento estatal. Figura expresamente como materia especial en los textos constitucionales de muchos Estados latinoamericanos, constituye, en relación con determinados propósitos, el objeto de leyes y reglamentos peculiares, y surge como regulación especial o excepcional de cuerpos legales en materias civiles, de tutela, agrarias, del suelo, laborales y escolares. Así, desde un punto de vista jurídico, el indio es miembro de la sociedad nacional y, como los demás miembros, ciudadano y persona con capacidad jurídica, equiparado a ellos en derechos y deberes. Aunque equiparado en lo esencial, se le reconoce en razón de su “diversidad” una posición especial que le legitima como *equal but separate*. Esa posición especial está configurada jurídicamente por dos criterios: en razón de su dispar posición social (subordinación social, emergencia social, modo desintegrado de vida, carencia de nivel educativo, etc.) se le garantiza ayuda estatal, previsión, protección y representación, que por lo común se le procura a través de las autoridades estatales competentes para los indígenas; de otra parte, en razón de su dispar existencia etnocultural (pertenencia a un pueblo o tribu, conciencia étnica, modo de vida colectivo y organización peculiares, representación indigenista) se le reconoce una especial posición socio-cultural, a la que se le garantizan derechos, por ejemplo, a una propiedad inmobiliaria colectiva e inalienable, a autorepresentación y autoadministración, a la propia cultura, a una etnoeducación, etc. En conjunto, la posición jurídica del indio, aunque diversa en los diversos países, está configurada por los principios de protección y subordinación, de la autonomía y de la integración, lo que no constituye una sólida base de partida para la supervivencia del indio bajo las actuales condiciones de las realidades latinoamericanas.

Las nuevas constituciones latinoamericanas, por el contrario, presentan la situación jurídica del indio en su conjunto bajo un enfoque más favorable. Han reemplazado el concepto fundamental dominante de la integración forzada por el del consenso y la cooperación. Aproximándose a los principios de la ONU, establecen el marco para una evolución emancipatoria, mediante el que se pueda asegurar la vida y el propio desarrollo de los pueblos indígenas, así como una convivencia entre iguales y solidaria. Se

18. Un resumen en: STAVENGAHEN, Rodolfo, *cit.* (nota 10), pp. 47 ss., 243 ss.; también: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela, *Os Direitos do Indio*, Sao Paulo, 1987.

ponen de manifiesto una nueva postura de principio de la política estatal ante el problema indio y la voluntad de lograr su expresión jurídica.

Permanece, no obstante, el escepticismo. Tiene su razón de ser en la experiencia de que a los textos constitucionales latinoamericanos no se les puede otorgar una confianza incondicional. Las nuevas constituciones relativas al indio, a pesar de todo su progreso normativo, dan ocasión a un enjuiciamiento crítico. Un punto de vista relevante es el carácter meramente declaratorio de muchas regulaciones constitucionales. Es cierto que las constituciones de los 80, las de Guatemala, Nicaragua y Brasil han declarado el reconocimiento y garantía de amplios derechos constitucionales para los indios relativos a sus propios territorios, recursos, cultura e identidad étnica, pero con ello se ha de reconocer que sólo se han alcanzado progresos simbólicos. Y ello porque el constitucionalismo latinoamericano tiene una relación especial con la realidad y la efectividad del derecho constitucional: apuesta por el tiempo. En otras palabras: las constituciones latinoamericanas representan el llamado tipo *nominalista* de constitución, en el sentido de Karl Löwenstein¹⁹, en la medida en que sólo quieren influir con carácter ideal y educativo, y por ello en el futuro. Al mismo tiempo, representan el llamado tipo *semántico*, en la medida en que regularmente sirven al provecho e intereses de los poderes fácticos. Lo que significa que las constituciones latinoamericanas han de interpretarse y comprenderse no según su sentido literal, sino según su uso político por quienes en cada ocasión gobiernan: presidentes, juntas, élites, "clases políticas". Lo que para los puristas del constitucionalismo sería irrealizable, se muestra en los países latinoamericanos como lo normal: los textos constitucionales no son entendidos como aplicables, no son políticamente vinculantes, sino retóricamente atendidos; no son, por último, nada más que opciones invocadas puestas a disposición de quienes ejercen el poder. Las constituciones en Latinoamérica no son textos sacrosantos; en Brasil, por ejemplo, el iniciador de la Constituyente y Presidente en ejercicio José Sarney parece que llamó, el día 5 de octubre de 1988 -día en que se promulgó la nueva constitución de un Estado de derecho y de una democracia parlamentaria- al texto constitucional, valorando con realismo su significado político, "o *Livrinho*".

El ejemplo brasileño nos alecciona también de modo paradigmático sobre la real situación constitucional de los indios. La nueva regulación de los indios contenida en los artículos 231 y 232 de la Constitución de la República Federal del Brasil, de 1988, es minuciosa y muy prometedora. Si se interpreta en el contexto de los procesos reales de poder en Brasil y de

19. *Verfassungslehre*, 3ª ed., Tubinga, 1975, pp. 151 ss.

la totalidad de la Constitución, se rastrea claramente la verdad constitucional. La regulación de los indios significa, en la letra y en el espíritu, un compromiso²⁰, que se arrancó formalmente en la Constituyente a los poderosos grupos de presión agrarios e industriales: se trataba de mantener abierto el acceso a las minas de metales preciosos y de hierro (oro, bauxita, cobre, acero, petróleo), así como a los recursos hidráulicos de las corrientes amazónicas. El compromiso se manifiesta en que se reconoce y garantiza a los indios el habitat y el aprovechamiento de recursos en forma de reservas bajo vigilancia estatal, pero se reservan al Parlamento federal los derechos de sondeo, utilización, así como los de puesta en marcha de recursos hidráulicos. Resumido en una fórmula breve podría decirse que se reconoce constitucionalmente a los indios lo que está, crece y vive *sobre* la tierra, y lo que se encuentra o discurre *bajo* la tierra a los nacionales del país. En caso de conflicto deciden los tribunales federales bajo intervención del Ministerio público; no otra cosa significa el contexto de los artículos: 20, 22, 49, 115 y XI, 135 V, 174, parágrafos 3 y 4, 182, parágrafo 1, 210 VII, 215, parágrafos 1 y 2, puestos en relación con los ya citados artículos 231 y 232. Con ello sólo se suministra el marco constitucional. La verdad adquiere formas aún más concretas cuando se contempla la infraestructura jurídica de la estatal política indígena así como de la legislación ordinaria: el indio brasileño, conforme al Código civil, tiene una capacidad jurídica limitada, sus negocios jurídicos necesitan aprobación; el indio brasileño está, conforme al Estatuto do Indio de 19 de diciembre de 1973 (Ley n° 6.001 del Gobierno del General Medici), parágrafo 9, bajo la tutela del Estado (“los indios y las comunidades indias, todavía no integrados en la sociedad nacional, están sometidos al régimen de tutela”), es decir, bajo la tutela de una instancia para los indios (*Fundação Nacional do Indio*, Ley n° 5.371 de 5 de diciembre de 1967 del Gobierno militar, FUNAI, antes: *Serviço de Proteção ao Indio*, SPI, fundado en 1910), que controla todas las relaciones del indio con el entorno nacional. Podrían citarse otras regulaciones similares. Cuando se contempla en el contexto constitucional ese estatuto jurídico del indio, es comprensible desde una aproximación jurídica lo que observa el relevante especialista mejicano de derecho indígena Rodolfo Stavenhagen, cuando caracteriza al derecho indígena legislado y decretado por el Estado como un derecho que perpetúa la explotación y sometimiento del indio: un juicio duro y también demoledor de ese tipo de derecho²¹.

20. Cfr. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela, *El Concepto de Derecho Consuetudinario y los derechos indígenas en la nueva Constitución de Brasil*, en: *Entre la Ley y la Costumbre*, cit. (nota 15), pp. 299 ss.

21. *O.c.* (nota 10), p. 9 y s.

A quien resulte exagerado este juicio demoledor le bastaría echar una mirada a la realidad del derecho indígena. Lo que se pone de manifiesto como verdad en el análisis jurídico del derecho indígena experimenta en el contexto de la realidad india una múltiple confirmación empírica incluso con mayor intensidad. A los juristas de la lejana Europa les resulta difícil creer lo que en Latinoamérica es prácticamente notoria y cotidiana noticia de periódico: los derechos humanos y fundamentales del indio son violados, se atenta a los derechos autóctonos, se ignora, no se observa y se abusa de la protección estatal al indio, ejerciéndola en sentido ajeno a sus fines o transformándola en lo contrario. La política indígena es ejercida por las autoridades del lugar según su capricho, la progresiva "frontera" de los intereses económicos no conoce los límites de las reservas; la protección, existente de iure, no tiene lugar; a los indios se les remite al compromiso y ayuda de las comisiones de derechos humanos, a los institutos indigenistas o a las instancias eclesiásticas, o han de defenderse en su situación de emergencia, ofrecer resistencia, organizar un contrapoder. Darcy Ribeiro profetiza "futuras guerras étnicas de liberación en Latinoamérica"²².

El material fáctico mostrado es contundente. La carencia real de protección jurídica, lo que es tanto como la impotencia del derecho indígena ha sido puesta de manifiesto, por ejemplo, en las resoluciones de la Conferencia Internacional de Organizaciones no gubernamentales de las Naciones Unidas sobre la discriminación de los pueblos indios (Ginebra 1977), así como la referente a los pueblos indios y la propiedad de la tierra (Ginebra 1981), tomadas en base a las informaciones de grupos indígenas de todos los países americanos. El IV Tribunal Rusell sobre los derechos de los pueblos indios americanos, constituido en Rotterdam (1980), ha tratado 45 "casos", en los que se denuncian las siguientes violaciones del derecho indígena:

Queda absolutamente claro que existen graves violaciones de los derechos humanos y que se comete etnocidio en muchos países desde el Artico hasta Chile y Argentina. Considerando conjuntamente los casos adicionales, podemos constatar las siguientes violaciones:

1. *El despojo de tierras indígenas* mediante la violación de tratados, acuerdos o principios jurídicos internacionales, como ha sucedido en los casos de los shuar en Ecuador, los aché en Paraguay, los mapuche en Chile... en Perú... en Brasil... en México...

22. O.c. (nota 8), pp. 185 ss.

2. *La apropiación de los recursos naturales de los indígenas* (minerales, agua, madera) como si los pueblos indígenas no existieran o como si no tuvieran derecho a la tierra que les ha pertenecido durante siglos o aun milenios.

3. *Invasiones no controladas de tierras indígenas por parte de no indígenas*, lo que indica claramente las intenciones etnocidas y genocidas de los gobiernos responsables que se niegan a detener a los invasores...

4. *Extrema opresión en la explotación de indígenas* como semiesclavos, peones, empleadas domésticas secuestradas, mano de obra barata, etc., sin la protección legal mínima que asegura a los afectados el respeto como seres humanos...

5. *Prohibición de cualquier forma de autogobierno interno* e inclusive violación del derecho de un gobierno local en las comunidades...

6. *La denegación general de los estados americanos a permitir la participación de las naciones indígenas en la elaboración de constituciones e instrumentos jurídicos básicos de gobierno...*

7. *La negación de los derechos fundamentales de libertad religiosa* y el despojo o la destrucción de lugares para rendir culto, así como el otorgamiento de poder secular y el apoyo a los misioneros indígenas (lo que significa etnocidio total en algunas regiones)...

8. *La persistencia del racismo y el eurocentrismo y su influencia en la vida de los pueblos indígenas...*

9. *La ausencia de programas adecuados de salud y la esterilización de mujeres indígenas*, en conjunto, constituyen un ataque de genocidio directo hacia los pueblos indígenas porque conducen a altas tasas de mortalidad infantil, a una baja esperanza de vida (45 años y menos) y a la negociación de futuras generaciones...

10. *La tortura, las formas extremas de represión, el encarcelamiento y las "técnicas de modificación de la conducta" para mantener los sistemas de represión...*

11. *La negación de los derechos de los indígenas y la negación de reconocer como indios o como tribus o naciones indígenas a ciertos grupos de identidad india...*

Esta lista podría ampliarse. Lo que en relación con los casos denunciados ante el Tribunal se considera como realidad del derecho indígena, representa sólo la punta del iceberg. Aunque se carezca de una documentación científica, el material de prueba es contundente: en las informaciones de los medios latinoamericanos se da noticia habitual y detalladamente de la situación jurídica de los indios como de una situación de emergencia.

En seis casos especialmente graves, de los 6.000 denunciados, ha actuado incluso la Comisión Internacional de Derechos Humanos, conforme al artículo 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y ha reconocido que los indios tienen derecho a una protección especial por parte del Estado. Se trató, entre otros, del caso, paradigmático para el conjunto de los derechos indígenas, de los *yanomami* de Brasil (Caso n° 7.615). En 1980, un grupo indigenista denunció a Brasil por negarse a proceder a la demarcación de los territorios de los *yanomami* y por su pasividad ante la invasión del mismo por colonos y empresas internacionales. Aunque el Estado brasileño en muchas de las denuncias rechazó todos los extremos de las acusaciones, la Comisión declaró en 1985 como realizadas las violaciones de derechos humanos a costa de los *yanomami* y que, entre tanto, Brasil había adoptado medidas de protección a los indios. La Comisión recomendó a Brasil la creación de un territorio *yanomami*.

Lo que en su momento había pasado inadvertido a la Comisión de Derechos Humanos sobre los hechos y la realidad jurídica, se convirtió más tarde, en 1990, en escándalo, cuando los medios de comunicación nacional y la prensa mundial informaron sobre las posteriores consecuencias de las "invasiones" para los *yanomami*, y el gobierno brasileño se vio obligado a distanciarse de las propias instancias gubernamentales para los indios, del FUNAI. El ministro para el Medio Ambiente José Lutzemberger inculpó en una carta abierta al presidente del FUNAI, Cantidio Guerreira Guimaraes, de haber favorecido la invasión de los buscadores de oro (*garimpeiros*) en el territorio de los *yanomami*, y con ello haber puesto en peligro la integridad del pueblo indio²³. La trastienda de los acontecimientos había sido previamente puesta de manifiesto por el prestigioso semanario "Veja" en un prolijo reportaje bajo el título: "Yanomami: muerte de un pueblo"²⁴.

En Roraima, estado amazónico noroccidental, se descubrieron ricas reservas de zinc y de oro. Estaban situadas en gran parte en territorios tradicionalmente habitados por los *yanomami*: los *garimpeiros* introducidos en masa arrancaron mensualmente unas dos toneladas de oro. La fiebre del

23. Publicada en *Folha de Sao Paulo*, de 22.9.1990.

24. N° 37 de 19.9.1990.

oro desencadenada desde 1987 condujo en corto espacio de tiempo a que en el territorio de los *yanomami* vivieran más buscadores de oro que indígenas. La *fronteira* de los *garimpeiros* con su logística de aprovisionamiento de 40 aeródromos, campos, carreteras, roturó en un amplio frente las selvas, removió las tierras, obtuvo oro mediante la introducción de mercurio, expulsó a los *yanomami* de sus *malocas*, destrozó sus plantaciones, envenenó con el mercurio sus cotos de pesca, introdujo enfermedades infecciosas que resultaron mortales para los *yanomami*. En tres años murieron 1.500 de los 10.000, es decir, un 15% de la población, a causa de la violencia, la enfermedad, el hambre. El número de *garimpeiros* se elevó en ese tiempo a unos 40.000. Los indios se vieron obligados a llegar a acuerdos con los *garimpeiros*, una vez que las instancias oficiales del lugar (gobernador, FUNAI, militares) se comportaron pasivamente o incluso fomentaron la explotación del territorio de los *yanomami* con medidas administrativas. Base para ello ofreció el decreto-ley del entonces Presidente Sarney, que redujo el territorio *yanomami*, cifrado en unos 8,5 millones de hectáreas, a unos 2,4 millones por medio de la llamada "formación de islas": de ese modo legal, en las islas de los *yanomami* habían surgido territorios de los *garimpeiros*. El actual Presidente Collor ha anulado ciertamente el decreto de su predecesor, e intentado mediante intervención militar (*Operação Amazônia*) inutilizar los campos de aterrizaje, detener la corriente de *garimpeiros*, y ayudar a los *yanomami*, pero la lucha por las tierras del oro de los *yanomami*, y con ello, su futuro, parece decidida. Mas también es decisiva la lucha de los *yanomami* por sus derechos garantizados por escrito en la nueva Constitución.

El resumen no puede ser sino desilusionado: lo que se decide en los palacios de cristal de la ONU y de los modernos parlamentos, pierde toda vigencia y realidad al llegar a las fronteras de los indios. El drama de la entrega de los pueblos indígenas a la civilización parece consumarse inexorablemente. Hegel, en este punto, se anticipó a nuestra época. Ante el panorama de la historia de los indios hizo notar de forma sublime ya en 1824: "Los nativos, desde que los europeos desembarcaron en América, han ido sucumbiendo lentamente al aliento de la acción europea"²⁵.

(Traducción de Juan José Gil Cremades)

25. *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Werke*, vol. XII, p. 108.

España en el 92: ¿De refugio a fortaleza?

Por JAVIER DE LUCAS

Valencia

I

No deja de ser otra de las bromas de la Historia el que 500 años después, y dentro del proceso de reconstrucción de las señas de identidad de lo que será la conciencia colectiva europea, asistamos a un renacimiento de esta perspectiva tolemaica que es el eurocentrismo, cuyo apogeo se alcanzó en torno al Descubrimiento del Nuevo Mundo, un eurocentrismo que se nos muestra ahora con la acentuación de sus más negativas connotaciones (pérdida de la perspectiva universal y, por ende, de los lazos de solidaridad hacia el 3º Mundo, fijación absoluta en la prioridad del orden comunitario que se traduce en incremento del proteccionismo, inhibición de las inversiones en países no europeos especialmente en los no desarrollados, recrudescimiento de las condiciones de financiación, etc.), y uno de los signos más claros de lo que decimos, a la vez que uno de los problemas básicos de los que van a depender la futura identidad europea, es el auge del racismo y de la xenofobia en este nuestro sorprendente último decenio del siglo XX, una década más que nunca nuestra. Se trata de una de esas cuestiones que exigen de forma apremiante el análisis, pero también la toma de posición (lo que en tiempos que ahora parecen remotos se llamaba compromiso y hoy podríamos calificar como el deber ineludible de pronunciarse en asuntos decisivos de la *res publica*). Esta reflexión, por lo demás, no puede desligarse de otros dos asuntos llamados a ocupar un primer plano en la práctica política inmediata (esperemos que también en la reflexión sobre ella), el papel y el futuro del nacionalismo y el debate sobre las contradictorias exigencias del derecho al desarrollo y del respeto al equilibrio y las

necesidades de la ecología¹. Parece, pues, oportuno aprovechar la ocasión centenaria para volver la vista hacia los cambios experimentados en nuestro país que, tras haber constituido (especialmente luego del retorno a la democracia) una oportunidad para salir de la miseria, un lugar de trabajo y en no pocas ocasiones, espacio de refugio y asilo especialmente para ciudadanos de países centro y sudamericanos², podría orientarse más bien hacia un estatuto de bastión de la fortaleza europea, difícilmente franqueable para esos ciudadanos de países con los que, retóricas aparte, seguimos estando en deuda.

Antes de proseguir, tendría que dejar sentado que, en mi opinión, no todo son motivos para albergar desconfianza hacia el futuro. Concretamente en punto a este que cada vez más consideramos como un asunto crucial, una piedra de toque, el problema del racismo, el debate abierto permite concebir también alguna esperanza. En ese sentido, frente a las innumerables razones para la crítica de los propósitos, modos de actuar y resultados de esa infraestructura burocrática que parece en no pocas ocasiones la única referencia real, de Europa (de la Europa real, de la tan denostada "Europa de los mercaderes"), hay que reconocer el valor de una de las tomas de posición más lúcidas, profundas y valientemente comprometidas con los ideales en los que parecía arraigar lo mejor del proyecto europeo, el informe Ford, aprobado el 17 de julio de 1990 por la Comisión del Parlamento Europeo que tiene como cometido específico la Investigación sobre el Racismo y la Xenofobia, presidida por Glyn FORD, y cuyo antecedente es el informe Evrigenis de 1986. Se trata de un texto de lectura imprescindible que nos proporciona los datos de la cuestión, los problemas fundamentales desde el punto de vista laboral, económico, sociopolítico y jurídico y propone algunas medidas a adoptar tanto por la CE como por parte de los Estados miembros, en relación con la novedad fundamental que deriva del cambio respecto a los procesos de integración y apertura de los extranjeros no comunitarios legales y clandestinos y, en definitiva, por la transformación de Europa, que, como decía acerca de España, lleva el camino de convertirse de tierra de asilo en fortaleza inexpugnable. Bien podría decirse que en la misma primera hora de la nueva esperanza depositada en Europa se advierten síntomas claros de que estaríamos viviendo "la primera fase del peligro eurocentrista" -nuevamente con

1. Sobre el carácter emblemático de la dimensión ecológica para el pensamiento postmoderno, llamaba la atención entre nosotros. J. BALLESTEROS en su "hacia un modo de pensar ecológico" y más recientemente en su *Postmodernidad: ¿decadencia o resistencia?*.

2. Por otra parte, en justa correspondencia con la deuda contraída con países que fueron lugar de acogida y trabajo de tantas generaciones de españoles, y no sólo de quienes tuvieron que exilarse tras nuestra guerra civil. Tal y como escribía COSTA, ello exigiría "una política de intimidad y restauración, una política reparadora".

palabras del informe FORD-, acentuada para colmo por el proceso que se vive en el Este, una de cuyas previsibles consecuencias sería un incremento exponencial del flujo migratorio de centenares de miles de ciudadanos de esos países hacia el Centro y Sur de Europa.

Aun a riesgo de acentuar de nuevo los aspectos más negativos, conviene volver a pensar en las dificultades a afrontar antes de echar al vuelo las campanas que señalen el advenimiento de ese último acontecimiento protagonista del siglo: el nacimiento de la Europa política. No me refiero sólo a la reaparición de viejos fantasmas de nuestra propia identidad europea, como este del racismo sobre el que trataré de decir algo en lo que sigue, sino también al propio diagnóstico acerca de los recursos de que se disponen y de la estrategia a adoptar. Para decirlo con toda claridad: quisiera adelantar ya mis dudas acerca de que sea cierto, como se puede leer ahora con tanta frecuencia, que estamos ante una situación tan novedosa, tan desprovista de relación con los problemas y los remedios propios de los que comienza ya a verse como otro "antiguo" régimen ya superado, que exija el olvido de los viejos escenarios y actores de la política, aduciendo la crisis de los partidos, el distanciamiento de los ciudadanos respecto a los cauces, objetivos y procedimientos de acción política tradicionales, por no hablar de la deslegitimación del Derecho y del Estado propios de las "democracias de capitalismo tardío" (cuestión esta que hoy no deja de parecer un sarcasmo ante el desplome de los regímenes del Este, pero, si se piensa dos veces, la tesis del "fin de la Historia", paradójicamente, también pone en cuestión el mantenimiento de esas piezas del juego, habida cuenta de que la partida habría terminado con el jaque mate al adversario). Cada vez son más las voces de quienes al reclamar una nueva forma de entender la política, una enésima nueva mentalidad, proponen la sustitución de aquellos elementos por otros: los "movimientos sociales"³ que girarían en torno a los problemas que **realmente concitan el interés ciudadano**, como la ecología, el medio ambiente, la igualdad entre sexos y razas, el debate entre identidad nacional y pluralismo cultural, etc., en torno a los cuales (TOURAINÉ) surgen las nuevas polaridades que sustituyen a la vieja dicotomía de clases: verdes frente a tecnócratas y nucleares, feministas versus machismos, racistas y antirracistas, internacionalistas y nacionalistas, etc. Parece indiscutible, por supuesto, su importancia, así como el poder de convocatoria que esos temas concitan en nuestra sociedad (una vez más: en el primer

3. Aunque el debate sobre el particular es ya casi inabarcable -baste pensar que incluso en la Universidad existe una disciplina con ese rótulo, y ello es síntoma inequívoco de que difícilmente puede tratarse de un problema reciente-, me remitiré a la interesante discusión que mantienen E. DIAZ y C. OFFE, de la que pueden encontrarse referencias, p. ej. en DIAZ 1987, y 90 y OFFE 1988.

mundo), pero eso no supone necesariamente la superación de otras necesidades realmente acuciantes frente a las que los "nuevos" agentes y su *modus operandi* no ofrecen todavía mejor respuesta que la que proporcionan los trillados mecanismos de la democracia representativa⁴ que constituyen, además, el punto de apoyo para la creación de un orden internacional mínimamente justo. Así, la desigualdad, el paro, el hambre y la falta de asistencia a los menos favorecidos, discapacitados o marginados: desde los ancianos, niños, minusválidos, pobres, enfermos aquejados de enfermedades "terminales" (Cáncer, Sida), toxicómanos, a las grandes masas que pueblan el tercer mundo y para las que parece imprescindible la respuesta de una acción coordinada de instituciones estatales e internacionales, sin menosprecio, desde luego, de las iniciativas de otro orden (pero que tienen, entre otros, problemas de organización, eficacia, representatividad y control: para que no suceda que las donaciones sean de inviable realización en el lugar de destino, o acaben pudriéndose si no, peor aún, engordando a intermediarios o a las burocracias y estructuras de poder de los países destinatarios). Lo acaba de recordar la Comisión Sur, presidida por J. Nyerere, que, en su documento "El reto del Sur"⁵, ha puesto de manifiesto cómo la crisis galopante de la cooperación internacional es más grave, si cabe, hoy, en un mundo máximamente interdependiente, en el que los países del Sur carecen de soberanía funcional, atezados por ese orden económico en el que las esperanzas de liberación que conlleva el desarrollo de la ciencia y la tecnología (el clásico *dictum* aristotélico a propósito de la desaparición -sujeta a condición imposible- de la esclavitud) se han tornado en incremento del beneficio de las corporaciones transnacionales y de la dependencia y miseria de esos países, apresados con frecuencia, para colmo, en el círculo

4. Sobre la crisis -una más- de ese modelo, permítase la remisión a la discusión del mismo en la revista DOXA, 6, 1989.

5. Uno de los riesgos de la visión eurocéntrica (en realidad, del primer mundo) es, efectivamente, llegar a pensar que todo el mundo, superados ya los **bárbaros paradigmas** de una modernidad que se ha mostrado como tecnocrática y antihumana por antiecológica, vive en la llamada condición "postmoderna", preocupado por la diferencia, la capa del ozono, la eliminación de aditivos en los alimentos "naturales", la lucha contra la contaminación de las nucleares y del tabaco, y centrado en el retorno al individualismo o, los más avisados, en la necesidad de una vuelta al Carroco. Una crítica de lo que pasa por ser el pensamiento postmoderno, en BALLESTEROS 1989 y la discusión en el número 6 de la revista DOXA, con artículos de B. SANTOS, BALLESTEROS, BARBERA y DE LUCAS. Eso no quiere decir que considere irrelevante la discusión entre **universalismo** y **pluralismo cultural**: aunque, naturalmente, no puedo extenderme sobre ello, baste con una breve toma de posición. No creo que el reconocimiento de las limitaciones que conlleva el punto de vista eurocéntrico (u occidentalista) signifique necesariamente abandonar la posibilidad de sostener una suerte de instancia crítica de carácter universal como la que constituye, en concreto, el respeto a los derechos humanos tal y como aparecen reconocidos en los principales instrumentos jurídicos internacionales.

de hierro de la industria armamentista que tan poderosos porcentajes procura a Occidente⁶, aunque luego ello no sea óbice para las declaraciones de firme censura contra el **aventurerismo militarista** de sus mejores clientes, como hemos vivido (y aún estamos en ello) en el caso de Irak.

Ante todo, resulta imprescindible recordar algunas referencias elementales sobre la distinción entre xenofobia y racismo. Usualmente se admite que la xenofobia es el rechazo o exclusión de toda identidad cultural ajena por el mero hecho de ser tal, mientras que el racismo centra tal actitud negativa únicamente en consideraciones étnicas. En la medida en que éste es más concreto, resulta más peligroso que aquélla, que actúa más bien de modo abstracto, general y, en cierto sentido, es difícilmente eliminable, si no como característica, al menos como pulsión de toda identidad colectiva, mientras que el racismo puede ser eliminado sin que esto implique desaparición del grupo del que se predica como actitud, y esa posibilidad radica precisamente en su modo característico de aparecer, a través de manifestaciones expresas contra las que resultan más factible adoptar medidas (lo que no supone, de un lado, dejar de reconocer que existen manifestaciones latentes de racismo, y, de otro, que en estos ámbitos los problemas no se resuelven únicamente por vía legislativa, judicial y de policía, aunque la intervención en esos planos es tan imprescindible como la educación ciudadana sobre el particular). En la base de ambos fenómenos se encuentra el argumento relativo al carácter inasimilable, incompatible, de los valores y cultura propias del grupo/individuo extranjero, a su voluntaria marginación⁷. Sin embargo, como ha apuntado recientemente TOURAINE⁸, parece demostrado que, por ejemplo, en el caso de Francia, el proceso de integración es cada vez mayor: crece la presencia de esas minorías en el mundo cultural, aumenta su nivel profesional (ya no se identifican sólo con mano de obra no cualificada) y su participación ciudadana: una parte muy considerable de los *beurs* está inscrita en listas electorales. La conclusión que extrae el sociólogo francés es que las raíces del sentimiento de rechazo han de buscarse en los propios nacionales, y no tanto en la identificación que éstos puedan hacer del extranjero en términos de chivo expiatorio sino en un fenómeno más amplio: el paso de los movimientos sociales a los comunitarios que tienen como objetivo la confrontación con un adversario que no puede ser definido en términos de sujeto social, porque es incluso impersonal (así sucedería con

6. Sobre el particular, FISAS ARMENGOL 1989. He intentado llamar la atención acerca de su relación con el mecanismo de sacralización de la defensa en DE LUCAS 1985.

7. Se trata de la paradójica explicación según la cual los Ghetos habrían sido construidos siempre por los propios grupos minoritarios, como muestra de automarginación, para preservar su identidad. Sobre los distintos tipos de marginación, BALLESTEROS, 1989.

8. TOURAINE, 1990.

los ecologistas, tercermundistas e incluso feministas). Inevitablemente, esos movimientos que TOURAINE llama de defensa comunitaria y regeneracionistas, producirán su reacción, un incremento de su contrario, la defensa comunitaria agresiva: “así, la conciencia comunitaria que sustituye una concepción política de la nacionalidad institucional por otra de ciudadanía cultural, progresa al mismo tiempo que se incrementa el rechazo al otro, a las minorías, al extranjero”. En definitiva, siempre según TOURAINE, asistiríamos hoy a una sustitución del conflicto central, que ya no radicaría en la oposición entre clase, sino en el enfrentamiento de la mayoría con las minorías. Unos y otros, como veíamos, serían los nuevos polos de la política europea, y la supervivencia de los viejos partidos pasaría por saber reconvertirse en ellos o por integrarlos. A mi modo de ver, y en la medida en que racismo y xenofobia se encuentran unidos al nacionalismo esencialista, no parece tan fácil ni inmediata la superación de la dinámica de los movimientos sociales (ni siquiera de las estructuras políticas tradicionales, como argumenté más arriba) y por eso no resulta tan sencillo eliminar el mecanismo del chivo expiatorio como factor decisivo en la aparición de esos fenómenos.

II

Con no poca frecuencia, al examinar el problema del racismo en el contexto europeo y su relación con los fenómenos migratorios, se pone de relieve el carácter de espacio de refugio y asilo asumido por algunos de los 12 miembros de la Comunidad, y concretamente Francia, la R.F.A., los Países Bajos y el Reino Unido en los años 60 y 70, y posteriormente Italia y España en los 80, sobre todo en relación con los países latinoamericanos, árabes y de Oriente Medio y Próximo. No deja de ser curioso que resulte mucho menos frecuente mencionar en esos casos la función económico-laboral atribuida a esos colectivos de emigración: mano de obra barata y no sujeta al marco legal común. En la más pura tradición inaugurada por la democracia ateniense, los metecos, los extranjeros acogidos están destinados -por naturaleza, según nos recordaba de nuevo Aristóteles- a la esclavitud, a la explotación, aun cuando se haga en condiciones clandestinas (es idéntico al caso de los “espaldas mojadas” y los emigrantes ilegales en Usa, Canadá, y el destino de buena parte de los *Boat people*), al margen de la legalidad, tanto en lo referente a las propias condiciones de vida -alojamiento, sanidad e higiene, etc.- como a las laborales -salarios, seguridad social-. En ese sentido no es difícil observar, por ejemplo, la evolución experimentada por

el contingente de emigración⁹ que constituye la base de lo que eufemísticamente se denomina, Suiza, Austria o la RFA “trabajadores invitados” (*Gastarbeiter*) para ocupar aquellos puestos que la mano de obra nacional no quiere cubrir, evolución que nos sitúa ante el creciente protagonismo del Tercer Mundo como punto de partida de los referidos desplazamientos de población. Habría, por así decirlo, dos etapas a distinguir, una en la que la inmigración laboral es un fenómeno intraeuropeo, y otra en la que los sujetos son masivamente extracomunitarios y extraeuropeos, lo que ha de ser puesto en relación, como se ha señalado a menudo, con dos momentos económicos muy diferentes: el de expansión y crecimiento del Centro y Norte de Europa, que supone una considerable demanda de fuerza de trabajo sin cualificación, y el de la crisis energética que da paso a su vez a una etapa de “economía ralentizada”, en la que la demanda laboral se orienta más bien a puestos de cierta especialización propios del carácter primordial que adquiere el sector de información y servicios. Que el movimiento de población desde el tercer mundo no haya descendido a pesar de la crisis de los 70, que efectuó duramente a Europa, se explica, desde luego, si tenemos en cuenta, como es obvio, que tales consecuencias repercutieron con mayor gravedad en esos otros países; la diferencia radica en que a partir del punto de inflexión de la crisis tales contingentes de inmigración laboral pasan a situación de clandestinidad en ambos órdenes: son clandestinos porque han de entrar ilegalmente ante las barreras impuestas a la inmigración por los Estados del “Norte”; son clandestinos, además, en el orden socioeconómico, pues pasan a engrosar los números “negros” de la economía **sumergida**: de una parte el miedo al paro y la necesidad de subsistencia los convierten en mano de obra completamente depreciada; de otro lado, las exigencias de una economía “recalentada” hacen que se recurra masivamente a esas modalidades laborales ilegales. En cualquier caso, la consecuencia es que no se detiene el movimiento de población. Como ha señalado GUEYDAN¹⁰, el elemento que puede dar idea de la diferencia entre esas dos etapas de la inmigración en el Viejo Continente es un dato estadístico tan sencillo como el siguiente: en el momento en que entra en vigor el Tratado Fundacional de las Comunidades, en 1959, el 75% de los inmigrantes eran italianos; en 1973 ese 75% lo constituían trabajadores no comunitarios. Por su parte, Francia tuvo siempre un vivero particular formado por sus ex-colonias africanas y caribeñas (especialmente por lo que se refiere al Magreb), lo que no impidió

9. Para un análisis detenido de los derechos de los extranjeros inmigrantes laborales en Europa, cfr. el mencionado número 6/89 de *Democrazia e Diritto*, con arts. de VOGEL-POLSKY, ONORATO, SESTINI, VENTURINI Y AMODIO. En España puede consultarse el documentado trabajo de LOPEZ GARRIDO 1990, adelanto de un libro en preparación, que ofrece una bibliografía reciente de trabajos publicados en USA y en Europa: cfr. LOPEZ GARRIDO 1990, notas 2, 3 y 4, pp. 57 y 58.

10. Tomo la referencia de LOPEZ GARRIDO 1990, pp. 57-58.

que buena parte de las *bonnes de chambre* o de las *concièrges* fueran españolas o portuguesas. Por ejemplo, en la RFA o Suiza en los años 60, italianos, españoles y, en menor medida, portugueses, constituían la base de ese contingente. El Reino Unido, por su parte, mantuvo una situación aún más peculiar, debido al sistema de ciudadanía-nacionalidad que surge de la *Commonwealth* y del que hablaremos más adelante. Tras la crisis del 73, puede constatarse en todos esos países (salvo el caso peculiar, como es de rigor, del Reino Unido) la sustitución de los lugares de origen del contingente laboral de emigración: ahora son los turcos, iraníes, vietnamitas, sudamericanos, norteafricanos. Además, y este es el segundo elemento diferencial, los lugares de destino ya no son sólo el Centro y Norte de Europa, pues Italia y España comienzan a aparecer en el horizonte de esos emigrantes y no parece difícil prever que se produzcan desplazamientos hacia los países del flanco sur de la CE por parte de esos inmigrantes del tercer mundo asentados en Alemania (y, en menor medida, en Francia) ante el empuje de lo que llamaríamos el “tercer factor”: ahora la mayor corriente de inmigración viene del Este, y así, además del caso espectacular del trasvase de la RDA a la RFA que, a partir del verano de 1989 precipitó el terremoto político, hay un movimiento en constante aumento desde otros países, aunque inicialmente en estos casos el destino final fueran del los EE.UU.

Por supuesto, como ya veíamos, no sería justo ignorar el papel desempeñado por Francia o la RFA como países de refugio y asilo para quienes carecían de las menores garantías en orden a los derechos básicos - vida, integridad física, libertades de conciencia, expresión o desplazamiento, etc.- en sus propios países. Es bien conocida la tradición francesa al respecto, sin que ello suponga desconocer la presencia en el seno de su sociedad civil de un minoritario aunque activo sector con fuertes componentes xenofóbicos y aun racistas (y ahí está para mostrarlo incidentes como la guerra del *chador* en los institutos, los ataques contra sionagogas judías o las profanaciones de cementerios como en Carpentras), vinculado sin duda a fenómenos tan preocupantes como la existencia del *Front Nationale* de Le Pen, cuya impotencia no conviene despreciar y no tanto por sus posibilidades de alcanzar el poder (prácticamente nulas) cuanto por su influencia en la dinámica política francesa, no sólo en la derecha sino incluso en la estrategia del partido socialista, y también porque puede contribuir a formar un cierto frente en el ámbito político europeo. Desde luego, en Francia no existe nada similar a la *Schuldfrage*, o a la “polémica de los historiado-

res”¹¹ sin las que resulta imposible comprender la historia de la RFA, pero sí hay una cierta *malheur de conscience* que arranca de raíces no excesivamente diversas: el colaboracionismo con los nazis y el antisemitismo que dejaron al descubierto procesos como el de K. Barbie no son anécdotas individuales, máxime si a ello se une que, desde la IV República, la pérdida de las colonias y muy especialmente el caso de Argelia, no ha sido digerida del todo por la sociedad francesa, pionera -hay que subrayarlo- en la acogida a los extranjeros perseguidos por el ejercicio de sus derechos, como pueden atestiguar ciudadanos de todas las esquinas del mundo. No en balde es en París donde surge con fuerza el movimiento *SOS racisme*. Por lo que se refiere a la RFA, lo cierto es que en parte por el peso de la mencionada conciencia colectiva de culpa y por la necesidad de reconciliarse con la opinión pública internacional, (de modo particular con los sectores más desprotegidos) ha actuado durante decenios con un encomiable espíritu de solidaridad internacional: sus organizaciones públicas y privadas de ayuda al 3º Mundo, con especial incidencia en Latinoamérica, y sobre todo su legislación de acogida a los refugiados y asilados políticos la sitúan en primer plano. Sin embargo, las perspectivas de futuro son más sombrías: no sólo por las preocupantes reapariciones de partidos políticos que hacen bandera de la xenofobia y del racismo (además del *Front Nationale*, los *Republikaner* en la RFA, de enequívoca raigambre nazi), sino sobre todo por el crecimiento de una conciencia reaccionaria (reactiva, de defensa) en el seno de la propia Comunidad, con focos que ya no se limitan a los dos mencionados y el Reino Unido (que dispone de su propio *National Front* y ha vivido algunos de los disturbios raciales más importantes de las últimas dos décadas, reflejados por ejemplo en varios filmes de don Frears como “Mi bella lavandería”, o “Sammy y Rose se lo montan”). Hoy se unen a ellos España e Italia, y, sobre todo, aparece en el horizonte comunitario el riesgo de una línea de actuación en materia de extranjería que pugnaría con el reconocimiento y la garantía plenas de derechos fundamentales (incluso de algunos básicos) y por tanto, con el respeto a las exigencias de la legitimidad democrática. Vayamos por partes.

Es indudable que, como resultado de consideraciones de diversa índole (aunque básicamente económicas y relacionadas con el mercado laboral), la CE viene adoptando una política cada vez más restrictiva hacia la emigración, especialmente por lo que se refiere a quienes proceden del tercer mundo: africanos, latinoamericanos y, en menor medida, asiáticos. El penúltimo ejemplo lo ofrece la casi cínica declaración de la Comisión de los

11. Sobre el problema de la conciencia de culpa alemana sigue siendo imprescindible JASPERS 1946 y 1967. Por lo demás, quien ha reflexionado de forma más radical y lúcida sobre la cuestión en los últimos años es, sin duda, HABERMAS 1987, 1989.

12 en el mes de mayo del año pasado, que se oponía a cualquier manifestación de discriminación y, *a fortiori*, de racismo, hacia nacionales de los países miembros de la Comunidad, pero no fuera de ese núcleo privilegiado. Europa se transforma: de tierra de promisión a coto vedado que únicamente estará en condiciones de mantener su privilegiada situación si consigue mantener extramuros la marea demográfica del tercer mundo, el **empujón hacia el Norte** que proviene de la cuenca sur del Mediterráneo y de la empobrecida Sudamérica, un empujón más comprometedor si sí advierte que la Comunidad está en proceso de redefinir sus relaciones con el Este que ahora parecen prioritarias (en cuanto **europas**): en tres meses, según las asociaciones de ayuda al 3º mundo, se ha invertido en Europa del Este tanto como en 10 años en los países pobres. Lo explicaba muy gráficamente BEN BELLA en una reciente entrevista: “el Sur es como un gran arrabal de chabolas que vive ante un resplandeciente campo de golf... o se mejoran las condiciones de vida del arrabal, o es inevitable la invasión”. Esa marea preocupa especialmente en Francia ante los efectos de la creciente subida del integrismo en la región del Magreb (significativamente en Argelia), preocupación que llevó al Gobierno presidido por Rocard a declaraciones en las que exige una colaboración inequívoca en la tarea de filtrar tal emigración, lo que para España, teniendo en cuenta la necesidad de la ayuda francesa en lo referente a ETA, adquiere las características de imperativo. Es lo que Amnesty ha calificado como muy preocupante degradación del derecho de asilo de ciudadanos extracomunitarios en los países comunitarios, especialmente, volvamos a insistir, respecto a quienes no son europeos, perjudicados ahora, también en este aspecto, por la caída de los regímenes del Este. A ese respecto, otro síntoma revelador de lo que está por venir son los acuerdos del Grupo Trevi en su reunión de 16 de junio de 1990 en Dublín. Aunque no se conocen datos concretos, el objetivo parece ser “garantizar los derechos de los solicitantes de asilo y poner fin a las prácticas que favorecen la inmigración clandestina”. Eso se lograría estableciendo un sistema que permita que las peticiones de asilo se examinen sólo una vez y por el país al que se dirijan, sin posibilidad de apelación a otro posteriormente. Aunque la medida trata de acabar con el “tránsito permanente” de refugiados y asilados, de un país a otro, lo cierto es que hay Estados mucho más restrictivo que otros y si se piensa en que el nuevo Convenio añade el objetivo de “acabar con las pretensiones infundadas de asilo” (la inmigración económica que trata de acudir a ese expediente), las perspectivas no pueden sino ser pesimistas.

De ese modo, se va perfilando poco a poco una nueva configuración de las relaciones internacionales en la que lo único permanente parece ser el pagano, el perdedor. En efecto, desaparecido prácticamente el 2º Mundo, los países que constituían el 3º han visto esfumarse lo que paradójicamente constituía uno de sus escasos activos, como recordaba aguda, aunque en mi

opinión parcialmente, HARO TECGLÉN¹²: ya, por vender, no pueden ni tratar de ofrecer su anticomunismo, (habría que sumar el anticapitalismo a las mercancías en cuestión), si bien, seguramente, ello no será óbice para que sigan representando el cliente porcentualmente más relevante de la industria de armamento, que es tan nefasta al menos como el narcotráfico (al que con frecuencia aparece ligada) y cuenta con la bendición oficial de los bienpensantes y democráticos Estados occidentales y, por supuesto, hasta el momento presente -HAVEL *dixit*: recuérdese sus declaraciones sobre venta de explosivos checo a Gaddafi-, también con todos los parabienes de los Estados Revolucionarios, pues no son sólo algunos multimillonarios con residencia en nuestras costas los principales beneficiarios de tan sólo negocio. Lo más importante es que tal “simplificación” del esenario internacional tiene consecuencias muy negativas para los eternos perdedores. En efecto, en una coyuntura como ésta -que para algunos no es tal, sino el zénit, el logro irreversible que supone el fin de la Historia- las ideologías parecen dejar de contar¹³ y lo único relevante es la competición por el mercado internacional entre tres grandes actores (a los que quizá habría que añadir un cuarto, más o menos solapado: los países árabes grandes productores de petróleo, una entidad heterogénea y difícil de precisar): Japón (o la denominada “cuenca del Pacífico”, con ese país como líder indiscutible al que siguen Corea del Sur y Honk-kong, p. ej.), los EE.UU., y la Comunidad Europea, a la que tratan de asirse desesperadamente el resto de los países de Europa, bajo la previsible conducción de la nueva Alemania (lo que ya ha producido las lógicas tensiones: mal disimuladas en Francia y sin ningún recato por parte del Reino Unido pese al “nuevo talante” del Gobierno MAJOR: Ni M. THATCHER ni N. RIDLEY, el ministro inglés cuyas declaraciones antieuropeístas fueron, en cierto sentido la espoleta de la crisis que condujo a aquélla a presentar su dimisión, son una voz aislada en su país). Indudablemente, los mayores problemas parecen acechar a este último protagonista, aún en trance de apaciguar y redistribuir funciones en su Consejo de administración e incluso de consolidarlo definitivamente, pues el modelo teórico puede experimentar algunas variaciones: una primera, la configuración de tres escalones o jerarquías, los de “arriba”, los de “abajo” y los del “jardín”, es decir, los ricos que componen el núcleo originario, los recién adheridos que constituyen el bastión sur (Portugal, España, Grecia) y los que aún esperan fuera de la casa, aunque dentro del recinto, los vecinos del Este. Una segunda hipótesis es que el peso de Alemania haga

12. HARO TECGLÉN 1990.

13. Sin duda, como se ha sugerido en más de una ocasión, esa coyuntura de al menos aparente declive de las ideologías y de crisis socioeconómicas es caldo de cultivo ideal para el resurgimiento de programas simplificadores y populistas como los que suelen acompañar a los nacionalismos.

gravitar en su entorno a los países con tradición común, incluyendo a algunos del Este -los menos desamparados- y resucitando así la *MittelEuropa* (básicamente, con Checoslovaquia y Hungría, a los que podría añadirse la hoy extracomunitaria Austria), como un agente con fuerza propia dentro de la Comunidad, lo que perjudicaría, desde luego, al mencionado pilar meridional. Muy recientemente, M. DUVERGER ha propuesto otra línea de desarrollo, la que supondría el relanzamiento de lo que él llama "el creciente fértil europeo", un eje mediterráneo que iría desde Bolonia a Valencia pasando por Milán, Marsella y Barcelona. Sea lo que fuere, dentro de ese recinto que es la primera versión de la gorbachoviana "casa común europea", la primera preocupación dominante es la amenaza que viene del sur, y singularmente, en lo que a Europa se refiere, de Sudamérica y África: así lo ponen de manifiesto continuamente los acuerdos adoptados en las cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad, como la celebrada en Roma el 15 de diciembre de 1990, que exigía una vez más un enfoque conjunto previo a la desaparición de fronteras en el interior de la CE a partir de 1993. El empujón es advertido sobre todo como un riesgo, de un lado, desde el punto de vista del mercado de trabajo¹⁴ y la asistencia a las clases pasivas, y, de otro, como peligro de inversión de la pirámide demográfica en países que, como los europeos, parecen caminar irreversiblemente hacia un considerable envejecimiento de la población autóctona¹⁵. Desde esas premisas es desde las que cabe tratar de comprender la respuesta jurídica que, como hemos visto, se dispone a ofrecer la Comunidad (y concretamente, nuestro país) y las posibles alternativas. Sin embargo, las restricciones en la política de inmigración comienzan a tener en cuenta ya ese "tercer factor" del que hablaba anteriormente y que podría convertirse incluso en el más preocupante para la Comunidad, aunque, desde luego, no parece que vaya a afectar a corto plazo, al menos de modo primordial, a nuestro país: me refiero a los movimientos migratorios desde los países del Este, sobre los que resulta especialmente relevante el informe elaborado para el Consejo de Europa por el demógrafo francés del Ined C. CHESNAIS, que contempla tres posibles hipótesis: (a) un movimiento migratorio clásico, que afectaría sobre todo a minorías étnicas y que no supondría riesgo especial para la CE: en efecto, se trataría de la absorción de los 3 millones de

14. Es casi de ayer la polémica despertada por un proyecto de ley del Ministerio de Sanidad italiano que permitiría que los enfermos jubilados pudieran volver a trabajar en los hospitales y cuya justificación oficial era, ni más ni menos, tratar de evitar que los 100.000 puestos de auxiliares médicos que habrían de cubrirse en la reforma de las estructuras sanitarias pudieran ser ocupados por emigrados extracomunitarios.

15. Sobre ese particular, los datos demográficos proporcionan ahora no pocas "sorpresas" como la que constituye el hecho de que la tasa de nacimientos en Suecia, por ejemplo, hoy es muy superior a la de España o Italia a las que prácticamente duplica, y así Suecia es, tras Irlanda, el país más fecundo de Europa.

alemanes dispersos por la URSS, Rumanía y Polonia, que no incidirían negativamente en un país como la actual RFA con un déficit de nacimientos que se evalúa en torno a los 6 millones, de la inmigración de los judíos soviéticos, que afecta a Israel y a los EE.UU., y de las minorías húngaras que residen en Rumania. El segundo supuesto (b), derivaría de los resurgimientos nacionalistas y de los conflictos políticos que conllevan: asistimos ya a manifestaciones de ese fenómeno en Yugoslavia, Armenia, Moldavia, Lituania y podrían desencadenarse en relación con la minoría turca de Bulgaria y, sobre todo, en las repúblicas asiáticas de la URSS, en conjunción con el incremento del fundamentalismo islámico. A decir verdad, salvo en caso de Yugoslavia y el de Bulgaria, los demás difícilmente pueden traducirse en olas migratorias hacia la CE y ni aún a Checoslovaquia o Hungría, por la escasa relación existente con el mundo occidental¹⁶. Finalmente, la tercera hipótesis (c) plantea desplazamientos masivos como consecuencia de la presión económica en los países del Este¹⁷, espoleada

16. Hay que referirse aquí al caso de Albania, el único de los Estados del bloque del este en el que continúan sin aparecer vestigios de reformas democráticas, al tiempo que ostenta la penosa condición del Estado más pobre de Europa: desde finales de 1990 hay un movimiento (20.000). en principio se hablaba del regreso de la minoría de albaneses de origen griego (500.000 según el Gobierno de Atenas y 50.000 según el de Tirana), pero sólo un pequeño porcentaje responde a esas características. En su mayoría, se trata de inmigrantes de tránsito hacia Alemania, Francia o los EE.UU. El gobierno griego ha obligado a regresar ya a más de 5.000. Aún están recientes las dramáticas imágenes de la expulsión de refugiados albaneses en Italia.

17. En efecto, y por referirme a lo que, parafraseando a LE GOFF, podríamos calificar como uno de los "costes de la caída de los imperios" (el de la URSS en este caso), según un informe reciente de la Banca Morgan elaborado a partir del análisis de la repercusión del proceso de unificación alemana en la ex-DDR, la tasa de desempleo en los países del Este (incluida la URSS) alcanzará para 1995 un 22, algo más de 50 millones de personas, con un coste social aproximado de 75.000 a 90.000 millones de dólares al año, lo que se traduciría, entre otros efectos, en la emigración de unos 8 millones de trabajadores (sólo de la URSS se calcula entre 4 y 6 millones). Baste pensar en las consecuencias de la desmilitarización real en la Unión soviética, donde alrededor de 18 millones de ciudadanos trabajan directamente en la industria de defensa. La renta nacional puede caer en torno al 25% y el nivel de vida entre un 10% y un 15% entre 1990 y 1992. Posiblemente los países con economía más débil y mayor tasa de crecimiento demográfico -Polonia y Rumania- serían los protagonistas, junto a la URSS de esta ola migratoria vinculada a la hipótesis (c). Ello exige medidas de urgencia si Occidente no quiere condenar a la miseria a la mitad de Europa, aunque también, por otra parte, no sólo por ese motivo de solidaridad: Indudablemente tal situación repercutiría muy negativamente en la propia CE, pues a los peligros de la situación de desestabilización social y política en esos países, que indudablemente repercutirían en el "nuevo" orden mundial alcanzado tras el fin de la guerra fría y la distensión, se uniría el riesgo de una recesión más profunda que la que parece amenazar hoy a Occidente, sin desechar el factor de desestabilización interna que, en un momento de crisis (y de crisis de sociedades acostumbradas a una cierta opulencia) supone la presión demográfica y laboral de inmigrantes. En ese sentido es fácil comprender por qué la ayuda económica a la URSS y a los países del Este, más que un deber de solidaridad es una necesidad, sobre todo para la Comunidad Europea. Que esto lleve aparejado negros perspectivas

por la crisis derivada del conflicto del Golfo, la necesidad urgente de productos de consumo y el atractivo de una CE que se presenta como un paraíso económica. Seguramente, sin desechar la posibilidad de los otros dos supuestos, éste parece el más verosímil, hasta el punto de que los países fronterizos (Checoslovaquia, Hungría, que, a su vez, se benefician de un trato de favor por parte de la CE, correspondiente a sus mejores expectativas de transformación a estructuras de mercado y a una más pacífica y esperanzadora transición hacia la democracia) han tomado ya medidas restrictivas respecto a Polonia, Rumania y la URSS. Correlativamente, habría que tener en cuenta lo que el ensayista polaco R. KAPUCINSKY ha calificado como el fin de la concepción elaborada por el demógrafo francés. A. SAUVY¹⁸ (aunque, quizá para desdramatizar la situación, los informes elaborados en 1990 por la Comisión Europea y por el Grupo para la Inmigración califican este fenómeno como provisional). Efectivamente, a la vista de que a final de siglo la población de los países desarrollados representará tan sólo 11% del total parece que, en realidad, el mundo será el tercer mundo. Por lo demás, lo cierto es que hoy, tras el cierre de la década de los 80 con el final de la confrontación ideológica en términos Este-Oeste, la única división posible es entre el mundo desarrollado y el subdesarrollado, con un escenario especialmente significativo para el futuro de Europa y el del mundo: la transformación de la Unión Soviética, cuyo futuro, empezando por su propia supervivencia como Estado, encierra incógnitas de difícil resolución para las que los actuales acontecimientos - especialmente la gravísima situación en Lituania- no hacen albergar muchas esperanzas. Un análisis muy semejante en cuanto al diagnóstico y, por consiguiente, cargado también de pesimismo, es el que ofrece LOPEZ GARRIDO en su detallado estudio del fenómeno de la inmigración en Europa¹⁹, dentro del dossier que incluye el nº 10 de la revista *Jueces para la Democracia* acerca de la justamente denominada "infra-condición jurídica del extranjero".

III

Uno -si no el más importante- de los puntos críticos de la cuestión es lo que podríamos denominar la condición jurídica del extranjero, rótulo general bajo el que habría que incluir tres órdenes diferentes de problemas: En primer lugar, la relación entre nacionalidad, extranjería y ciudadanía, que

para los países latinoamericanos y africanos parece incontestable.

18. Quien, como se recordará, fue quien acuñó la expresión "tercer mundo".

19. LOPEZ GARRIDO 1990, pp. 57 y ss. Hay que destacar aquí la tarea -desde luego no sólo doctrinal, pero esta también es una imprescindible aportación- realizada por esa revista,

incluye aspectos como la adquisición de la nacionalidad por parte del extranjero, de su cónyuge e hijos, el derecho al reagrupamiento familiar, el reconocimiento de derechos políticos, el acceso a la función pública, etc. En segundo término, la regulación del estatuto sociolaboral del trabajador inmigrado. En tercer lugar, las condiciones de los derechos de refugio y asilo, así como, en general, lo relativo al procedimiento de expulsión de los extranjeros. Veamos alguno de esos aspectos.

III. a. La relación entre ciudadanía, nacionalidad y extranjería es, desde luego, el exponente máximo del proceso de sustitución o superposición progresiva del orden jurídico comunitario respecto a los Derechos nacionales. Como recordaba no hace mucho D. SCHNAPPER, Directora de estudios de la parisina *Ecole des hautes Etudes en Sciences Sociales*²⁰, éste es uno de los campos en los que se produce una mayor resistencia a la regulación comunitaria, precisamente en la medida en que se pone en juego la propia definición de soberanía nacional. Esa razón dio lugar a la reserva de la RFA que, antes de la firma del Acta Unica, impulso la salvedad de que el estatuto de los extranjeros en cada país sería de dominio exclusivo de la soberanía nacional. Lo cierto es que la mayoría de los países de la CE se alinean, como indica SCHNAPPER, en torno a uno de los dos modelos representados respectivamente por la legislación francesa y alemana, con las peculiaridades de Portugal, España (en las que la doble nacionalidad, lejos de ser un problema a resolver, aparece como un imperativo para mantener las relaciones privilegiadas con los países de Iberoamérica y con Filipinas, aunque hoy sujeto a nuevas condiciones ante el reajuste del 93) y el Reino Unido (que arranca de la separación entre nacionalidad y ciudadanía y ha tenido que establecer hasta tres categorías de ciudadanos ante el empuje migratorio de países de la *Commonwealth*). El modelo francés sería del tipo “abierto” y “político”: en él nacionalidad y ciudadanía se identifican, pues todos los que participan en la vida colectiva del país y comparten sus valores pueden llegar a ser franceses, ya que se trata de incorporar a la nación a quienes se han instalado en su suelo. Por el contrario, el modelo alemán arranca de su tardía constitución como Estado, de forma que la nacionalidad aparece ligada al orden étnico y cultural: sólo es nacional quien pertenece al *Volk*, al pueblo alemán, y representaría, por tanto, un tipo “cerrado”. En cualquier caso, frente a la optimista versión del “modelo francés” presentada por SCHNAPPER, cabría preguntarse, con TOURAINE, por qué en Francia crece la xenofobia y la adversión a los inmigrados, por qué el protagonismo del Front Nationale, a cuyos objetivos se ha aproximado por ejemplo la política de “preferencia nacional” de GISCARD y aun ha cedido

20. Me refiero a su trabajo "Derecho europeo y Derecho nacional", aparecido en *Liberation* y en *El País*, simultáneamente, el 14 de junio de 1990.

el Partido Socialista de MITTERRAND, que ha abandonado su promesa electoral relativa a la concesión de voto municipal a los inmigrados (precisamente el mencionado informe FORD cita una escalofriante afirmación de MITTERRAND en su discurso de 22 de noviembre de 1989: "en los años 70 se alcanzó el **límite de tolerancia** en materia de inmigración). Quizá la respuesta al problema de por qué justamente Francia ha sido incapaz de hacer frente eficazmente a la ola de racismo radique, como explica el propio TOURAINE, en la especificidad del modelo político francés, esto es, de un lado, en el hecho de que la política francesa, como la del Reino Unido, se ha basado fundamentalmente en los conflictos de clase (a diferencia de Alemania o Italia, centradas en la reconstrucción de la democracia, o los EE.UU., donde esos conflictos están reconvertidos) y de otro en el modelo estatal-centralista francés, que aún cree que la palabra del Estado modela la realidad social (o, como titulaba CROZIER uno de sus libros, que "se puede cambiar la sociedad por decreto"), y que, por consiguiente, carece de dispositivos que nazcan de abajo, de los barrios y pueblos, acostumbrado como está a actuar siempre desde el vértice. Por ello, su incapacidad para hacer frente a un fenómeno como el racismo, que "se forma y manifiesta en la vida local"²¹.

Por lo demás, y aunque, como veremos enseguida, cabe afirmar, por seguir citando al informe FORD, que "no es el estatuto del extranjero, sino más bien el hecho de pertenecer a una categoría étnica lo que condiciona la pertenencia de los emigrantes no comunitarios a las categorías más desfavorecidas del país de acogida", lo cierto es que la adquisición de nacionalidad está sometida a condiciones muy diferentes dentro de la CE: en España (con la excepción de los nacionales de los países iberoamericanos, Filipinas, Guinea y Andorra), se requieren 10 años de residencia continua, sometidos a condiciones especialmente duras en algunos supuestos -un mínimo de dinero y no encontrarse en paro-, mientras que, p. ej., en Portugal y la RFA tal concesión es un acto de discrecionalidad de las autoridades. Asimismo varía el reconocimiento de nacionalidad para el cónyuge y para los hijos del extranjero nacidos en el país de residencia (en Irlanda, Dinamarca o Portugal son nacionales: en España también). Respecto al derecho a reagrupamiento familiar, aunque se trata de un derecho expresamente reconocido en el art. 8 de la Convención Europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales²², sólo está expresamente considerado en Bélgica, la RFA y Francia, pero precisamente

21. TOURAINE 1990 cit.

22. "Derecho a llevar una vida familiar normal... a hacer venir junto a sí al cónyuge e hijos menores". Cfr. asimismo el art. XII del Convenio Europeo sobre estatuto jurídico del trabajador emigrante, de 24 de noviembre de 1977.

para hacerlo imposible (con matices: en el caso francés, y en virtud del Decreto de 4.XII.1986 no está negado, pero sí sometido a condiciones extremadamente onerosas que no lo imposibilitan de facto, pese a la jurisprudencia del *Conseil d'Etat*). Otro tanto cabría decir del derecho de acceso a la función pública y del derecho a voto en el ámbito municipal o local similar, que tan sólo se reconoce en régimen de reciprocidad por instrumentos bilaterales (p. ej., en España entrará inmediatamente en vigor un convenio en esos términos con Suecia y Noruega) y, desde luego, exigiendo un mínimo de residencia, pero en cualquier caso restringido de hecho a ciudadanos comunitarios o extracomunitarios de países industrializados, del primer mundo.

III. b. Las condiciones sociolaborales de los extranjeros no comunitarios emigrados a Europa por razones de trabajo (cuyo número se calcula en torno a los 15 millones de personas, una población superior a buena parte de los Estados miembros de la Comunidad, como Bélgica, Holanda, o Luxemburgo) es uno de los aspectos más significativos del problema que nos ocupa. Me referiré, en primer lugar, al marco legal de la cuestión, para abordar después el problema de los "clandestinos".

Se ha repetido hasta la saciedad que uno de los rasgos que caracterizan el estadio actual de las relaciones jurídicas-políticas es la necesidad de tratar de hacer frente, de regular las consecuencias de los desplazamientos demográficos más o menos masivos, derivados en gran medida de las condiciones socioeconómicas: Estados que no pueden ofertar suficientes puestos de trabajo y crean por ello un excedente de mano de obra que intenta resituarse en el exterior, y Estados que, como consecuencia de diversos factores (entre ellos el fuerte descenso de natalidad) demandan mano de obra. Como recuerda Aurelia ALVAREZ, autora de un reciente y muy interesante trabajo sobre el problema²³, cabe distinguir, de acuerdo con los ya clásicos estudios de CHIROUX o LYON-CAEN, dos tipos de movimientos migratorios:

(a). De carácter definitivo: aunque inicialmente suele tratarse de un desplazamiento por tiempo indefinido, la propensión a integrarse en el país de acogida suele impedir de hecho el retorno.

23. ALVAREZ 1990, pp. 23 y ss. Se trata de un estudio imprescindible para quien se ocupe de los aspectos más específicamente jurídicos de la cuestión, pero su interés rebasa el ámbito del especialista. En lo que sigue, he utilizado ampliamente ese bien documentado trabajo.

(b). De carácter temporal: en estos casos el objetivo es conseguir con el desplazamiento una renta suficiente que permita una mejora en las condiciones de vida en el país de origen, al que se vuelve.

Lo cierto es que uno y otro han predominado en diferentes momentos históricos. Así, en la segunda mitad del XIX y hasta el primer tercio del XX se produjo un fuerte movimiento migratorio transoceánico (se calcula que entre 1846 y 1924 emigraron 55 millones de europeos) desde Europa hacia los Estados Unidos y otros países americanos, que se tradujo en asentamientos definitivos. A partir de la crisis del 29, se implantó para los extranjeros el requisito de permiso previo para poder competir en el mercado de trabajo, como medida proteccionista contra el paro interno. Desde el final de la II Guerra Mundial, los países europeos más desarrollados comenzaron a absorber mano de obra y empezó a reducirse el flujo anterior que, en todo caso, se hizo de carácter temporal, como lo era también el desplazamiento intraeuropeo (sobre todo desde el Sur: Portugal, España, Italia, Grecia y Turquía). Con la crisis del petróleo, en 1973, se produce otro movimiento de repliegue, una caída de los mercados laborales internos, con la consecuencia inevitable del incremento del paro, y por tanto se tiende a restringir al máximo las situaciones de transitoriedad laboral, especialmente en la medida en que se produce el retorno de buena parte de quienes habían emigrado con anterioridad. A esos efectos se impone una política claramente restrictiva de la entrada de extranjeros (especialmente de los no comunitarios) buscando en todo caso que los desplazamientos sean definitivos. Es interesante hacer ver que el cambio de coyuntura económica, a partir de los 80, no ha supuesto una variación de esa orientación. Parece claro que el modelo actualmente vigente opta por la vía de restricción de la entrada y transformación del inmigrante en residente definitivo. En definitiva, lo que está en juego siempre es el enfrentamiento por la población nacional entendida como símbolo y fuente de la fortaleza y riqueza nacionales, lo que da lugar a los dos principios clásicamente enfrentados en materia de derecho de nacionalidad: *ius sanguinis* y *ius soli*, invocados respectivamente por los países que -como España- tradicionalmente han sido origen de emigración y tratan de no perder a los emigrantes y sus familias, y por los países de acogida, a los que interesa integrar a la población extranjera. En consonancia con ello, algunos Estados (generalmente los de acogida, ricos o en proceso de gran crecimiento, como el caso de buena parte de los países americanos hasta los años 30) favorecen medidas asimilacionistas, mientras que los países de origen reaccionan en función de la legislación de nacionalidad y extranjería de los de destino. Jurídicamente, todo esto se traduce en una regulación nada flexible de la extranjería y en una reformulación de la adquisición de la nacionalidad, para la que se exigirán fuertes vínculos dentro del país, medidas tendentes, en todo caso, a evitar el problema de la plurinacionalidad o al menos de la doble nacionalidad. El problema es que

esas medidas jurídicas, como veremos más detalladamente en el caso español, se revelan insuficientes y, sobre todo, no siempre coherentes con el principio básico de respeto de los derechos humanos, porque esto último, es decir, **la condición del trabajador extranjero en lo relativo a sus derechos fundamentales, queda muy en segundo plano**. Aquí se pone de manifiesto algo que me parece muy importante destacar: lo que más llama la atención en todo este problema de los extranjeros inmigrantes es que, desde un primer momento, lo que prima es el punto de vista estatal, o estatal-nacional. Efectivamente, el primer interés, como testimonian las respuestas jurídicas nacionales e internacionales, es salvaguardar, dejar muy claro lo que constituye el contenido, los requisitos y el alcance de la condición de nacional pues, como se ha visto, este es el símbolo decisivo de la soberanía estatal, bien porque se entienda que un volumen demográfico importante es el exponente (y la “cantera”) de la fuerza (así, en su traducción directa, los Ejércitos de conscripción) y de la productividad del Estado (por eso en no pocos países y regímenes se fomenta el crecimiento demográfico como una cuestión de interés nacional, de deber a la patria: desde los premios a familias numerosas al carnet de natalidad impuesto por Ceaucescu), bien porque se quiera preservar la pureza o las excelsas condiciones de vida de pequeñas y privilegiadas naciones. En uno y otro caso las consecuencias son totalitarias. En todos esos supuestos, el individuo es sometido a criterios eugenésicos del Padre-Estado y parece que la obtención de un régimen de garantías efectivas de los derechos de los extranjeros que trabajan en un país diferente sea una tarea para el próximo siglo²⁴.

En el caso europeo lo relevante es, por lo demás, que el instrumento jurídico básico con el que se aborda el mencionado problema primordial (evitar la doble nacionalidad), esto es, el Convenio de Estrasburgo de 6 de mayo de 1963, fracasa en su intento de poner orden en esa cuestión y ello, entre otras razones, por una que no se suele tener en cuenta, el proceso de asimilación e integración de los emigrantes, que es casi completo en la segunda generación, de modo que hoy día se trabaja más bien, como advierte ALVAREZ²⁵, en la dirección opuesta: la elaboración de un Estatuto jurídico de la doble nacionalidad, como lo prueban los trabajos del Comité directivo de las migraciones intraeuropeas del Consejo de Europa,

24. Sobre el problema continúa siendo esclarecedora la lectura del coloquio sobre derechos de los extranjeros en Europa, celebrado en octubre de 1983 bajo los auspicios del Consejo de Europa. Así, la intervención de PLENDER.

25. ALVAREZ 1990, pp.111-114. Sobre el marco español, las pp. 254 y ss. Sobre el sistema español, además de lo que veremos en el apartado IV. c., véase PEREZ VERA y otros, 1985, pp. 167 y ss.

que desde 1988 se ocupa de la naturalización y doble nacionalidad de los trabajadores emigrantes y sus familias.

Dos buenos botones de muestra de cuanto se ha señalado son el problema de los "clandestinos" y la regulación que hacen los países comunitarios del llamado "derecho de reagrupamiento familiar" del que ya he señalado algunos rasgos generales con anterioridad. Las restricciones a ese derecho suelen basarse en el **irreprochable argumento** de que admitir la emigración de cónyuge e hijos sin el correspondiente permiso de trabajo es abocarlos al trabajo clandestino y hacer de ellos un vivero de delincuencia y marginación. Ya vimos cómo Francia hace imposible en la práctica ese derecho, entre otras vías, a través de fuertes restricciones en materia de vivienda (construcción y distribución de viviendas sociales, alquileres, etc.). La RFA, que ni siquiera lo considera como tal, remite su regulación a convenios bilaterales: es significativo que en los convenios con España, Grecia y Portugal se permita, mientras que con Turquía, Marruecos o Yugoslavia no es así. En segundo lugar, por lo que se refiere a los comúnmente calificados como "clandestinos", como denunciara LEGOUY en un excelente artículo publicado en *Le Monde*²⁶ hay que advertir que, en gran medida, es un problema falseado, tanto en Francia como en el resto de los países comunitarios. Lo cierto es que habría que reconocer que se trata de una situación inducida en un alto porcentaje, de una parte por el Gobierno y la Administración, y de otra por el propio modelo económico que impera en estos países. Tras ese término -uno más de los estigmas que tan eficazmente se manejan en lenguaje sociopolítico y, por ende, en el juicio- se esconden al menos, de acuerdo con LEGOUY, cuatro categorías diferentes:

a) Los miembros de la familia que marchan al país de acogida para unirse al cabeza de familia que reside desde varios años allí, y a quienes se niega la regularización de su situación (básicamente, al no tener permiso de trabajo).

b) Quienes, habiendo solicitado asilo, y ya con 3 ó 4 años de residencia y con intereses familiares y laborales asentados, finalmente ven rechazada su solicitud.

c) Los trabajadores de economía sumergida (construcción, hostelería, confección, agricultura) que, al parecer, son imprescindibles para el crecimiento económico del país de acogida y de quienes los subemplean,

26. "La Mythologie des clandestins", 3 de julio de 1990.

pese a las invariables y decididas tomas de posición oficiales que afirman la necesidad de acarbar con semejantes situaciones.

d) Los terroristas, narcotraficantes, etc.: en realidad, habría que reconocer que, seguramente, no es en este grupo en el que hay que pensar necesariamente como paradigma de la clandestinidad, pues suelen operar en muchos casos a través de terceros, o con cobertura legal.

Resulta difícil proponer una solución al problema de los clandestinos que no pase al menos por dos principios: en primer lugar, el reconocimiento de que la presión migratoria del Sur hacia el Norte es un fenómeno ineluctable, y, por consiguiente, es erróneo pretender eliminarlo, impedirlo, a base de añadir metros al muro. Además, el camino elegido para cumplir esa misión imposible, hacer de Europa un bunker con una línea Maginot de la que España sería uno de los fuertes, es, a la vez, un peligro y un procedimiento que casi inevitablemente plantea problemas en relación con el respeto a los derechos humanos. Si algo puede evitar que un día este movimiento haga explosión, como advierte entre otros el propio LEGOUY, es precisamente el esfuerzo por organizar, regular y moderar tales desplazamientos, esfuerzo que debe ir presidido por el propósito de garantizar los derechos y libertades de los extranjeros y, en primer lugar, como apuntaba una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, siguiendo la mejor jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional²⁷ “garantizar la igualdad de la persona”²⁸.

III. c. En lo que se refiere a nuestro país, a nuestro país, resulta significativo que las encuestas realizadas ofreen una imagen autocomplaciente de los ciudadanos (que en su inmensa mayoría consideran que España no es una sociedad racista; todo lo más se admite el “problema localizado” de los gitanos²⁹), lo que parece confirmado por un reciente informe de la Comisión Europea donde precisamente se sitúa a España como el Estado miembro con más bajas cotas de actitudes discriminatorias para con los

27. Así, ls Stcias. 107/84 de 23 de noviembre, o la 99/85 de 30 de septiembre.

28. Quiero agradecer a mi compañero de Departamento, el prof. VIDAL GIL (con quien he colaborado en algunos artículos sobre problemas afines a éste), que fue ponente en dicha Sentencia, su gentileza al facilitarme el texto del fallo.

29. Sobre el racismo en España, y en particular sobre la situación de los gitanos en nuestro país, resulta imprescindible consultar los trabajos de CALVO BUEZAS: 1989, 1990 a. y 1990 b. Cfr. también el de TEMPRANO 1990.

inmigrantes (que, recordemos, constituyen sólo el 1,5% de la población)³⁰. A pesar de que el marco jurídico (con la importante excepción de la ley reguladora del asilo y refugio, como se verá) es considerablemente restrictivo, tal y como se deduce de la L.O. 7/85³¹. Como se sabe, la polémica respecto a la comúnmente denominada "Ley de Extranjería" (que tiene un nombre oficial muy acorde con lo que señalaba antes: Ley orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre **derechos y libertades de los extranjeros en España**) no es algo superado, como lo muestran las denuncias que periódicamente se dirigen a la opinión pública, como la última producida en el año 1990, el manifiesto de cien intelectuales exigiendo una reforma legal al respecto, casi simultáneamente con la publicación de los muy críticos informes de A.I. y de la A.P.D.H., que en su informe 89 la calificaba como concreción de la "xenofobia práctica de la Administración y del racismo de la sociedad española". Apenas publicado el texto de la ley, y cuando aún se albergaba la esperanza, finalmente frustrada, de que el entonces Defensor del Pueblo, el profesor RUIZ JIMENEZ (hoy, desde luego, una de las voces más críticas sobre el particular; más vale tarde que nunca...) interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra dicha ley, ya se alzaron voces exigiendo su reconsideración. En un trabajo que vio la luz gracias a la intervención del Prof. VIVES, en *Cuadernos de Política Criminal*³², tratábamos de sistematizar las razones de la crítica. Por no repetir las en su integridad, me referiré a algunas de las cuestiones señaladas por la profesora AÑÓN: en primer lugar, llama la atención que la ley parta de un punto de vista "realista", entendiendo por tal, como suele suceder, desgraciadamente,

30. En concreto, denominado "eurobarómetro

sobre racismo realizado en noviembre de 1989 para la Comisión de la C.E., revela que España alcanza el lugar inferior de la escala en p para la calidad de enseñanza la presencia de niños extranjeros en las aulas, para un 39% los extranjeros abusan de la Seguridad Social, un 41% creen que la presencia de extranjeros aumenta la delincuencia, y un 39% que incrementan el paro.

31. A la que habría que añadir el R.D. 1.119/86 de 26 de mayo que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica y el R.D. 1.099/86 de 26 de mayo sobre entrada, permanencia y trabajo de ciudadanos de Estados miembros de la CE.

32. "Notas sobre una legislación amenazante", C.P.C. 1986, pp. 269 y ss. Se trata del desarrollo de una comunicación presentada por quien suscribe en colaboración con los profs. AÑÓN y VIDAL, en un Congreso de Filosofía del Derecho en Sigüenza, en diciembre de 1985, y que ahora traigo a la memoria por cuanto en aquel momento la posición expuesta fue duramente criticada por algunos colegas que la calificaron como visionaria, ya que no advertíamos el justo peso del interés del Estado frente a la amenaza de invasión o "expropiación" del territorio por los extranjeros, e incluso hubo quienes acudieron al argumento histórico del recuerdo de los 100.000 hijos de San Luis. Ciertamente, es curioso que el retrato robot de los "sospechosos" susceptibles de las medidas que dispone la ley no abarca, claro, a los extranjeros que se asientan en nuestro país como lugar de blanqueo de dinero que procede en no pocos casos de tráfico de armas o narcotráfico (eso sí, a gran escala, lo que quiere decir de "cuello blanco").

la primacía de la consideración del orden público y la ideología de la seguridad, un modelo de tratamiento "gubernativo" antes que "judicial". Seguramente, una de las razones de la línea adoptada es la presión internacional: España se ha visto cogida entre la espada y la pared: de un lado, las exigencias de la CE y, según parece, hasta de la NATO (que podría **reconvertirse** en Gendarme hacia el Sur). De otro, su tradición de relaciones privilegiadas con los países iberoamericanos (reforzada tras la recuperación de la democracia, en un cierto proceso de justicia histórica) y con los árabes. Aunque sin alcanzar las cifras de Francia, la RFA y el Reino Unido (que, juntas, representan el 87% del total de la CE), en 1989 el número de extranjeros en España alcanzaba 482.000 legales, a los que había que sumar los aproximadamente 300.000 clandestinos³³. De estos últimos, el 80% proviene de países con los que España mantiene una estrecha relación: los iberoamericanos (37%), Marruecos (22%)³⁴ Filipinas (15%), Guinea. (4%)³⁵. Todas las previsiones indican la consolidación de España como país de inmigración y puente de movimiento de inmigración hacia la Comunidad en los 90. Precisamente esa razón de que se presione al Gobierno español para que realice las tareas de muralla exterior de la Comunidad, en especial en lo que se refiere a la regulación de la emigración. Cuando aparece un planteamiento así, sucede inmediatamente -y esta sería la segunda nota a señalar- que el respeto a los derechos parece contradictorio con las exigencias de orden: ante ese discurso, hay que sospechar siempre falta de

33. El baile de cifras es sintomático: según el documento sobre política de extranjería remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados con fecha 10.XII.90 (en lo que parece ya un indicio claro del reconocimiento de la necesidad de revisar el marco jurídico en cuestión), se admiten como residentes legales 400.000, y como clandestinos entre 70 y 90.000, pero en ningún caso más de 100.000, cuando los datos de todas las organizaciones de asistencia y defensa de los derechos de los emigrantes, extranjeros no bajan nunca de los 250.000 clandestinos.

34. Según los datos proporcionados por un trabajo realizado para la organización asistencial CARITAS sobre La inmigración magrebí en España (del que son autores los sociólogos W. ACTIS, C. PEREDA y M.A. DE LA PRADA), se trata del colectivo de inmigrantes con mayores expectativas de crecimiento, aunque, por el momento, representen sólo el 6.5% de los trabajadores inmigrantes. En la actualidad, el colectivo procedente de Marruecos reúne aproximadamente a 75.000 inmigrantes (14.000 legales y más de 60.000 ilegales), la mayor parte procedente de zonas agrícolas. Según los datos de ese trabajo, hasta 1975, el flujo de esa inmigración se orientaba hacia Ceuta y Melilla de forma masiva, y, más reducidamente, a la península, básicamente hacia Cataluña (un 60%), donde trabajan en agricultura, construcción o venta ambulante; sólo un 3% de los inmigrantes legales de ese origen tienen cualificación profesional.

35. Precisamente uno de los más recientes estudios de Cáritas sobre la situación de los inmigrantes en España advierte que aproximadamente tres cuartos de los que proceden del Tercer Mundo -unos 140.000- trabajaban en economía sumergida, hasta representar el 5 de la economía nacional (aunque sólo el 0.3% en los datos oficiales), mientras en el resto de la Comunidad sólo el 0.4% trabaja en economía sumergida.

legitimidad³⁶: efectivamente, los extranjeros -desde luego, ciertos extranjeros- aparecen como ciudadanos sometidos a sospecha (en el fondo, el viejo argumento del riesgo del "ejército de reserva de la delincuencia")³⁷. Es como si el legislador ordinario hubiera entendido en cierto modo que el art. 13 de la Constitución (que es el punto de partida que trata de desarrollar la ley orgánica de Extranjería) habilitaba una delegación que, en la práctica, siguiendo la letra de la ley, ha permitido, paradójicamente, lo que ha sido calificado, quizá con alguna impropiedad, como "desconstitucionalización" de los derechos de los extranjeros³⁸. El problema es, de un lado, el criterio excogido por el legislador para entender cuáles entre esos derechos corresponden por igual a nacionales y extranjeros y cuáles pertenecerán a los extranjeros sólo cuando lo dispongan los Tratados o las leyes. Lo cierto es que, en ningún caso se debería incurrir en regulaciones (*a fortiori*, en actuaciones judiciales o administrativas) que supusieran desvirtuar el contenido esencial de esos derechos, bien por someterlos a limitaciones que lo hacen impracticable, bien por despojarlos en la práctica de su protección o dificultar su realización. Como ponía de relieve el examen llevado a cabo por AÑON, los derechos de residencia, reunión, asociación son alterados en ese contenido esencial por la regulación que lleva a cabo la ley³⁹, pese a que la intención, como advierte Santiago VARELA⁴⁰, sea la letítima y aun aconsejable de "fortalecer un espacio de garantías para el ciudadano extranjero". Efectivamente, quienes defienden la regulación llevada a cabo en esta Ley⁴¹ argumentan que para alcanzar ese objetivo grantista el precio es una restricción de la capacidad de acogida, acorde con las circunstancias socioeconómicas, pues sólo así -razona, p. ej. VARELA- se eliminan la subjetividad y ambigüedad y se reducen las situaciones de ilegalidad. Sin

36. En ese sentido, ya lo apuntaba el artículo de P. ANDRES IBAÑEZ, "Política de garantías y defensa de la democracia", *Leviathan*, 14, pp. 21 y ss.

37. Efectivamente, resulta revelador la actitud discriminatoria de hecho, seguida por las fuerzas policiales y de orden público: los primeros sujetos cachados o registrados en casos de redadas policiales antidroga o de represión de prostitución son, infaliblemente, africanos, como han testimoniado no pocos reportajes en diferentes medios de comunicación, incluyendo casos que podrían haber desembocado en auténticos incidentes diplomáticos, como el comportamiento con un dirigente sindical sudafricano que participaba en un Congreso internacional...

38. Expresamente la Stcia. del T.C. 107/84 excluía tal interpretación, pero era asimismo tajante al afirmar que todos esos derechos, en su contenido, de conformidad con lo expresado en el art. 13.1º de la Constitución, "son derechos de configuración legal".

39. AÑON-DE LUCAS-VIDAL, 1986, p. 276. Así, en lo relativo a la residencia, la medida prevista en el art. 6.c recuerda y constituye el contenido efectivo de una pena de confinamiento agravada.

40. VARELA 1990.

41. Cfr. p. ej. la postura de PEREZ VERA, 1985, pp. 239 y ss., donde se valora positivamente la técnica empleada en la ley y se argumenta que es respetuosa con las exigencias constitucionales y con el standard básico de respeto a los derechos humanos.

embargo, lo cierto es que cuando se examinan las garantías jurídicas y de protección, y, más concretamente, los procedimientos de admisión y expulsión de extranjeros, aparecen no pocos datos que permiten sostener que la ambigüedad e indeterminación que propician la arbitrariedad no sólo no se han eliminado, sino que permanecen con fuerza en esta regulación. Veamos.

En primer lugar, y respecto al carácter más restringido de la admisión de extranjeros, que sería, según el razonamiento expuesto, condición *sine qua, non* de un auténtico régimen de garantías, la realidad es que el eufemismo se traduce en términos más reales: así lo expresaba recientemente el Director General del Instituto Español de Emigración, al anunciar que España debía restringir su número de inmigrantes al "contingente que necesite el mercado laboral" (en línea con el razonamiento de VARELA), un concepto que viene a traducir de un modo todavía abstracto una realidad que las organizaciones internacionales de derechos humanos no dudan en denunciar: la existencia de bolsas de trabajo, con frecuencia clandestinas, en las que los marroquíes, guineanos, etc., viven en condiciones de alojamiento, manutención, sanidad y salario cercanas a la semiesclavitud⁴². En ese sentido, ya el art. 12.3.2. de la Ley Orgánica establece que la concesión del visado atenderá "a los intereses del estado español y de sus nacionales, en los términos previstos reglamentariamente", y que la denegación del visado de entrada "no necesitará ser motivada", lo que pone de relieve, como señala ESCUIN PALOP un propósito de dificultar el control de la autoridad administrativa, ante la indeterminación de criterios y la eliminación de la motivación⁴³. La

42. Por no contar con el círculo vicioso que encierra a los inmigrantes clandestinos entre los Ministerios de Interior y Trabajo, que arranca del RD 1.874/78: sin permiso para vivir legalmente no cabe encontrar empleo; sólo hay autorización laboral por parte del Ministerio de Trabajo si alguien contrata, pero el contrato sólo es válido si Interior da el permiso: como destaca ESCUIN PALOP en el trabajo recogido en esta misma nota, la actuación conjunta de organismos administrativos dependientes de ambos Ministerios "se concreta en su doble eficacia de legitimar la presencia de un extranjero en nuestro país y de ser condición de la existencia y legitimidad de cualquier contrato o actividad laboral". Esa es la razón que aduce el Sindicato UGT para pedir que las competencias sobre inmigración dejen de corresponder a Interior: en la reunión del Consejo General de Emigración celebrada en Segovia (4 a 6 de febrero de 1991) este sindicato propuso que el acceso y acogida de trabajadores extranjeros se hiciera directamente a través de servicios sociales dependientes del Ministerio de Trabajo y no del Ministerio del Interior. Sobre todo ello, CARDONA TORRES 1989, RAMOS QUINTANA 1989 y ESTRADA CARRILLO 1989. Sobre el régimen de entrada y permanencia de los extranjeros en España he podido consultar, gracias a la amabilidad de su autor, el manuscrito de lo que me parece el trabajo más completo sobre la materia: me refiero al excelente estudio de ESCUIN PALOP, V., 1991.

43. No es excusa, como advierte el mismo autor, que tal ausencia en la exigencia de motivación haya sido incorporada también en la legislación francesa sobre el particular: Ley 9 del IX.86. ESCUIN PALOP 1991, pp. 7-8.

misma orientación evidencia la presencia de conceptos indeterminados como el requisito de “medios económicos suficientes” requerido para la entrada de extranjeros de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 de la Ley orgánica y en el Reglamento de ejecución, que ha sido completado en la O.M. de 22.II.89 que exige un mínimo de 50.000 ptas. y los billetes. La Asociación Pro Derechos Humanos, en su informe de 1989, coincidente con el publicado por Amnesty, ha mostrado que en los últimos 5 años se ha practicado una política crecientemente represiva respecto a los extranjeros no comunitarios: las cifras de detenciones policiales se han triplicado (casi 33.000 en 1989), y las de expulsiones se han quintuplicado (casi 5.000 en 1989). La propia regulación del procedimiento de expulsión es elocuente: el procedimiento de expulsión (el ordinario y el sumario), es iniciado, instruido y concluido por autoridad administrativa, que de facto vincula la actuación del juez: las decisiones esenciales las adopta la Administración. Es muy significativo en ese sentido el que el art. 26 de la Ley Orgánica permita la detención del extranjero “con carácter preventivo o cautelar” de forma tal que, en la práctica, como indica ESCUIN PALOP siguiendo a NIETO⁴⁴ al comentar el recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo sobre ese particular, “el limitado ámbito de la decisión judicial, que no puede entrar en el fondo de la cuestión... transforma ésta en un requisito formal de carácter mecánico, produciéndose un conocido fenómeno de transformación de una supuesta garantía en un trámite procesal carente de sentido”. Asimismo, parece conveniente destacar otro problema: Los extranjeros a quienes se aplica un expediente de expulsión disponen de un plazo de 48 horas para presentar alegaciones, lo que es manifiestamente insuficiente en muchos casos⁴⁵. Además, la inmediata ejecutividad de las sanciones de expulsión (que no se ven suspendidas ni por la solicitud de asilo, p. ej.)

44. ESCUIN PALOP 1991, pp. 83 y ss. Pese a que la jurisprudencia del TC es contraria a esta interpretación: así las STC 115/87 en la que se desestimó el recurso aludido, y la STC 144/87 sobre control de legalidad en actos de la Administración que exigen la entrada en domicilio que habría que relacionar con la STC 22/84 (en la que existe un interesante voto particular de RUBIO LLORENTE).

45. Ha resultado llamativo, en ese sentido, el reciente fallo (25.I.91) de la Audiencia de Madrid, por el que se condena a dos policías por maltratar a dos ciudadanos senegaleses y un angoleño que se negaban a embarcar en un avión para ser expulsados de España (hechos que en su día fueron recogidos en la Memoria anual del Defensor del Pueblo de 1989: de los dos ciudadanos senegaleses uno de ellos se encontraba ilegalmente en España, mientras el otro, que residía en Cataluña, con permiso de trabajo en trámite de renovación, gestionaba en esos días ante la embajada de Arabia Saudí su viaje de peregrinación a La Meca; el ciudadano angoleño estudiaba en Madrid con una beca de su país. Los tres habían sido detenidos por separado y se les había trasladado al aeropuerto de Barajas para su expulsión de España, a lo que se negaron, siendo finalmente trasladados a un centro de internamiento de extranjeros en Madrid. Cfr. el trabajo de SANCHEZ YLLERA 1990, en el que se estudiaban los efectos de la Ley de Extranjería sobre los ciudadanos extranjeros sometidos a penas de privación de libertad.

vulneran la presunción de inocencia y la tutela efectiva. En cuanto a la ambigüedad, permanecen preceptos que habilitan a las autoridades gubernativas a decisiones fácilmente arbitrarias, como cuando se establece que "no será necesario que los acuerdos de imposición de sanciones especifiquen aquellas circunstancias cuyo conocimiento ponga en peligro la seguridad interior y exterior del Estado". En el mismo sentido, la utilización ya mencionada de conceptos indeterminados (una técnica durísimamente criticada cuando se trata de utilizarla en el ámbito jurídico penal o, por ser más exactos, para habilitar cualquier medida restrictiva de derechos, y que pugna con los criterios de interpretación constitucional en el ámbito de derechos fundamentales, como ha establecido con claridad el Tribunal Constitucional), como la noción de "indeseables", como fundamento al que se acude cada vez más frecuentemente por parte de la policía en los expedientes de expulsión⁴⁶, o también el uso indiscriminado del término "clandestino". Se trata sin duda, más que de conceptos jurídicos, de la traducción de concepciones⁴⁷, de exigencias de índole política (ideológica o socioeconómica) acordes con la interpretación restrictivo/represiva que subyace a quienes sustituyen el discurso jurídico (de derechos, de legalidad/constitucionalidad, en el que la instancia decisiva es la judicial) por el administrativo/policial. Especialmente llamativo es el recurso a expulsiones masivas: el pasado mes de junio de 1990, aproximadamente 100 marroquíes que trabajan **clandestinamente** en la industria textil en Cataluña, (en condiciones similares a aquellas que ya vivieron en los años 60 los emigrantes andaluces) fueron devueltos a Rabat⁴⁸ y se anuncian similares medidas con sudamericanos y filipinos. Todo ello hace más que dudoso que mediante ese procedimiento no se esté facilitando de hecho que en las expulsiones se produzcan tratos que pudieran suponer en ocasiones comportamientos inhumanos o degradantes, contra lo indicado reiteradamente por la Jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es preocupante, desde luego, no advertir una clara voluntad política de corrección de esas tendencias en el mencionado documento del Gobierno

46. Se ha denunciado reiteradamente que tal concepto de "indeseables" no se ajusta a los 6 supuestos de expatriación establecidos en el art. 26.1, ni aun a lo dispuesto en el apartado f): ausencia de medios de vida, ejercicio de mendicidad o desarrollo de actividades ilegales. El hecho de que junto a la categoría de "indeseables" se empleen las de "ilegales", "delincuentes" o "implicados en narcotráfico" refuerza esta tesis.

47. Me refiero como es obvio a la conocida distinción expuesta entre otros por DWORKIN.

48. Habría que señalar que este tipo de medidas son de dudosa legalidad, pues contravenían la prohibición de expulsiones colectivas establecida en el art. 4 del protocolo número 4 de la Convención de Roma, recogido casi textualmente en el art. 36.3 de la Ley de Extranjería.

español remitido al Congreso el 10 de diciembre de 1990⁴⁹: que propugna un refuerzo del control de entradas que supondrá la imposición de visados para los países de Africa del Norte, la fijación de contingentes anuales de inmigración según las necesidades de mano de obra, el endurecimiento de las sanciones contra los empresarios que contratan trabajo clandestino, la recomendación a los jueces de afrontar sin las actuales reticencias la expulsión de los extranjeros "marginales y clandestinos" que cometen delitos menores y cuya libertad "incide muy negativamente en la seguridad ciudadana", y la reforma de la ley de asilo y refugio encaminada a dejar únicamente la condición de refugiado acorde con la convención de Ginebra de 1951. En definitiva, en relación con la admisión y expulsión de extranjeros y con el régimen de trabajo de los mismos en España, el problema, como advierte ESCUIN PALOP en el trabajo que he citado más arriba, es "el de los límites al poder de configuración legal de los derechos que corresponden inicialmente a los extranjeros y son susceptibles de atemperación, y de aquellos otros derechos a los que la propia Constitución impone salvedades" (entre los que nos encontramos los recogidos en los arts. 19, 23, 29 y 35)⁵⁰. Particularmente penosa es la situación de aquellos que reúnen el doble estigma de ser extranjeros privados de libertad⁵¹ que en nuestro país alcanzan la cifra de 4.600 (un 15.4% del total de la población reclusa), sometidos en realidad, en la mayoría de los casos, por las dificultades del aislamiento derivado del desconocimiento de idioma, de su desarraigo nacional, a una doble privación de libertad, y en quienes se hacen más patentes, si cabe, las contradicciones entre las condiciones reales de los establecimientos penitenciarios y la finalidad constitucional de reinserción y recuperación social del delincuente. A ello debe sumarse, como ha destacado entre nosotros SANCHEZ YLLERA, el procedimiento circular -otro de los "círculos viciosos" que provoca- que se establece entre los arts. 14 b, 22 y 26 de la Ley Orgánica 7/85, que afectan directamente al régimen de entrada, permanencia y expulsión de extranjeros con antecedentes penales.

49. Las líneas de actuación vienen presididas por afirmaciones del siguiente tenor: "la aceleración de los flujos y la concentración de éstos en determinadas áreas urbanas podrían deteriorar rápida y gravemente el equilibrio social de dichas áreas" ...ello exige "una política global y coherente de extranjería que preserve nuestros intereses económicos y nuestra cohesión social y garantice una completa integración del colectivo de residentes extranjeros que eligieron como lugar de vida y de trabajo nuestro país". Se trataría siempre de "normalizar la inmigración" y no de restringirla, pues esa es la única vía, según el documento, de evitar los brotes de racismo y xenofobia.

50. ESCUIN PALOP 1991, p. 63.

51. En el varias veces citado nº 6/1989 de la revista *Democrazia e Diritto* puede encontrarse una sección sobre el problema "Straniero in carcere", (pp. 389-407) con trabajos de MANUZZU, MRGARA, FRANGEAMORE y DE LEO. En el dossier del número 10/90 de *Jueces para la Democracia* también citado puede verse el trabajo de SANCHEZ YLLERA 1990, pp. 65 y ss.

Una situación especialmente preocupante es la que afecta a quienes solicitan asilo o refugio en Europa. A este respecto, como indica LOPEZ GARRIDO que ha estudiado con detenimiento el problema en el trabajo ya mencionado anteriormente⁵², habría que señalar la muy negativa evolución seguida por los países miembros de la Comunidad, guiada por tres principios: el de *numerus clausus*, el del criterio nacionalista/europeo en la selección de solicitudes, y el de regionalización (que cada zona del mundo acoja a quienes provienen de Estados allí ubicados). Quizá la clave está, de un lado, en la artificial vinculación establecida entre asilo e inmigración, que lleva a pretender nada menos que la solución a este último problema vendría de la mano de la reducción de ese derecho (cuando numéricamente no es nada complicado demostrar que esto no es así), porque -se aduce- “la mayor parte de quienes pretenden asilo o refugio en realidad son inmigrantes económicos”, de donde el progresivo endurecimiento en el marco jurídico de los diferentes Estados miembros⁵³, argumento que tendremos ocasión de examinar más adelante⁵⁴. Una segunda clave la supondría el paulatino deslizamiento del problema al área de la “seguridad estatal/comunitaria”, esto es, al discurso de “orden público”, que sitúa toda respuesta en el terreno de las medidas policiales. Buena prueba de ello lo constituye el hecho de que dentro del denominado “Grupo Trevi” se creen comisiones que estudian y preparan los Convenios a adoptar en materias de inmigración o asilo, como el Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 del que hemos hablado ya.

Precisamente en relación con la situación de los refugiados y asilados⁵⁵, el primer dato a señalar es que en España -que cuenta con un número muy bajo de refugiados y asilados, en torno a 21.000 según el Ministerio del Interior, 20.000 desde 1978 según fuentes de la oficina española del ACNUR (Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados)⁵⁶, frente a los 180.000 de Francia, 150.000 de la RFA o los más de 100.000 del Reino Unido- ha crecido espectacularmente el rechazo de los derechos de asilo y refugio, sobre todo en relación con ciudadanos africanos (según datos del

52. LOPEZ GARRIDO 1990, pp. 60 Y ss.

53. Puede encontrarse una muestra de ello en el citado trabajo de LOPEZ GARRIDO 1990, pp. 59-61.

54. Y que, por supuesto, obtiene no poco refuerzo tras el derrumbamiento de los países del este: ahora ya no habría razones para reconocer un derecho cuyo fundamento es de carácter político.

55. Cfr. la referencia bibliográfica ofrecida por LOPEZ GARRIDO 1990, en especial las notas 6, 7, 14, 16, 18 y 19.

56. Nuestro país se adhirió en 1967 a la Convención de Ginebra de 1951 y al protocolo adicional, documentos en los que se regula la condición de refugiado y las normas de acogida. La oficina del ACNUR se abrió en Madrid en 1979.

Ministerio del Interior, de 1979 a 1988 se concedieron 2.769 estatutos de refugiados de entre 18.000 solicitudes; en 1989, unos 3.800 extranjeros que lo solicitaron se vieron rechazados pues se solicitaron 2.721 peticiones de refugio, de las que se admitieron 6, y 1.183 de asilo, de las que se otorgaron 175: en 1990 se han solicitado ya unas 8.000). La ley española reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, que data de marzo de 1984, es, según admiten incluso sus críticos, una de las más amplias de la Comunidad Europea, y así es de destacar su art. 17.2 en virtud del cual nadie que haya solicitado asilo o refugio podrá ser expulsado a un tercer país donde haya "fundado motivos para temer persecución o castigo"⁵⁷. Los problemas surgen por la aplicación administrativa de la ley: de una parte, las autoridades gubernativas tienden a aplicar el articulado de forma muy restrictiva, y eso explica, por ejemplo, el incremento de devolución de extranjeros indocumentados cuando se presentan para entrar en nuestros puestos fronterizos, pese a lo dispuesto en su art. 42, que dispone la admisión provisional del extranjero que solicite asilo en cualquier frontera española y que ha hecho tomar posición al Ejecutivo, que en el documento de 10.XII.90 al que nos hemos referido, entiende que hoy la tramitación de asilo y refugio se ha convertido sobre todo en una "vía fraudulenta para entrar en España". Si a ello se añade los problemas ya mencionados relativos al procedimiento de expulsión, se comprende que llegue a hablarse de situaciones de indefensión: en efecto, el extranjero a quien se abre expediente de expulsión cuenta con un plazo de 48 horas para presentar alegaciones, pero en la mayoría de los casos no se realizan por falta de información, incompreensión del idioma, etc. Las organizaciones humanitarias han denunciado el incumplimiento de facto de lo establecido en el mencionado art. 4.2., ante la situación de discrecionalidad que se vive en no pocos puestos fronterizos. Hay que recordar por ejemplo que sólo una reciente decisión de la Audiencia Nacional (a instancias del Defensor del Pueblo) obligó a respetar el derecho de *habeas corpus*. En el recinto de la zona de tránsito del aeropuerto internacional de Barajas que era considerado por los

57. Esto permite distinguir, claro está, el asilo refugio de la inmigración por motivos económicos, sin que ello suponga en mi opinión, un argumento decisivo, porque cuando lo que espera al inmigrante, en caso de devolución a su país, es la miseria hasta límites difícilmente concebibles para nosotros, europeos, es difícil clasificar los peligros: el "ranking de los infiernos" es una tarea inútil. Por otra parte, ¿qué, sino el temor a esa condena inexorable a la miseria, justifica los riesgos asumidos cada vez con mayor frecuencia por ciudadanos norteamericanos que reviven en nuestro país (el último caso conocido afectó a media docena de ellos en las costas de Tarifa, a comienzos de enero de 1991) los más dramáticos episodios de los "espaldas mojadas" mejicanos en los EE.UU.? En relación con ello hemos de recoger el descubrimiento en Algeciras de una red de visados ilegales en la que estaban implicados presuntamente -según todos los datos de los que se dispone- algunos miembros de la Policía y que habría falsificado más de 10.000 pasaportes, fundamentalmente para marroquíes, mediante el sellado ilegal de visados de residencia temporal.

funcionarios de policía a cargo de la aduana internacional como zona internacional y se prohibía por ello el acceso a letrados o miembros de organizaciones humanitarias⁵⁸. En una línea similar se inscribe la convención sobre derechos de asilo aprobada en Dublín por los 12 (con la excepción de Dinamarca) el 15.VI.90, que, reveladoramente, tiene como objetivo “garantizar los derechos de los solicitantes de asilo y poner fin a las prácticas que favorecen la inmigración clandestina”. En el punto de mira se encuentra el tratar de evitar la condición de tránsito permanente del solicitante de asilo. En efecto, en la actualidad y de acuerdo con la Convención de Ginebra mencionada, los dos principios básicos que inspiran la institución del asilo son el de no-rechazo (prohibición del *refoulement*) y el de respeto por todos los Estados signatarios del derecho de cualquiera de ellos a conceder asilo a quienes se lo soliciten, principios reforzados por el propio Parlamento Europeo: así, en su famosa Resolución de 12.III.87, se pide a los Estados miembros una más generosa política de asilo y se insiste en que el solicitante de asilo debería tener absoluta libertad de elección de país de asilo entre los comunitarios. Sin embargo, parece ir imponiéndose, al menos en el Consejo de Ministros de la CE, la interpretación que sostienen los Estados parte del Acuerdo de Schengen⁵⁹ que tratan de hacer repercutir todas las consecuencias en los mecanismos de control, en el momento exterior o fronterizo, y, así, se desplaza toda la responsabilidad en materia de asilo o refugio al Estado que ha permitido la entrada o haya hecho posible mediante autorización, que el solicitante acceda a algún país miembro sistema que perjudica según es obvio a los Estados del flanco sur (el vientre de la CE: Italia, España, Grecia). La práctica consiste, pues, por ejemplo, en que se considere al país de primera escala en el viaje como país de asilo lo que en definitiva sería como una suerte de prueba de fuego de la fidelidad europea de esos estados, que han de asumir en primera línea esa “defensa” de la Comunidad.

Es obvio que las primeras medidas, las más sencillas de adoptar, pese a todo, consisten en modificaciones legislativas⁶⁰, siguiendo lo dispuesto en

58. Se trataba de una más de las manifestaciones que justifican el juicio formulado por el *Sindic de Greuges* de la Generalitat de Catalunya, F. RAHOLA, según el cual, con no poca frecuencia la actitud inflexible de la Administración, más que las convicciones o comportamientos de los ciudadanos, es lo que está en el origen de situaciones o comportamientos racistas.

59. He de agradecer al prof. LOSANO que me hiciera llegar la documentación del seminario italo/alemán celebrado por su iniciativa en München en 1990 para analizar este acuerdo que ha pasado desapercibido con alguna notable excepción: una vez más, LOPEZ GARRIDO 1990, p. 62.

60. Se ha sugerido, desde diferentes posiciones, que una medida efectiva que España podría adoptar con miras a los aniversarios del 92 (que son conmemoraciones de encuentro y desencuentro con otras tres culturas: junto a la indígena americana, la árabe y la judía en

el Convenio Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, y muy concretamente, por ejemplo, en su artículo 2.1.c)⁶¹. En ese sentido, lo reitero, es esperanzador el apunte mostrado por la Comisión FORD, que podría convertirse en una Resolución de la Asamblea Parlamentaria. Urge, en primer lugar, rectificar el discurso que vincula de modo simplificador (hasta la identificación) política de inmigración (en el sentido amplio, incluyendo asilo y refugio) con seguridad, y con mercado laboral interno. La relación establecida entre aumento del contingente de inmigración e incremento del denominado "ejército de reserva de la delincuencia" es falaz, entre otras razones porque oculta las condiciones que en un alto porcentaje arrojan a los inmigrantes a la alternativa de la miseria o la infracción de la legalidad. Además, no pueden condicionarse derechos fundamentales, como el de libre circulación de personas, a coeficientes de empleo y menos aún a las dificultades para establecer una política unitaria en materia de visados⁶². En cuanto a las medidas, por enumerar algunas, en primer lugar, respecto a los trabajadores inmigrados, es preciso establecer aquellas que contribuyan a su integración: empezando por el reconocimiento y garantía del derecho a voto en las elecciones locales, por la homologación del trato penal, que no debería incluir penas adicionales para los extranjeros, como la de expulsión del territorio (así sucede hoy en Francia), ni aun la opción que puede tomar el juez español (y a la que se le insta en el Documento del Gobierno de 10.XII.90) de sustituir la pena para un extranjero condenado por un **delito menor** por la expulsión del territorio nacional⁶³. Por supuesto, se trata de reconocer también de modo efectivo el derecho de reagrupamiento familiar y, en suma, de establecer y garantizar la igualdad de derechos de los extranjeros con los nacionales en aquellos que son imprescindibles para su dignidad, como recordábamos más arriba. En ese sentido, se propugna la

nuestra Península), sería la concesión de una amnistía que incluyera, con la mayor generosidad posible, a todos los sectores de la inmigración clandestina, siguiendo el ejemplo de Francia en 1981, los EE.UU. en 1986 (*Immigration and Reform Control Act*) o Italia en 1990, facilitando la legalización de esas situaciones.

61. "Cada Estado parte tomará medidas efecgivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales y pra enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista". Cfr. PECES-BARBA, 1987, pp. 345.

62. Así consideradas las cosas, se trataría de medidas que podrían significar una violación de lo dispuesto en el artículo 5 del mencionado Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discrimianción racial de 21 de diciembre de 1965.

63. No deja de ser sorprendente la declaración de un alto funcionario de la Administración española (Secretario de Estado para la Cooperación Internacional e Iberoamérica) que alegaba que propiciar esta medida de expulsión era un antídoto contra el racismo, por cuanto al expulsar al extranjero en quien concurren tales circunstancias se evita que crezca entre la ciudadanía el sentimiento de xenofobia generalizado como reacción a la conducta delictiva de éstos.

concesión de nacionalidad a los inmigrantes tras cinco años de residencia, con la posibilidad de que conserve la de origen con carácter pasivo (todo ello reforzado con la disposición de que todo nacido en un país de la Comunidad tenga esa nacionalidad), la elaboración de una carta de residente en la Comunidad para los inmigrados que permita la libre circulación por todos los países miembros la puesta en marcha del Foro de Emigrantes. El informe propone asimismo la adopción de leyes contra la discriminación y de persecución de actos racistas y en ese sentido, por ejemplo, no puede dejar de considerarse muy positiva las propuestas para introducir una circunstancia penal agravante de racismo. En todo caso, parece necesario que las medidas restrictivas que afecten a los derechos y en general a la condición de los extranjeros (desde luego, por ejemplo, lo referente a expulsión y a denegación de entrada) supongan siempre la tutela judicial, y por tanto la supervisión por los jueces de toda actuación administrativa al respecto. Además, se trataría de reafirmar que los estatutos de asilo y refugio no pueden quedar restringidos por mor de la conservación de un status socioeconómico: Europa debe seguir siendo un lugar de acogida para quienes no tienen garantizados sus derechos, y ello exige modificar cuantas disposiciones permitan la arbitrariedad, la discriminación y la dilación en la concesión de dichas condiciones, así como el refuerzo de la garantía de que bajo ninguna circunstancia quienes lo soliciten se vean en el riesgo de ser devueltos a su país de origen. Quizá podría añadirse, como ya se ha sugerido, una suerte de amnistía para permitir la regularización de los inmigrantes extranjeros que se encuentran en situación de ilegalidad o clandestinidad, por ejemplo, a condición de que soliciten asesoramiento o información para la legalización⁶⁴. Pero esto no es siquiera la mitad del camino: Europa, a partir de la fecha clave de 1993, puede experimentar un recrudecimiento del racismo y la xenofobia. Esto no se impedirá sólo mediante medidas legislativas, ni -lo que resulta imprescindible- con la apertura de un debate lo más amplio posible sobre el particular, como empiezan a aportar algunos medios, ni aun por la más difícil tarea de educación de la sociedad civil, sino, sobre todo, por una voluntad política decididamente solidaria, que haga partícipe al Sur de la riqueza de la que disfrutamos y le permita desarrollarse, además, en la medida de lo posible, sin necesidad de rendir el tributo que ha pagado el primer mundo en detrimento de la ecología y del medio ambiente, del patrimonio de todos: es hora de que reconozcamos ya, como apuntábamos más arriba, que la división del mundo acuñada por SAUVY en 1952 ha dejado de servir para

64. Así lo hicieron Francia en 1981, Italia el pasado año y en USA Reagan en 1986, con la Ley Simpson (Immigration and Reform Control Act.). Con posterioridad a la redacción de este trabajo, el Gobierno español ha adoptado una medida similar (con la campaña "sal a la luz", por la que se concede un plazo de regularización hasta el final de 1991).

el futuro más inmediato: ya no hay Este. Oeste y Tercer Mundo: sólo desarrollo frente a miseria.

Valencia, marzo de 1991

NOTA DE BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ RODRIGUEZ (1990). *Nacionalidad y emigración*, Madrid, La Ley.
- ANDRES IBAÑEZ, P. (1985). "Política de garantías y defensa de la democracia", *Leviathan*, nº 14.
- AÑON, DE LUCAS, VIDAL (1986). "Notas sobre una legislación amenazante", *Cuadernos de Política Criminal*.
- ARENDT (1978). *Los orígenes del totalitarismo* (III vols.), Madrid, Alianza.
- BALLESTEROS, J. (1981). "La violencia: sus tipos, sus orígenes", en *Ética y política en la sociedad democrática*, Madrid, Espasa Calpe.
- BALLESTEROS (1989). *La postmodernidad: ¿decadencia o resistencia?* Madrid, Tecnos.
- BOBBIO (1980). *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, F. Torres.
- CALVO BUEZAS (1989). *Los racistas son los otros*. Madrid, Ed. Popular.
- CALVO BUEZAS (1990a). *¿España racista?*, Barcelona, Anthropos.
- CALVO BUEZAS (1990b). *El racismo que viene*, Madrid, Tecnos.
- CANETTI (1979). *Masa y Poder*, Barcelona, Muchnik.
- CARDONA TORRES (1989). *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*, Barcelona, Bosch.
- DE LUCAS (1985). "La noción de defensa y la crisis de legitimidad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 77-97.
- DIAZ, E. (1987). *De la Maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate.
- DIAZ, E. (1990). *Los intelectuales y la política*, Madrid, CEC.
- ESCUIN PALOP, V., (1991). *Régimen de entrada y permanencia de los extranjeros en España*, Madrid, CEC, Cuadernos y debates, 1991.
- ESTEVEZ (1990). *Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel.
- ESTRADA CARRILLO (1989). *Comentario a la Ley Orgánica y al reglamento de extranjería*, Madrid, Trivium.
- FISAS ARMENGOL (1989). *Las armas de la democracia: las exportaciones españolas de armamento 1980-88*, Madrid, Crítica.
- FORNARI (1972). *Psicoanálisis de la guerra*, Madrid, Siglo XXI.
- GIRARD (1972). *La violence et le Sacré*, París, Grasset.
- HARO TECGLÉN (1990). "Lo que vende Gorbachov", *El País*, 22.VII.90.
- JASPERS (1946). *Die Schuldfrage*, Heidelberg, Schneider.
- JASPERS (1967). *Wohin treibt die Bundesrepublik?*, Munich Piper, & Co.

- LAPORTA (1990). "Ética y Política. Algunos claves básicas", *Claves de razón práctica*, nº 3.
- LEGOUY (1990). "La mythologie des clandestins", *Le Monde*, 3.VII.1990.
- LOPEZ GARRIDO (1990). "El hecho inmigratorio en Europa y la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y el refugio", *Jueces para la democracia*, 10/90.
- OFFE, c. (1988). *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema 1988.
- PECES-BARBA (1982). *Transito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Mezquita.
- PECES-BARBA (y otros) (1987). *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate.
- PECES-BARBA (1988). *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema.
- PEREZ VERA (y otros) (1990). *Derecho Internacional Privado*, Madrid, UNED.
- RAMOS QUINTANA (1989). *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, Tecnos.
- SANCHEZ RERLOSIO (1986). *Campo de Marte, 1. El ejército nacional*, Madrid, Alianza.
- SANCHEZ YLLERA (1990). "Estranjeros en prisión: la doble condena", *Jueces para la democracia*, nº 10/1990.
- SCHNAPPER (1990). "Derecho europeo y Derecho nacional", *Liberation-El País*, 14.VII. 1990.
- TEMPRANO (1990). *La caverna racial europea*, Madrid, Cátedra.
- TOURAINÉ (1990). "Análisis de la xenofobia", *El País*, 12.VI.1990.
- VARELA, P. (1990). "Una política de garantías", *El País*, 20.VI.1990.
- VARIOS AUTORES (1989). "Racismo e Antiracismo tra presente e tradizione", *Democrazia e Diritto* 6/89, pp. 11-262.
- VARIOS AUTORES (1989). "Quali diritti e quale lavoro per lo straniero", *Democrazia e Diritto* 76/89, pp. 283-373.
- VARIOS AUTORES (1989). "Straniero in carcere" *Democrazia e Diritto* 6/89, pp. 389-407.
- VARIOS AUTORES (1989b). "Sobre la democracia representativa", *Doxa*, 7.
- VARIOS AUTORES (1989c). "Postmodernidad y Derecho", *Doxa* 7.
- VON NEUMANN (1968). *Estado democrático y Estado autoritario*, B. Aires, Paidós.
- WEBER (1969). *Economía y sociedad*, México, F.C.E.

América en la conciencia gallega ante el Quinto Centenario

Por FRANCISCO PUY
Santiago de Compostela

El tópico América aparece en la conciencia gallega actual con la doblez propia de todos los tópicos. Es decir, revestido de valor positivo o de valor negativo, según situaciones, contextos e intereses personales y colectivos de grupos menores. Un intento de sistematización de las diversas apariciones puede ser interesante para obtener el color predominante del tópico en el universo convenido del pueblo gallego al final del siglo XX. ¿Qué significa América¹ en Galicia en las vísperas de la conmemoración del V Centenario de su Descubrimiento, Conquista y Colonización? Paso, entonces a hacer un muestreo de los dos aspectos del tópico recién aludidos, agrupando en el capítulo negativo solamente las valoraciones netas y juntando en el positivo las claramente favorables y las más tibias o ambigüas.

1. IMAGENES POSITIVAS

La clase política gallega ha mostrado en líneas generales una actitud cooperativa y positiva respecto a América con ocasión del Centenario. Pero, ciertamente, no optimista, ni alegre, ni animosa; sino más bien sosegada y calculada. De hecho, los diputados de la oposición² se han interesado más por las cifras de los posibles gastos previstos para la conmemoración, que

1. Donde digo América quiero decir Latinoamérica, por referencia global imprecisa al continente y a su parte colonial hispana; o sea, a esa nueva parte del planeta a la que primero se llamó el Nuevo Mundo y las Indias Occidentales o simplemente las Indias; luego América y las Américas; y después Hispanoamérica, Iberoamérica y Latinoamérica (ROCA-MARTINEZ 1987: 75).

2. Con la excepción de Rodríguez Pardo a que aludo en seguida.

por la razón de ser de las actividades que los provocaban. Lo ilustro con algunas referencias, comenzando por la meritada excepción.

El abogado y parlamentario gallego José Luis Rodríguez Pardo solicita el 12.03.1990, con rebuscada moderación expresiva, "la creación de una Comisión de Estudios que elabore un informe sobre la aportación gallega al hecho del descubrimiento de América", porque según él "resulta indudable que el acontecimiento de referencia, la celebración y participación de Galicia en el V Centenario, impone una actividad y una presencia institucional"; por lo que es necesario "elaborar estudios y programar actos en Galicia... dirigidos a la potenciación y a la presencia de Galicia en las conmemoraciones y en la celebración del V Centenario del descubrimiento de América" (RODRIGUEZ-PARDO 1990: 348-90³). Son dignas de notar en este texto, nada triunfalista, expresiones como "acontecimiento", "conmemoración" o "celebración". Pero otros parlamentarios, como Carlos Alberto González Príncipe o Santos Oujo Bello, son más parcos⁴.

El gobierno gallego, en general, es más cálido que la oposición en la valoración positiva de América y de la celebración. Así puede comprobarse leyendo el discurso de toma de posesión del Director General Comisionado del V Centenario del Descubrimiento de América⁵, pronunciado en el Palacio de Rajoy por su titular Daniel Varela Suances-Carpegna el 7.09.1990⁶. Y más cálido aún fue el tono de la respuesta al mismo del Prof. Fraga Iribarne. En ella, el Presidente hizo un inspirado canto al Descubrimiento, rechazando de plano la tesis del genocidio indígena, que atribuyó más bien a otros colonizadores europeos y a los gobernantes autóctonos que se sucedieron, tras la emancipación, desde el comienzo del siglo XIX hasta nuestros días⁷. En todo caso él ha repetido varias veces en público sus

3. El pleno del Parlamento rechaza la "propuesta de creación de tal comisión no permanente especial no legislativa" el 2.05.1990 (BOPG de 10.05.1990, p. 425). Pero esta negativa tiene más que ver con el juego parlamentario formal gobierno-oposición que con el tema de fondo. No debe interpretarse como una devaluación de la imagen de América, ni del centenario.

4. Carlos Alberto González Príncipe sólo habla de "conmemorar el V Centenario" en una interpelación al gobierno gallego de 10.10.1990 (GONZALEZ-PRINCIPE 1990: 1453). Y Santos Oujo Bello, en otra interpelación al gobierno sobre "el pabellón de Galicia en la Exposición de Sevilla de 1992 (Expo-92)" (*sic*), ni siquiera nombra las palabras "América", "Descubrimiento" o "Centenario" (OUJO-BELLO 1990: 1475 s.)

5. Este cargo fue creado por Decreto 353/1990 de 28-06, DOG de 6.07.1990.

6. Cuyo discurso escuché personalmente y he podido tener por cortesía del autor. Resúmenes del mismo, en la prensa gallega del día siguiente.

7. Cfr. FRAGA-IRIBARNE 1990: 55. Es muy posible que en el Presidente Fraga pese mucho su condición de hijo de emigrantes -gallego y vasca- a Cuba, en donde pasó algunos años de la primera niñez.

críticas contra todo el que “pretenda que España se avergüence de lo que se llamó el hecho más grande de la historia, tras crearse el mundo”⁸.

Pero entonación aparte, y yendo al fondo del asunto, es cierto que una parte de la intelectualidad gallega ha respondido a los ataques a la gesta española en Indias, provenientes de los no escasos representantes, europeos y americanos, de una repristinada leyenda negra antihispana que se está transformando en leyenda negra antiindoeuropea en labios de los representantes de las culturas tercermundistas latinoamericanas.

Figura a la cabeza de esta esforzada falange de defensores de lo nuestro, con razón o sin ella, el Premio Nóbel Camilo José Cela. Este, en efecto, ha dicho repetidamente que “España no tiene por qué andar pidiendo disculpas por el Descubrimiento”, ni “tiene por qué gastar un dineral haciendo el ridículo victimándose por la conquista”. Unas declaraciones suyas sobre el tema, de 28.08.1990, en El Escorial, saltaron a los titulares del día siguiente en toda la prensa nacional e internacional, provocando abundantes comentarios de todos los colores⁹. Y lo mismo se ha repetido después a raíz de otras declaraciones suyas, en París, de 8.10.1990¹⁰. Ultimamente -y esta vez ya en un artículo de su autoría- ha repetido que le “espanta la idea de que en el V Centenario, además de hacer el ridículo, nos gastemos un dineral en pedir perdón” (CELA 1991: 4).

Otras manifestaciones notables sobre el tópico han sido las del intelectual gallego y Arzobispo de Sevilla Carlos Amigo Vallejo. Este, en efecto, en una conferencia sobre “La Iglesia ante la problemática americana: tradición, realidades y perspectivas”, pronunciada el día 17.08.1990 en el Curso de Verano “Por los caminos de América”, de la Universidad Complutense, denunció los “malabarismos semánticos” y la “actitud avergonzada de algunos”; defendió que “la vergüenza ante el V Centenario” es producto de la ignorancia y el desconocimiento de los hechos; y recomendó la crítica histórica auténtica como camino único conducente a la comprensión¹¹. Al día siguiente, o sea, el 18.08.1990, el propio Dr. Amigo Vallejo intervenía

8. Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1991.03.3, 3. Un tono igualmente animoso puede hallarse en las respuestas escritas a las dos interpelaciones antes mencionadas, dadas el 18.02.1991 por el Consejero de Relaciones Institucionales, abogado Víctor Vázquez Portomeñe (VAZQUEZ-PORTOMEÑE 1991: 2734-2735). En ellas se habla: de “celebración en Galicia del V Centenario”; de “importante e indiscutible protagonismo de Galicia en el conocimiento europeo del descubrimiento de América”; de promoción del evento”; y de “un título histórico en Galicia indiscutible e indiscutido”.

9. Así p.e. ALVAREZ 1990: 2.

10. Cfr. QUIÑONERO 1990: 59.

11. Cfr. prensa nacional, especialmente madrileña y gallega, del día 18.08.1990.

sobre el mismo tema en el Monte del Gozo de Santiago de Compostela, en el acto de clausura del *Encuentro Conmemorativo de la IV Jornada Mundial de la Juventud*. Allí y delante de una multitud de jóvenes de todo el mundo -muchos de ellos también americanos- volvió a rechazar una celebración "acomplejada de la colonización de América" por parte de la Iglesia, o de España, o de la Iglesia Española, porque -según él- la historia crítica demuestra que "lo que hubo de positivo en la colonización fue infinitamente superior a lo que hubo de negativo" (AMIGO-VALLEJO 1990: 19).

También merece recordatorio la amplia campaña en favor de la celebración del centenario americanista mantenida en solitario desde el diario compostelano *El Correo Gallego* por el escritor Avelino Abuín de Tembra. Este ha recogido -en su conocido cesto cáustico denominado *Ventos ábregos*- "las pintorescas tesis que condenan a los conquistadores por un delito de genocidio". Y las ha contestado agudamente. Lo primero, arguyendo que se trata "de un anatema insoportable" y, además, "peregrino en labios de algunos íncolas que se consideran historiadores, sociólogos, filósofos, humanistas o investigadores"... lo que está por ver. Y añadiendo, lo segundo, que se trata de una "acusación enormemente grave" e inaplicable "al protagonismo anacrónico de Galicia en América" en forma de emigración; por lo cual "la resolución de genocidas aplicada a la emigración gallega, más que un dictamen, parece un agravio y es, en el fondo, una lindeza inverecunda" (ABUIN DE TEMBRA 1990: 54).

Otro escritor que ha defendido la epopeya hispano-americana entre nosotros ha sido Fernando Amenedo Vilas (AMENEDO-VILLAS 1990: 3), el cual ha replicado a la acusación central, que es la del *genocidio biológico y cultural*, en ambos aspectos. En cuanto al presunto *genocidio biológico*, debido a la guerra y a las inmunodeficiencias indígenas: que ésto último no fue un fenómeno previsto voluntariamente; y que lo primero ya existía antes¹². Y en cuanto al *genocidio cultural*, que lo que se produjo fue una auténtica transculturación, que elevó al Renacimiento a unos pueblos que vivían en el Neolítico¹³.

Importante aportación a la aclaración del tema del genocidio ha realizado también el *Club Nacionalista Alén Nós*, el cual celebró una importante

12. Los españoles se encontraron inmersos en una dinámica bélica que ellos no provocaron ni podían tampoco impedir de otra forma que como lo hicieron: combatiendo a favor de algunos de los bandos enfrentados y ganando...

13. Y que puso los medios necesarios para afirmar la dignidad del ser humano contra unas costumbres que incluían tratos tan crueles, inhumanos y degradantes, como lo son los sacrificios humanos.

sesión de trabajo con la dirigente india mixkito Mirna Cunnighan, de Nicaragua, y con la dirigente amazónica Luzmila Chiricente, de Perú, en la que entre otras se llegó a la conclusión de que "los nacientes estados americanos, controlados por criollos, inmigrantes y, en ciertos casos aislados, por mestizos, ignoraron, explotaron o exterminaron al indígena de manera mucho más brutal que en tiempos de la colonia" (ALEN-NOS 1991: 39)¹⁴.

La actitud favorable a América y al Centenario es globalmente asumida por los medios de difusión¹⁵. Y muy especialmente por la *Revista da Comisión Galega do Quinto Centenario*, que ha publicado siete volúmenes desde 1989 hasta la fecha. La filosofía de la misma se resumía por su director, el Prof. Antonio Eiras Roel, diciendo que nacía "con la voluntad de servir de enlace en las relaciones entre Galicia y América" sin limitarse "a quedar reducida al simple recordatorio de una conmemoración" (EIRAS-ROEL 1989: 13). ¿Razones? Porque "América es para los gallegos el fruto tardío de su presencia en la historia y de esta misma circunstancia hay que sacar provecho, pues ella hace que la América de hoy esté biológica y humanamente impregnada de sangre gallega" (EIRAS-ROEL 1989: 17). Y porque -como "América es nuestro gran potencial cultural y económico, que ya no reposa en la emisión masiva de hombres, sino de iniciativas empresariales y culturales" (EIRAS-ROEL 1989: 18)- "cabe en todo caso y es obligado tender, desde este V Centenario, un nuevo puente entre la América galleguizada de hoy y la gran Galicia americana del año 2000" (EIRAS-ROEL 1989: 19).

Ahora bien, reconocida la existencia de esa opinión, se constata que aunque se defiende con ardor el pasado, no se pone demasiado calor en el

14. Quizá les faltó añadir que las minorías españolas de inmigrantes, y en especial las gallegas, fueron igualmente explotadas y diezmadas por la rapacidad de los regímenes, liberales o autoritarios, instalados tras la revolución contra el gobierno colonial. Pero sobre eso volveremos después, al analizar la cara variólica del asunto.

15. Así puede verse en sueltos como el que da un "polvorazo", o sea un tiro metafórico, a "los *anti-quinto-centenario*, que no paran de incordiar con historias peregrinas para deslucir la gran fiesta de hispanos y sudamericanos, prevista para el acontecimiento del 92, magnificando los errores del pasado en lugar de prepararse para el hermanamiento y la colaboración institucional del futuro" (Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1990.09.20, 56.). Pero también en artículos ligeros firmados. Así p.e. en el ensayo "Una de niños" de José López Martínez, un interlocutor pregunta: "¿No decía usted que eso del Descubrimiento de América había sido la mayor hazaña de la historia moderna? Pues, según se dice, lo que allí hicimos no fue otra cosa que robar hasta las gallinas". A lo que responde el autor: "Estas cosas pasan siempre que se acerca un gran acontecimiento, como es el V Centenario. Las Organizaciones de cualquier tipo procuran hacerse publicidad. Reclaman una compensación económica por la opresión sufrida y por la pérdida de su identidad étnica, según dicen: pero olvidan otras cosas"... (LOPEZ MARTINEZ 1990: 3).

presente de la celebración; ni, menos aún, en el futuro de la cooperación. Es difícil, por ello, encontrar manifestaciones mucho más valientes que esas. O que éstas otras de Fernando Santos, cargadas con un evidentemente bajo nivel de emotividad: “El V Centenario, aunque no va a vivirse (en Galicia tan alegremente) como en otras comunidades autónomas, es un hito histórico que puede ser puente de unión con países que hace décadas acogieron a muchos gallegos emigrantes...” (SANTOS 1990: 3). Bien se ve: se trata de “un hito histórico” que, mirando al futuro “puede ser puente de unión” y ocasión para saldar, o algo así, una deuda de gratitud colectiva... “Puede”, nada más...

No es mucho. Sobre todo, si lo comparamos con pronunciamientos más antañones, como “América es el paraíso”, de Rosalía de Castro, en *El caballero de las botas azules* (pf. 6), que es de 1867; o como “América, país de los sueños de fortuna”, de Antonio Losada Diéguez, en sus *Reflexions*, que son de 1908.

Las últimas ensoñaciones de este tipo que recuerdo pertenecen a dos queridos académicos de la Gallega: Casimiro Torres Rodríguez, ya fallecido, y José Filgueira Valverde. Del primero, Torres Rodríguez, basta recordar su consigna de 1983: “América ¡allí está nuestro porvenir!”¹⁶. Y del segundo, Filgueira Valverde, basta leer sus ya clásicos cantos a la Hispanidad realizados con puntualidad el 12 de Octubre de cada año en la Diputación de Pontevedra... desde 1963 y publicados como colección con el rótulo *Día de la Hispanidad*...

2. IMAGENES NEGATIVAS

Junto a los posicionamientos positivos que acabamos de ver, existen otros negativos. En esta dirección hay una línea intelectual gallega que se muestra bastante reticente en su valoración de América y más aún respecto a la celebración del Centenario.

16. Cfr. TORRES-RODRIGUEZ 1983: 3. Como una contestación a la misma suena el broche de cierre de un trabajo sobre el tema de José Luis Roca, que dice así: “Los tiempos modifican los caracteres de los pueblos. A la decimonónica frase hegeliana *América es el continente del porvenir*, sucedió: *Nuestro porvenir está en América*. Ahora quizá pueda afirmarse: *El porvenir está en España* (para algunos)”... (ROCA-MARTINEZ 1987: 94). Pero creo yo que tampoco se trata de eso. Para los gallegos, el porvenir está aquí: en Galicia, y por eso en España y por eso en Europa... y por eso en todas partes por todo el planeta: y también - con alguna mayor especialización o interés- en Latinoamérica.

Como es natural, en Galicia se están manifestando grupúsculos análogos a los que en todas partes practican la conocida especie de masoquismo, consistente en la denostación de un pueblo español próximo y conocido, propuesta como una condición-premisa-antítesis necesaria (!) para una antitética-hipotética-presunta (descomprometida) solidarización con unos pueblos indígenas remotos y desconocidos. Organizados en llamativos leviatanes de papel como la "Comisión Gallega contra el V Centenario" o el "Colectivo de Estudiantes Anti V Centenario da Universidade de Santiago" practican la artesanía de la pintada con grafito y el deporte de la manifestación de la pancarta, repitiendo consignas del estilo de: "Nin V Centenario, nin Hispanidade", "Cinco Séculos de Xenocidio", "Colón ¿qué fixeches? ¿por qué os descubriches?"¹⁷ "Total solidariedade cos pobos indíxenas" "Fora co mal chamado V Centenario", "Cincocentos anos de opresión", "Cincocentos anos de expolio", "Cincocentos anos de discriminación", "Descubrimiento, conquista, xenocidio: desenmascarádeos"¹⁸ etc. Y, por ende, también aparecen individuos de ese mismo estilo, escribiendo, p.e. cartas a los directores de los periódicos¹⁹.

Una mezcla bastante explosiva de individualidades y grupos de denominador común marxista-leninista la constituye la organización pontevedresea *Aula Castelao de Filosofía*, que promueve las "Semanas Gallegas de Filosofía". En la *VIII Semana Gallega de Filosofía*, celebrada en Pontevedra en abril de 1991 se han utilizado todos los tópicos anti-descubrimiento y anti-hispanidad que se conocen, haciéndose hincapié en la tesis de que "la aportación de los exiliados a los países latinoamericanos debe ser vista con tristeza, teniendo en cuenta que la emigración gallega provocó una mentalidad de educación para esa emigración (de fobia a la lengua gallega) y una mentalidad colonialista (como la de discutir y reivindicar con orgullo la galleguidad de Colón)"²⁰.

Los argumentos anticonmemorativos son variados, con todo, y no se reducen a esos dos²¹. El más recurrente y pegado a nuestro terreno es el que dice que Galicia no tiene qué celebrar puesto que no ha participado en la gesta americana hasta después de la independencia de la colonia. El Prof.

17. Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela 1990.10.13, p. 17.

18. Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1990.10.13, p. 28.

19. Ver, p.e. el texto de la carta firmada por FRL, citada en la bibliografía.

20. Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1991.04.7, 65.

21. Así p.e. Camilo José Cela denuncia como falsa la justificación esgrimida de que el Descubrimiento y Colonización de América universalizó la cultura española, recordando que ésta "ya era universal" con anterioridad, puesto que "tenía presencia en Italia, Países Bajos" y demás centros de la cultura europea (CELA 1990: 31).

Vilas Nogueira ha publicado un cuento bastante significativo a este propósito, que se puede reproducir por entero gracias a su brevedad. Dice así: "Cuentan que a un ilustre paisano -a lo mejor Valle-Inclán-, le comentaron alguna vez la escasa participación de los gallegos en el descubrimiento y conquista de América. Respondió algo así como que difícilmente las prudentes gentes de este país podían embarcarse en empresa tan disparatada, más propia para extremeños y vascos..."²².

Este argumento es bastante eficaz porque contiene una verdad a medias. La media verdad es que al principio fueron pocos gallegos a Indias. Y la otra media es que el número de colonizadores fue creciendo sin parar, hasta ser muchos después de la independencia americana. En efecto, en los primeros 25 años de conquista sólo hubo "un 2% de pobladores gallegos sumidos entre una inmensa mayoría de castellanos, andaluces y extremeños" (EIRAS-ROEL 1989: 14). Pero durante los siglos XVI y XVII la proporción y sobre todo la calidad van aumentando, constatándose la presencia de "siete virreyes, trece obispos, casi un centenar de altos funcionarios de la corona (gobernadores, tenientes de gobernador, oidores, alcaldes mayores, corregidores, oficiales de hacienda) y sobre todo docenas de misioneros" (EIRAS-ROEL 1989: 15). En el siglo XVIII se produce ya "una prefiguración" de "una emigración masiva similar a la que va a producirse en la siguiente centuria" (EIRAS-ROEL 1989: 16). Lo ocurrido desde entonces, ya es más conocido. Hoy día "se hace verosímil la deducción indirecta de un total de medio millón de emigrantes gallegos en el período 1860-1910" (EIRAS-ROEL 1989: 17).

En cualquier caso está claro -para mí- que en Galicia no se tiene simpatía por Latinoamérica. Se la tiene por los paisanos que componen las colonias gallegas en América, y por "los pueblos indígenas que nos sufrieron durante siglos" (FRL 1991: 4). Pero no por América, aunque a veces se confunde unas cosas con otra.

Probablemente es el estudio de los fenómenos migratorios la causa que más ha contribuido en nuestros días a desmitificar el viejo estereotipo de "las Indias como tierra prometida" y "paraíso en el que se proyectan todos los ideales del hombre moderno" como ha dicho José Luis Roca (ROCA-MARTINEZ 1987: 75); o como "invención de un espacio utópico de Europa", según la excelente metáfora de la escuela histórica madrileña,

22. Cfr. VILAS-NOGUERA 189: 28. En esa línea se mueve también el discurso, cuando se sostiene que "de las comunidades españolas que participaron en la epopeya, la gallega llevó la peor parte", ya que la emigración realizó "una completa simbiosis Galicia-América" sólo "cuatro siglos, o cinco, después" del Descubrimiento (ABUIN DE TEMBRA 1990: 54).

acogida entre nosotros en su tesis doctoral por Beatriz Fernández Herrero (FERNANDEZ-HERRERO 1988).

La impresión que arrojan todos los estudios recientes sobre el tema es que los emigrantes gallegos no han ido a América, en la época poscolonial, tanto por el factor de atracción presuntamente representado por ella, como por el factor de expulsión probablemente padecido en su propia tierra (FREIRE-ESPARIS/LOSADA-ALVAREZ 1989: 18). Da, incluso, la impresión de que los gallegos que han ido como clase dirigente a América durante el período colonial, más han ido allá por necesidades de la carrera que por ese espíritu de aventura que, al parecer, predominó en otros reinos de las Españas peninsulares e insulares. Pero, sin lugar a dudas, la experiencia inmediata de los siglos XIX y XX, que es de emigración, es la que más condiciona la actitud actual de Galicia para con Latinoamérica.

Tengo para mí que una de las causas que más provoca el desprecio gallego hacia América es la reciprocidad ante la percepción del desprecio latinoamericano hacia Galicia y lo gallego. Colacionaré como muestra de esta reacción un reciente artículo del novelista y ensayista Xavier Alcalá. Protesta él -“con toda la impertinencia de que soy capaz”, dice²³- contra la marginación a que los argentinos someten hoy día a los gallegos. Denuncia que el gallego es allí solamente un ridículo “personaje de sainete porteño y nunca conquistador, ni aventurero, ni pionero, ni mataindios, ni explorador, ni navegante, ni colonizador, ni siquiera valiente empresario”²⁴. Alcalá añade que cuando un argentino encuentra un gallego ilustre en su vecindad o en su ascendencia, normalmente silencia el hecho de su origen gallego²⁵. Mientras que, otras veces, lo hace pasar por español en general o por vasco en particular²⁶. Xavier Alcalá, finalmente, ironiza por lo fino, recordándole a esos soberbios argentinos, que de esa por ellos despreciada

23. Apoyándose en su experiencia personal y en documentación de especialistas americanos (como Adolfo Lozano o Félix Luna) y gallegos (como Antonio Pérez Prado) (ALCALA 1991: 42).

24. A los ojos argentinos, dice, aparecen “discriminados y escarnecidos por los humoristas porteños” siempre los mismos: “los rusos, los turcos, los *tanos* o *gitanos* y los *gayegos* o *gaitas*”. Todos ellos entran en el mismo estereotipo de “sucios, amarretes, corajudos a ratos, pero brutos y siempre tontos, aunque hábiles en el menudeo y la malicia” (ALCALA 1991: 42).

25. Así se opera con los Dorrego, Saavedra, Ribadavia y otros grandes apellidos de la historia argentina.

26. Así ocurre con una legión de gallegos ilustres, historiados para el caso argentino con meticulosidad por Alberto Vilanova Rodríguez en las mil quinientas páginas de su obra *Los gallegos en la Argentina*, entre los cuales recuerda Alcalá a algunos como el orensano Ramón Santamarina, colonizador de los desiertos del sur; el vigués Rafael Valeiro, colonizador de parte de la cordillera andina; el noyés Vilariño, explorador del Río Negro; el ferrolano Soto, líder sindical en la Patagonia, etc. (ALCALA 1991: 42).

“masa harapienta” de “gallegos” proceden “ocho millones de descendientes argentinos”, nada menos.

La misma significación peyorativa de la palabra “gallego” en América será siempre inevitablemente recordada entre nosotros. Como certifica el *Diccionario de Americanismos* de Marcos Augusto Morinigo, “Gallego” es (1ª acepción) “nombre genérico que se da a los españoles incultos” y también (2ª acepción) “servidor español” (MORINIGO 1966: 275).

Todo eso tiene fondo porque no es cosa reciente sino de antiguo, como demuestran los más próximos estudios sobre la migración gallega a Latinoamérica. Según José C. Moya, “durante la guerra de la independencia y décadas siguientes la situación del país (Argentina) no era nada propicia a la inmigración y, naturalmente, lo era aún menos para los españoles. El rencor contra ellos se encontraba en su cénit: asociaciones de más de tres españoles fueron prohibidas; sus propiedades confiscadas; se les prohibió casarse con argentinas y muchos fueron encarcelados o fusilados. La entrada de buques españoles fue prohibida hasta finales de los 1830” (MOYA 1987: 154). No hay siquiera que recordar que todas esas vejaciones se repitieron en 1898 en Cuba y Puerto Rico (NARANJO-OROVIO 1987: 233), corregidas y aumentadas por la actitud vengativa del nuevo gobierno colonial yanqui, vencedor de una guerra en que los españoles y España eran el chivo expiatorio.

Algunos años después de alcanzada la secesión de la corona de las Españas, la necesidad de mano de obra obligó a los respectivos gobiernos criollos Latinoamericanos a reclamar inmigrantes europeos y también españoles y gallegos... para explotarlos sin piedad. Las “buenas intenciones oficiales -dice Carlos Zubillaga- se vieron burladas por la acción privada, que hizo de la inmigración un lucrativo negocio. Los agentes y empresarios se enriquecieron a costa de la especulación sobre las tierras públicas destinadas a la colonización, el adelanto de los pasajes, los subsidios estatales, etc. A la vez que los inmigrantes veían negados en los hechos los recursos y ayudas estampados en los incitantes avisos que cónsules y agentes encargados de la propaganda en Europa, hacían circular por villas y aldeas. Formas de esclavitud apenas disimuladas sustituían, en la cruda realidad que debía enfrentar el inmigrante, a las dulzuras de una tierra de promisión que le habían hecho romper el vínculo con el país natal”²⁷.

27. Cfr. ZUBILLAGA 1987: 198. Este mismo investigador reproduce la siguiente lamentación publicada hace un siglo por los gallegos de Montevideo, en su revista *El Tipógrafo* (del día 16.04.1888): “¿Para qué se necesitan inmigrantes si los pocos que tenemos aquí vivimos en la miseria por falta de trabajo y por la escasa remuneración de él? ¿Para que se

Esta es la realidad que borró muy pronto todo vestigio de una cara amable de Latinoamérica en Galicia. Es decir la pintada por aquellos factores de “difícil ponderación pero de indudable gravitación en la alimentación del flujo migratorio gallego hacia América”, como fueron: “los incentivos (las ilusiones, las expectativas) que implicaba *la conducta del retornante (indiano)* dadivoso y ostentador; la *propaganda consular* y de los agentes privados de los países receptores; la creencia en la facilidad de *hacer fortuna en países nuevos* (es decir, carentes de aristocracias consolidadas y de privilegios consagrados); y (a medida que el proceso avanzó) la existencia de *colonias* de paisanos que operaban como ámbitos de protección y de mediación en la experiencia de la incorporación” (ZUBILLAGA 1987: 197).

3. EVALUACION GLOBAL

¿Existe una posibilidad de síntesis entre las dos caras del tópico que acabamos de pergeñar? Yo, que soy más partidario de la dialéctica abierta - a lo Heráclito o Vico que de la dialéctica cerrada -a lo Hegel o Marx- pienso que no hay síntesis que valga en este asunto. Pero también creo que eso no impide que se puedan destacar los aspectos del tópico que tienen hoy por hoy más fuerza tópica; o sea, que se vislumbran como más universalmente compartidos... o en camino de serlo a plazo inmediato. Entre tales aspectos figuran los siguientes.

1º *Sobre los hechos del pasado.* En primer lugar hay que decir que estamos comenzando a conocer mejor la auténtica realidad de la relación existente entre América y Galicia, superando muchas visiones fragmentarias. El estado de la cuestión se puede resumir así.

La presencia gallega en América es permanente a lo largo de los quinientos años (JUANA/FERNANDEZ 1987: 52). La negación de una presencia gallega en América en los siglos XVI a XVIII es una falsedad histórica. Lo que sí es verdad es que el trasvase de los gallegos a América ha seguido una curva oscilante, pero creciente, que ha culminado en la primera mitad del siglo XX. De modo que en los siglos XVI y XVII es pequeña y en su mayoría está formada por dirigentes, especialmente clérigos y letrados (MOYA 1987: 141-2); es algo mayor en el siglo XVIII, siglo en que se incrementa el número de los altos dirigentes y comienzan los comerciantes; y, tras una interrupción breve pero profunda durante la

mueran de hambre los infelices que abandonen la madre patria y el hogar en busca de una vida más holgada y de porvenir” (ZUBILLAGA 1987: 200).

primera y la última etapa de la guerra de independencia colonial, se incrementa sin cesar en los siglos XIX y primera mitad del XX. En el último tercio de éste, casi desaparece, permaneciendo con carácter residual²⁸.

La época en que prácticamente sólo van emigrantes corresponde a los siglos XIX y XX. Algunos de ellos se incrustan en las clases dominantes: bien asumiendo papeles de riesgo en las guerras civiles²⁹; bien luchando decididamente en el mundo empresarial agrícola-ganadero; especialmente, ocupando y colonizando espacios vacíos despreciados por la clase criolla a causa de las enormes dificultades que tal ocupación comportaba. En consecuencia los tópicos que hablan de una representación gallega en América compuesta por un conjunto emigrante exclusivamente suburbano es inexacto e inducente a un gran error de interpretación histórica.

2º *Sobre la actual imagen gallega de América* fue hasta un pasado bien reciente predominantemente positiva y optimista. Cuando se celebró el sexquicentenario, en 1942, el Prof. Legaz Lacambra, rector de la Universidad de Santiago, organizó una serie de conferencias conmemorativas y editó un libro conteniendo el texto de ellas, que él mismo presentó con estas palabras: "El descubrimiento de América constituye el acontecimiento de mayor magnitud y más hondas dimensiones de la historia de España" (LEGAZ-LACAMBA 1943: 3). Esa era entonces la idea general³⁰. Esto ha pasado a la historia, aunque no ha mucho tuvo fuerza para apasionar³¹. Hoy, que hemos realizado ya la opción por Europa, como espacio político propio nuestro, y que incluso la emigración se ha reconvertido al europeísmo (HERNANDEZ-BORGE 1987: 104), aquello no tiene ya más sentido.

28. Según los especialistas Juana y Fernando, "en conjunto, entre 1885 y 1970, teniendo presente la laguna de 1896-1910, salieron de Galicia con destino a América un total de 1.346.667 emigrantes, lo cual supone el 41% del total de españoles emigrados a Ultramar en esos años... Los países preferidos por los gallegos en América desde finales del siglo XIX experimentaron variaciones en el tiempo. Hasta los años 30 de nuestro siglo los países que atrajeron a mayor número de gallegos fueron, por este orden: Argentina, Cuba, Brasil y en menos escala, Uruguay y Puerto Rico. Desde 1946 predominaron Argentina y Venezuela y, menos, Brasil. Respecto a Cuba, la revolución castrista prácticamente cortó la llegada de emigrantes a ese país" (JUANA/FERNANDEZ 1987: 57).

29. En las independentistas nacionales, libradas entre hispanoamericanos, y en las posteriores, internacionales pero también civiles, libradas entre latinoamericanos. Cfr. PALOMBO 1989: 97.

30. Muchos gallegos próceres, como p.e. Rafael Dieste, defendieron "un galleguismo incardinado en la aventura americana de España y proyectado en su universalidad en la utopía de una gran confederación hispanoamericana" (DOURADO-DEIRA 1990: 63).

31. Según recordaba recientemente M. Dourado Deira en las páginas de *El Correo Gallego*, el poeta Manuel María, p.e., llegó a denostar a Dieste, sólo por eso, de "apóstata e españolista" (DOURADO-DEIRA 1990: 63).

Por otra parte, los factores de atracción americana de carácter artificial que se dieron en la primera mitad de nuestro siglo han desaparecido. Ya no hay allí bienestar económico y social. Ya no hay tampoco necesidad de mano de obra barata. Ya no se ofrecen tierras en donación dotadas con aperos de labranza y ganadería (MOYA 1987: 150); ni hay gages de pasajes gratuitos en los buques o desde los puertos a las zonas del interior (VAZQUEZ-GONZALEZ 1987: 127). En suma, ya no hay emigración gallega apreciable a Latinoamérica. Por lo tanto, las colonias en América de emigrados gallegos son, por su propia naturaleza, una especie a extinguir, aunque esto último no se percibe aún con la suficiente nitidez. La razón fundamental que explica ese futuro es que la emigración ha constituido un fenómeno de la modernidad y que está agonizando con ella. Es que los gallegos y demás españoles no han emigrado sólo porque fueran expulsados de aquí en vista de lo poco que aquí se les ofrecía; ni sólo porque fueran atraídos por lo mucho que allí se les prometía. Ambas cosas son epifenómenos de un fenómeno mucho más profundo y universal.

En efecto, la emigración gallega es una parcela de una emigración española, europea y universal que ha tenido lugar desde el siglo XVI al XX sencillamente obedeciendo a una ley macroestructural planetaria, que fue la expansión de un nuevo sistema-mundo de relación económico-social configurada a través de cinco revoluciones simultáneas: la demográfica, la liberal, la agrícola, la industrial y la de los transportes. La focalización por Latinoamérica de España, en general, y de Galicia, en particular, se debió al epifenómeno microsocial constituido por las cadenas de llamada formadas por conterráneos previamente arribados a la otra orilla³². En la actualidad, la expansión del sistema capitalista mundial se ha agotado. La revolución macroestructural está en extinción. Y lo único que sigue existiendo es el canal microestructural en situación de cadena adormecida. Pero ¿hasta cuándo funcionará retroalimentando colonias gallegas en América?³³.

32. Como dice José C. Moya, "para que la emigración dejara de ser un fenómeno potencial y se convirtiera en una realidad, las cinco revoluciones macroestructurales tuvieron que encontrarse con una revolución microsocial: la diseminación de información popular. En una época sin correo aéreo, radio, televisión, teléfono, telex ni fax, la información sobre oportunidades en ultramar fue diseminada por redes primarias de millones de hombres y mujeres humildes: cartas de tíos, relatos de paisanos, cuentos de indianos etc... Los emigrantes podrían estar actuando dentro de un marco macroestructural (la expansión del sistema capitalista mundial) del que probablemente no tuvieron conciencia plena: pero en el proceso también hicieron historia" (MOYA 1987: 162).

33. De hecho, está empezando a funcionar al revés, pues hoy día lo que hay es inmigrantes latinoamericanos en España.

Ahora bien, por lo que se refiere a la parte del asunto que ahora estudiamos y según todos los indicios, una coyuntura semejante a la concluida en los años 60 de este siglo no se va a reproducir en adelante, hasta donde alcanza la vista. Sin realimentación permanente, las colonias gallegas de América desaparecerán. Pero desaparecidas tales colonias, con su propia capacidad de atracción de querencias, los gallegos mirarán a América aproximadamente con el mismo fervor con que observan hoy los romanos a sus antiguas colonias cartaginesas o macedonias. Con ninguno.

3° *Sobre la cooperación en el futuro.* Una tercera conclusión que cabe extraer se basa en la percepción de que las dos imágenes contrapuestas de la leyenda rosa/blanca y de la leyenda negra/oscura están obsoletas y deben sustituirse por una imagen más crítica, comprensiva y dinámica³⁴.

Según todos los indicios, aquí en Galicia, igual que en el resto de España, para sobrepasar la eterna oscilación entre ambas posiciones encontradas, infructíferas y privadas de porvenir, se está llegando a una *Aufhebung*, según la cual los cinco siglos se condenan y salvan históricamente a la vez. Se condenan por lo que arrastran de violencia gratuita y de etapa colonialista discriminadora. Y se salvan por la simultánea concienciación de los derechos humanos que esos mismos hechos provocaron. Se retorna así a ciertas figuras-mito representativas, encarnadas en algunos santos, beatificados y no beatificados -como el franciscano Junípero Serra-; y de algunos defensores de los hombres y los pueblos -como los dominicos Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria- (QUINTANS-SUAREZ 1990: 43).

Estos últimos son por unas y otras razones (venturosas en todo caso) muy conocidos. No me detendré en ellos. Sí en cambio me voy a permitir una brevísima detención en los santos. Ya que tanto se proclama la condición de truhanes, ladrones, sinvergüenzas etc. en los conquistadores y colonizadores, bueno será testificar que también enviaron las Españas a las Américas algunos españoles y gallegos santos. Así es que recordemos a algunos de ellos. P.e. a Santo Toribio de Mogrovejo (1538-1606)³⁵, cuyo "gran amor fueron los indios y los negros" por los que "padeció persecución y bien recia" (ECHEVERRIA 1966: 2/187). O bien a San Pedro Claver

34. Son mayoritariamente compartidas de hecho las actitudes superadoras, como la sostenida por Fernando Amenedo Vilas, rechazando simultáneamente "una versión edulcorada y triunfalista de la aventura americana", o sea, "una leyenda rosa que difumina la realidad"; y "una perspectiva meaculpista en la que renace el mito del buen salvaje enfrentado al hostil conquistador, de leyenda negra" (AMENEDO VILAS 1990: 3).

35. Leonés y estudiante en Santiago con "victor" conmemorativo en los muros de mi Facultad de Derecho.

(1580-1654), el catalán que en Cartagena de Indias pasó muchos años limpiando con sus labios las llagas de los negros leprosos, a quienes les llamaba “señores esclavos” (VALTIERRA 1966: 3/613). O bien al beato Sebastián de Aparicio. Me detengo un minuto en él, que para eso era gallego.

Sebastián Aparicio do Prado (1502-1600) nace en A Gudiña, obispado y provincia de Ourense. Hasta los 20 años se dedica a la agricultura y el pastoreo en su tierra. En 1522 coge la ruta de Sevilla y marcha, ganando por el camino el pasaje para América. En 1533, Sebastián Aparicio tiene 31 años cuando llega a Veracruz. Se va a Puebla de los Angeles que está fundándose. Amansa unos toros bravos, construye unos carros y rotura unas tierras. En nueve años convierte una *manigua* en un *valparaíso* y se enriquece. En 1542, Sebastián Aparicio lo deja todo a los indios nativos y, con unos pocos carros y algunos de ellos que le siguen, se dedica al transporte entre Puebla, Zacatecas y México. Construye por encargo de la Real Audiencia carreteras y puentes, multiplica los carros y los ganados, y se enriquece por segunda vez, haciendo ricos a cientos de indios, incluso los antropófagos chichimecas. En 1560, a los 58 años, lo vuelve a regalar todo a los nativos y retorna a la labranza en Chapultepec. De nuevo convierte la tierra brava en tierra cultivada, organizando escuelas de agricultura y campos de experimentación agrícola. Se enriquece por tercera vez y más que antes. Es multimillonario y nadie carece de nada a su alrededor. A los 64 años, en 1566, padece, a lo largo de un lustro, tres graves enfermedades sucesivas. Piensa que es hora de prepararse para morir. Regala por última vez todo lo que tiene a los indios y toma el hábito franciscano. Como no mure hasta los 98 años, el de gracia de 1600 redondo, dispone de casi treinta años más de vida, que él dedica al trabajo cotidiano bajo el sol y la lluvia... ¡y a realizar milagros a diario, especialmente curando animales o niños enfermos, como un *Poverello* redivivo!³⁶.

Es un caso. Pero es el que los gallegos de 1992 queremos recordar, como santo y seña de la nueva relación Galicia-Latinoamérica para el siglo XXI, porque hay miles más. Miles de gallegos hubo que dejaron su vida hecha girones por la mejora de la calidad de vida terrenal y por la salvación eterna de los indios americanos. Cesáreo Gil, Aureliano Pardo, Manuel Rodríguez Pazos, Lino Gómez Canedo y otros varios historiadores de

36. En su proceso de beatificación, concluido en 1789, se testificaron más de 800 de tales milagros. Su cuerpo incorrupto está todavía durmiendo plácidamente en una urna de cristal del Convento de San Francisco de Puebla Cfr. un reciente y emotivo recuerdo de este fantástico santo gallego en RIVAS-QUINTAS 1991: 19. Ver también GIL 1976: 99 ss. que aporta interesante bibliografía complementaria.

Galicia han dedicado miles de páginas a documentar el tema y ofrecen listas impresionantes de misioneros gallegos en América, muertos en olor de Santidad, aunque no hayan sido canónicamente beatificados.

¿Por qué vale la pena asumir a estos santos a ideal normativo para nuestro tiempo? Porque este símbolo encauza otra idea que se está abriendo paso en la conciencia gallega sobre América. Que consiste en que el pueblo gallego no consiente a sus gobiernos locales, autonómicos, nacionales o comunitarios que se siga despilfarrando dinero público en obras de caridad para Latinoamérica. Municipios, Diputaciones, Xunta, Gobierno y Comisión están para resolver los problemas de sus ciudadanos y de sus territorios, no de los ajenos. No es la administración civil el cauce de las obras de misericordia. Para hacer caridad existe la institución adecuada que es, por cierto, muy anterior al estado moderno: me refiero a la Iglesia Católica. Galicia admite la atención caritativa y humanitaria a través de la Iglesia y no a través del Estado. ¿No es eso una distinción formal, puesto que el dinero sale del mismo bolso? Sí es una cuestión formal. Pero que es trascendental. Porque el Estado recauda impuestos coactivamente y la Iglesia no recauda impuestos, sino que sólo ruega y recibe las limosnas que voluntariamente le prestan sus fieles.

Este punto de vista es, quizá, el aspecto más novedoso e importante que presenta la actual conciencia gallega relativa a Latinoamérica. La conciencia de que *nosotros no tenemos ninguna obligación jurídica para con los latinoamericanos, ni la deseamos contraer. Con nuestros emigrantes gallegos allí, sí.* Sobre ellos sí se pueden hacer inversiones y beneficencias civiles. Sobre nadie más, no. Ni el Estado Español, ni la Comunidad Europea han sido creados para hacer caridades con Latinoamérica. *El cauce adecuado para ejercer la caridad con la Latinoamérica subdesarrollada y tercermundista es la Iglesia Católica, porque ahí sólo invertiremos los que querramos hacerlo libremente.*

BIBLIOGRAFIA CITADA

ABUIN DE TEMPRA, A., "Sentencia contra os colonizadores xenocidas" *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.09.21, 54.

- ALCALA, X., "O dereito ao mito", *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.05.5, 42.
- ALEN-NOS, C.N., "Os indíxenas americanos diante do 92" *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.01.23, 39.
- ALVAREZ, F., "Camilo José Cela y el V Centenario" *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.09.3, 2.
- AMENEDO-VILAS, F., "Encuentro entre dos mundos" *El Ideal Gallego*, La Coruña, 1990.10.4, 3.
- AMIGO-VALLEJO, C., "Celebrar el V Centenario con proyección de futuro", *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.10.13, 31.
- CELA, C.J., "Me retiro" *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.10.13, 31.
- CELA, C.J., "A culpa de cáseque todo", *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.02.13, 4.
- DOURADO-DEIRA, M., "Paisaxe e patriotismo en Rafael Dieste", *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.10.21, 63.
- ECHEVERRIA, L., "Santo Toribio de Mogrovejo", en ECHEVERRIA/LLORCA 1966: 2/181 ss.
- ECHEVERRIA/LLORCA, L./B., *Año Cristiano*, Madrid, BAC, 1966 (4 vols).
- EIRAS-ROEL, A., "Galicia e América dende o Quinto Centenario", *Revista da Comisión Galega do Quinto Centenario*, 1 (1989) 13 ss.
- FERNANDEZ-HERRERO, B., *La utopía de América*, Universidad de Santiago de Compostela, 1988 (ms. de tesis doctoral).
- FRAGA-IRIBARNE, M., "V Centenario do Descubrimiento de América" *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.09.8, 55.
- FREIRE-ESPARIS/LOSADA-ALVAREZ, M.P./A.F., "Aproximación al estudio de la emigración en el pensamiento gallego (1880-1920)", *Revista da Comisión Galega do Quinto Centenario*, 2 (1989) 13 ss.
- FRL, "El mágico 92, etnocentrismo a la española" *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.01.29, 4. (Se trata de una carta al director firmada con esa sigla).
- GIL, C., *Santos Gallegos*, Santiago, Porto, 1976.
- GONZALEZ-PRINCIPE, C.A., "Pregunta con resposta oral de 10.10.1990" *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* 67 (1990.10.20) 1.453.
- HERNANDEZ-BORGE, J., "La crisis actual de la emigración", en JUANA/CASTRO 1987: 97 ss.
- JUANA/FERNANDEZ, J./M.A., "Población y emigración en la Galicia contemporánea", en JUANA/CASTRO 1987: 11 ss.
- JUANA/CASTRO, J./X. (Eds.), *V Jornadas de Historia de Galicia: Galicia y América: El Papel de la Emigración*, Deputación de Ourense, 1990.
- LEGAZ-LACAMBRA, L. (Ed.), *LD Aniversario del Descubrimiento de América*, Universidad de Santiago, 1943.
- LOPEZ-MARTINEZ, J., "Una de niños", *El Ideal Gallego*, La Coruña, 11.14.1990, p. 3.

- MORINIGO, M.A., *Direccionario de Americanismos*, Buenos Aires, Muchnik, 1966.
- MOYA, J.C., "Aspectos macroestructurales y microsociales de la emigración española a Argentina (1850-1930)", en JUANA/CASTRO 1987: 137 ss.
- NARANJO-OROVIO, C., "El proceso inmigratorio gallego en Cuba en el siglo XX", en JUANA/CASTRO 1987: 231 ss.
- OUIJO/BELLO, "Pregunta con resposta oral de 16.10.1990" *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* 68 (1990.10.27) 1.475 s.
- PALOMBO, G., "El Cuerpo de Voluntarios de Galicia en Buenos Aires (1806-1809)" *Revista da Comisión Galega do Quinto Centenario*, 3 (1989) 97 ss.
- QUINTANS-SUAREZ, M., "V Centenario del Descubrimiento de América" *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.01.20, 43.
- QUIÑONERO, J.P., "Cela", *ABC*, Madrid, 1990.10.9, 59.
- RIVAS-QUINTAS, E., "O Beato Sebastián de Aparicio e América" *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1991.04.8, p. 19.
- ROCA-MARTINEZ, J.L., "Emigración y literatura hispánicas", en JUANA/CASTRO 1987: 71 ss.
- RODRIGUEZ-PARDO, J.L., "Proposición non de lei sobre Creación dunha Comisión Parlamentaria para o seguimento da presenza e das actuacións da Comunidade Autónoma respecto da Celebración en 1992 do V Centenario do Descubrimiento de América" *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* 24 (1990.04.27) 348 s.
- SANTOS, F., "El Año Santo Compostelano de 1993, la Expo-92 y el V Centenario" *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1989.12.9, 3.
- TORRES/RODRIGUEZ, C., "El Miño y su profecía", *El Correo Gallego*, Santiago, 1983.02.18, p. 3.
- VALTIERRA, A., "San Pedro Claver", en ECHEVERRIA/LLORCA 1966: 3/605 ss.
- VAZQUEZ-GONZALEZ, A., "Algúns aspectos do transporte da emigración galega a América (1850-1930)", en JUANA/CASTRO 1987: 121 ss.
- VAZQUEZ-PORTOMEÑE, V.M., "Respostas de 18.02.1991 ás preguntas dos Sres. González-Príncipe e Oujo-Bello", *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* 120 (1991.03.7) 2.734 s.
- VILANOVA-RODRIGUEZ, A., *Los gallegos en la Argentina*, Buenos Aires, Eds. Galicia, 1966.
- VILAS-NOGUEIRA, J. "Licor Café" *El Correo Gallego*, Santiago, 1989.06.4, 28.
- ZUBILLAGA, C., "La migración gallega y los orígenes del sindicalismo uruguayo", en JUANA/CASTRO 1987: 191 ss.

II ESTUDIOS

1. ANALISIS DEL DERECHO

La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos*

Por NEIL MACCORMICK y ZENON BANKOWSKI.

Edimburgo

I. INTRODUCCION

Históricamente, la teoría de los actos de habla de Austin ha debido en parte su difusión a la reflexión sobre la naturaleza de los actos jurídicos. La teoría apareció en Oxford después de la guerra, en una serie de seminarios dirigidos por Austin con la colaboración de Hart. En esa época Austin desarrolló sus ideas sobre los "enunciados performativos", sobre "cuando decir es hacer" "*(how to do things words)*". Por su parte, Hart -desde la gran experiencia adquirida antes de la guerra en la práctica del Derecho Privado- dio a ver la analogía existente entre tales actos de habla y los actos formalmente jurídicos, como un testamento, una transmisión de propiedad inmobiliaria o la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. A partir de esta analogía, Hart sugirió además que los "enunciados performativos" deberían ser llamados "enunciados operativos", a la manera de lo que los juristas ingleses denominan "los términos operativos" en una notificación o acto jurídico¹.

* Este trabajo fue editado por vez primera, en versión original francesa, dentro del volumen colectivo que bajo la dirección de PAUL AMSELEK publicó Presses Universitaires de France el año 1986 con el título *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, ocupando allí las pp. 195 a 209.

1. J.L. AUSTIN, *Philosophical Papers* (Oxford, 1961), cap. 10, "Performative Utterances". *How to do Things with Words* (Oxford, 1962); H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, 1983), pp. 1-4; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (London, 1981), pp. 12-19.

Si la teoría del derecho ha contribuido así a la teoría lingüística, también se ha producido una contribución no menos importante desde la filosofía del lenguaje en la filosofía jurídica de Hart. Esta aportación concierne a la teoría hartiana de los actos jurídicos². Según éste, tales actos pueden ser realizados sólo si se admite que el sujeto ejerce un poder jurídico, como el poder de prestar una promesa unilateral, contratar, celebrar matrimonio, o incluso promulgar una ley. Pero dichos poderes presuponen reglas que los confieran. Son las reglas habilitantes (*power-conferring rules*); reglas que determinan qué es preciso para la realización del acto en cuestión en tanto que acto válido, y qué personas (o clases de personas) pueden llevarlo a cabo. El ejemplo favorito de Hart ha sido el caso extra-jurídico de la promesa moralmente obligatoria. Según su teoría, deben existir reglas sociales que determinen lo que cuenta como promesa válida. Estas reglas están, pues, necesariamente unidas a otra regla, de acuerdo a la cual existe obligación moral de cumplir las promesas. Nosotros detectamos aquí un reconocimiento de deuda hacia la teoría de los enunciados performativos de Austin, así como el desarrollo de esta última. Se aprecia igualmente la prefiguración de la teoría de John Rawls sobre las reglas "constitutivas" y "regulativas", también enriquecida con posterioridad por John Searle en su teoría de las instituciones sociales y los actos ilocutorios³.

En Hart, la distinción entre reglas que confieren poderes y reglas que imponen deberes resulta fundamental en orden a su análisis del concepto de derecho. Es, en efecto, fundamental distinguir entre las reglas que confieren los poderes y las reglas que imponen las obligaciones, incluidas las surgidas del ejercicio válido de los poderes. Ahí reside lo esencial de la distinción entre reglas primarias (las reglas de obligación) y reglas secundarias (incluyendo las reglas habilitantes). A este respecto, conviene recordar que la teoría jurídica de Hart se presenta como una teoría del derecho contemplada en tanto que "unión de reglas primarias y secundarias"⁴.

Esta teoría de la estructura del sistema jurídico no se halla sin embargo por completo exenta de dificultades y problemas, bien que es posible reconstruirla evitando la incoherencia interna, y mostrarla en su capacidad explicativa de sistemas jurídicos reales⁵. Con todo, no será aquí donde profundicemos.

2. H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Oxford, 1961), cap. 5: cfr. MACCORMICK, *Hart*, pp. 25-26, 92-120.

3. AUSTIN, *op. cit.*; J. RAWLS, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, 64 (1955), pp. 3-32; J. SEARLE, *Speech Acts* (Cambridge, 1969), pp. 33-42.

4. HART, *Concept of Law* caps. 5-6.

5. MACCORMICK, *Hart*, caps. 9-10.

Más importantes resultan hoy algunas de sus consecuencias. La más notable y llamativa consiste en su radical incompatibilidad con el voluntarismo ambiental en lo que hace a la naturaleza de las leyes, de las reglas y de las normas. Ya hemos subrayado la idea esencial según la cual todo acto jurídico válido, todo ejercicio de poderes legales, presupone una cierta regla que es constitutiva del *acto* como *acto jurídico*, o bien que confiere poderes de ejercicio para la realización del acto en cuestión. Si esto es así, de ello se desprende necesariamente que no todas las reglas pueden en sí mismas ser creadas por actos de "creación regulativa" (rule-creating acts), es decir, por actos de habla o actos de voluntad destinados a crear reglas. Según la teoría hartiana, un acto puede ser creador de reglas solamente si una determinada regla le confiere un poder de "creación regulativa" (*rule-creating power*): para evitar un inaceptable *regressus ad infinitum*, deberemos entonces admitir que las reglas que confieren el poder de "creación regulativa" (*rule-creating power*), no son todas, en sí mismas, reglas creadas.

Además, un acto no es jurídico sino a condición necesaria de tener en cuenta el nuevo estado de cosas jurídicas originado por su realización; la misma conclusión, por consiguiente, cabe aplicar aquí: no todas las reglas normativas pueden ser explicadas en términos de enunciados performativos o de actos jurídicos. Porque es evidente que todo enunciado performativo o todo acto jurídico presupone una regla preexistente según la cual se debe tomar en consideración el estado jurídico de cosas por él originado. En consecuencia, al menos algunas de las reglas normativas han de contemplarse como poseyendo una prioridad lógica frente a cualquier enunciado performativo o cualquier acto de habla. Puesto que las reglas normativas constituyen la especie más importante del género "norma", se desprende igualmente que no todas las normas pueden explicarse en términos de actos jurídicos. Sucede más bien exactamente lo contrario: las normas han de ser explicadas independientemente de los actos de habla, ya que éstos las precisan para su explicación.

Esta presunción lógicamente necesaria de normas no dispuestas como (lógicamente) anteriores a los actos de habla y a los actos jurídicos conduce a la teoría kelseniana de la norma fundamental presupuesta, pero no planteada, en la conciencia jurídica. Es verdad que Kelsen confirió una importancia excesiva a la "significación subjetiva" de los actos de la voluntad como determinantes de su cualidad normativa. Esto le condujo a una conclusión insatisfactoria e insostenible: la norma fundamental es la significación de un acto de voluntad ficticio⁶.

6. H. KELSEN, *La théorie pure du droit* (París, 1962), cap. 1.

Cuando contemplamos el paralelismo entre los actos de habla y los actos jurídicos, el error de la teoría kelseniana como principio de validación última de los actos jurídicos se hace evidente. Porque, sin lugar a dudas, está claro que las normas o reglas convencionales (o consuetudinarias) son las condiciones mismas de la posibilidad del lenguaje, ya sea a nivel pragmático o semántico. Son las costumbres y usos de las comunidades lingüísticas las que hacen posible la mutua inteligibilidad de nuestros enunciados. Estas costumbres o usos permiten que algunos de esos enunciados sean inteligibles, por ejemplo, como promesas; e igualmente, esas costumbres o usos autorizan a afirmar que una persona ha hecho una promesa que debe ser mantenida. Parece evidente que las normas consuetudinarias del lenguaje -las convenciones lingüísticas- constituyen el trasfondo de nuestros actos de habla. Del mismo modo sucede en el derecho. Detrás de una ley formalmente promulgada se encuentra siempre alguna base consuetudinaria o, al menos, alguna razón no positiva según la cual debemos adecuarnos a las normas dispuestas, es decir, creadas por actos de habla legalmente reglados cuales son los actos jurídicos.

En contra de Kelsen, estas consideraciones hacen más creíble la teoría de Hart sobre la "regla de reconocimiento" como regla consuetudinaria y fundamental del sistema jurídico⁷. Sucede igual para la teoría de Friedrich Lachmayer acerca del *präkonstitutionelles Gewohnheitsrecht*⁸. Pero de todas formas debe evitarse el error de considerar que las normas pueden ser íntegramente explicables en términos de actos de habla creadores de normas (*norm-creating acts*).

En realidad, aunque efectivamente existen actos de habla creadores de normas (*norm-creating speech-acts*), las normas creadas mediante ese proceso (por ejemplo, la legislación, las órdenes, los testamentos, los estatutos de sociedades), son todas normas derivadas. Los actos de habla en sí mismos presuponen normas "superiores". Ahora bien, entre esas normas superiores, no todas poseen la naturaleza de normas derivadas. Algunas de ellas deben ser no derivadas. Así pues, una teoría adecuada de las normas resulta anterior (lógicamente) a toda adecuada concepción de los actos de habla o actos jurídicos.

Una tal conclusión parece poder traerse rigurosamente de la teoría clásica de los actos de habla de Austin y de sus sucesores, como John Searle. Sin embargo, esta argumentación es errónea: el error está en suponer que todos

7. HART, *Concept*, cap. 6.

8. F. LACHMAYER, "Präkonstitutionelles Gewohnheitsrecht", *Juristische Blätter*, 99 (1977), pp. 411-415.

los actos de habla se definen a partir de reglas (*rule-defined*), o derivan de normas. Por lo tanto, como vamos a demostrar (inspirados en parte en los trabajos de Grice)⁹, determinados actos de habla no resultan de ese modo. Entre ellos, algunos casos de aserciones, de promesas y de órdenes. Llamamos a este tipo de actos de habla "actos informales". Nos ocuparemos de estudiarlos en la siguiente sección de este trabajo.

II. ACTOS INFORMALES

Como hemos dicho, no hay que creer que todos los actos de habla están ligados a normas o que derivan de normas de igual manera que aquellos, altamente formalizados, que llamamos actos jurídicos. En esta segunda sección examinaremos brevemente los actos de habla informales oponiéndolos a los actos de habla formales y a los actos jurídicos. Resumiremos una investigación publicada con anterioridad por uno de nosotros (MacCormick) en tres trabajos¹⁰.

Analíticamente, el tipo más simple de acto humano comprende algún movimiento corporal, acompañado de una determinada intención. Parece plausible suponer que al menos ciertos actos de habla implican una combinación entre el enunciado de sonidos y una intención concerniente al sentido de esos sonidos. Un grito de advertencia inarticulado puede ser dirigido por una persona a otra. El ruido ha sido emitido con la intención de advertir. Puede que lo entienda y comprenda como su autor lo comprendió, y el destinatario se salve de un peligro inminente. Esto tiene lugar más verosimilmente cuando el destinatario comprende que el sonido ha sido emitido con la intención de ser reconocido en su finalidad de advertencia.

Ciertamente, no existe lenguaje que sea tan simple como el caso de un sonido inarticulado. En cada lenguaje están implicadas convenciones lingüísticas complejas, al menos en el nivel semántico. Además, los tipos de

9. Cfr. H. PAUL GRICE, "Meaning", *Philosophical Review*, 68 (1957), p. 67; P.F. STRAWSON, "Intention and Convention in Speech Acts", *Philosophical Review*, 73 (1964), pp.439-460.

10. N. MACCORMICK, "Legal Obligation and the Imperative Fallacy", *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series (ed. A.W.V. Simpson, Oxford, 1973), pp. 100-130; "Voluntary Obligations and Normative Powers", *Aristotelian Society Supplementary Volume* 46 (1972), pp. 59-78, y, más recientemente, "Voluntary Obligations", en N. MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy* (Oxford, 1982), cap. 8, y "What is Wrong with Deceit", *Sydney Law Review*, 10 (1983), pp. 7-19. (De *Legal Right and Social Democracy* existe trad. castellana, *Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, por M^a D. González Soler, Madrid, 1990. N. del T.).

intenciones que se manifiestan al hablar son bastante más complejos que en la advertencia inarticulada, porque es preciso que se tenga la intención de que el destinatario reconozca las palabras emitidas como habiendo sido pronunciadas en un sentido más o menos determinado. Cuando afirmo algo, no revelo solamente mi intención de que otro tome por verdadera la propuesta que acabo de enunciar: revelo voluntariamente por una parte, mi intención de que el otro tome mis palabras por verdaderas y, por otra parte, mi intención de llevarle a encontrar en mi manera de expresarme una razón para creer esa verdad. De igual modo, cuando hago una promesa, no sólo revelo mi intención de cumplir el acto prometido, sino que expresamente desvelo también la intención de que el otro tome mis palabras como palabras en las que quiero que tenga fe. En fin, cuando le ordeno hacer algo no sólo quiero que lo haga, sino que al propio tiempo expreso la intención de que comprenda mi enunciado como constitutivo de una razón para obedecer.

Incluso si estas precisiones resultan muy concisas, una cosa es clara. Las intenciones, a pesar de su complejidad, son completamente independientes de toda presunción concerniente a reglas normativas o a reglas que confieren poderes. En estos casos, mi intención ilocutoria consiste en una intención con la que el destinatario comprenda que intento realizar un efecto perlocutorio. Puesto que un efecto tal no presupone regla alguna, el acto ilocutorio es esencialmente informal.

Si sé cómo enunciar una propuesta indicativa en el lenguaje natural, y si la dirijo a otros con la intención requerida, afirmo esa propuesta en dirección a esas personas. Aquí no existe ninguna posibilidad de hacer una distinción entre las afirmaciones formalmente válidas y las formales inválidas. Ya triunfe o fracase en mi aserción de algo, ninguna cuestión de validez se planteará aquí. De la misma manera, consiga transmitir la intención de que el otro debe fundar sus actos en expectativa firme respecto de los míos, o no lo logre, satisfaré o incumpliré mi promesa. Ya sea que logre apelar a su obediencia mediante una indicación clara de mi intención, o que fracase, ordenaré o no ordenaré. No es necesario invocar aquí regla alguna que otorgue capacidad para realizar una promesa, o la autoridad para dar órdenes. En los casos más simples, la confianza o la obediencia intencionalmente producidas son más que suficientes.

Cada vez que es posible precisar la naturaleza de un acto del lenguaje por referencia al solo enunciado de palabras (siguiendo las convenciones semánticas que determinan el sentido de las palabras), y por referencia a las intenciones complejas reveladas por el enunciado, estamos ante un acto de habla que puede ser llamado acto de habla informal. Como hemos señalado, la intención expresa concierne un efecto perlocutorio.

Tales actos no implican habitualmente el uso de formas explícitamente performativas, y recaen por lo normal sobre frases simples como estás:

“El tren llega con quince minutos de retraso” (aserción).

“Te llevaré con tiempo para coger el tren de las 2” (promesa).

“No pierdas el tren de las 2” (orden).

De todas formas, ya que la intención es esencial para la naturaleza de los actos puede ser útil declarar abiertamente la intención en cada caso apropiada:

“Te aseguro que el tren llega con quince minutos de retraso”.

“Te prometo llevarte con tiempo para coger el tren de las 2”.

“Te ordeno que te asegures de llegar a tiempo para coger el tren de las 2”.

En cada uno de estos tres ejemplos hay aspectos normativos que surgen del mismo acto en cuestión. En las aserciones y salvo casos excepcionales, no se debe engañar al prójimo -la mentira es mala, deshonrosa y, en situaciones graves, viciosa. Así mismo, salvo en casos excepcionales, no se deben incumplir las promesas; faltar a la promesa es malo, deshonroso y en los casos graves, vicioso. Estas consideraciones normativas son *naturales*, no puramente convencionales, aunque se puede esperar que también lo sean en cada comunidad humana. Incluso independientemente de estas convenciones, existen razones por las cuales el engaño y la falta a lo prometido son malos. Pero lo que hace malo al engaño y a faltar a las promesas no se confunde con lo que hace posible la afirmación o la promesa.

Evidentemente, si la mentira y la infidelidad a lo prometido se hacen habituales, las afirmaciones serias y las promesas firmes podrían resultar imposibles simplemente porque nadie las tomaría en serio. Esto no prueba ni implica que la idea de querer seriamente hacer pasar un enunciado como una afirmación o una promesa presuponga un “poder normativo” emanado de o asociado a normas que prescriban decir la verdad o mantener las promesas. También, en el caso de la orden, existen razones naturales para no dar órdenes salvo cuando existan buenas razones para obedecerlas, provengan del poder coercitivo, de las relaciones familiares, de una situación particularmente urgente, etc. En el caso más simple, estas razones no se deducen de una *competencia* normativa, convencionalmente establecida, sino simplemente de razones de prudencia y de conveniencia.

En los tres casos, las implicaciones normativas de una aserción, de una promesa o de una orden son tales que puede ser importante remarcar, con claridad absoluta, la intención que preside el enunciado dado por una persona. Cuando esto sucede, la fórmula explícita se revaloriza: “Te prometo coger el tren”, “Te aseguro que el tren trae retraso”. Es una manera convencional de manifestar la intención de modo que no pueda ser posteriormente negada, al menos en los casos normales. Así, se nos podrá tener por nuestras propias aserciones, promesas y órdenes.

En casos importantes, bien puede ocurrir que alguien haya afirmado, prometido u ordenado sin haberlo hecho explícitamente. Nada será considerado entonces como afirmación, promesa u orden en ausencia de un enunciado formalmente performativo. En ese supuesto se requiere un procedimiento especial. Sólo cuando se ha utilizado la fórmula apropiada se dará la afirmación, promesa u orden correspondiente. Llegamos así a una condición de validez: sin el empleo de un procedimiento performativo especial, no hay afirmación, promesa u orden válida. Por consiguiente, ninguna acción especial se enfrentaría a una afirmación falsa o a una promesa rota no válida. o para el caso de una orden no válida o de desobediencia no válida a una orden válidamente dada. Sin un acto válido el mal correspondiente en realidad no tiene lugar.

Es así que, en contextos especiales y destinados a finalidades específicas ciertos actos que podrían ser considerados como puramente informales se convierten en actos formales. Por lo demás, se pueden introducir cualificaciones suplementarias: exigencias relativas a las cualificaciones que deben poseer las personas antes de ser juzgadas aptas para realizar el acto en cuestión, exigencias suplementarias en orden al acto mismo y a las formalidades procesales necesarias, exigencias respecto a las circunstancias requeridas así como a los vicios y condiciones de anulación. En este sentido, se comprende ahora que hay exigencias formales para un acto formal. Existen reglas que dictan lo que hay que hacer, y cómo hacerlo para formular una afirmación formal, una promesa solemne o una orden oficial. Para realizar el acto válidamente se las debe observar. Tenemos aquí lo que puede ser considerado, en sentido propio, como “norma de competencia”, o “regla habilitante” (*power-conferring rule*). Sólo cuando se ha adquirido la validez necesaria se aplicarán las consecuencias contempladas en cada caso. Esta es la razón de la importancia de los procedimientos especiales y de otras condiciones particulares.

Es de esta manera como los actos informales tendrían la posibilidad de convertirse en formales, es decir, de ser definidos en términos de conformidad con “reglas constitutivas” o “secundarias” especiales, o “reglas que confieren poderes” (*power-conferring rules*), cualquiera sea la denominación

que se elija. Pero ya que *puede* haber (y hay) algunos actos informales, está claro que no todos los actos de habla presuponen normas constitutivas. Sobre esta base, parece posible dar cuenta de normas que se muestren derivando, en la forma más simple, del tiempo más simple de acto de habla informal. En el fondo, es casi exactamente lo que intentaron hacer en los siglos XVIII y XIX los partidarios de la teoría imperativista del derecho, tales Jeremy Bentham y el jurista John Austin¹¹. Pero esta visión es también falsa. Conduce a lo que uno de nosotros (MacCormick) ha llamado "el horror imperativista": no se puede derivar un "deber ser" ("ought") de un imperativo ("shall"), sino de un indicativo ("is")¹². Como ya vimos en nuestra anterior sección, el punto crucial de toda esta argumentación relativa a la formalización de los actos informales consiste en observar que existen razones normativas, ya sean naturales, ya sean naturales y convencionales a tener presentes respecto del estado de cosas originado por el cumplimiento de tales actos. Estas razones no pueden derivar por igual para actos informales que para actos formales. En consecuencia, aunque la teoría clásica pueda equivocarse al considerar que todos los actos de habla se explican en términos de normas situadas en un nivel superior, no se equivoca sin embargo al intuir que estas normas, en última instancia, no son explicables como actos de habla.

III. ACTOS INFORMALES Y FORMALES: UN EJEMPLO

Podemos dudar aún de la existencia de una diferencia real entre los actos informales y los formales tal como arriba se ha indicado. Para ilustrar y clarificar nuestra teoría, y con la esperanza de disipar esa duda, daremos en esta sección dos ejemplos contrastados: por un lado, el acto de decir o de afirmar que un determinado individuo es culpable de homicidio, y, por otro, el acto de pronunciar un veredicto de culpabilidad por homicidio a resultas de un proceso penal.

Observemos los siguientes puntos: puedo decir que Macbeth es culpable de cierto homicidio sin tomar posición oficial; puede decirlo utilizando la fórmula que prefiera y hacerlo en el momento que me apetezca; ninguna fórmula, ningún procedimiento de enunciación se exige en particular.

Moralmente hablando, está claro, no debería decir tal cosa sin una fuerte evidencia en ese sentido y sin que ella me haga creer sinceramente que es

11. J. BENTHAM, *Of Laws in General* (ed. J. Burns y H.J.L.A. Hart, London, 1970), cap. I; J. AUSTIN, *Lectures in Jurisprudence*, (ed. R. Campbell, London, 1885), caps. 1, 2, 6.

12. MACCORMICK, "Legal Obligation and the Imperative Fallacy", *cit.*

la verdad. En el plano legal, sería altamente no razonable afirmarlo sin poseer una evidencia imperiosa en que apoyarlo; porque de otra manera tendría que pagar a Macbeth daños y perjuicios muy elevados. Pero al margen de esta posibilidad de difamación, el derecho no tiene en cuenta mis palabras.

Por el contrario, el pronunciamiento de un veredicto de culpabilidad por homicidio al final de un proceso penal es del todo diferente. Sólo una persona especialmente designada para ser jurado y a continuación elegida como presidente por el resto de los miembros de aquél, se encuentra en posición de decir que alguien es culpable *produciendo así como efecto un veredicto*; la forma de las palabras está precisada por (al menos) la costumbre y el uso, y las palabras se pronuncian en un diálogo estandarizado entre el magistrado y el presidente del jurado; el contexto debe ser el de una etapa particular de un concreto procedimiento y altamente formalizado; es decir, el de un procedimiento penal. El veredicto ha de ser únicamente pronunciado frente a una persona formalmente acusada, después de que ésta haya obtenido un proceso justo y de que el jurado haya sido debidamente informado por el magistrado de la ley aplicable en ese caso.

Desde luego, ya que se dice lo mismo que en el supuesto informal (y a pesar de las dudas que a veces pudieran surgir, se dice exactamente lo mismo, "culpable"), de ello se deriva que no debería moralmente declararse la culpabilidad careciendo de una evidencia particularmente fuerte en su apoyo y sin creer en esa culpabilidad. Pero esto no es todo. Porque este acto formalmente definido, está definido formalmente precisamente por causa del efecto jurídico que conlleva: decir "culpable" en esas circunstancias es *condenar* a Macbeth. A partir de ese momento aquél será condenado por homicidio, y la sentencia a dictar no otra que la que legalmente el juez ha de dictar contra alguien condenado por homicidio. Todo esto es ciertamente así porque dar un veredicto constituye lo que uno de nosotros (Bankowski) ha llamado un "procedimiento de testimonio de verdad" (*truth certifying procedure*)¹³. Lo que es afirmado como verdadero por este procedimiento legal es tomado por una verdad establecida en todas las vías jurídicas ulteriores salvo (y hasta) recurrir en apelación.

Todos los aspectos de formalización del pronunciamiento de "culpable" (o "no culpable") discurren y dependen del régimen normativo planteado por el derecho penal. Siendo un procedimiento destinado a tener efectos jurídicos extremadamente importantes es un procedimiento cuidadosamente

13. Z. BANKOWSKI, "The Value of Truth: Fact Scepticism Revisited", *Legal Studies*, 1 (1981), pp. 257-278.

reglamentado por el derecho. Este tipo de acto de habla altamente formalizado es lo que constituye, al mismo tiempo, un acto jurídico en sentido clásico.

Esperamos que la comparación de contraste entre estos dos ejemplos sirva para magnificar la diferencia entre los actos informales y los actos formales. Ayudará también para recordar que los actos jurídicos pertenecen a la clase de actos formales. En nuestra última sección vamos a acercar estos análisis a la teoría de las instituciones legales.

IV. ACTOS FORMALES E INSTITUCIONES JURIDICAS

En la sección anterior hemos aludido al hecho de que los actos de habla formalizados requieren ser explicados en términos de respuestas a preguntas del siguiente tipo:

I. ¿Qué cualificación debe poseer una persona para poder realizar este acto?

II. ¿Cuál es la naturaleza del acto a realizar?

III. ¿Con qué intención tiene que realizarse?

IV. ¿Qué procedimientos especiales deben llevarse a cabo a fin de realizarlo válidamente?

V. ¿En qué circunstancias debe realizarse para ser válido?

VI. ¿Cuáles son las condiciones de irregularidad cuya presencia invalidaría un acto, por otro acto válido, o lo volvería susceptible de ulterior rechazo?

En todos los casos en los que los actos de habla se han formalizado deberá atenderse a la existencia de reglas, o al menos de convenciones, teniendo incluso que responder a preguntas de ese tipo; ellas plantean lo que J.L. Austin llamaba "las condiciones de triunfo" ("*felicity conditions*") de cada acto de habla¹⁴. Aunque a los juristas les sea fácil reconocer cómo se aplican estas condiciones en el marco del derecho, donde los actos de habla son al mismo tiempo actos jurídicos, se debe hacer notar que el derecho

14. J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, cit., pp. 14-15.

positivo (derecho del Estado) no es el único que admite tal formalismo. Las reglas de muchos juegos, las leyes y rituales de diferentes formas de religiones organizadas, las prácticas del mercado y de la Bolsa, las ceremonias de botadura de barcos y sin duda muchas más aún, constituyen casos no menos evidentes.

En todos los casos, ya sean o no legales, aparece cierto resultado estandar habitualmente observado cualquiera sean los fines subsiguientes que el agente pueda tener a la vista. Dicho de otro modo, el agente tiende a producir cierto efecto estandarizado de su acto: que tal persona sea ordenada sacerdote, que tal jugada sea adjudicada a tal jugador (o el juego, set y match), que tal barco sea llamado a partir de ese momento *Francia*, etc. Las consecuencias normativas de este tipo son intrínsecas al acto mismo. También, cuando una persona hace testamento legalmente válido, una consecuencia directa y normalmente contemplada, que sus herederos y ejecutores testamentarios estén jurídicamente obligados a repartir su patrimonio siguiendo sus instrucciones.

En los actos formales, al lado de las reglas o convenciones que determinan lo que cuenta como realización válida y apropiada del acto, existen también reglas convencionales que determinan sus consecuencias normativas directas. Y la intención estandarizada del agente es siempre provocar las mismas consecuencias, cualquiera sean los objetivos subsiguientes. Esta consideración concierne particularmente al derecho positivo, donde el objetivo mismo de la realización de un acto jurídico es provocar un cambio importante en el estado de cosas jurídico, llevar a la existencia nuevas consecuencias jurídicas, como las que acompañan a la conclusión de un contrato válido o a la confección de un testamento válido.

Se encuentran, desde luego, diferencias notables en derecho, como las que existen entre los actos que surgen del ámbito del derecho público y los de relevancia en el derecho privado. La diferencia fundamental procede en consideración al ulterior objetivo para el cual se estima legítimo actuar. En todos los deseos personales orientados ya sea para el propio bien, ya sea para el bien del prójimo al que vaya a favorecer, nos encontramos en presencia de un acto privado. En el caso de que una persona se vea requerida a actuar en bien de la comunidad o de una parte de ella, sin intervención de amistad u otra relación personal, el poder de actuar es un poder público.

Estas diferencias se ven fielmente reflejadas en las condiciones de realización del acto. En el supuesto de actos que proceden del derecho privado, la capacidad de actuar depende de factores como la edad, sexo, situación matrimonial, etc., o reposa en una autorización dada en atención

a un interés privado; es una cuestión de ley determinar quién puede hacer qué. En el supuesto de actos públicos, la *competencia* para realizarlos no depende sólo o necesariamente de las condiciones legislativas sino más bien de la nominación o elección en un puesto o posición oficial. Otra diferencia consiste en que los actos públicos pueden normalmente tener en cuenta el acuerdo o consentimiento de la persona afectada. Por el contrario, los actos privados normalmente no producen efectos más que en virtud del acuerdo de las respectivas partes, salvo en el caso de relaciones específicas tales como las de padres e hijos.

Se dice comunmente, y es bien sabido, que los actos formalizados y las prácticas que los rodean equivalen a instituciones, ya sean instituciones sociales y morales (como la promesa), religiosas (como los sacramentos), o jurídicas (como los contratos, testamentos, matrimonios, o constitución de sociedades de responsabilidad limitada, e igualmente en la esfera del derecho público las decisiones administrativas o los procedimientos contencioso-administrativos). Una verdadera teoría de los actos de habla formales en tanto que actos jurídicos parte, en consecuencia, de la teoría de las instituciones jurídicas. Uno de nosotros (MacCormick) ha presentado una teoría de las instituciones jurídicas que es, de hecho, el fundamento teórico de la postura adoptada en este estudio¹⁵. Según esta teoría, cada institución jurídica debería ser conceptualizada en términos de una tríada de reglas entre sí relacionadas:

1. Deben existir reglas constitutivas en las que se establezca qué persona, con qué calificación, por qué acto y con qué intenciones puede, siguiendo qué procedimiento, requeridas qué circunstancias y en ausencia de qué condiciones de regularidad, instruir una institución determinada (es decir, celebrar un contrato, contraer matrimonio o hacer testamento).

2. Deben existir reglas consecuenciales, estableciendo cuáles son los efectos de un contrato, de un matrimonio o de un testamento válidos. Precisarán las cosas que deben ser hechas y quién está autorizado a hacerlas, debe o puede hacerlas, dada la existencia de un caso concreto de institución.

3. Por último, tiene que haber reglas extintivas que pongan fin al contrato, matrimonio o sucesión.

15. N. MACCORMICK, "Law as Institutional Fact", *Law Quarterly Review*, 90 (1974), pp. 102-129; N. MACCORMICK - O. WEINBERGER; *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus* (Berlín, 1985). (De esta última existe edición holandesa en inglés *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986. (También versión italiana, a cargo de M. LA TORRE, *Il Diritto come Istituzione*, Milano, 1990. N. del T.).

Esta teoría clarifica varias cuestiones. En primer lugar, permite conocer la existencia de entes jurídicos altamente abstractos. En segundo lugar, muestra como están estructurados nuestros conceptos jurídicos y -por ello- nuestra actividad jurídica. Las reglas constitutivas suministran las condiciones de validez de las instituciones. Como tales, guían nuestras acciones, indican lo que debemos ser y hacer a fin de celebrar un contrato, y las irregularidades que debemos evitar. ¿Qué debemos ser y hacer para tomar una decisión administrativa?, ¿qué irregularidades debemos evitar? Esta guía, desde luego, no es sino hipotética; indica lo que hay que hacer si *deseamos* celebrar un contrato o tomar una decisión administrativa. Pero tendremos razones para desearlo únicamente si las tenemos para desear que las reglas consecuenciales correspondientes intervengan en la operación, de suerte que así nos deberemos mutuamente prestaciones contractuales o la construcción de un hospital deberá legalmente llevarse a efecto en un determinado lugar. Estos deseos serán razonables si tenemos motivos inmediatos, no legales, para querer que aquellas prestaciones o ese hospital existan.

Por otra parte, al presentar los criterios para la validez de las instituciones, las reglas constitutivas suministran las posibles bases de impugnación de los efectos de ciertos pretendidos contratos, testamentos o decisiones administrativas. Por ejemplo, en derecho privado, no reconocemos status o capacidad para contratar o testar cuando se trata de un menor de edad; o en derecho público, no reconocemos competencia a un administrador en caso de exceso de poder (acto *ultra vires*) o cuando su interés personal lo descalifica; o bien cuando un acto se realiza erróneamente, v. gr. la aceptación no se produce en los mismos términos que la oferta, en cuyo caso ninguna "decisión" como tal se habrá tomado; o bien en el supuesto de vicios de procedimiento respecto a la forma (por ejemplo, defecto de debate contradictorio), o de vicios en la intención -como el error en derecho privado o la desviación de poder en el público, así como el contrato referido a un bien inexistente; o bien ante la omisión de una formalidad sustancial en la decisión de una jurisdicción administrativa; o también cuando se descubre alguno de los factores que enervan el acto en que aparece (conclusión del contrato bajo coacción, inserción de una cláusula que sobrepase lo susceptible de ser estipulado en virtud del derecho público aplicable al caso, etc.).

Incluso en este breve resumen, y sin otra pretensión que la de ofrecer algunos ejemplos extraídos del derecho público y privado, es posible advertir la fuerza explicativa y analítica general de la teoría. Esta se inscribe en el cuadro de la moderna y clásica de los actos de habla en materia jurídica, si bien a nuestro juicio la supera en varios aspectos esclarecedores, y así precisamente ayuda a revelar mejor la profunda pertinencia en lo jurídico que aquélla posee. Además, en tanto que teoría de la estructura de la

actividad jurídica, promete abrir nuevos horizontes respecto a la estructura de los sistemas jurídicos.

Para terminar, debemos confesar avergonzados nuestra ignorancia de la mayoría de los trabajos recientemente publicados por investigadores franceses en el campo de la lingüística. Sin embargo, no hace mucho que vimos reforzadas nuestras convicciones al encontrar esbozada en los escritos del profesor Bernard Jackson una interesante analogía entre la semiótica de Greimas y la obra de MacCormick¹⁶, que aquí hemos aprovechado. Con todo, aún más importante resulta otra analogía con la teoría francesa: nos referimos a la exposición publicada once años atrás por Christophe Grzegorzcyk en los *Archives de Philosophie du Droit*^{**}. Particularmente en lo que concierne a la cuestión de los veredictos y los enunciados veredictivos, no hemos hecho otra cosa que retrazar las líneas de la teoría de nuestro colega. Si nos equivocamos, al menos podremos decir que lo hicimos en la mejor compañía.

(Traducción de JOSÉ CALVO GONZÁLEZ)

ADDENDA BIBLIOGRAFICA. (Nota del Traductor)

Reuno aquí textos, artículos y algunas recensiones y notas críticas a mi juicio útilmente relacionados con la temática de la que MacCormick y Bankowski se han ocupado en su trabajo. En este sentido, sin pretender ser exhaustivos, ofrecemos un panorama orientativo lo bastante completo como facilitar y animar ulteriores análisis de detalle.

ALSTON, W.P.: Recensión a *Speech Acts: An Essay in Philosophical Language*, de J.R. Searle, en *The Philosophical Quarterly*, 20, 79, 1970, pp. 172-179.

AMSELEK, P.: "Philosophie du droit et théorie des actes de langage"? en *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, P. Amselek (ed.), Presses Universitaires de France, 1986, pp. 109-164, igualmente en versión inglesa, por Z. Bankowski y A. Bankowska, "Philosophy of Law and Theory of Speech Acts", en *Ratio Juris*, 1, 3, 1988, pp. 187-223.

16. N.del T. Vid. *Semiotics and Legal Theory* (London, 1985), cap. 7.

** N. del T. Vid. G. GRZEGORCZYK, "Le role performatif dans le langage du Droit", *Archives de Philosophie du Droit*, 19 (1974), pp. 229-241.

- ANSCOMBE, G. E. M.: *Intention*, Basil Blackwell, Oxford, 1957, 2ª ed. 1963 (1979 última reimp.) Trad. castellana de A. I. Stellino, con introd. de J. Mosterín. Paidós - I.C.E - Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, Buenos Aires, México, 1991.
- AUSTIN, J. L.: *Philosophical Papers*, Oxford University Press, 1961, 2ª ed. 1970. Hay versión castellana de "Emisiones realizadoras" en *Revista de Occidente*, 1975 y recientemente trad. de A. García Suárez en *La búsqueda del significado*, L. Ml. Valdés Villanueva (ed.), Tecnos, Madrid, 1990, pp. 415-430.
- : *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, 2ª ed. a cargo de J. O. Urmson & M. Sbisà, The Clarendon Press, Oxford, 1975. Trad. francesa de G. Lane, *Quand dire, d'est faire*, Seuil, Paris, 1970. Trad. castellana de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Buenos Aires, 1ª ed. 1971, 2ª 1982.
- AZZONI, G. P. M.: "Condizioni constitutive", en *RIFD*, 1986, pp. 160-195.
- BANOKOWSKI, Z.: "Institutional Legal Positivism?", en *Rechtstheorie*, 20, 1989, pp. 289-302.
- BOURDIEU, P.: *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, Paris, 1987.
- BOUVERESSE, *La force de la règle*, Minuit, Paris, 1987.
- CARCATERRA, G.: *La forza costitutiva delle norme*, Bluzoni, Roma, 1979.
- CARDONA, C. R.: *Atti linguistici. Un saggio de filosofia del linguaggio*, Boringhieri, Torino, 1976.
- CLARK, M.: "Descriptions and Speech Acts", en *Journal Philosophy*, 68, 13, 1971, pp. 400-405.
- CONTE, A. G.: "Materiali per una tipologia delle regole", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 15, 1985, pp. 345-368.
- DE KERCHOVE, M. V.: "La Théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation", en *Théorie des Actes de langage...*, cit., pp. 211-248.
- DUCROT, O.: *Dire et ne pas dire. Principes de sémantique linguistique*, Hermann, Paris, 1980.
- EDGEWORTH, B.: "Legal Positivism and the Philosophy of Language", en *Legal Studies*, 6, 1979, pp. 115-139.
- GEACH, P. T.: "Ascriptivism", en *The Philosophical Review*, 69, 1960, pp. 221-225.
- GELLNER, E.: *Words and Things*, Penguin Books, London, 1968, 2ª ed. Routledge & Kegan Paul, London, 1980.
- GOODRICH, P.: "The Role of Linguistics in Legal Analysis", en *Modern Law Review*, 47, 1984, pp. 523-534.
- : *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, MacMillan, London, 1987.
- GUASTINI, R.: *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982.

- : "Cognitivismo ludico e regole costitutive", en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, U. Scarpelli (ed.), Comunità, Milano, 1983, pp. 153-176.
- : "Teoria delle regole costitutive", en *RIFD*, 1983, pp. 548-564.
- : *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985.
- GRICE, P.: "Utterer's Meaning, Sentence-Meaning and Word-Meaning", en *Foundations of Language*, 4, 1968, reedit. en J. R. Searle, *The Philosophy of Language*, Oxford University Press, 1971, pp. 54-70.
- : "Utterer's Meaning and Intention", en *Philosophical Quarterly*, 78, 1969, pp. 147-177. Existe trad. castellana de J. José Acero, "Las intenciones y el significado del hablante", en *La búsqueda del significado*, cit., pp. 481-510.
- GRZEGORCZYK, Ch.: "Le role performatif dans le langage du Droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, 19, 1979, pp. 229-241.
- : "L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique", en *Théorie des Actes de Langage...*, cit., pp. 165-194.
- HARE, R. M.: *The language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952. Trad. castellana de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *El lenguaje de la Moral*, Universidad Autónoma de México, 1975.
- : "Meaning and Speech Acts", en *Philosophical Review*, 74, 1970, pp. 3-24. También en *Practical Inferences*, MacMillan, 1971, pp. 74-93.
- : "Austin's Distinction Between Locutionary and Illocutionary Acts", en *Practical Inferences*, cit., pp. 100-114.
- HART, H. L. A.: "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, XLIX, 1948-49, pp. 171-194.
- : *The Concept of Law*, The Clarendon Press, Oxford, 1961. Trad. castellana de G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- (S.-P.) HIERRO, J.: *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Tecnos, Madrid, 1970.
- HINTIKKA, J.: "Cogito, ergo sum: inference or performance?", en *Philosophical Review*, 71, 1962, pp. 3-32.
- HOLDCRAFT, D.: *Words and Deeds. Problems in a Theory of Speech Acts*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
- JACKSON, B. S.: *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kegan Paul, London, 1985.
- : *Law, Fact and Narrative coherence*, Deborah Charles Publication, Merseyside, 1988.
- : "Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire: points de vue sémiotique", en *Archives de Philosophie du Droit*, 34, 1989, pp. 243-258.
- JORI, M.: "Abrogazione, validità, atti linguistici", en *In tema di abrogazione*, C. Luzzati (ed.), Giuffrè, Milano, 1987.
- KEVELSON, R.: "Legal Speech Acts: Decisions", en *Linguistics and the Professions*, R. Di Pietro (ed.), Norwood, 1984, pp. 121-132.

LEGAUT, G. A.: *La structure performative du langage juridique*, Les Presses Université de Montreal, 1977.

MACCORMICK, N. & BANKOWSKI, Z.: "Speech Acts, Legal Institutions and Real Laws", en *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, P. M. S. Hacker & J. Raz (eds.), Oxford University Press, 1977, pp. 126 y ss.

MACCORMICK, N. & WEINBERGER, O.: *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985. Trad. inglesa, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986. Trad. italiana a cargo de M. La Torre, *Il Diritto come istituzione*, Giuffrè, Milano, 1990.

MACCORMICK, N.: "Institutions, Arrangements and Practical Information", en *Ratio Juris*, 1, 1, 1988, pp. 73-82.

PÁRAMO ARGUELLES, J. R.: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, C. E. C., Madrid, 1984.

PITCHER, G.: "Hart on Action and Responsibility", en *The Philosophical Review*, 69, 1960, pp. 226-235.

POLLASTRO, P.: "Fenomenologia delle regole costitutive", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 13, 1983, pp. 233-262.

RECANATI, F.: *Les énoncés performatives. Contributions à la pragmatique*, Minuit, Paris, 1981.

RICOEUR, P.: *Du texte à l'action. Essai d'hermeneutique II*, Seuil, Paris, 1986.

-: "Les implications de la théorie des actes de langage pour la théorie générale de l'éthique", en *Théorie des Actes de Langage...*, cit., pp. 89-108.

RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M^a: "La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica", en *A. F. D.*, VII, 1990, pp. 479-502.

ROSS, A.: "The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives", en *Contemporary Philosophia in Scandinavia*, R. E. Olson & A. M. Paul (eds.), Johns Hopkins, Baltimore-London, 1972, pp. 197-212.

SBIZÀ, M.: "Actes de Langage et (Acte d') Enontiation", en *Langages*, 1982, pp. 99-106.

SEARLE, J. R.: "How to Derive 'Ought' from 'Is'", en *The Philosophical Review*, 73, 1964, pp. 43-58. Existe trad. italiana, "Come dedurre 'deve' da 'è'", en *Problemi di teoria del diritto*, R. Guastini (ed.), Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 89-107.

-: "What's a speech act?", en *Philosophy in America*, M. Black (ed.) Allen & Unwin, London, 1965, pp. 223 y ss. Versión castellana en *Cuadernos Teorema*, Valencia, 1977 y recién trad. de L. Ml. Valde's Villanueva, "¿Qué es un acto de habla?", en *La búsqueda del significado*, cit., pp. 431-448.

-: "Austin on Locutionary and Illocutionary Acts", en *The Philosophical Review*, 77, 1968, pp. 405 y ss.

-: *Speech ACTs: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969. Trad. francesa de H. Pauchard, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, Hermann, Paris, 1972, Trad. italiana de G. R. Cardona, *Atti linguistici. Saggio de filosofia del linguaggio*, Boringhieri, Torino, 1976. Trad. castellana de L. Ml. Valdés Villanueva, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 1986.

-: *Intentionality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.

STRAWSON, P. F.: "Intention and Convention in Speech Acts", en *The Philosophical Review*, 73, 1964, pp. 439-460.

TARELLO, G.: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.

TWINING, W. & MIERS, D.: *How To Do Things with Rules*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1986 (2ª ed.) Trad. italiana de C. Garbarino y Presentación de R. Guastino. *Come fare cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1990.

WEINBERGER, O.: "'Is' and 'Ought' Reconsidered", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXX, 1984, pp. 454 y ss.

-: "Das institutionelle Dasein des Rechts", en *Recht als Sinn und Institution*, D. Mayer-Maly & O. Weinberger (eds.), Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 245-259.

-: *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Steiner, Stuttgart, 1987.

-: *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Manz Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988.

-: "The Role of Rules", en *Ratio Juris*, 1, 3, 1988, pp. 224-240.

-: "Droit et connaissance du droit au regard du positivisme institutionnaliste", en *Droits*, 10, 1, 1989, pp. 109-112.

WRIGHT, G. H. von.: "Is and Ought", en *Man, Law and Modern Forms of Life*, E. Bulygin, J. L. Gardies, I. Niiniluoto (eds.), Reidel, Dordrecht, 1985, pp. 263-281.

Sobre el silogismo judicial

Por VICTORIA ITURRALDE

San Sebastián

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La complejidad e imperfección formal del material normativo en los sistemas jurídicos actuales, junto con la diversidad de operaciones que tiene que realizar todo aplicador del derecho, permite desechar la idea de un sistema de normas jurídicas del que se pueda deducir *la* solución de un determinado caso¹. Podemos decir, que la decisión judicial se enfrenta, en la mayor parte de los casos, a una "situación de elección" en la que el juez debe elegir una de entre las varias alternativas posibles.

Como se ha señalado, no es de hecho posible ningún procedimiento de producción estatal del Derecho que pueda brindar en todo momento a los sometidos al Derecho y a los encargados de aplicarlo, reglas capaces de resolver cada cuestión jurídica, de modo que a partir de tales reglas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión. La existencia de casos en los que, conforme a un mismo material normativo, caben distintas interpretaciones, justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica, apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica².

1. Entre las razones que motivan lo anterior podemos señalar: la indeterminación lenguaje legislativo; la posibilidad de que el ordenamiento jurídico contenga ya un exceso de normas sobre una misma materia, dando lugar a antinomias normativas, ya un defecto de aquellas, con la aparición de lagunas; la limitada capacidad humana de prever todos los aspectos de un problema, con la consiguiente posibilidad de lagunas axiológicas, Cfr. R. Alexy en A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik (1981), p. 274; R. Alexy (1989), p. 1.

2. A. Aarnio, R. Alexy, y A. Peczenik (1983), pp. 53-54, cit. en A. García Amado (1988), p. 314.

Pues bien, a través de las teorías de la argumentación jurídica se pretende dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación judicial: el relativo a cómo *justificar* la elección entre las alternativas jurídicamente posibles³. En otras palabras, para evitar que la discrecionalidad judicial desemboque en arbitrariedad, resulta imprescindible el recurso, no ya a argumentos más o menos persuasivos sino, a una justificación racional de las decisiones judiciales. Ahora bien, la cuestión reside en determinar qué hay que entender por “decisión judicial racionalmente justificada”⁴.

El término racionalidad (referido a la decisión judicial), se emplea con dos sentidos diferentes: racionalidad externa y racionalidad interna. En el primer sentido, se dice que la decisión jurídica es racional si las premisas han sido debidamente justificadas. En el segundo, la racionalidad se refiere a la forma correcta de razonamiento. Así, es un lugar común señalar que el razonamiento judicial es racional si el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de acuerdo con las reglas del razonamiento lógico.

Pues bien, uno de los instrumentos que se aduce como garantía de racionalidad de las decisiones judiciales es el carácter lógico de las mismas. “La lógica” se convierte en el discurso iusfilosófico en una garantía de certeza y seguridad jurídica, y, correlativamente, en un obstáculo a la inclusión de criterios subjetivos en la decisión.

En las páginas siguientes vamos a limitarnos a analizar el aspecto interno de la justificación.

1.2. Como hemos visto, la justificación interna de una decisión judicial se refiere a la relación entre las premisas y la decisión. Esta relación puede calificarse bien como “inferencia” bien como “transformación”. Con el primero de los términos se indica que la relación entre las premisas y la conclusión (decisión judicial) es una relación lógica a la que se llega por medio de una inferencia en el sentido que este término tiene en la lógica formal. El empleo del segundo vocablo denota que la relación premisas-conclusión no tiene dicho carácter, sino que consiste en una transformación, un “salto”⁵.

3. Cfr. A. Aarnio (1987), p. 216.

4. Cfr. R. Alexy (1989), pp. 212-220 y 14-16. También R. Alexy en R. Alexy, A. Aarnio, A. Peczenik (1981), pp. 259-260.

5. Cfr. J. Wroblewski (1986), p. 215.

Pues bien, es una opinión compartida por buena parte de teóricos y filósofos del derecho (desde autores como Engisch y Larenz hasta Wróblewski y Alexy), que la aplicación judicial es, al menos en cierta medida, una relación del primer tipo (inferencia) reconducible a la figura del silogismo. Esta opinión no ha estado exenta de críticas, por parte fundamentalmente de las doctrinas jurídicas antiformalistas. Sin embargo, como trataremos de mostrar a continuación, creemos que dichas críticas no son suficientes para rechazar la teoría del silogismo judicial, sino únicamente para poner de relieve el limitado alcance de la misma. Creemos que es desde otro punto de vista (el de la lógica) desde donde puede evaluarse con más precisión la virtualidad de dicha teoría.

A fin de analizar el papel del silogismo jurídico en la aplicación y razonamiento jurídicos, vamos a proceder como sigue. Comenzaremos indicando diferentes formulaciones de la teoría del silogismo judicial. En segundo término, expondremos las críticas más comunes que se realizan a dicha teoría y el alcance de las mismas. Por último, realizaremos (lo que podemos denominar) versión lógica de la crítica a la tesis del silogismo judicial. Trataremos de mostrar por qué la decisión judicial no se puede reconducir (o no encaja dentro de) la figura "del" silogismo, y de analizar si la aplicación o el razonamiento judicial pueden explicarse a través de una inferencia lógica de otro tipo.

2. TEORÍA DEL SILOGISMO JUDICIAL

2.1. Formulaciones de la teoría del silogismo judicial

Llamaremos teoría del silogismo judicial a la tesis según la cual la decisión judicial es el resultado de la subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica⁶. A tenor de la misma la premisa mayor está constituida por

6. Somos conscientes de la indeterminación de esta teoría así formulada; pero es así, sin más precisiones como suele presentarse. Buena parte de las páginas que siguen tratan precisamente de deslindar los diferentes significados de la misma.

En primer lugar, podemos decir que la denominación "teoría del silogismo judicial" constituye un "genus" dentro de una categoría general: "teoría del silogismo jurídico". Esta última puede definirse como la tesis según la cual el razonamiento efectuado por cualquiera que quiera conocer cuál es el derecho aplicable a un caso concreto (sea con fines puramente teóricos o con propósitos prácticos) se limita a la subsunción de unos hechos en unas normas jurídicas. Cuando esto es realizado por el juez en su trabajo como tal, podemos referirnos a dicha teoría como teoría del silogismo judicial.

En segundo término, aunque se trata de una materia que abordaremos más adelante, tenemos que decir ya, que al referirnos a la Teoría del Silogismo Normativo, utilizamos la expresión Silogismo en el sentido de **Silogismo Teórico** (y no en el de Silogismo Práctico).

la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica. No obstante esta exposición de la teoría del silogismo judicial, las formulaciones que los diferentes autores hacen de la misma no son totalmente coincidentes. Por ello, a continuación expondremos algunas formulaciones de aquella.

Esta precisión está ausente en la mayoría de los autores cuando se refieren a la teoría del silogismo. No obstante, creemos que las mismas se refieren al silogismo teórico por lo siguiente.

A pesar de que, como recuerda von Wright (1987), p. 121, son varios los esquemas que se pueden cobijar bajo el rótulo de silogismo práctico, todos ellos tienen en común la idea de que la primera premisa tiene un carácter intencional, esto es, menciona algo que el sujeto pretende realizar, quiere, tiene como fin, etc., la segunda menciona una acción que constituye precisamente el medio para el fin explicitado en la premisa mayor, y la conclusión es una acción. Para ver esto con mayor claridad y por medio de voces más autorizadas tomaremos los ejemplos de silogismos prácticos de Aristóteles y de von Wright. La noción aristotélica de silogismo práctico, puede representarse como sigue: El punto de partida de la premisa mayor del silogismo menciona alguna cosa pretendida o la meta de la actuación; la premisa menor refiere algún acto conducente a su logro, algo así como un medio dirigido a dicho fin; por último, la conclusión consiste en el empleo de este medio para alcanzar el fin en cuestión. De modo que el asentimiento a las premisas de una inferencia práctica entraña la acción correspondiente como, en una inferencia teórica, a la afirmación de las premisas lleva necesariamente a la afirmación de la conclusión (cfr. G. H. von Wright (1987), p. 48). De otro lado, veamos dos de las inferencias prácticas propuestas por von Wright (G. H. von Wright (1987), p. 121:

- 1) A se propone dar lugar a p.
A considera que no puede dar lugar a p a menos de hacer a.
Por consiguiente, A se dispone a hacer a.
- 2) Una persona quiere conseguir x
A menos que se haga y, x no se conseguirá
Por tanto, debe ser hecho y.

La primera premisa es un enunciado intencional. Lo que se quiere obtener o conseguir es el fin. La segunda premisa indica una relación causal: la acción mencionada en la segunda premisa es un medio para el fin que se menciona en la primera premisa. La conclusión expresa una necesidad práctica, la necesidad práctica de usar el medio mencionado en la segunda premisa en orden a conseguir el fin mencionado en la primera premisa. G. H. von Wright (1983 a), p. 2.

Pues bien, creemos que los esquemas que los teóricos y filósofos del derecho, señalan como ejemplos de silogismos judiciales no responden a lo que es un silogismo práctico: no se hace ninguna mención a la intención, deseo o fin del juez en la premisa menor y en la menor no suele haber ninguna alusión a un medio para alcanzar un determinado fin.

Engisch, por ejemplo, distingue dos “modos” del silogismo jurídico (denominados por él *modus barbara I* y *modus barbara II*), y pone como ejemplo del primero de ellos el siguiente:

Premisa mayor: “Todos los que cometan el delito de falsificación de moneda deben ser castigados con pena de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a tres mil pesos”.

Premisa menor: “Todos los acusados en el proceso penal contra A y socios son falsificadores de moneda”.

Conclusión: “Todos los acusados en el proceso penal contra A y socios deben ser castigados con la pena de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a tres mil pesos”⁷.

Larenz presenta el caso más sencillo de silogismo jurídico (al que denomina “silogismo de determinación de la consecuencia jurídica”) como sigue:

1. $S \rightarrow C$ (Para S -es decir, para “todo caso” de S- rige C)
2. $H = S$ (H es un “caso” de S)
3. $H \rightarrow C$ (Para H rige C).

Para este autor la premisa mayor la constituye una proposición jurídica concreta, más exactamente, una proposición declarativa que repite el contenido de una proposición jurídica. La premisa menor consiste en la subordinación de un hecho concreto, como un “caso”, en el supuesto de hecho de la proposición jurídica; la conclusión produce la consecuencia jurídica concreta, es decir: la “aplicable” a este hecho⁸.

La tesis del carácter lógico de la relación entre la norma general y la norma individual correspondiente (emanada del órgano de aplicación) es sostenida asimismo por Kelsen, en base a que el hecho comprobado *in concreto* por el tribunal puede ser subsumido en el hecho determinado *in abstracto* por la norma general. Esta subsunción -escribe Kelsen- es lógica.

7. K. Engisch (1960), cit. en E. García Maynez (1977), p. 283.

8. K. Larenz (1966), p. 211. Señala también casos más complejos como el caso de que un mismo acontecimiento puede “caer” en distintos supuestos de hecho legales que tienen las mismas o distintas consecuencias jurídicas, o que no se dé la situación de hecho, etc., pp. 209-213 y 224-226.

El juez subsume el hecho por él comprobado en un caso concreto -“Meier ha provocado intencionalmente la muerte de Schulz, disparándole”- en el concepto de asesino contenido en la norma general. Esta relación de correspondencia es una relación de subsunción y, puesto que la subsunción en cuestión es una relación lógica, por tanto, existe una relación lógica entre la norma general y la norma individual que aplica aquella a un caso concreto⁹.

Más recientemente autores como Wroblewski y Alexy sostienen la misma tesis, si bien ofrecen formulaciones más precisas (tanto respecto a su presentación como al alcance de la misma).

Para Wroblewski el silogismo jurídico tradicional es una gran simplificación que sirve para justificar la decisión judicial sólo en situaciones muy particulares. Es por esto que, según el filósofo polaco, es necesario distinguir varios tipos de silogismos. Con la exposición de los diferentes tipos de silogismo, Wroblewski pretende mostrar que se puede usar la forma

9. H. Kelsen (1980), p. 191.

Posturas semejantes sostienen otros autores. Así según Klug (1984) p. 48 cit. en Kelsen (1985), p. 424, la deducción de un juicio normativo (válido para el caso específico de la realidad) de los juicios generales del derecho estatuido tiene la forma lógica de una deducción. Para mostrar ésto ofrece el siguiente ejemplo de silogismo:

Premisa mayor: Todos los receptadores de profesión *deben ser* castigados con la cárcel hasta diez años.

Premisa menor: Todos los acusados en el proceso penal contra A y compañeros son receptadores de profesión.

Conclusión: Todos los imputados en el proceso contra A y compañeros deben ser penados con la cárcel hasta diez años.

Y Foriers (1961), p. 51, señala que "Todo juicio, toda sentencia, se presenta, en definitiva, como la conclusión de dos premisas y por ello se resuelve en un silogismo del que la norma jurídica, es decir, la norma general objetiva, constituye la premisa mayor; la descripción de los hechos del caso particular, realizada en forma determinada y general acompañada por una valoración de estos hechos que implica su cualificación, constituye la premisa menor y en fin, la conclusión forma la decisión verdadera y propia,..."

Perelman, por su parte, formula como sigue el silogismo normativo:

- a) la norma a aplicar que establece la premisa mayor del silogismo;
- b) la cualidad de la persona -la valoración de ella como miembro de una categoría dada- que establece la premisa menor del silogismo;
- c) el acto justo que debe ser conforme a la conclusión del silogismo.

Para Perelman, la conclusión del silogismo es una norma, no un acto; en el caso de una sentencia judicial es una norma individual; y señala que dicha norma debe ser obtenida por medio de una deducción lógica: "Un acto para ser justo debe dar ejecución a la conclusión de un silogismo" y señala que la estructura del silogismo teórico se diferencia del "silogismo deóntico" sólo en el hecho de que su premisa mayor y su conclusión afirman no lo que debe ser sino lo que es"; Ch. Perelman (1963 b), cit. en H. Kelsen (1985), p. 422. Vd. también, Ch. Perelman (1961), pp. 601-610.

silogística para la justificación de la decisión judicial; es “un intento de buscar las vías de racionalización de la toma de decisión judicial”¹⁰. Hay que decir que Wroblewski entiende el silogismo como un esquema de razonamiento, respecto al que considera que es una manera apropiada de justificar la decisión judicial *como una decisión racional*.

Los tipos de silogismo señalados por este autor son los siguientes: silogismo decisional simple, silogismo de elección de consecuencias y silogismo decisional complejo. El primero justifica la decisión cuando la norma señala sólo una consecuencia posible; el segundo, cuando el juez tiene que elegir entre varias posibles consecuencias; y el silogismo decisional complejo representa el supuesto en que la norma aplicada enumera más de una consecuencia de hecho y dichas consecuencias no pueden ser determinadas conjuntamente en una decisión jurídica, por lo que el juez tiene que efectuar una elección¹¹.

Vamos a ver en qué consisten los diferentes esquemas silogísticos propuestos por el filósofo polaco.

- Silogismo de subsunción:

- (a) El hecho F tiene las consecuencias jurídicas C_1 o C_2 ... o C_n
- (b) El hecho del caso F ha tenido lugar en t y en p
- (c) El hecho del caso F tiene las consecuencias jurídicas C_1 o C_2 o ... C_n

- Silogismo decisional simple:

- (a) El hecho F tiene la consecuencia jurídica C_k
- (b) El hecho del caso F está caracterizado por A_k
- (c) El hecho del caso F tiene las consecuencias jurídicas C_1 o C_2 ... C_k

- Silogismo de elección de consecuencias:

- (a) Las características A_1, A_2, \dots, A_n del hecho F implican la elección de la correspondiente consecuencia jurídica C_1 o C_2 o ... C_n
- (b) El hecho del caso F está caracterizado por A_k
- (c) El hecho del caso F tiene la consecuencia jurídica C_k

- Silogismo decisional complejo:

10. J. Wroblewski (1974), pp. 38, 43-45.

11. J. Wroblewski (1974), pp. 43-45.

- (a) El hecho F tiene las consecuencias jurídicas C_1 o C_2 o... C_n
- (b) El hecho del caso F ha tenido lugar en t y en p
- (c) El hecho del caso F tiene las consecuencias jurídicas C_1 o C_2 o ... C_n
- (d) Las características $A_1, A_2 \dots A_n$ del hecho F implican la elección de las correspondientes consecuencias jurídicas C_1 o C_2 o ... C_n
- (e) El hecho del caso F está caracterizado por A_x
- (f) El hecho del caso F tiene la consecuencia jurídica C_x

También Alexy se remite al silogismo cuando se refiere a la justificación interna, y señala como ejemplo de silogismo el siguiente¹²:

- (J.1.1) (1) $(x) (x \rightarrow ORx)$
 (2) Ta
 (3) ORa

Y ofrece el siguiente ejemplo:

- (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos de servicio (§ 13, ap. 1 de la Ley del soldado)
- (2) El señor M es un soldado
- (3) El señor M debe decir la verdad en asuntos de servicio¹³.

12. "x" es una variable de un individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas, "a" una constante de individuo (p. ej. un nombre propio), "T" un predicado que representa el supuesto de hecho de la norma (1) en cuanto propiedad de personas, y "R" un predicado que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.

Señala que este esquema de fundamentación (J.1.1) es insuficiente en todos los casos complicados, por ejemplo: 1) cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, 2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas, 3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o 4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones; R. Alexy (1989), pp. 222-224 y 227.

13. Para Alexy esta forma satisface la justificación mediante reglas universales requeridas por el principio de universalidad. Este principio sirve de base al principio de la justicia formal que exige "observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría". Al lado de esta Forma simple, señala una Forma más general.

Por otra parte, incluye como parte de la justificación interna, las siguientes reglas:

- (J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
- (J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.
- (J.2.3) Siempre que exista duda sobre si es un T o un Mⁱ, hay que aducir una regla que decida la cuestión.
- (J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

2.2. Críticas a la teoría del silogismo judicial y alcance de las mismas

La teoría del silogismo judicial ha sido blanco de diversas críticas. A continuación examinaremos las mismas para, por esta vía, establecer el alcance y los límites de la misma como fórmula de representación o de justificación de la decisión judicial.

Las críticas adoptan fundamentalmente estas tres direcciones: 1) la ineficacia del silogismo para el establecimiento de las premisas; 2) la inviabilidad del mismo para explicar la actividad judicial, y 3) la no conformación del silogismo jurídico a los cánones de la lógica. Abordaremos brevemente las dos primeras, para dedicarle más atención a la tercera

2.2.1. Críticas

1) En primer lugar, se afirma que el silogismo no agota el razonamiento judicial porque representa sólo el *iter* que el juez sigue para alcanzar la decisión, pero no comprende la actividad esencial del juez a través de la que éste llega a fijar las premisas. Así, como crítica al silogismo judicial, se señala que el aspecto relevante para fijar la corrección de la decisión judicial no es tanto probar que ésta ha sido obtenida de las premisas, como justificar las premisas empleadas¹⁴. Esta crítica puede descomponerse en las siguientes:

a) La individualización de las normas (a fin de su subsiguiente inclusión en un argumento deductivo) no es en sí mismo un proceso en el que la lógica formal puede tener un papel central, o por lo menos es un proceso en el que no se han desarrollado mecanismos lógicos. Esta dificultad concierne tanto a la premisa mayor, como a la menor, y se debe, entre otros, a los siguientes factores: la vaguedad del lenguaje legal y la consiguiente necesidad de interpretación antes de que una norma se pueda establecer como premisa mayor de un silogismo; el hecho de que en la mayoría de los casos la premisa mayor se forma a partir de varias normas y no de una sola, y que su consecuencia no sea única sino ofrezca un margen de elección. El problema del juez -se argumenta en esta línea- no es obtener una conclusión

(J.2.5) Ha que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo; R. Alexy (1989), pp. 223-230.

14. A. Aarnio (1977), p. 58.

(lógica) de premisas dadas, sino fijar las premisas, que en ningún caso pueden considerarse dadas, preconstituidas¹⁵.

b) En muchas ocasiones podemos encontrarnos con normas jurídicas en conflicto, o con falta de normas aplicables al caso (lagunas) y no es posible usar el razonamiento silogístico para determinar la norma aplicable, con la consiguiente indeterminación acerca de qué norma ocupa el lugar de premisa mayor¹⁶.

c) En gran número de casos el problema puede expresarse como sigue: "Todos los S son P", pero la cuestión esencial es precisamente si la conducta del demandado o acusado es S. En otras palabras, el problema es de clasificación, de otorgar una cualificación jurídica a los hechos reales, más que de deducción. La lógica -señala Gottlieb- no puede ayudar a clasificar los particulares¹⁷.

En este contexto se enmarca la crítica de Ross cuando señala que es incorrecto concebir la decisión judicial como un silogismo, puesto que la conclusión lógica presupone que la premisa menor sea verdadera. Es descaminado -dice- pensar que el juez tenga la tarea de realizar inferencias lógicas... La tarea del juez (suponiendo siempre que conozca el derecho) es formular la segunda premisa; establecer que en base a los hechos que constan al tribunal, dicha cosa constituye un bosque, esa otra un contrato. Esta formulación de la premisa menor expresa no un reconocimiento teórico

15. R. Guastini (1981), p. 199.

Bobbio, por ejemplo, bajo el epígrafe de "Insuficiencia del razonamiento deductivo" señala que "El razonamiento deductivo no agota el discurso jurídico. Mediante el razonamiento deductivo el jurista obtiene conclusiones necesarias de las ciertas premisas. Pero la dificultad está en ponerse de acuerdo en las premisas", N. Bobbio (1989), p. 174. Y señala que las principales condiciones que obstaculizan el acuerdo sobre las premisas son: 1) que el significado de la norma explícita, a la que se quiere referir para probar una conclusión, sea equívoco. Ello significa que los juristas pueden estar de acuerdo en que la conclusión no puede derivarse más que de aquella norma, pero pueden extraer de la misma norma dos premisas diversas y obtener por tanto dos diversas conclusiones; 2) que haya dos o más normas de las que puede derivarse la cualificación de un determinado comportamiento. Según se elija una u otra la conclusión cambia. El caso en que no haya ninguna norma explícita (laguna) no es diferente, siempre que la norma para cualificar el comportamiento no regulado pueda ser obtenida de dos o más normas explícitas, N. Bobbio (1989), pp. 174-175.

16. G. Gottlieb (1968), pp. 166-167.

17. G. Gottlieb (1968), p. 17. Cfr. también O. C. Jensen (1957), p. 16.

de la verdad, sino una decisión formulada en base al uso del lenguaje en conexión a una serie de consideraciones prácticas teleológicas¹⁸.

2) Como segundo argumento, se sostiene que la teoría del silogismo es una explicación totalmente inadecuada e inexacta de la manera en que los jueces *realmente* deciden los casos. Los tribunales -se arguye- no invocan un procedimiento formal a través del cual los casos particulares se deciden según las normas; por el contrario, su metodología ha sido y continúa siendo claramente no deductiva¹⁹.

Consideraciones como estas son propias de autores encuadrados dentro del realismo americano. Así por ejemplo, Frank subraya que el proceso judicial no es verdaderamente racional y que los jueces simplemente racionalizan los resultados deseados²⁰.

En la misma dirección (si bien por diferentes razones), Kelsen negará en su obra póstuma el carácter silogístico de la decisión judicial partiendo de que la premisa mayor (norma general) no puede estar implícita en la conclusión (premisa menor), puesto que “el acto de voluntad del juez cuyo sentido es la conclusión no puede estar implícito en el acto de voluntad cuyo sentido es la premisa mayor, porque éste es el acto de otra persona”²¹. Esta opinión kelseniana está directamente ligada a su concepción de la norma jurídica como acto de voluntad.

2.2.2. Alcance de las críticas

Para establecer el alcance de las críticas señaladas resulta imprescindible comenzar realizando algunas distinciones.

1) En primer lugar, es necesario deslindar dos sentidos del término “justificación” de la decisión judicial: justificación interna (esto es, justificación del “paso” de las premisas a la conclusión) y justificación externa (es decir, de las premisas). Pues bien, la primera de las críticas a la

18. A. Ross (1982), pp. 95-96.

Sobre este tipo de críticas, además de los autores señalados, vd. H. L. A. Hart (1962), p. 27; M. Tauffo (1975), pp. 153-155; A. Aarnio (1977), pp. 60-62; J. A. García Amado (1988), pp. 199-200; R. A. Wasserstrom (1978), pp. 18-19; N. Bobbio (1989), pp. 174-175, y N. MacCormick (1978), pp. 67-70.

19. A. Wasserstrom (1978), p. 16.

20. J. Frank (1930), p. 111.

21. H. Kelsen (1985), p. 415. Sobre la última obra de Kelsen Vd. en general L. Gianformaggio (1987) y C. Alarcón Cabrera (1989), pp. 328-330.

tesis del silogismo jurídico sólo es válida si, haciendo caso omiso de la distinción entre justificación interna y externa, se afirma (sin más precisiones) que la decisión judicial es o puede reducirse a un silogismo.

En este sentido esta crítica se vendría abajo, pues el carácter, deductivo o no (aspecto interno), de la justificación no puede ser enjuiciado en base a datos o elementos pertenecientes a la vertiente externa (como son los relativos a la indeterminación y/o dificultad de establecer las premisas, el establecimiento de los hechos, etc.)²².

Es cierto que reducir la decisión judicial al esquema silogístico supone una simplificación extrema del proceso de aplicación de la ley. Ahora bien, si se tienen en cuenta los dos aspectos de la justificación reseñados, puede decirse que la decisión judicial, desde el punto de vista de la justificación interna puede reconducirse a la forma del silogismo.

2) De otro lado, es necesario distinguir las diferentes maneras en que puede entenderse la tesis del silogismo. Distinguiremos las cuatro siguientes: como tesis (a) explicativa, (b) descriptiva, (c) prescriptiva, y (d) como medio de control ex post de la racionalidad de la decisión. Aunque algunos de estos puntos de vista no puedan ser tajantemente separados, ello no impide distinguir los diferentes aspectos de un mismo fenómeno (la actividad judicial).

La teoría del silogismo jurídico entendida como tesis explicativa significa que el silogismo *puede servir para explicar porqué* el juez tomó una determinada decisión. Se trata de un medio para explicar la toma de decisión judicial en tanto que acción. Se trata de saber *porqué* el juez tomó precisamente esa solución. Desde este punto de vista, la acción del juez se considera un *acto creativo* y la comprensión de dicha acción consiste en la descripción de ese *acto*. Para analizar esto, Aarnio recurre a la idea de razonamiento práctico (desarrollada en los últimos años por von Wright²³) y de lógica de la acción²⁴. Esta es la perspectiva que adopta Aarnio cuando

22. Esta distinción la olvida, por ejemplo, MacCormick cuando se refiere a los límites de la justificación deductiva, pues las limitaciones de que habla no lo son de la deducción sino de la justificación externa, Cfr. N. MacCormick (1978), pp. 65-70.

23. Explicar una acción individual es dar una verdadera respuesta a la cuestión porqué la acción fue realizada (undertaken) "¿Porque?" significa "¿porque motivo?" o "¿porque razón?", G. H. von Wright (1983 b), p. 53.

Como señala Raz, la teoría de la razón práctica contribuye a la explicación de la acción al describir aquellas normas de razonamiento que el agente estaba tratando de seguir, J. Raz (1986), p. 14.

24. A. Aarnio (1977), p. 43.

ofrece una explicación teleológica o intencional de la toma de decisión judicial: el juez es considerado como un agente que intenta alcanzar ciertos fines y que tiene a su disposición cierta información. En base a esto intentará descubrir un medio o herramienta (el silogismo) que garantice la realización de sus fines, y la decisión debe estar de acuerdo con el sistema de fines subyacentes al sistema jurídico. De ahí deduce Aarnio que el comportamiento del juez es -al menos en cierta medida- teleológico²⁵.

Pues bien, desde este punto de vista, hay quienes han considerado la decisión judicial como silogismo, pero hay que decir que se trata de un *silogismo práctico, no teórico*. Así lo entienden, además de Aarnio, Wroblewski y Ross, por ejemplo²⁶. Toda vez que una norma general se aplica a un caso concreto (por ejemplo, cuando el juez impone una pena a un criminal en base a la norma general del código penal), se tiene un caso de inferencia práctica²⁷.

Como tesis descriptiva significa que *de hecho* las decisiones judiciales *se justifican* a través del silogismo. La verdad o no de esta afirmación puede determinarse por medio del análisis empírico de las sentencias judiciales.

Como tesis normativa (o prescriptiva) la teoría del silogismo jurídico constituye una directiva dirigida a los jueces acerca del *cómo deben aplicar* el derecho. Bajo la teoría del silogismo jurídico, muchas veces subyace una prescripción del siguiente tenor: la aplicación judicial debe estar de acuerdo con el esquema silogístico porque a través del mismo se garantizan valores jurídicos como los de legalidad, seguridad, certeza jurídica, etc., evitándose al mismo tiempo cualquier posibilidad de creación judicial de derecho.

Por último, dicha teoría puede ser entendida en el sentido de empleo de la forma silogística como *medio de control ex post de la racionalidad* de la decisión judicial.

25. A. Aarnio (1977), p. 134, y (1977-78), p. 98.

26. Cfr. Aarnio (1977) y (1987-88), Wroblewski (1974), p. 39 y Ross (1982).

De otro lado, creo que es la falta de distinción entre silogismo teórico y práctico lo que le hace a Kelsen refutar el silogismo normativo, partiendo de que la validez de la norma individual (decisión) no puede estar implícita en la norma general, puesto que se requiere un nuevo acto de voluntad, H. Kelsen (1985), pp. 387-388. Si analizamos la sentencia judicial desde la perspectiva de la teoría de la acción esto es cierto; no así si la consideramos como razonamiento o inferencia teórica.

27. Inferencia práctica que Ross explica a través del siguiente ejemplo: Mantén tus promesas; esta es una promesa tuya; mantén esa promesa. A. Ross (1982), p. 77. Si bien el mismo Ross afirmará más adelante que la aplicación del derecho no constituye un silogismo práctico, *ibidem*, p.95.

Pues bien, teniendo presente lo anterior, la segunda de las críticas tiene que ser precisada. En el sentido (a), la teoría del silogismo judicial no puede sostenerse sin más: requeriría investigaciones acerca del proceso psicológico que tiene lugar en la mente de los jueces. Como tesis descriptiva (sentido (b)) son necesarios exámenes empíricos de sentencias judiciales concretas.

Si asumimos (como es nuestro caso) una concepción no cognoscitivista de los valores, no cabe preguntarse si la afirmación hecha desde la perspectiva normativa (c) es verdadera o falsa. En tanto que tesis prescriptiva, puede defenderse que el silogismo es el medio a través del cual *deben* justificarse las decisiones judiciales²⁸, de la misma manera que puede defenderse la postura contraria; estas opiniones pueden ser calificadas como correctas o incorrectas, justas o injustas, pero no de verdaderas o falsas.

Podríamos decir que en el único sentido en que la teoría del silogismo jurídico podría tener alguna virtualidad es en el (d), esto es medio de control de la racionalidad de la decisión; y admitir como requisito de la racionalidad interna de la decisión judicial el respeto de las reglas del silogismo. Ahora bien, hay que decir, en primer lugar, que ello supone admitir una tesis prescriptiva: que el silogismo es un requisito *sine qua non* para calificar una decisión judicial como racional. En segundo término, presupone la virtualidad del silogismo (por tanto de una parte de la lógica formal) para "tratar" las sentencias judiciales (hecho que intentaremos poner en entredicho más adelante).

Por tanto, podemos decir que las críticas examinadas hasta este momento no son determinantes para rechazar aquél de manera absoluta. Estas críticas muestran únicamente la insuficiencia de la teoría del silogismo jurídico para dar u ofrecer una explicación global del proceso de aplicación judicial. Teniendo en cuenta únicamente lo dicho hasta ahora, podíamos decir que el silogismo judicial puede servir como medio de control *ex post* del aspecto interno de la justificación de las decisiones judiciales: es decir, una decisión judicial está justificada internamente si el paso de las premisas a la conclusión respeta las reglas del silogismo.

28. Desde una perspectiva retórica o argumentativa puede defenderse esta postura, aún sabiendo que se trata de una prescripción de imposible cumplimiento, porque, suceda que por ejemplo la estructura lógica del silogismo no encaje en lo que constituye una sentencia judicial.

2.3. Críticas desde una perspectiva lógica

A continuación realizaremos una doble crítica a la teoría del silogismo judicial. La primera de ellas es únicamente una crítica a algunas presentaciones de la teoría del silogismo judicial (no es por tanto una crítica de fondo). La segunda se dirige a mostrar la no adecuación del silogismo teórico a lo que podría ser la estructura (simplificada hasta extremos que pueden estimarse ridículos) de una sentencia judicial.

Un problema diferente es el relativo a si la decisión judicial *es* (al menos en parte) o *puede ser reconstruida como* una inferencia lógica. Se trata de una cuestión directamente ligada a la problemática de la lógica de las normas. Esta cuestión queda fuera del objetivo central del presente trabajo, no obstante lo cual realizaremos algunas reflexiones sobre el mismo.

2.3.1. Crítica débil

Tenemos que comenzar señalando que cuando se acude al silogismo como instrumento de representación, control, etc., de la decisión judicial, no suele precisarse en la mayoría de los casos (salvo las excepciones antes señaladas) de qué tipo de silogismo se trata (teórico o práctico, y dentro del primero de qué figura) y menos aún dentro de qué lógica se encuadra. No obstante, la mayoría de los autores se refieren al silogismo teórico²⁹ y por tanto a la lógica formal. Considero, por ello que no está de más comenzar recordando algunos lugares comunes sobre esta última.

A la lógica formal³⁰ le importa únicamente la forma válida de los

29. Cfr. *infra* nota 6.

30. La palabra "lógica" pertenece al léxico filosófico y científico, así como al uso ordinario del lenguaje. Limitándonos al primero de los ámbitos, dicho término adquiere significados diversos en función de sus diversas teorizaciones.

Comenzaremos destacando el carácter formal de la lógica. La lógica -señala Deaño- es *lógica formal*, en cuanto que es ciencia de las formas o esquemas válidos de razonamiento. Se llama una forma válida de razonamiento a un esquema de inferencia tal que, dado cualquier razonamiento que podamos hacer interpretando las variables de ese esquema, si las premisas del razonamiento son verdaderas, entonces necesariamente la conclusión será verdadera también" (A. Deaño (1985), p. 40). En otros términos, se ha definido la lógica formal como una ciencia abstracta que tiene por objeto el análisis formal de los argumentos o también, y más concisamente, como *teoría formal de la deducción* (M. Garrido (1978), pp. 20-21).

Ahora bien, hoy en día resulta más correcto referirse a la lógica en plural ("las lógicas"), dada la variedad de éstas. Las tipologías y clasificaciones de la lógica son múltiples. Una distinción básica es la que se realiza entre "lógica formal" y "lógicas no-clásicas" o mejor entre la primera y las "lógicas desviadas" o "lógicas divergentes".

razonamientos. Podemos decir que una forma válida de razonamiento consiste en un esquema de inferencia tal que, dado cualquier razonamiento que podamos hacer interpretando las variables de ese esquema, si las premisas del razonamiento son verdaderas, entonces necesariamente la conclusión será también verdadera. Así, para que un razonamiento lógico sea tal necesitamos que las variables, es decir, los enunciados del mismo sean susceptibles de adquirir valores veritativos. Que las premisas sean *de hecho* verdaderas o no lo sean es una cuestión que queda fuera de la lógica. La validez lógica de una inferencia no garantiza la validez de su conclusión; que la inferencia es válida implica solamente que si las premisas son verdaderas la conclusión debe ser verdadera; pero la lógica por sí misma no garantiza la verdad de las premisas. Lo esencial de todo razonamiento formalmente válido es la relación de *necesariedad* que se establece entre las premisas y la conclusión, de tal modo que la verdad de las primeras acarrea inevitablemente la verdad de las segundas³¹.

Pues bien, asumiendo una postura no-cognoscitivista sobre las normas diremos que cualquier tipo de formalización jurídica (sea a través de la figura del silogismo o de otro medio) tiene que recaer sobre proposiciones susceptibles asumir con sentido los valores de verdad/falsedad.

Dentro de la lógica formal suele distinguirse entre la lógica clásica y la lógica tradicional (silogística aristotélica) (Cfr. S. Haack (1982), p. 24, y A. Deaño (1985), p. 299); si bien hay quienes incluyen esta última como parte de la lógica de predicados, Cfr. M. Garrido (1978), cap. VII.

Así, Deaño define la "lógica clásica" como la forma clásica de la lógica contemporánea, esto es, la lógica que Boole, Peirce y Schröder construyeron algebraicamente durante el siglo XIX y a la que Frege, en 1879, dio forma axiomática; la lógica que se halla en los "Principia Mathematica" (1910-13) de Whitehead y Russell su texto de referencia, A. Deaño (1985), p. 299. Cfr. también A. Deaño (1980), pp. 10-13.

Los rasgos (o al menos algunos de ellos) que caracterizan dicha lógica se pueden resumir diciendo que la lógica clásica es *apofántica, bivalente, asertórica y extensional*. Apofántica, porque deja fuera de consideración aquellos enunciados de los que no quepa preguntar con sentido si son verdaderos o falsos. Bivalente porque no admite más que dos valores de verdad. Asertórica, porque excluye la existencia de "modalidades" de verdad y falsedad. Extensional, porque si admitimos que toda expresión -un nombre, un predicado, un enunciado- tiene una extensión (que serían, respectivamente, un individuo, un enunciado, un conjunto y un valor de verdad) y una intensión (siendo la intensión de un nombre el "concepto individual" que designa, la intensión de un predicado la propiedad que significa y la intensión de un enunciado la proposición que expresa), la lógica clásica opera exclusivamente en términos de la primera. A. Deaño (1985), pp. 299-300 y 322.

En las páginas que siguen emplearemos el nombre "lógica formal" como comprensivo de la lógica tradicional silogística y la lógica clásica.

31. Cfr. A. Deaño (1985), p. 39-41.

La crítica por tanto es la siguiente: la lógica formal a la que se apela como esquema de la decisión judicial, y el silogismo teórico en particular, tratan con proposiciones, es decir, con enunciados susceptibles de verdad o falsedad. Y las normas no pertenecen a la categoría de proposiciones, por lo que no pueden ocupar el lugar de premisas de una decisión judicial³².

Así, un silogismo que represente el punto de llegada de la decisión judicial, tendría como premisa mayor una proposición normativa acerca del derecho válido y, como premisa menor otra proposición acerca de unos determinados hechos (los mismos descritos con carácter genérico en la premisa mayor). En ambos casos no se trata de normas, sino de proposiciones normativas³³. La premisa mayor podría decirse que es susceptible de verdad o falsedad atendiendo a las prescripciones del ordenamiento jurídico sobre validez normativa; y la menor atendiendo a los criterios de "verdad jurídica". Por último, la conclusión tendrá el carácter de una *verdad lógica* derivada de la verdad de las premisas³⁴.

En este sentido son inválidas las formas de silogismo presentadas por autores como Perelman, Klug, Engisch y Alexy por cuanto que violan las leyes más elementales de la lógica clásica al incluir entre sus premisas proposiciones de deber ser y obtienen como conclusiones del mismo carácter ("Todos los imputados... deben ser penados" [Klug]; "El asesino debe ser penado" [Engisch]), "El soldado debe decir la verdad..." [Alexy] o proposiciones acerca de la realidad [Perelman]).

32. Como es sabido, son diversas respuestas dadas al dilema de Jørgensen, y por tanto las concepciones sobre las relaciones entre lógica y normas. Nosotros estamos optando por la posición según la cual las normas no tienen valor de verdad (y por tanto no son susceptibles de tratamiento lógico), pero sí los enunciados normativos. Esta es por ejemplo la postura de G.H. von Wright (1970), pp. 109-121 especialmente pp. 118-119.

El denominado dilema de Jørgensen está expuesto en J. Jørgensen (1937-38). Acerca del mismo cfr. por ejemplo la opinión de A. Ross en (1982). Cfr. la alternativa de C. E. Alchourrón y A. A. Martino (1987-88) especialmente pp. 24-34, quienes defienden una "lógica sin verdad", esto es, la posibilidad de una lógica de las normas basada, no en las nociones de verdad y falsedad, sino en la noción abstracta de consecuencia.

33. Sobre la distinción entre norma (o enunciado normativo) y proposición normativa cfr. entre otros, C. E. Alchourrón y E. Bulygin (1981), p. 95 y G. H. von Wright (1970), p. 120; A. Ross (1970), p. 9 (este último distingue entre normas y proposiciones doctrinarias).

34. Esto tampoco es totalmente correcto porque implica que la determinación de la validez de las normas aplicables o de los hechos probados es una cuestión que puede resolverse por medios objetivos a través de la verificación de la validez de las normas y de los hechos. Creemos que esto no es así, y que en muchos casos en el establecimiento de cuáles son las normas válidas entran en juego criterios valorativos, y por tanto no verificables (o no verificables totalmente).

Ahora bien, en cualquier caso esas premisas nunca nos permitirán deducir nada acerca del comportamiento real de los operadores jurídicos. Por tanto, la figura del silogismo judicial no sirve como razonamiento decisorio (para lo cual tendríamos que servirnos del razonamiento práctico), sino (en todo caso) como justificación *ex post* de la misma.

2.3.2. Crítica fuerte

Situada la cuestión en estos términos, vamos a ver a continuación si el silogismo judicial es válido como medio de control *ex post* de la vertiente interna de la decisión. Para ello vamos a realizar una breve digresión sobre la figura silogística.

La teoría del silogismo fue formulada por primera vez por Aristóteles y más tarde completada por la tradición medieval y el pensamiento posterior hasta Kant. Al comienzo de los *Primeros Analíticos* Aristóteles define el silogismo como "una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente en otra proposición diferente, sólo por el hecho de haber sido aquellas sentadas"³⁵; pero el término "silogismo" se aplica de un modo más estricto por los lógicos (incluido Aristóteles) para referirse a aquellas argumentaciones que satisfacen unas determinadas condiciones que a continuación pasamos a exponer.

El primer silogismo aristotélico, llamado después *Barbara*, es representado como sigue³⁶:

Si A se atribuye a toda B
y B se atribuye a toda C,
es necesario que A se atribuye a toda C

En general podemos decir que un silogismo (categórico) es una argumentación con tres proposiciones, dos premisas y una conclusión, cada

35. Aristóteles (1987), L. 1º, Sec. 1ª, Cap. 1, §8.

36. Aristóteles (1987), L. 1º, Sec. 1ª, Cap. 4º, §4.

Las traducciones de los textos aristotélicos varían. Para Lukasiewicz el silogismo aristotélico se expresa en los siguientes términos: "Si A es predicado de todo B, y B es predicado de todo C, entonces A es predicado de todo C". Aunque señala que la traducción exacta de la conclusión del texto griego es: "A tiene que ser predicado de todo C". Aunque éste se considera el genuino silogismo aristotélico, el Estagirita empleó también otras formas como: "Si todo B es A, y todo C es B, entonces todo C es A"; o "Si B pertenece a todo A, y C no pertenece a ningún A, entonces C no pertenece a ningún B", Cfr. J. Lukasiewicz (1977), pp. 14 y 20.

una de las cuales es de una de las cuatro formas: A,E,I,O (es decir, universal afirmativa, universal negativa, particular afirmativa y particular negativa).

El silogismo consta de tres proposiciones llamadas premisas. Los elementos involucrados en una premisa son su sujeto y su predicado, a los que Aristóteles llama términos. Los términos son aquellos elementos de las proposiciones que no son ellos mismos proposiciones ni se expresan por la cópula o por los signos de cualidad y cantidad (todos, algunos, ningún, no)³⁷.

Los nombres que reciben los términos son: término mayor, término menor y término medio. Se llama "término mayor" el término-predicado de la conclusión y "premisa mayor" a la premisa en que aparece aquél. "Término menor" es el término-sujeto de la conclusión y "premisa menor" es la premisa en que aparece aquél. El "término medio" es idéntico en ambas premisas y no aparece en la conclusión³⁸.

La forma del silogismo puede simbolizarse como sigue:

Todo M es P
Algún S es M
 Algún S es P

37. Para Aristóteles, toda premisa es o universal, o particular o indefinida. "Todo" y "ningún" añadidos al sujeto son signos de universalidad, "algún", "algún no" o "no todo" son signos de particularidad. Una premisa sin ningún tipo de cantidad se denomina indefinida. Un término es llamado universal si es de naturaleza tal que es predicado de muchos sujetos, p. ej. "hombre"; un término que no tiene esta propiedad se denomina singular, p. ej. "Callias". Aristóteles olvida que un término no-universal no es necesariamente singular; puede ser vacío. Al construir su lógica, Aristóteles no hace referencia ni a los términos singulares ni a los términos vacíos, Cfr. J. Lukasiewicz (1977), pp. 15-16.

En la proposición "Todos los hombres son mortales", "hombres" y "mortales" son, término-sujeto y término-predicado respectivamente.

38. Tomemos el siguiente ejemplo:

Todos los profesores son instruidos
 Algunos escoceses son profesores
 ∴ Algunos escoceses son instruidos.

En este caso "profesores" es el término medio, "escoceses" el término menor e "instruidos" el término mayor. Para Aristóteles el orden de las premisas en los silogismos es arbitrario, porque las premisas del silogismo forman una conjunción y los miembros de una conjunción son conmutables. Es sólo una convención que la premisa mayor sea colocada en primer lugar, Cfr. J. Lukasiewicz (1977), p. 37.

Tomando como único criterio la disposición del término medio, y dado que la conclusión debe ser S-P, se obtienen las cuatro “figuras” del silogismo según que el término medio sea: 1) sujeto en la premisa mayor y predicado en la menor; 2) predicado en ambas; 3) sujeto en ambas, o 4) predicado en la mayor y sujeto en la menor.

Los esquemas, donde S, M y P representan respectivamente los términos menor, medio y mayor, son los siguientes:

Figura 1	Figura 2	Figura 3	Figura 4
M-P	P-M	M-P	P-M
<u>S-M</u>	<u>S M</u>	<u>M-S</u>	<u>M-S</u>
S-P	S-P	S-P	S-P

Dado que cada una de las premisas puede revestir cualquiera de las cuatro formas, A,E,I,O ($4 \times 4 \times 4 = 64$), y las figuras son a su vez 4 (64×4) se puede construir 256 esquemas llamados “modos”. Ahora bien, de todas estas combinaciones posibles sólo 24 constituyen modos válidos. Los modos válidos son 4 de la primera figura, 4 de la segunda, 6 de la tercera y 5 de la cuarta. A estos hay que añadir un grupo de 5 modos llamados “subalternos” que se caracterizan por ofrecer una conclusión particular aunque las premisas permitirían que fuese universal.

Para la construcción de las figuras se utilizan unas reglas generales (de la distribución y de la cantidad y la cualidad) y unas reglas particulares de cada una de las figuras³⁹.

A modo de ejemplo vamos a exponer los modos válidos de la primera figura:

Todo M es P (<i>Barbara</i>)	Ningún M es P (<i>Celarent</i>)
<u>Todo S es M</u>	<u>Todo S es M</u>
Todo S es P	Ningún S es P
Todo M es P (<i>Darii</i>)	Ningún M es P (<i>Ferio</i>)
<u>Algún S es M</u>	<u>Algún S es M</u>
Algún S es P	Algún S no es P

39. Estas reglas pueden verse p. ej. en W. y M. Kneale (1972), pp. 70-73, y D. Mitchell (1974), pp. 31-34. Si bien desde Euler (s. XVIII) se utilizan círculos para expresar gráficamente las relaciones entre los términos de las proposiciones (categóricas), modernamente se utilizan los diagramas de Venn (inspirados en el cálculo de clases de Boole), útiles para establecer cuáles son los modos válidos y cuáles no.

Según Aristóteles, hay un número de modos silogísticos cuya validez es evidente y que pueden ser considerados como axiomas en el sistema formal silogístico. Son los silogismos llamados perfectos, o sea, los modos válidos de la primera figura: Barbara, Celarent, Darii, Ferio. En una ocasión Aristóteles redujo los modos perfectos o axiomas del sistema a los dos primeros⁴⁰.

Pues bien, creemos que el silogismo no constituye una representación adecuada de la decisión judicial.

En primer lugar, representaciones de la decisión judicial como las de Engisch o Klug, no constituyen silogismos, pues incluyen términos de "deber ser". De esta manera violan uno de los principios de la lógica clásica como es el de su carácter apofántico, es decir, que deja fuera de consideración aquellos enunciados de los que no puede preguntarse con sentido si son verdaderos o falsos⁴¹.

Tampoco las representaciones de la sentencia judicial libres de este error (como p. ej. la de Wroblewski) se ajustan al esquema silogístico. Las razones por las que la estructura del silogismo (en cualquiera de sus diferentes modos) no es parangonable a la estructura interna de la decisión judicial podemos cifrarlas en las siguientes.

1) En primer lugar, hay que mencionar que cuando se habla de la decisión como silogismo la cuestión se resuelve señalando que aquella tiene la estructura *del* silogismo. No se dice a cuál de las figuras se hace referencia, dando a entender la existencia de un único modo silogístico.

Por tanto, si pretendemos tratar la decisión judicial como silogismo lo primero que tenemos que afrontar es la *traducción* de los términos de la decisión judicial a uno de los modos del silogismo; puesto que el lenguaje de una sentencia judicial no es parangonable a los términos en que se exponen cualquiera de las figuras silogísticas. Hay que tener en cuenta

40. Los modos que no son evidentes por sí mismos son modos imperfectos, y deben ser probados en base a los modos perfectos. Los métodos usados por Aristóteles para ello son tres: el de conversión, el de *reductio ad impossibile* y el de exposición, Aristóteles (1987), L. 1º, Sec. 1ª, Cap. 23.

Sobre el silogismo pueden verse, entre otras, las siguientes obras: Lukasiewicz (1977), W. y M. Kneale (1972); voces "Silogismo", "Modo", y las de las diferentes figuras en J. Ferrater Mora (1965); I. M. Copi (1974); M. Sacristán (1976); J. Ferrater Mora y H. Leblanc (1970); M. Garrido (1978); W. v. O. Quine (1981); D. Mitchell (1974); I. M. Bochenski (1976), I. Tammelo (1969).

41. Cfr. A. Deaño (1985), pp. 299-300.

además, la dificultad de esta tarea desde el momento en que las dos “premisas” de esta decisión judicial se construyen sobre una pluralidad de normas jurídicas. Así, a la dificultad de traducción en forma silogística de cada una de las normas jurídicas, se añade la previa construcción de una proposición normativa que figura como premisa mayor y de una proposición normativa como premisa menor (Como se ve, pues, la distinción entre los aspectos interno y externo de la justificación judicial no es tan tajante como en un primer momento pudiera pensarse).

2) Tomaremos un ejemplo de lo que puede ser una decisión judicial, intentando aproximarla a la estructura silogística. Tomaremos el art. 407 del Código penal según el cual: “El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor”. La premisa mayor es una proposición sobre este artículo. La premisa menor es una proposición acerca de unos determinados hechos.

P M: A todos los homicidas les corresponde la pena de reclusión menor
 p m: Algún X es un homicida
 A algún X le corresponde la pena de reclusión menor,

o

A todo H le corresponde P
Algún H
 A algún H le corresponde P
 H = homicida
 P = pena de reclusión menor

Como hemos visto, en el silogismo tradicional tanto las premisas como la conclusión tienen la estructura de sujeto-cópula-predicado; estructura que nos parece demasiado estricta para encajar en ella la forma de una decisión judicial (a no ser que estemos dispuestos a hacer malabarismos lingüísticos) sobre todo si tenemos en cuenta que la premisa mayor sería siempre una proposición normativa.

En primer lugar, si bien en la premisa mayor y en la conclusión parece que se dan los dos términos del silogismo en cada una (homicidio y reclusión menor (en la premisa mayor, y homicida y reclusión menor (en la conclusión)), no es así. En ambas (premisas y conclusión) los términos son los mismos (lo que varía es el cuantificador);

El término “es” de la premisa menor tiene un carácter diferente al del mismo término en la premisa mayor. Mientras que en la premisa mayor dicha partícula representa el nexo entre dos términos del silogismo, en la

menor forma parte de uno de los términos. Por tanto en la premisa menor falta el término medio.

En segundo lugar, la cópula tradicional del silogismo la constituye el verbo “es” o similares. Si bien en algunos casos dicha cópula puede mantenerse, no ocurre siempre así. En los supuestos de sentencias penales por ejemplo, la relación entre el delito (o falta) y la pena se representa mejor por medio de expresiones como “le corresponde”, “está penado con”, que a través del verbo ser.

En tercer lugar hay que poner de relieve que si bien en algunos casos la consecuencia es única (p. ej., nulidad del matrimonio, inhabilitación para todo cargo público), en otros casos, (como, por ejemplo, reclusión mayor), la conclusión deberá ser determinada por el juez dentro de unos márgenes legales⁴². De forma que en este ejemplo tanto la premisa mayor como la conclusión habría que sustituir el término “reclusión mayor” por “la pena de entre 12 años y un día a 20 años de reclusión”, lo que supone un alejamiento mayor del esquema silogístico.

3. LA DECISIÓN JUDICIAL ¿PUEDE SER EXPRESADA COMO UNA INFERENCIA LÓGICA DIFERENTE AL SILOGISMO?

Llegados a este punto pueden plantearse dos cuestiones (cuestiones que van más allá del objeto de estas páginas). Una primera es la relativa a si la decisión judicial puede ser expresada como una inferencia lógica diferente al silogismo. Esta cuestión puede plantearse en términos más generales como sigue: ¿la lógica, o mejor, alguna regla lógica o alguna clase de lógica puede servir para controlar la corrección de las decisiones judiciales (o de una parte de las mismas)? Un segundo problema se refiere a la virtualidad del silogismo práctico como instrumento para explicar la toma de decisión judicial (el acto de decidir). Esta cuestión, a la que hemos aludido en páginas anteriores cuando hablábamos del silogismo judicial como tesis explicativa, no vamos a abordarla. Sí vamos a decir algo, sin embargo, acerca de la primera.

Tenemos que comenzar diciendo que este problema lleva implícito uno más genérico como es el de la lógica de las normas, concretamente la aplicabilidad de la lógica a las normas jurídicas o a las proposiciones normativas.

42. Cfr. los silogismos de elección de consecuencias y silogismo decisonal complejo que presenta J. Wroblewski (1974), pp. 43-45 (y que hemos expuesto en páginas anteriores).

Uno de los autores que recientemente ha defendido el papel de la lógica en el razonamiento judicial es MacCormick. La tesis central de MacCormick es que una decisión judicial puede ser justificada a través de un argumento puramente deductivo.

Para este autor un argumento deductivo es un argumento que pretende mostrar que una proposición, la conclusión de un argumento, es implicada por alguna otra proposición o proposiciones, las premisas del argumento. Un argumento deductivo es válido -dice- si, cualquiera que sea el contenido de las premisas y de la conclusión, su forma es tal que sus premisas de hecho implican la conclusión. En ocasiones es posible mostrar de manera concluyente que una decisión está legalmente justificada a través de un argumento puramente deductivo. Para demostrar esto es suficiente -dice MacCormick- dar un ejemplo de dicha justificación. No se trata -señala- de la demostración de verdades lógicas, sino de su aplicación, esto es, de la aplicación de formas válidamente lógicas de argumentos en contextos jurídicos⁴³.

Mostrar que al menos en un caso una justificación concluyente de una decisión puede ser dada a través de un argumento puramente deductivo -continúa- es mostrar concluyentemente que la justificación deductiva es posible, y que a veces tiene lugar. Esto deja abierta la cuestión de si sucede siempre así (que no) y también la relativa a qué formas de razonamiento pueden usarse cuando una justificación puramente deductiva no es posible, o por alguna otra razón no es adoptada por el juez o tribunal⁴⁴.

MacCormick presenta el argumento deductivo a través de la regla *modus ponens* de la lógica proposicional⁴⁵, como sigue:

(A) En cualquier caso, si p entonces q

43. NF. MacCormick (1978), pp. 21-22, 19 y 25.

44. N. MacCormick (1978), p. 37.

45. Hay que señalar que MacCormick emplea la expresión "argumento lógico" para referirse indistintamente a la regla *modus ponens* de la lógica proposicional y a la lógica tradicional silogística. Así, a la vez que utiliza reiteradamente la fórmula "Si p entonces q; p; ∴ q", emplea el término silogismo, premisa mayor y premisa menor. Así, dice: "Todas las premisas mayores implicadas en el argumento, no todas las cuales han sido expresamente afirmadas, son reglas jurídicas respecto de las cuales puede indicarse la autoridad. Las premisas menores son o afirmaciones de "hechos primarios" probados o conclusiones de "hechos secundarios" derivados de los primeros por deducción a través de alguna premisa mayor que es una regla jurídica. ... cada fase del argumento afirma una expresión simbólica del silogismo, indicando que muestra una forma válida", N. MacCormick (1978), p. 29. También p. ej. G. Kalinowki (1964), p. 277-278, utiliza la regla *modus ponens* de la lógica de predicados.

- (B) En el presente caso p
 (C) \therefore , en el presente caso q
 o “Si p entonces, q; p; \therefore q”

Veamos uno de los ejemplos de argumento deductivo que ofrece MacCormick⁴⁶:

(A) En cualquier caso, si los bienes vendidos por una persona a otra tienen defectos que los hacen impropios para su uso propio pero (los defectos) no son aparentes en un examen ordinario, entonces los bienes vendidos no son de cualidad mercantil.

(B) En el presente caso, los bienes vendidos por una persona a otra tienen defectos que los hacen impropios para su uso propio pero no son aparentes en un examen ordinario.

Por tanto (C), En el presente caso, los bienes vendidos no son de cualidad mercantil.

Más tarde, manteniendo en lo sustancial su tesis, modificará el modo de formalización de la lógica de la deducción jurídica, y presentará el argumento deductivo a través de la lógica de predicados⁴⁷. Y ofrece el siguiente ejemplo: “Para todos los ‘x’ y todos los ‘y’; si ‘x’ vende a ‘y’ y si ‘y’ compra de ‘x’ alguna cosa ‘g’, y si ‘g’ es un tipo de bienes, y si ‘x’ es una persona que comercia con bienes del tipo ‘t’, y si ‘t’ es un tipo de bien al cual pertenece ‘g’, entonces el contrato entre ‘x’ e ‘y’ está sujeto a la condición implícita de que ‘g’ es de cualidad mercantil y ‘x’ está obligado a compensar a ‘y’ si ‘g’ no es de cualidad mercantil”⁴⁸.

Además, MacCormick considera que el cumplimiento de los requisitos de la lógica deductiva es un elemento necesario en la justificación jurídica⁴⁹.

46. N. MacCormick (1978), pp. 24-25.

47. Acepta así la crítica de P. White. Es inadecuado -dice MacCormick- usar la lógica proposicional para la formalización de dichos argumentos. Hacerlo así (a través de la lógica proposicional) es omitir algunos de los elementos claves del razonamiento. Se necesita alguna forma de la lógica de predicados. La razón para ello es que las normas jurídicas tienen el carácter de *open hypotheticals*, esto es, emplean hipótesis que son realizables en cualquier ocasión, N. MacCormick (1989), p. 4.

48. N. MacCormick (1989), p. 5.

49. MacCormick señala que, más allá de las diferencias que pueda haber entre los distintos sistemas jurídicos, en la medida en que todos ellos incluyen normas que es obligatorio aplicar en todos los casos a los que aquellas se refieran claramente, el cumplimiento de los requisitos

En principio podría decirse que la decisión judicial se representa mejor a través de la ley *modus ponendo ponens* de la lógica proposicional (o lógica de enunciados)⁵⁰, que a través de cualquiera de las figuras silogísticas. Las ventajas que dicha ley tiene sobre cualquiera de dichas figuras en orden a representar la decisión judicial radican en que las variables de dicha ley pueden ser sustituidas por cualquier cosa, o mejor, por cualquier cosa *siempre que esa cosa sea un enunciado* (esto es, se tiene que tratar de enunciados respecto de los que pueden predicarse los valores de verdad), y si se trata de lógica de predicados teniendo en cuenta la presencia de cuantificadores. La ley *modus ponens* no es más que una forma de inferencia que, afirmando que se da una relación condicional ($p \rightarrow q$) y afirmando (*ponendo*) que se da lo enunciado por el antecedente, deduce y afirma (*ponens*) como verdadero lo enunciado por el consecuente. Este esquema no hace sino desarrollar el sentido del condicional⁵¹.

Ahora bien, creemos que la tesis de MacCormick puede ser objeto de algunas puntualizaciones.

En primer lugar, MacCormick no deja del todo claro el carácter de las variables lógicas, esto es si se trata de normas (no susceptibles de asumir valores de verdad) o de proposiciones normativas. Para ser aplicable la lógica formal tendría que tratarse de las segundas: las variables ocuparían el lugar de proposiciones acerca de la existencia de determinadas normas jurídicas, y sobre la existencia de ciertos hechos. Sin embargo, se refiere a las variables indicando que las premisas mayores del silogismo son normas jurídicas, las premisas menores son "hechos primarios" probados o conclusiones de hechos secundarios (derivados de los primarios deductivamente)⁵². Y caracteriza la inferencia deductiva o, razonamiento deductivo/subsuntivo como sigue: postulas una norma general hipotética, estableces hechos en un caso particular subsumibles en la hipótesis de la norma, y obtienes la conclusión lógica para el caso particular de normas mas hechos⁵³.

de la lógica deductiva es un elemento necesario en la justificación jurídica. Con esto muestra su disconformidad con la opinión de que el sistema anglo-americano de *common law* es en alguna medida menos "lógico" o "deductivo" que cualquier otro sistema de otro lugar, N. MacCormick (1981), p. 108. Sobre la postura de MacCormick cfr. J. R. de Páramo Argüelles (1988), pp. 91-96.

50. A. Deaño (1980), p. 111 y 155 y M. Garrido (1978), pp. 65 y 75.

51. A. Deaño (1985), p. 111.

52. N. MacCormick (1978), p. 29. Cfr. las críticas de A. Wilson (1982) a MacCormick [y la réplica de éste en MacCormick (1982)] y de C.E. Alchourrón y E. Bulygin (1989).

53. N. MacCormick (1989), p. 2.

Su postura es que las *propositions of law* son genuinamente proposicionales y capaces de poseer valor de verdad⁵⁴.

Así, si tanto las premisas como la conclusión tienen un carácter normativo, nos encontraríamos frente al conocido dilema de Jørgensen: o la noción de inferencia y las conectivas proposicionales se caracterizan en términos de verdad y por tanto no hay lógica de normas, o es posible hablar de lógica de normas, pero entonces el concepto de inferencia y de conectivas lógicas no debe ser definido en términos de verdad. Como indican Alchourrón y Bulygin⁵⁵, esto se deriva de que MacCormick asume que los enunciados (*sentences*) que adscriben predicados normativos (tales como "estar obligado", "tener derechos y obligaciones",...) son verdaderas o falsas, pero al mismo tiempo tienen alcance normativo. Esto es consecuencia de la falta de distinción por parte de MacCormick entre normas y proposiciones normativas: los enunciados en los que los predicados normativos (*normatives predicates*) tienen lugar pueden usarse a la vez descriptivamente (para expresar proposiciones normativas) y prescriptivamente (para expresar normas), pero ningún enunciado puede ser usado para describir y prescribir a la vez; por tanto, ningún enunciado puede ser verdadero o falso y al mismo tiempo tener alcance normativo.

Como ha señalado Alchourrón y Bulygin refiriéndose a la justificación de las decisiones judiciales, el principal problema es que, en la medida en que aquellas son normativas no pueden ser justificadas por meros enunciados de hecho. Cuando un juez condena a John a cadena perpetua porque le encuentra culpable de haber matado a Alfred, no sólo afirma un hecho (que John ha cometido asesinato), sino que promulga una prescripción, es decir, una norma con el efecto de que John sea enviado a prisión de por vida. Una proposición normativa que afirma que de acuerdo con el sistema de normas del país el juez tiene la obligación de condenar a aquellos que han cometido asesinato, siendo una mera proposición de hecho, no es suficiente para justificar la prescripción (norma), producida por el juez. De cara a justificar-

54. Escribe MacCormick: "Like Dr. Wilson, I take all my so-called 'propositions of law' to be directly or indirectly 'oughty'. Unlike her, I see this as no obstacle to treating them as genuinely propositional and genuinely capable of possessing truth-value. I do not say, indeed I explicitly deny, that all speech acts concerning such propositions have truth value ..., the legislative act and the judicial enunciation of a ruling were neither true nor false. But if valid as acts in the law, they established rules for the UK legal systems. And within the legal universe of discourse, a statement of the law having as its content a true proposition of law. That legal predicates are normatives predicates does not make them less predicative -it merely signifies that those committed to implementing the systems are committed to taking action in cases to which such predicates apply", N. MacCormick (1982), pp. 289-290.

55. C. E. Alchourrón y E. Bulygin (1989), p. 15.

la el juez debe usar la norma promulgada por el legislador,... el correspondiente artículo del Código Penal⁵⁶.

De otro lado, en la exposición de MacCormick hay una falta de claridad acerca de si su tesis se refiere al proceso de toma de decisión judicial o a la justificación de la misma. Así, si en ocasiones parece dejar clara la cuestión al decir, respecto de la inferencia deductiva, que “Esto no dice ni implica que alguien de hecho toma una decisión ni que presenta una demanda. Decidir es un acto intencional, y los actos intencionales no están de ninguna manera determinados por la lógica”⁵⁷. Sin embargo, hay otros pasajes que inducen a pensar lo contrario; por ejemplo, cuando señala que “Mi argumento en *Legal Reasoning and Legal Theory* está dirigido a mostrar que ... los sistemas jurídicos como sistemas de reglas *se llevan a la práctica* por un proceso de razonamiento esencialmente deductivo”⁵⁸. Y también escribe que “Si esta negación es entendida en sentido estricto, implicando que el *razonamiento jurídico* no es nunca, o no puede ser nunca únicamente deductivo en la forma, entonces la negación es manifiesta y demostrablemente falsa. En ocasiones es posible mostrar concluyentemente que una determinada decisión jurídica *es jurídicamente justificada* a través de un argumento puramente deductivo...”⁵⁹.

Independientemente de las matizaciones que puedan hacerse a la aplicación de la lógica tal y como es expuesta por MacCormick podría sostenerse que la ley *modus ponens* (bien de la lógica de enunciados o de la de predicados) sirve como medio de control *ex post* de la decisión judicial en la vertiente de la justificación interna.

Si bien el planteamiento de MacCormick no agota el tema del papel de la lógica en el razonamiento judicial, podemos decir que muchas veces es en estos términos como se plantea el mismo. Pues bien, creemos que la cuestión no se plantea en términos de si “la lógica” se aplica (en alguna manera) a las decisiones judiciales. Y ello porque: 1º, términos como “lógica”, “inferencia lógica” y similares adoptan en el lenguaje jurídico significados múltiples, y 2º, incluso circunscribiéndonos a la lógica formal, y más concretamente a la lógica de enunciados a la que apela MacCormick, su tesis se limita a la aplicación de una regla (*modus ponens*). El empleo de algún tipo de lógica para el control de la racionalidad de la decisión judicial sería relevante si efectivamente se aplicara dicha lógica, esto es, todas sus

56. C. E. Alchourrón y E. Bulygin (1989), p. 13.

57. N. MacCormick (1989), p. 2.

58. N. MacCormick (1982), p. 287.

59. N. MacCormick (1978), p. 19, cursivas mías.

reglas y sólo ellas. Ahora bien, como sabemos, el razonamiento jurídico es un razonamiento que, al menos parcialmente, está sometido a unas normas jurídicas; y esto da lugar (entre otras cosas) a que en derecho se cumplan leyes (al menos una) que no forman parte de la lógica de enunciados. Veamos un ejemplo.

En la lógica de enunciados de la negación del antecedente de una implicación $[(p \rightarrow q) \wedge \neg p]$ no se sigue nada (ni la afirmación del consecuente ni su negación). Ahora bien, en el terreno jurídico esto no se cumple. En un proceso judicial hay siempre (en base a la prohibición de *non liquet*) una consecuencia que, en caso de que no se dé una de las premisas (en este caso la relativa a parte de la norma aplicable⁶⁰ (porque, por ejemplo, la misma no sea norma válida) será la absolución del procesado o demandado. Por tanto, en derecho sería una inferencia válida: $[(p \rightarrow q) \wedge \neg p] \rightarrow \neg q$ ⁶¹.

4. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión, creemos que merecen destacarse los siguientes puntos:

1) Las razones que han llevado a muchos autores a negar el carácter silogístico de la decisión judicial no han sido razones de tipo lógico (es decir, de la no conformidad de la estructura de las sentencias a alguna de las figuras silogísticas), sino derivadas de las consecuencias que la apelación al silogismo parecía necesariamente implicar.

Estas consecuencias pueden reconducirse a dos. La primera hace referencia a la estructura de la motivación. A través del silogismo la decisión judicial tiende a presentarse no como una cadena intermedia de la decisión final, sino como la única consecuencia posible y correcta de las premisas. La segunda deriva del hecho de que cuanto más se estructura la motivación según el modo deductivo, tanto menos emergen los rasgos esenciales en la justificación de una decisión que se asume no es el resultado automático de una serie de pasos formales; atribuyéndose de esta manera un estatus de certeza y automaticidad a la toma de decisión. Sobre todo, tienden a

60. Si tenemos en cuenta que la mayoría de las veces la "premisa mayor" la componen más de una norma jurídica la negación de dicha premisa puede venir dada del hecho de que una de esas normas sea una norma inválida dentro del sistema jurídico de que se trate (p. ej., por ser inconstitucional, por estar implícitamente derogada por otra norma, por ir en contra de una norma superior del ordenamiento, etc.).

61. Cfr. el ejemplo que ofrece MacCormick (1978), p. 44.

ocultarse los momentos en que se efectúan elecciones interpretativas y la enunciación de los juicios de valor y de apreciaciones subjetivas del juez⁶².

2) De lo expuesto anteriormente tenemos que concluir que la forma más adecuada de representar formalmente (y controlar la validez) de la decisión judicial tomada no es el silogismo sino, *en todo caso*, la regla *modus ponens* de la lógica de enunciados (o de predicados).

Ahora bien, lugar hay que señalar la naturaleza tautológica y la consiguiente ausencia de valor heurístico de las reglas de la lógica de enunciados. Por tanto, dicho modelo lógico hay que entenderlo *únicamente* como justificación interna de la decisión, en otras palabras, como esquema de control de la validez formal de la inferencia (en tanto que es un esquema *lógico*). Esto tiene que ver con el carácter de las reglas de inferencia de la lógica citada. Como señala Mitchell "inferir no es 'dar un paso', sino reconocer que *hay* una implicación ... No podemos *decidir* inferir de proposiciones que creemos verdaderas que es verdadera otra proposición, ... Así, si infiero de acuerdo con el principio del *modus ponens* es porque éste es un principio válido. Solamente se me puede pedir, en un sistema de lógica dado, que no cuenten como pruebas demostraciones hechas de acuerdo con otros principios lógicos válidos"⁶³.

De otro lado, dado el carácter cognoscitivo de las variables del razonamiento teórico, la conclusión es asimismo una proposición cognoscitiva. Pero lo que se establece en una sentencia judicial es una norma de acción, prescriptiva, y por tanto no susceptible de verdad o falsedad. Por tanto, si alguna forma de inferencia se aplica a las decisiones judiciales, ésta no puede en ningún caso servir para dar cuenta del proceso real de toma de decisión (tarea ésta del razonamiento práctico) sino, y a través de la reconstrucción de la inferencia realizada, para controlar *ex post* la validez de la misma.

Además, la aplicación de la regla *modus ponens* presupone que las variables pueden tener valor veritativo. Pues bien, en el caso del contenido de las variables de una decisión judicial (entendidas no como normas sino como proposiciones normativas) la presencia de este requisito puede, al menos, ser dudosa. Las proposiciones normativas, principalmente las relativas a las normas aplicables, implican frecuentemente el empleo de

62. Cfr. M. Taruffo (1975), pp. 159-161.

63. D. Mitchell (1974) pp. 62-63. Y Deaño se refiere a las leyes de la lógica de enunciados como tautologías en el sentido de que en ellas la conclusión no hace sino decir de otro modo lo que ya está dicho en las premisas, A. Deaño (1985), p. 235.

criterios que van más allá del marco legal (porque éste no soluciona todos los casos de lagunas, contradicciones e indeterminaciones lingüísticas). Esto hace que éstas tengan carácter valorativo y no cognoscitivo, lo que les excluye (al menos parcialmente) del tratamiento lógico⁶⁴.

Para terminar, sirvan las palabras de Guastini (que nosotros aplicaríamos a la regla *modus ponendo ponens*): “Se puede decir, como MacCormick dice: ‘realizada la interpretación, realizada además la convalidación (o juicio de validez de las normas) el juez realiza una inferencia lógica’; Pero esto, aunque es sostenible, suena ahora ya francamente irrelevante. *La teoría del silogismo judicial, reducida así entre límites estrechísimos, pierde todo interés*”⁶⁵.

3) La apelación al silogismo judicial cumple (en la mayoría de los casos) lo que Soeteman acertadamente ha llamado la *alibi-function* (función de coartada) de la lógica.

Si el resultado no atractivo, dado por ejemplo un particular texto jurídico, es presentado sin embargo como lógicamente obligatorio (y por tanto como inevitable) -señala Soeteman- entonces se está cometiendo un error de razonamiento. En casos como éste hablo de *alibi-function* de la lógica. *Alibi* puede ser descrita como una “justificación falaz”. La justificación parece ser válida sólo si el carácter contestable (al menos desde un punto de vista lógico) de ciertas premisas o de interpretaciones de juicios (normativos) es injustamente desconocida. En este caso la compulsión lógica del argumento, que sólo puede tener la condición de una correcta interpretación de los juicios concernidos, se considera incondicional. Esto significa que el argumento es considerado (injustamente) como válido en un sentido absoluto, y que la conclusión se presenta (injustamente) como lógicamente obligatoria, o por lo menos como lógicamente obligatoria en un particular texto. De esta forma la lógica recibe una autoridad que no merece⁶⁶.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AARNIO, Aulis (1977): *On Legal Reasoning*, Annales Universitatis Turkuensis, Loima.

64. Cfr. A. Guastini (1981), pp. 202-203, y A. Ross (1982), pp. 95-96.

65. R. Guastini (1981), p. 201, cursivas mías.

66. A. Soeteman (1989), pp. 229-230.

- (1987): "La teoria dell'argomentazione. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica", en P. Comanducci-R. Guastini (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, pp. 211-242.
- (1987-1988): "On Legal Reasoning as Practical Reasoning", en *THEORIA* (seg. época), nº 7-8-9, pp. 97-107.
- AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander (1981): "The Foundation of Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, nº 12, pp. 133-158, 257-279, 423-448.
- (1983): "Grundlagen der juristischen Argumentation", en W. Krawietz (ed.) *Metatheorie juristischer Argumentation*, Kunker & Humbolt, Berlin, pp. 9-87.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos (1989): "En torno a la lógica del último Kelsen", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. VI, pp. 313-337.
- ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio (1981): "The expressive conception of norms", en R. Hilipen (ed.) *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, D. Reidel, pp. 95-124.
- (1989): "Limits of Logic and legal Reasoning" (no publicado).
- ALCHOURRON, Carlos E.; MARTINO, Antonio A. (1987-88): "Lógica sin verdad", en *THEORIA* (segunda época), nº 7-8-9, pp. 7-43.
- ALEXY, Robert (1988): "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", en E. Garzón Valdés (comp.) *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas, 2ª ed., pp. 43-57.
- (1989): *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford. Hay traducción en español de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ARISTÓTELES, (1987): "Primeros Analíticos", en *Tratados de Lógica*, Porrúa, México, pp. 65-153.
- BOBBIO, Norberto (1989): "Sul ragionamento dei giuristi", en P. Comanducci-R. Guastini (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico*, Vol. II, G. Giappichelli, Torino, pp. 161-179.
- BOCHENSKI, I. M. (1976): *Historia de la lógica formal*, Gredos, Madrid (1ª reimpr.), (trad. de M. Bravo Lozano).
- CUETO-RUA, Julio C. (1981): *Judicials Methods of Interpretation of the Law*, Paul M. Herbert Law Center, Louisiana State University, Louisiana.
- COPI, Irving, M. (1974): *Introducción a la lógica*, EUDEBA, Buenos Aires.
- DEAÑO, Alfredo (1980): *Las concepciones de la lógica*, Taurus, Madrid.
- (1985): *Introducción a la lógica formal*, Alianza, Madrid (5ª ed.).
- ENGISCH, Karl (1960): *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Zweite Aufl. Heilderberg.
- (1970) *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano.
- FERRATER MORA, José (1965): Voces "Modo" y "Silogismo", en *Diccionario de Filosofía*, Ed. Suramericana, Buenos Aires, Vols. I y II (5ª ed.), pp. 217-219 y 668-672.

- FERRATER MORA, José; LEBLANC, Hugues (1970): *Lógica Matemática*, F. C. E., México (3ª reimp.).
- FORIERS, Paul (1961): "Introduction au droit de la preuve", en Ch. Perelman-P. Foriers (eds.) *La preuve en droit*, Bluylant, Bruxelles, pp. 7-26.
- FRANK, Jerome N. (1930): *Law and the Modern Mind*, Coward-Mc. Cann, New York.
- GARCÍA AMADO, José Antonio (1988): *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1977): *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México (2ª ed. revisada).
- GARRIDO, Manuel (1978), *Lógica simbólica*, Tecnos, Madrid.
- GOTTLIEB, Gidon (1968): *The Logic of Choice. An Investigation of the Concept of Rule and Rationality*, George & Allen Unwin Ltd., London.
- GUASTINI, Ricardo (1981): "In tema di ragionamento giudiziario", en *Materiali per una Storia Della Cultura Giuridica*, nº 11, pp. 199-203.
- HAACK, Susan (1982): *Filosofía de las lógicas*, Cátedra, Madrid (trad. de A. Antón).
- HART, H. L. A. (1962): "El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral", en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, pp. 1-64 (trad. de G. R. Carrió).
- JENSEN, O. C. (1957): *The Nature of Legal Argument*, Basil Blackwell, Oxford.
- JØRGENSEN, Jorgen (1937-38): "Imperatives and Logic", en *Erkenntnis*, VII, pp. 288-296.
- KALINOWSKI, Georges (1964): "Le syllogisme d'application du droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, T. IX, pp. 273-285.
- KELSEN, Hans (1980): "Diritto e logica", en R. Guastini (a cura di) *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, pp. 173-195.
- (1985): *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino (trad. M. Torre).
- KLUG, Ulrich (1984): *Juristische Logik*, Springer, Berlín (4ª ed.).
- KNEALE, William y Martha (1972): *El desarrollo de la lógica*, Tecnos, Madrid (trad. de J. Muguerza).
- LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del derecho*. Ariel, Barcelona (trad. E. Gimberanrt).
- LUKASIEWICZ, Jan (1977): *La silogística de Aristóteles*, Tecnos, Madrid (trad. de J. Fernández Robles).
- MACCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- (1981): "The Artificial Reason and Judgement of Law", *Rechtstheorie*, Beheft 2, pp. 105-120.
- (1982): "The Nature of Legal Reasoning: a Brief Reply to Dr. Wilson", en *Legal Studies*, Nº 2, pp. 286-290.
- (1989): "Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems" (no publicado).

- MITCHELL, David (1974): *Introducción a la lógica*, Labor, Barcelona, 3ª ed. (trad. de J. C. García Borrón).
- PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de (1988): "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, enero-abril, pp. 89-119.
- PERELMAN, Chaïm (1961): "La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien", en *Dialectica*, 16, pp. 601-610.
- (1963): *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, The Humanities Press, New York.
- RAZ, Joseph (1986: "Introducción", en J. Raz (comp.) *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 7-39.
- ROSS, Alf (1970): *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires (trad. de G. R. Carrió (2ª ed.).
- (1982): "Imperativi e logica", en A. Ross *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Il Mulino, Bologna, pp. 73-96.
- SACRISTÁN, Manuel (1976): *Introducción a la lógica y al análisis formal*, Ariel, Barcelona-Caracas-México (3ª reimpr.).
- SOETEMAN, Arend (1989): *Logic y Law. Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London.
- TAMMELO, Ilmar (1969): *Outlines of Modern Legal Logic*, Springere, Viena-New York.
- TARUFFO, Michelle (1975): *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova.
- (1989): "La giustificazione delle decisioni fondate su standards", en P. Comanducci-R. Guastini (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico*, G. Giapichelli, Torino, Vol. II, pp. 311-343.
- WASSERSTROM, Richard A. (1978): *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford, California.
- WILSON, Alida (1982): "The Nature of Legal Reasoning: a Commentary with Special Reference to Professor MacCormick's Theory", en *Legal Studies*, nº 2, pp. 269-285.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1970): *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid.
- (1983 a): "Practical Inference", en G. H. von Wright *Practical Reason. Philosophical Papers*, Vol. I, Basil Blackwell, Oxford, pp. 1-17.
- (1983 b): "Explanation and Understanding of Action", en G. H. von Wright en *Practical reason. Philosophical Papers*, Vol. I, Basil Blackwell, Oxford (1983), pp. 53-66.
- (1987): *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid.
- WROBLEWSKI, Jerzy (1974): "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, nº 1, pp. 33-46.
- (1986): "Livelli di giustificazione delle decisione giuridiche", en L. Gianformaggio-E. Lecaldano (a cura di) *Etica e Diritto*, Gius Laterza & Fligi, Roma-Bari, pp. 203-226.

Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas

Por CARLOS ALARCON CABRERA

Sevilla

1. "CONSTITUTIVE RULES" EN SEARLE

1.1. El concepto y sus precedentes

¿Cómo puede un peón en octava fila convertirse en una dama? ¿Cómo puede una promesa crear una obligación? ¿Cómo puede el hecho natural de mover la mano conllevar una indemnización a favor de aquél a quien ese movimiento físico produce un perjuicio? En el planteamiento de estas cuestiones se deben encontrar las causas del surgimiento de la noción de "regla constitutiva", al menos conforme al significado que Searle dio a la misma en "How to Derive 'Ought' from 'Is'" (1964) y en "Speech Acts" (1969). Basándose en la distinción kantiana entre "principios regulativos" y "principios constitutivos", Searle habla de "reglas regulativas" ("regulative rules") y de "reglas constitutivas" ("constitutive rules")¹. Las "reglas regulativas" regulan formas de conducta existentes antecedente o independientemente de dichas reglas. Las "reglas constitutivas" crean o definen nuevas formas de conducta, "constituyen" una actividad cuya existencia es dependiente, desde un punto de vista lógico, de las reglas. Por ejemplo, las reglas de un juego crean por sí mismas la posibilidad de jugarlo, en cuanto que la actividad lúdica está constituida por la actuación de acuerdo con las reglas apropiadas. Searle precisa que con la expresión "actuación de acuerdo con las reglas" ("acting in accordance with the rules") no sólo alude a las

1. John R. SEARLE, *How to derive "ought" from "is"*, *The Philosophical Review*, n° 73 (1964), pp. 43 a 58. Reimpreso en el vol. *The is/ought question*, edición a cargo de W. D. Hudson, MacMillan Press, Londres, 1983, pp. 120 a 134. (véase p. 132).

reglas que establecen las posibilidades de actuación “en el juego” (“playing”), sino también a las reglas que clarifican el “objetivo del juego” (“aim of the game”)².

Resulta curioso que Alf Ross no conociera esta distinción, tal como él mismo aclaró en una nota al margen, cuando escribió “Directives and Norms”. Entonces, Ross también habló de reglas regulativas y de reglas constitutivas en el mismo sentido que Searle. Las reglas regulativas prescriben cómo tienen que comportarse sus destinatarios. Las reglas constitutivas, en sentido amplio, también prescriben cómo tienen que comportarse sus destinatarios, pero las relaciones entre las reglas y las respectivas actividades a las que se refieren son diferentes. En el primer caso las actividades son “naturales”, es decir, “su ejecución es independiente lógicamente de las reglas”, a las que además anteceden. En el segundo caso la actividad no es “natural”, sino que se realiza mediante acciones que deben estar de acuerdo con las reglas y que carecen de significado fuera de ese contexto. Las reglas constitutivas definen la actividad sobre la que versan como institución, y “proporcionan las condiciones necesarias lógicamente para realizar esa actividad como tal institución”³.

Una última mención puede ayudar a analizar el origen de las “reglas constitutivas” de Searle. También Von Wright, en “Norm and Action”, define las “reglas de un juego” como aquéllas que determinan los movimientos o patrones conforme a los que se desarrolla el juego, y, por ello mismo, determinan también el juego en sí mismo y la actividad de jugarlo⁴.

1.2. Una formulación “standard” de las reglas constitutivas

Las reglas constitutivas poseen, para Searle, una naturaleza “cuasi-tautológica”, y, así, el hecho de que puedan enunciarse analíticamente demuestra precisamente que sean constitutivas. Mientras que las reglas regulativas podrían parafrasearse a través de las fórmulas “Haz X” o “Si Y, haz X”, las reglas constitutivas se formularían “X cuenta como Y”, “X tiene el valor de Y”, “X tiene el sentido de Y” (“X counts as Y”) o “X

2. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969, pp. 33 y 34.

3. Alf ROSS, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968. Existe trad. cast.: *Lógica de las normas*, trad. de José S.-P. Hierro, Tecnos, 1971 (Véanse pp. 57 y 58).

4. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963. Existe trad. cast.: *Norma y Acción*, trad. de P. García Ferrero, Tecnos, 1970 (Véanse pp. 57 y 58).

cuenta como Y en el contexto C”, “X tiene el valor de Y en el contexto C”, “X tiene el sentido de Y en el contexto C” (“X counts as Y in context C”)⁵. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto Conte, la apariencia sintáctica de una regla constitutiva no debe confundirnos acerca de la identificación de cada una de sus partes dentro de la fórmula “X counts as Y”. En la regla constitutiva que Searle estudia preferentemente -“Prometer es asumir una obligación” - “prometer” (X) cuenta como “asumir una obligación” (Y), “prometer” (X) tiene el valor de “asumir una obligación” (Y). Pero en la regla constitutiva “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 1º) Organización de sus instituciones de autogobierno. 2º) Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio...” (art. 148.1 de la Constitución Española) no se habla de valor o sentido de las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, de lo que cuentan, sino del valor o sentido de la organización de sus instituciones de autogobierno, de las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio,... (X), que cuentan como competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas (Y). De hecho, este precepto podría reformularse así: “La organización de sus instituciones de autogobierno, las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio... son las materias cuyas competencias podrán asumir las Comunidades Autónomas”⁶.

1.3. “Brute facts”. “Institutional facts”. La falacia de “la falacia naturalista”

Del mismo modo que Ross dividió las “actividades” en “no naturales” y “naturales”, Searle distingue entre “hechos institucionales” y “hechos brutos”, según su existencia presuponga o no la existencia de determinadas instituciones. Así, por ejemplo, sólo en virtud de que existe la institución de la sucesión tiene valor un pedazo de papel firmado por el testador y, al menos en cierto sentido, sólo en virtud de que existe la institución teórica del lenguaje podemos interpretar las frases escritas en un testamento. Cada institución es un sistema de reglas constitutivas y cada hecho institucional se basa en una o más reglas constitutivas de una institución⁷.

5. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 34 y ss.

6. Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, vol. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Estudios dedicados a Norberto Bobbio, edición a cargo de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, pp. 28 y 29.

7. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 50 a 53.

Si nos atenemos a la institución de la promesa debemos aceptar, según Searle, que del simple hecho según el cual una persona pronuncia ciertas palabras podemos deducir el hecho institucional según el cual esa persona tiene una obligación. Mediante la referencia a la institución de la promesa y, en concreto, a la regla constitutiva por la cual "Prometer es asumir una obligación", generamos hechos institucionales. Del "ser" deducimos el "deber ser"⁸.

2. TEORÍA DE LAS REGLAS CONSTITUTIVAS

2.1. Concepto y características fundamentales

2.1.1. "Regole costitutive" en Conte

Conte define las reglas constitutivas ("regole eidetico-costitutive"⁹) como las reglas que "son el 'prius' de aquello sobre lo que versan en el triple sentido de que de ello son condición (eidética) de concebibilidad, condición (aléthica) de posibilidad y condición (noética) de perceptibilidad". No versan sobre actos, situaciones o entidades cronológicamente preexistentes ni ontológicamente independientes, sino que en sí mismas constituyen la actividad sobre la que versan y, en ella, su praxis¹⁰.

Conte denomina a las unidades de praxis constituidas por reglas constitutivas "praxemas". Un subconjunto de los praxemas son los "pragmemas", los "tipos" ("types") de actos constituidos por reglas constitutivas, distintos de las "réplicas" ("tokens") singulares de esos tipos. Así, en el juego del ajedrez, el alfil es un praxema en cuanto "type" distinto de los alfiles ("tokens") individuales. Los "tokens" del alfil están localizados espacialmente (por ejemplo, el alfil negro que se mueve por las casillas blancas de mi juego de ajedrez indio), mientras que el alfil como

8. John R. SEARLE? *How to derive "ought" from "is"*, cit., p. 131.

9. Dejamos para el próximo epígrafe la distinción entre las "reglas constitutivas" y las "reglas eidético-constitutivas".

10. Amedeo G. CONTE, *Eidos. An Essay on Constitutive Rules*, vol. *Normative Structures of the Social World*, edición a cargo de G. di Bernardo, Rodopi, Amsterdam, 1988, p. 252. También *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, cit., pp. 23 y 24.

“type” no está localizado espacialmente, no tiene un lugar espacial, sino que “es” un “lugar deóntico”¹¹.

Junto a esta definición ontológica, Conte ofrece una definición semiótica: “Las reglas constitutivas son aquéllas que determinan la ‘connotación’ de los términos que designan los praxemas regulados por las reglas”. Praxemas como las piezas, los pragmemas o las situaciones del juego son designados, respectivamente, por términos como “alfil”, “enroque” o “jaque”, cuya connotación está determinada por las reglas constitutivas del ajedrez¹².

2.1.2. Características

a) En contraste con la significación común del término “regla”, se invierte la relación entre ésta y aquello que regula. Las reglas constitutivas no son posteriores a las situaciones reguladas y, lo que es más destacable, no derivan lógicamente de la experiencia de las acciones que se realizan conforme a ellas, ya que precisamente son condiciones de posibilidad de esa misma experiencia. Si muevo mi alfil blanco de forma que doy jaque al rey negro, no estoy ante un “token” del “type” jaque si no realizo la acción en el contexto de las reglas constitutivas del jaque en el ajedrez. En palabras de Conte, “es sólo por medio de las reglas que un ‘token’ de un ‘type’ constituido por las reglas puede percibirse como ‘instantiation’ (‘realización paradigmática’) del propio ‘type’”¹³.

b) Las reglas constitutivas no pueden ser antinómicas. Al contrario de lo que ocurre con otras reglas de diferente naturaleza, una regla constitutiva no puede prohibir lo que otra permite ni obligar a lo que otra faculta. Esto es así porque, volviendo a usar la expresión de Conte, el objeto de las reglas constitutivas es su “lugar deóntico”. Las reglas constitutivas “El defensor del pueblo se ocupará de la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos” y “El defensor del pueblo no se ocupará de la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos” no son contradictorias. Simplemen-

11. Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n° 63, 1966, pp. 36 a 40. Conte explica que para construir el concepto de “lugar deóntico” (“luogo deontico”) se inspiró en un pasaje de la obra de Wittgenstein “The Blue and Brown Books”: “It is though we looked for the place of the king of which the rules of chess treat, as opposed to the places of the various bits of wood, of the kings of the various sets” (“Es como si buscáramos el lugar que ocupa el rey del que hablan las reglas del ajedrez, en oposición al lugar que ocupan los trozos de madera que representan los reyes de cada juego de ajedrez concreto”).

12. Amedeo G. CONTE, *Eidos. An Essay on Constitutive Rules*, cit., p. 252.

13. Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., pp. 52 y 53.

te ocurre que, si las dos reglas son constitutivas, términos como “defensor”, “pueblo” o “defensa” tienen un sentido diferente en cada una de ellas¹⁴.

c) Las reglas constitutivas no son susceptibles de incumplimiento. Como se deduce de la indicación de Searle¹⁵, si yo muevo el peón en diagonal o si doy jaque mate amenazando a la dama en vez de amenazar al rey, no violo las reglas constitutivas del ajedrez, sino que me limito a mover las piezas al margen del juego del ajedrez. Igualmente, si yo reúno en mi casa a mis amigos y elaboramos normas para todo el país, no estamos violando la Constitución, sino que simplemente realizamos actos que nada tienen que ver con la “institución” de la Constitución. Ya Von Wright había señalado que es un requisito lógico de las reglas constitutivas que sea posible cumplirlas, pues en caso contrario el “juego” - ajedrez, ordenamiento jurídico,... - se “derrumbaría”¹⁶. Para Ross, las reglas constitutivas, al definir aquello sobre lo que versan, son inviolables; pero, como advierte Guastini, la inviolabilidad de las reglas constitutivas, tal como la entiende Ross, no es ontológica sino semántica: no es ontológicamente imposible realizar un acto que suponga el incumplimiento de una regla constitutiva, pero cuando se realiza no es semánticamente apropiado hablar de violación¹⁷.

2.2. Reglas eidético-constitutivas, reglas thético-constitutivas, reglas noético-constitutivas

La definición ontológica de las reglas constitutivas ofrecida por Conte es una definición en términos de condición. En cuanto que las reglas constitutivas (las “constitutive rules” de Searle) son condiciones eidéticas de pensabilidad de aquello sobre lo que versan, Conte prefiere llamarlas “reglas eidético-constitutivas” (“regole eidetico-costitutive”). Quedan así diferenciadas de las “norme costitutive” de Carcaterra, reglas que “ponen por sí mismas el estado de cosas sobre el que versan”. Estas son constitutivas en un sentido diferente al de las reglas eidético-constitutivas: en el sentido de que son “constitución, posición de aquello sobre lo que versan”.

14. Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva. Condizione. Antinomia*, cit., pp. 33 a 35.

15. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., p. 41.

16. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., pp. 103 y ss. (en la trad. cit. *Norma y Acción*, pp. 128 y ss.).

17. Alf ROSS, *Lógica de las normas*, cit., pp. 54 y ss.; Riccardo GUASTINI, *Teorie delle regole costitutive*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n° 60, 1983, pp. 560 y ss.

Son las reglas - que sólo impropriadamente pueden llamarse constitutivas - "thético-constitutivas"¹⁸.

En el caso de las reglas thético-constitutivas la condición en la que se apoyan es una condición suficiente. Las reglas thético-constitutivas son condición suficiente de aquello sobre lo que versan. La regla "Las personas físicas que residan en España más de 183 días al año se considerarán españolas a los efectos de su obligación tributaria derivada del Impuesto de la Renta" es thético-constitutiva porque pone por sí misma, constituye, el estado de cosas sobre el que versa. Residir en España más de 183 días al año es una condición suficiente, aunque no tiene por qué ser necesaria, para que una persona física esté sometida a la obligación tributaria derivada del Impuesto de la Renta.

En cuanto a las reglas eidético-constitutivas, son -siguiendo a Conte ("Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia" 1983)- "individualmente condición necesaria, y conjuntamente condición suficiente y necesaria de aquello sobre lo que versan". Posteriormente aclara que, propiadamente, las reglas eidético-constitutivas sólo pueden considerarse "condición necesaria y suficiente" de aquello sobre lo que versan, pues sólo por metonimia se puede afirmar que una regla es eidético-constitutiva. Conte atribuye implícitamente a Searle la tesis, originaria de Wittgenstein, según la cual la constitutividad eidética no puede referirse a reglas aisladas, sino a sistemas o conjuntos de reglas¹⁹.

De esta manera, Conte no distingue entre las reglas constitutivas que son condición necesaria de aquello sobre lo que versan y las reglas constitutivas que son condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan, pues parte de que son las mismas entidades contempladas desde diversos puntos de vista. Parece que esta posición viene motivada por una parcial interpretación de las tesis de Searle. Searle, como muy bien ha puesto de relieve Guastini, no dio un único concepto de regla constitutiva. Por una parte, habla de reglas constitutivas como aquellas que "constituyen una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas"; es decir, las reglas constitutivas condicionan la existencia de la actividad a la que se refieren. Pero por otra parte habla de reglas constitutivas como aquellas que pueden formalizarse así: "X counts as Y" o "X counts as Y

18. Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, cit., p. 25.

19. "Cuestionarse si una regla es eidético-constitutiva es tan impropio como preguntar por el ruido que se hace al aplaudir con una sola mano" (Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva, condizione, Antinomia*, cit., pp. 29 y 30).

in context C”²⁰. Conte se centra en el primer sentido de constitutividad para construir su concepto de reglas eidético-constitutivas, pero en el segundo sólo se fija a la hora de realizar su estudio tipológico. Y mientras en el primer sentido la constitutividad se refiere forzosamente a un conjunto de reglas, en el segundo sentido las fórmulas “X counts as Y” o “X counts as Y in context C” pueden también referirse a reglas individuales. Como señala Searle, en el caso de reglas como “cada equipo se compondrá de cinco jugadores” no se puede hablar propiamente de constitutividad salvo si la regla se interpreta como un fragmento de una regla constitutiva general que englobaría todas las reglas del baloncesto. Esa regla constitutiva sí sería condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versara. Pero, asimismo, puede haber reglas individuales estructuradas conforme al modelo “X counts as Y” o “X counts as Y in context C”, como la propia regla “Prometer es asumir una obligación”, que es en sí misma constitutiva sin tener que remitirse al sistema normativo del que forma parte. La regla constitutiva “Prometer es asumir una obligación” es condición necesaria, aunque no tiene por qué ser condición suficiente, de aquello sobre lo que versa²¹.

Por lo tanto, si una regla singular puede en sí misma ser constitutiva, no debe identificarse su constitutividad con la de un conjunto sistemático de reglas. Como consecuencia, la constitutividad no se puede definir simultáneamente en términos de condición necesaria -en el caso de las reglas individuales- y en términos de condición suficiente y necesaria- en el caso de sistemas de reglas. Junto a las reglas eidético-constitutivas, reglas que son condición necesaria de aquello sobre lo que versan, coexisten, además de las reglas thético-constitutivas -reglas que son condición suficiente de aquello sobre lo que versan-, las reglas noético-constitutivas, reglas que son condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan. La constitutividad de las reglas, expresada en términos ontológicos, se desmembra así en tres especies de reglas constitutivas diferenciadas según el tipo de condición que las define.

20. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 34 y 35; Riccardo GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, vol. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Estudios dedicados a Norberto Bobbio, edición a cargo de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, pp. 165 a 168.

21. John R. SEARLE, *Speech acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., p. 36.

2.3. Reglas constitutivas ónticas, reglas constitutivas deónticas

Observemos estas dos reglas constitutivas: a) “El Senado es la Cámara de representación territorial” (art. 69.1 de la Constitución Española); b) “El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara” (art. 69.6 de la Constitución Española). Ambas son sintácticamente descriptivas, pero mientras que la primera es una regla constitutiva óntica, la segunda es una regla constitutiva deóntica formulada en términos descriptivos. El primer apartado del art. 69 define; el sexto preceptúa. De hecho, éste podría igualmente formularse así: “El senado *debe ser* elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores *debe* terminar cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara”.

Esta distinción fundamental entre reglas constitutivas ónticas y reglas constitutivas deónticas conlleva una importante consecuencia en relación con el concepto de regla constitutiva. Como apunta Conte, la relación de condición necesaria entre la regla y lo regulado es diferente en un caso y en otro. La relación de condición necesaria entre una regla constitutiva óntica y aquello sobre lo que versa es simple (la relación de condición necesaria entre el art. 69.1 y la consideración del Senado como Cámara de representación territorial es simple). La relación de condición necesaria entre una regla constitutiva deóntica y aquello sobre lo que versa es doble: en primer lugar, una regla constitutiva deóntica es condición necesaria del “type” de los pragmemas a los que se refiere, ya que los pragmemas como “types” son los “lugares deónticos” de sus reglas constitutivas; en segundo lugar, la conformidad con una regla constitutiva deóntica es condición necesaria para la existencia de un “token” de ese “type” (el art. 69.6 es condición necesaria de la limitación temporal de su mandato (“type”))²².

Existe una última heterogeneidad que destacar en relación con las reglas constitutivas deónticas. Pensemos en el art. 143.1 de la Constitución Española, que impone a los territorios que deseen constituir una Comunidad Autónoma la conformidad con el Título VIII de la Constitución y con sus respectivos Estatutos: “... las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos”. Esta norma forma parte de un tipo de reglas que, como señala Conte, prescriben “formas de acción”, estructuran “el eje paradigmático” del sistema normativo, ya que determinan

22. Amedeo G. Conte, *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, cit., pp. 30 y 31.

paradigmas de posibilidad al establecer posibles actuaciones correctas de los destinatarios de las reglas. Por el contrario, el art. 69.6 no prescribe “formas de acción”, sino “normas de acción”, no determina paradigmas de posibilidad sino que “ordena una determinada prosecución del juego”, estipula un modo de actuación concreto por parte de los destinatarios de las reglas. A estos dos tipos de reglas constitutivas, que bien podrían llamarse, respectivamente, relativas y absolutas, condicionales e incondicionales, o incluso hipotéticas y categóricas, se les conoce, en el contexto de la teoría de las reglas constitutivas, como reglas paradigmáticas y reglas sintagmáticas²³.

2.4. La “Norma Fundamental” del ordenamiento como regla constitutiva

¿Es la “Norma Fundamental” de un ordenamiento una regla constitutiva? ¿Crea o define nuevas formas de conducta, “constituye” una actividad cuya existencia es dependiente, desde el punto de vista lógico, de la propia regla? ¿Es condición de aquello sobre lo que versa? Analizando el pensamiento de Kelsen parece que podemos responder afirmativamente. Esta conclusión se puede desprender de “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts” (1920), “Reine Rechtslehre” (1ª ed., 1934) y “Reine Rechtslehre” (2ª ed., 1960).

En “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts” Kelsen, como ha recordado Carrino, considera la Norma Fundamental como idea “originaria” o “hipotética” -en el sentido específicamente gnoseológico de la filosofía de Cohen- que “constituye”, produce, su específico objeto de conocimiento²⁴. Es el presupuesto jurídico fundamental del que se deduce todo el ordenamiento jurídico positivo. En palabras de Kelsen, “este presupuesto jurídico, este punto de partida, esta norma originaria que llamo constitución en sentido lógico-jurídico -en cuanto que determina los órganos supremos del Estado, las fuentes jurídicas supremas- desarrolla plenamente la función de hipótesis fundamental”. Esto no significa que todas las normas jurídicas vienen presupuestas materialmente, sino que “la norma originaria hipotética es (sólo) una suprema regla de producción... El deber jurídico se llena gradualmente de contenido mediante el hecho empírico de las deliberaciones legislativas o las órdenes del monarca, mediante los actos judiciales, mediante las decisiones u ordenanzas de las autoridades adminis-

23. Ibid, pp. 26 y 27.

24. Agostino CARRINO, *Il tramonto della sovranità*, también publicado como presentación a la obra de H. KELSEN *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, edición a cargo suya, Giuffrè, Milán, 1989, pp. 14 y ss.

trativas. El contenido de un ser se convierte así en contenido de un deber ser". La Norma Fundamental "no es puesta ni creada consuetudinariamente, sino que ella misma constituye el presupuesto de la normatividad y la costumbre como fuentes del derecho"²⁵.

También en la primera edición de la "Reine Rechtslehre" Kelsen insistirá en que "una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad"²⁶. Sólo la hipótesis de una Norma Fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos, ya que la Norma Fundamental no es "puesta", sino "supuesta". Todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos "sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental"²⁷. Kelsen incidirá en esta idea al señalar en la segunda edición de la "Teoría pura del Derecho" que "sólo presuponiendo la norma fundamental es posible interpretar el sentido subjetivo del acto constituyente y de los actos estatuidos conforme a la constitución en sentido objetivo; es decir, como norma jurídica objetivamente válida", de cuya interpretación es la propia Norma Fundamental "condición lógico-trascendental"²⁸.

Es precisamente la noción de Norma Fundamental como "condición lógico-trascendental de pensabilidad" de los fenómenos normativos la que debe servir, a juicio de Conte, para acabar con los enigmas que rodean el concepto de "Norma Fundamental". Conte resalta que la Norma Fundamental es la regla constitutiva del ordenamiento, pero no en el sentido de que origina diacrónicamente la validez normativa, sino en el sentido de que origina sincrónicamente cada juicio de validez normativa ("la 'Grundnorm' è non (diacronica) origina della 'validità', ma (sincronica) 'origo' d'ogni 'guidizio di validità'")²⁹.

25. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mogh, Tubinga, 1928, pp. 91 y ss. y nota 8 del capítulo IV. En la trad. italiana cit. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, pp. 141 y ss. y misma nota.

26. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Viena, 1934. Cito por la trad. cast. de M. Nilve *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 135.

27. *Ibid.*, pp. 138 y ss.

28. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Deuticke, Viena, 1960, pp. 204 y ss. Utilizo la trad. italiana de M. Losano *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966 (pp. 227 y ss.).

29. Amedeo G. Conte, *Fenomeni di fenomeni*, cit., p. 56 y nota 43.

Aunque Conte habla de Norma Fundamental como regla eidético-constitutiva, la Norma Fundamental no es sólo condición necesaria de aquello sobre lo que versa; es de ello la única condición necesaria, es condición necesaria y suficiente. En efecto, Conte utiliza la noción de regla eidético-constitutiva, como hemos visto antes, para aludir a las reglas que son “separadamente” condición necesaria y “conjuntamente” condición necesaria y suficiente de la praxis a la que se refieren. Habría que precisar que, propiamente, la Norma Fundamental es una regla noética-constitutiva, como de hecho el mismo Conte, en un reciente trabajo, ha aceptado al señalar que en un ordenamiento “la validez sintáctica queda relativizada a aquella regla noética-constitutiva llamada Norma Fundamental”³⁰.

3. REGLAS ANANCÁSTICO-CONSTITUTIVAS

3.1. Concepto, caracteres y tipos

La expresión “regla anancástico-constitutiva” ha sido propuesta por Amedeo Conte para designar las reglas que instauran una relación de condición necesaria; es decir, que “ponen” una condición necesaria para que un acto o circunstancia posea un determinado valor. Mientras que las reglas eidético-constitutivas *son* condiciones necesarias de las actividades sobre las que versan (“X cuenta como Y”, “X tiene el valor de Y”), las reglas anancástico-constitutivas *ponen* condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea un determinado valor (“X debe ser N para contar como Y”, “X debe ser N para tener el valor de Y”). Desde un punto de vista semiótico, las reglas eidético-constitutivas determinan la “connotación” de los términos que designan la praxis constituida por ellas y sus praxemas; en concreto, determinan la connotación de los “praxeónimos” (“nomina actionis”) que designan los pragmemas de la praxis que constituyen. Las reglas anancástico-constitutivas no determinan, sino que presuponen la connotación de los términos que designa la praxis; es decir, establecen su

30. Conte resume con una frase de Kant todo lo que puede dar de sí el estudio de la noción de Norma Fundamental desde la perspectiva de la teoría de las reglas constitutivas: “die Vernunft nur das einsieht, was sie selbst nach ihrem Entwurfe hervorbringt” (“la razón ve sólo aquello que ella misma, según su propio diseño, produce”) (Amedeo G. CONTE, *Minima Deontica*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n° 65, 1988, nota 15).

denotación al poner condiciones necesarias de validez de las entidades designadas por estos términos³¹.

Las reglas anancástico-constitutivas, en cuanto que ponen condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea determinado valor, ponen también condiciones suficientes para que el mismo acto o circunstancia no posea ese valor; es decir, al establecer condiciones necesarias de validez, establecen también condiciones suficientes de invalidez. Contempladas desde este punto de vista es más fácil delimitar las reglas anancástico-constitutivas de aquéllas que sólo lo son en apariencia. Así, el art. 1280, 3º del Código civil español (“Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones”) es una regla anancástico-constitutiva porque exige una condición para que un acto posea un determinado valor y porque es suficiente que no se cumpla esa condición para que el mismo acto no posea ese valor. Pensemos, sin embargo, en la siguiente norma: “Los contratos pueden ser *anulados*, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que posean alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley. La acción de nulidad sólo durará cuatro años”. Esta regla no es realmente anancástico-constitutiva, no pone realmente una condición necesaria para que un determinado acto sea válido, no pone realmente una condición suficiente para que un determinado acto no sea válido, sino que simplemente establece la posibilidad de que pueda ser invalidado. Para las reglas que no ponen condiciones necesarias de validez y condiciones suficientes de invalidez, sino que ponen condiciones suficientes de anulabilidad, G. Azzoni ha propuesto la expresión “reglas parancástico-constitutivas” (“regole parankastico-costitutive”)³².

Por otra parte, las reglas anancástico-constitutivas, a diferencia de las reglas eidético-constitutivas, pueden ser antinómicas. Dos reglas anancástico-constitutivas son antinómicas cuando ponen, respecto a un mismo condicionado, condiciones necesarias incompatibles. Por ejemplo, habría antinomia entre estas dos reglas anancástico-constitutivas: a) “Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones” (art. 1280, 3º del Código civil español); b) “No podrán constar en

31. Amedeo G. CONTE, *Phénoménologie du langage déontique*, vol. *Les Fondements logiques de la pensée normative*, Actas del Coloquio de Lógica Deóntica de Roma (Abril 1983), edición a cargo de G. Kalinowski y F. Selvaggi, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1985, pp. 187 a 190. Véase también Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., pp. 49 a 51.

32. Giampaolo AZZONI, *Condizioni costitutive*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, nº 63, 1986, pp. 173 y 174.

documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones”³³.

En base a la tipología realizada por G. Azzoni, las reglas anancástico-constitutivas pueden clasificarse atendiendo a tres criterios: el de la naturaleza de la condición puesta por la regla, el de la singularidad o pluralidad de la condición puesta por la regla y el de la estructura sintáctica de la regla³⁴.

Conforme al primer criterio, distinguimos las reglas anancástico-constitutivas que ponen una condición cuya realización es dependiente de determinadas actuaciones subjetivas (Ej.: “El comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada”, art. 1743 del Código civil español) de las reglas anancástico-constitutivas que ponen una condición cuya realización es dependiente de un estado de cosas objetivo (Ej.: “No podrán ser testigos en los testamentos los menores de edad”, art. 681, 1º del Código civil español).

Conforme al segundo criterio, distinguimos las reglas anancástico-constitutivas que ponen una sola condición (Ej.: “Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges”, art. 1378 del Código civil español) de las reglas anancástico-constitutivas que ponen más de una condición, en cuyo caso basta la concurrencia de una de ellas para que el acto sea válido (Ej.: “La nacionalidad española se adquirirá por residencia en España por tiempo de diez años, previa solicitud del interesado, y mediante concesión otorgada por el Ministro de Justicia...”, art. 22 del Código civil español).

Conforme al tercer criterio, distinguimos las reglas anancástico-constitutivas con estructura sintáctica proposicional (Ej.: “El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión”, art. 451.1 del Código civil español) de las reglas anancástico-constitutivas con estructura sintáctica normativa (Ej.: “El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia”, art. 497 del Código civil español).

33. *Ibid*, pp. 181 y 182.

34. *Ibid*, pp. 164 a 167.

3.2. Reglas metatético-constitutivas, reglas nómico-constitutivas

Las reglas anancástico-constitutivas “ponen” condiciones para la validez de actos o circunstancias; en ello se asemejan a las restantes “reglas hipotético-constitutivas” (reglas que ponen condiciones, “regole ipotetico-costitutive”, expresión propuesta por Azzoni). No obstante, la relación de condición que instauran las reglas anancástico-constitutivas es una relación de condición necesaria, no una relación de condición suficiente ni una relación de condición necesaria y suficiente. A las reglas hipotético-constitutivas que “ponen” una condición suficiente se les ha denominado “reglas metatético-constitutivas” y a las reglas hipotético-constitutivas que “ponen” una condición necesaria y suficiente se les ha denominado “reglas nómico-constitutivas”.

Reglas metatético-constitutivas son aquéllas que “ponen” una condición suficiente para que un acto o circunstancia posea un valor determinado. Por ejemplo, el art. 1733 del Código civil español establece que “el mandante puede revocar el mandato a su voluntad”. Este precepto pone una condición suficiente -la voluntad del mandante favorable a la revocación- para que una circunstancia posea un valor determinado, para que una circunstancia “cuenta” en un determinado sentido -para que el mandato “cuenta” como revocado.

Reglas nómico-constitutivas son aquéllas que ponen una condición necesaria y suficiente para que un acto o circunstancia posea un valor determinado. Por ejemplo, el art. 17 del Código civil español señala que “Son españoles de origen: 1º) Los hijos de padre o madre españoles. 2º) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de éstos, hubiera nacido también en España... 3º) Los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. 4º) Los nacidos en España cuya filiación sea desconocida...” Esta norma pone como condición necesaria para que una persona “valga” como español, para que “cuenta” como español, que se cumpla alguno de los cuatro requisitos citados. Además, esa condición es también suficiente, ya que siempre que cumpla alguno de los requisitos la persona “vale” necesariamente como español, “cuenta” necesariamente como español.

También es una regla nómico-constitutiva el art. 168 de la Constitución española: “1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar,... se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser

aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”. Esta norma establece las condiciones necesarias para que unos actos tengan el valor de revisión constitucional; esas condiciones son además suficientes, ya que, si se cumplen, es necesariamente válida la revisión constitucional. Pero lo más relevante es que, para Guastini, esta norma, junto a los art. 166, 167 y 169, que complementan la regulación de la reforma constitucional, sería la “Norma Fundamental” del ordenamiento jurídico español, no en el sentido de “Grundnorm” kelseniana, pero sí en el sentido de que establece el procedimiento de producción de las normas constitucionales e, implícitamente, de las restantes normas del ordenamiento, por lo cual es superior a todas ellas, y sin embargo no existe ninguna otra norma que establezca el procedimiento de revisión del propio art. 168, no existe ninguna norma superior al art. 168³⁵. Aunque empíricamente es un precepto constitucional más, lógicamente está “más allá” de la Constitución, se sitúa a un nivel metalingüístico respecto a la Constitución. El art. 168, como norma metaconstitucional, sería, para Guastini, la regla constitutiva del “juego” llamado “ordenamiento jurídico español”, y su modificación no supondría más que la fundación de un juego distinto³⁶.

Las reglas metatético-constitutivas y las reglas nómico-constitutivas, del mismo modo que las reglas anancástico-constitutivas, admiten antinomia. Dos reglas metatético-constitutivas son antinómicas, a la inversa de lo que ocurre con las reglas anancástico-constitutivas, cuando coinciden en la condición suficiente que ponen y los condicionados son incompatibles³⁷. Por ejemplo, respecto a la norma “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales” (art. 1316 del Código civil español), que es una regla metatético-constitutiva en tanto que pone una condición suficiente -la inexistencia de capitulaciones matrimoniales eficaces- para que “cuenta” la sociedad de gananciales, estaría en antinomia la regla metatético-constitutiva “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de separación de bienes” (siempre que entendamos como incompatibles los regímenes de la sociedad de gananciales y de separación de bienes).

35. Riccardo GUASTINI, *Problemi d'analisi del linguaggio normativo*, vol. *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, edición a cargo de A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 60 y 61.

36. Guastini realiza análogas consideraciones en relación con el art. 138 de la Constitución italiana, en el que se regula la reforma constitucional (Riccardo GUASTINI, *Problemi d'analisi del linguaggio normativo*, cit., p. 64).

37. Giampaolo AZZONI, *Condizioni costitutive*, cit., p. 183.

Puede haber antinomia entre reglas nómico-constitutivas en dos casos: en el caso de identidad de condicionantes e incompatibilidad de condicionados y en el caso de identidad de condicionados e incompatibilidad de condicionantes³⁸. En la primera hipótesis las dos reglas nómico-constitutivas ponen una misma condición necesaria y suficiente para que un acto o circunstancia “cuenta” y “no cuenta”, “sea válido” y “no sea válido”; por ejemplo, serían antinómicas las reglas nómico-constitutivas “Únicamente los varones realizarán el servicio militar obligatorio” y “Únicamente los varones no realizarán el servicio militar obligatorio”. En la segunda hipótesis las reglas nómico-constitutivas antinómicas hacen depender la validez o invalidez de un determinado acto o circunstancia de dos condiciones necesarias y suficientes incompatibles; por ejemplo, serían antinómicas las reglas nómico-constitutivas “Sólo los mayores de 18 años podrán cumplir con la obligación de votar” y “Sólo los menores de 18 años podrán cumplir con la obligación de votar”.

3.3. Reglas técnicas

3.3.1. Reglas hipotético-constitutivas versus reglas técnicas

Por reglas técnicas se entienden aquéllas que ordenan un comportamiento en tanto que condición de realización de un fin posible. Las reglas técnicas no son una condición -como las reglas constitutivas-, ni ponen una condición -como las reglas hipotético-constitutivas-, sino que presuponen una condición, se apoyan implícitamente en la existencia de una condición. El concepto de condición determina también, por consiguiente, el concepto de regla técnica. Lo determina, además -siguiendo a Conte-, en un doble sentido: el comportamiento que la regla técnica ordena se prescribe “bajo condición” (bajo la condición subjetiva de perseguir un fin) y “en tanto que condición” (en tanto que condición objetiva de consecución del fin que se persigue)³⁹.

La génesis de este concepto de regla técnica, ofrecido en el contexto de una teoría de las reglas constitutivas, se encuentra también en el trabajo de Von Wright “Norm and Action”, en el que el lógico finlandés llama “directrices” o “normas técnicas” a las reglas que tratan los medios a

38. Ibid, p. 184.

39. Amedeo G. Conte, *Phénoménologie du langage déontique*, cit., pp. 183 y 184. Véase también María Angeles BARRERE UNZUETA, *La escuela de Bobbio*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 230 y ss.

emplear para alcanzar un determinado fin. La formulación tipo de las normas técnicas es la oración condicional en cuyo antecedente se menciona el fin que persigue el agente, y en cuyo consecuente se menciona la conducta a realizar para la consecución del fin (“Si deseas A, debes hacer B”). Ahora bien, la regla técnica no coincide con la regla hipotético-constitutiva -en la terminología de Von Wright, con la “proposición anancástica”- en la que se basa; es decir, no coincide con la regla hipotético-constitutiva que pone la condición presupuesta por la regla técnica. Pensemos en la regla técnica “Si quieres obtener entradas para el concierto, debes guardar cola durante dos horas”, que presupone la condición necesaria puesta por la regla hipotético-constitutiva “Para obtener entradas para el concierto se debe guardar cola durante dos horas”. La regla técnica tiene como trasfondo una intención declarada de lograr un fin, pero la regla hipotético-constitutiva se limita a describir un estado de cosas que es condición de otro estado de cosas. La regla hipotético-constitutiva prescribe un comportamiento “en tanto que condición” (objetiva). La regla técnica prescribe un comportamiento “en tanto que condición” (objetiva) y “bajo condición” (subjctiva)⁴⁰.

Veinte años después, Von Wright precisa su posición en *Norms, Truth and Logic*: “Cuando (decimos que) de la norma según la cual *debe* ser el caso que ‘si p entonces q’, en combinación con el hecho de que es el caso que ‘p’, ‘inferimos’ que *debe* ser el caso que ‘q’, usamos ‘debe’ (‘ought’) en dos sentidos. El primero es un ‘deber’ propiamente dicho, un ‘deber deóntico’ (‘deontic Ought’); el segundo, en el que ‘must’ es más apropiado que ‘ought’, es un ‘deber técnico’ (‘technical Ought’) o ‘necesidad práctica’ (‘practical necessity’)”. “Must” no es propiamente un concepto normativo, ya que expresa que un estado de cosas tiene que ser puesto para que otro estado de cosas sea. Una “norma técnica”, es decir, un “enunciado basado en un deber técnico” (“a technical ought-statement”) suele ser elíptica, ya que contiene una referencia implícita a algo que no será si lo que debe (“must”) ser no es. Alude a un fin real o potencial de la acción humana, y no se debe confundir con “las normas condicionales en sentido deóntico”, con los enunciados basados en un deber deóntico (“ought”). El deber de la regla técnica “Si quieres obtener entradas para el concierto, debes (‘must’) guardar cola durante dos horas” es un deber técnico, mientras que el deber de la regla hipotético-constitutiva “Para obtener entradas para el concierto se debe (‘ought’) guardar cola durante dos horas” es un deber deóntico, al

40. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., p. 10 (En la trad. cast. citada *Norma y Acción*, p. 29).

margen de que sintácticamente ambas reglas pudieran haberse construido idénticamente⁴¹.

Las reglas técnicas, por consiguiente, prescriben un comportamiento en tanto que condición de realización de un fin posible, en tanto que es necesario el cumplimiento de una condición para conseguir un fin. Pero que sea necesario cumplir una condición no significa que ésta sea una condición necesaria; puede ser también necesario cumplir una condición suficiente o cumplir una condición necesaria y suficiente. Paralelamente a la división de las reglas hipotético-constitutivas en reglas anancástico-constitutivas -reglas que ponen una condición necesaria-, reglas metatético-constitutivas -reglas que ponen una condición suficiente- y reglas nómico-constitutivas -reglas que ponen una condición necesaria y suficiente-, las reglas técnicas se dividen en reglas anancásticas -reglas basadas en reglas anancástico-constitutivas, reglas que presuponen condiciones necesarias-, reglas metatéticas -reglas basadas en reglas metatético-constitutivas, reglas que presuponen condiciones suficientes- y reglas nómicas -reglas basadas en reglas nómico-constitutivas, reglas que presuponen condiciones necesarias y suficientes⁴².

Así, por ejemplo, la regla "Si quieres otorgar o modificar capitulaciones matrimoniales, debes hacerlas constar en documento público" es una regla técnica anancástica que presupone la condición necesaria puesta por la regla anancástico-constitutiva "Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones" (art. 1280.3 del Código civil español); la regla "Si quiere revocar el mandato, el mandante debe expresar su voluntad en tal sentido" es una regla técnica metatética que presupone la condición suficiente puesta por la regla metatético-constitutiva

41. Georg H. VON WRIGHT, *Norms, Truth and Logic*, vol. *Practical Reason. Philosophical Papers I*, Basil Blackwell, Oxford, 1983, pp. 152 y 153.

42. En opinión de Azzoni, no toda regla técnica prescribe un comportamiento en tanto que es necesario el cumplimiento de una condición para conseguir un fin. No es necesario el cumplimiento de una condición en el caso de las reglas estocásticas, las reglas que prescriben un comportamiento "en tanto que probable coeficiente de la consecución de un fin". Por ejemplo, todas las reglas paranancástico-constitutivas (las reglas que no ponen condiciones suficientes de invalidez -condiciones necesarias de validez-, sino condiciones suficientes de anulabilidad) fundan reglas estocásticas. La regla paranancástico-constitutiva "Los contratos pueden ser anulados siempre que posean alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley" funda la regla técnica estocástica "Si quieres que un contrato no pueda ser anulado debes impedir que posea alguno de los vicios que lo invalida con arreglo a la ley". Esta regla es técnica, presupone la condición puesta por la regla paranancástico-constitutiva subyacente, aunque no sea forzosamente necesario cumplir la condición para conseguir el fin que se persigue (Giampaolo AZZONI, *Regola tecnica tra ontico e deontico*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, nº 64, 1987, pp. 310 y ss.).

“El mandante puede revocar el mandato a su voluntad” (art. 1733 del Código civil español); y la regla “Si quieres votar (a lo que estás obligado si eres mayor de edad) debes mostrar tu documento de identidad para acreditar tu mayoría de edad” es una regla técnica nómica que presupone la condición necesaria y suficiente puesta por la regla nómico-constitutiva “Todo mayor de edad está obligado a votar. Deberá mostrar su documento de identidad para acreditar su mayoría de edad”. Las reglas técnicas nómicas son particularmente relevantes por su apariencia contradictoria, puesto que en ellas coinciden la facultad y la obligación, el “puede” y el “debe”. Pero realmente son tan poco contradictorias como las reglas nómico-constitutivas subyacentes. Las reglas técnicas nómicas son simplemente poco frecuentes, ya que las reglas nómico-constitutivas suelen hacer depender el cumplimiento de una condición necesaria y suficiente de estados de cosas y no de actuaciones subjetivas, y por consiguiente sólo en escasas ocasiones se deduce de ellas una regla técnica nómica.

3.3.2. Reglas eidético-constitutivas versus reglas técnicas

Las reglas técnicas, como acabamos de ver, presuponen condiciones que han sido puestas por reglas hipotético-constitutivas. En particular, las reglas técnicas anancásticas presuponen condiciones necesarias que han sido puestas por reglas anancástico-constitutivas; la relación entre una regla técnica anancástica y la regla anancástico-constitutiva subyacente se basa en que la condición necesaria que la primera presupone ha sido puesta por la segunda. Por otra parte, las reglas técnicas pueden presuponer la existencia de reglas constitutivas, puesto que éstas, por definición, “son condiciones”, y las reglas técnicas presuponen la existencia de condiciones. En particular, una regla técnica anancástica puede presuponer una condición necesaria que sea una regla eidético-constitutiva. Se denominan reglas técnicas anancásticas “praxeonómicas” aquellas que presuponen condiciones necesarias que son reglas eidético-constitutivas; es decir, aquellas reglas que se “fundan” - el término es introducido en este contexto por Conte (“Tesis de la fundación”)- en reglas eidético-constitutivas. Por ejemplo, un estudioso de nuestra Constitución podría enunciar la siguiente regla técnica anancástica: “Si quieren tomar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”. Esta regla técnica anancástica se funda en la regla eidético-constitutiva “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” (art. 79.1 de la Constitución española) (En contraste con las reglas técnicas anancásticas “praxeonómicas”, se denominan “praxeológicas” las reglas que presuponen condiciones necesarias que no son reglas eidético-constitutivas; es decir, las reglas que no se “fundan”

en reglas eidético-constitutivas. Por ejemplo, es praxeológica la regla técnica anancástica “Si quieres no pasar frío debes abrigarte”⁴³.

Ahora bien, una regla técnica anancástica praxeonómica y la regla eidético-constitutiva en la que se funda pueden ser sintácticamente idénticas. La regla técnica anancástica praxeonómica fundada en el art. 79.1 de la Constitución española también podría haberla formulado así un constitucionalista: “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”. Pero en este caso, en el marco del “juego del ordenamiento jurídico”, el constitucionalista “prescribe cómo actuar para realizar el juego”, se regula la “actividad lúdica”, mientras que la norma constitucional no da pautas o instrucciones sobre cómo realizar el juego, sino que “constituye un sistema lúdico” (Conte llama “ludos” al sistema lúdico, en contraste con la actividad lúdica o “lusus”. Pero en el idioma inglés es más clara la diferencia: “sistema lúdico” corresponde a “game”, “actividad lúdica” corresponde a “play”)⁴⁴.

Esta distinción semántica entre las reglas eidético-constitutivas y las reglas técnicas anancásticas, oculta tras el manto de la identidad sintáctica, no fue totalmente apreciada por Von Wright en “Norm and Action”, donde indica que las reglas constitutivas (las “reglas del juego”), “desde el punto de vista del juego mismo, determinan cuáles son los movimientos correctos, y, desde el punto de vista de la actividad de jugar, determinan cuáles son los movimientos permitidos. Los movimientos que no son correctos están prohibidos a los jugadores del juego; un movimiento que sea el único correcto en una determinada situación del juego es obligatorio cuando uno está jugando el juego”⁴⁵. Von Wright distingue la regulación del sistema lúdico de la regulación de la actividad lúdica, pero asume ambas como consecuencias lógicas de la existencia de un solo tipo de normas. La regla eidético-constitutiva “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” tendría la doble función de definir institucionalmente las Cámaras legislativas y de prescribir su modo de funcionamiento.

Similar postura encontramos, al menos implícitamente, en Searle, para quien “las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) formas de

43. Amedeo G. CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, cit., p. 33.

44. Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., p. 45.

45. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., p. 6 (en la trad. cast. citada *Norma y Acción*, p. 26).

actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas’’⁴⁶. Como de forma más precisa señalara en “Speech Acts”, “las reglas constitutivas no sólo regulan; crean o definen nuevas formas de conducta. Las reglas del fútbol o del ajedrez, por ejemplo, no sólo regulan el juego del fútbol o del ajedrez (‘do not merely regulate *playing* football or chess’), sino que es como si crearan la propia posibilidad de jugar a tales juegos” (“as it were they create the very possibility of *playing* such games’’)⁴⁷.

La tesis de Von Wright y Searle (“tesis de la alonomía”, en el sentido de que defiende la existencia en las reglas eidético-constitutivas de dos “estados alotrópicos”, de dos “alonomías”: la alonomía referida al sistema lúdico y la alonomía referida a la actividad lúdica) ha sido criticada, a mi juicio certeramente, por A. Conte y T. Mazzarese, para quienes la identidad sintáctica entre una regla eidético-constitutiva y la regla técnica anancástica praxeonómica que dicha regla funda no debe confundirse con la identificación de ambas. Según su “tesis de la fundación” -tesis ontológica que, como ha puesto de manifiesto G. Azzoni, se puede reformular en términos lógicos como tesis de la implicación⁴⁸- las reglas eidético-constitutivas fundan reglas técnicas anancásticas “que prescriben cómo actuar para materializar (‘instantiate’) los ‘types’ constituidos por las reglas eidético-constitutivas (esto es, para producir ‘tokens’ de los ‘types’ constituidos por reglas)”. Por lo tanto, de la homonimia entre una regla eidético-constitutiva y la regla técnica anancástica praxeonómica fundada en ella no se puede en ningún caso inferir que la regla eidético-constitutiva sea en sí misma una regla técnica anancástica⁴⁹.

Quizá habría que achacar esta confusión al hecho de que la diferencia entre una regla constitutiva y una regla técnica, en general, y entre una regla

46. John R. SEARLE, *How to derive "ought" from "is"*, cit., p. 131.

47. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 33 y 34.

48. G. Azzoni pretende superar las tesis de la alonomía y de la fundación mediante una tercera, la “tesis de la presuposición”, con la que trata de expresar en términos semióticos la relación, aparentemente ontológica, entre los aspectos óntico y deóntico de las reglas técnicas. Según la tesis de la presuposición -a su vez basada en la tesis de Von Wright (*Norm and Action*, cit., p. 10) según la cual una regla técnica anancástica praxeológica presupone una regla anancástico-constitutiva- las reglas técnicas anancásticas praxeonómicas no son fundadas “por las” (“dalle”) reglas eidético-constitutivas subyacentes, sino que se fundan “sobre las” (“sulle”) reglas eidético-constitutivas subyacentes. Las reglas técnicas anancásticas praxeonómicas presuponen las reglas eidético-constitutivas subyacentes, “o mejor, presuponen la relación de condición instaurada por las reglas eidético-constitutivas subyacentes” (Giampaolo AZZONI, *Regola tecnica tra ontico e deontico*, cit., pp. 317 y 318).

49. Amedeo G. CONTE y Tecla MAZZARESE, *Founding Rules on Rules*, vol. *Reason in Law*, edición a cargo de C. Faralli y E. Pattaro, Giuffrè, Milán, 1987-88, vol. II, pp. 285 y 286.

eidético-constitutiva y una regla técnica anancástica, en particular, no es solo semántica, sino también y sobre todo pragmática. De hecho, si sólo disponemos de datos semánticos no es tan fácil diferenciar una regla eidético-constitutiva de la regla técnica anancástica praxeonómica que dicha regla funda. Si nos fijamos de nuevo en la regla eidético-constitutiva “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” y en la homónima regla técnica anancástica praxeonómica que formula el constitucionalista, podríamos pensar que estas dos reglas, sintácticamente idénticas, se diferencian por su significado: la primera define, constituye, es una condición necesaria; la segunda prescribe, ordena, no “es” sino que “presupone” una condición necesaria. Pero, ¿quién nos asegura que esta última no es también constitutiva, por cuanto que quien la enuncia pudiera estar pensando en definir, en constituir, y no en prescribir, bien porque ha perdido la razón, bien porque equivocadamente se cree legitimado para crear normas constitucionales? La respuesta a esta pregunta no se halla en la regla técnica anancástica praxeonómica “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”, que podría ser sintáctica y semánticamente idéntica a la regla eidético-constitutiva homónima, sino que hay que indagar en las características pragmáticas de las reglas eidético-constitutivas, que exigen que éstas procedan de la instancia con competencia para llevar a cabo su creación, pero ésta es una cuestión que escapa del marco teórico tradicional de las reglas constitutivas.

2. PENSAMIENTO JURIDICO

Comentario al texto "Anónimo sobre la Ley"

Por SALVADOR RUS RUFINO y
M^a ASUNCION SANCHEZ MANZANO

León

I. INTRODUCCIÓN

El texto conocido como *Anónimo sobre la Ley* forma parte del primer discurso de Demóstenes contra uno de los personajes de la política ateniense de su época: Aristogitón¹. Algunos párrafos de este discurso² llamaron la atención de M. Pohlenz³ que después de hacer un estudio de filología comparada concluye que el texto no es de Demóstenes y avanza un paso más: el orador ateniense se sirvió de un texto anónimo anterior a él para componer estos párrafos del discurso. Poco después C. Kramer⁴ intenta resolver las dificultades que plantea la autoría del discurso. En principio se lo atribuye a Demóstenes, pero al final no puede resolver todos los problemas que le plantea la atribución, por ejemplo no logra justificar la falta de adecuación que se da entre las técnicas política y judicial de la Atenas del siglo IV a. J. C. Más tarde el filólogo italiano P. Treves en otro trabajo dedicado a los apócrifos de Demóstenes corrobora la opinión de M. Pohlenz⁵. Fue W. Nestle el primero que intentó mostrar que el autor del

1. Este discurso contra Aristogitón tiene el número XXV en las ediciones de los Discursos de DEMOSTENES.

2. Concretamente los párrafos son 15-17, 20-27, 33-35, 88, 89, 93 y 96. Véase para la discusión de la autoría del discurso e influencias recibidas J. de ROMILLY, *La loi dans le pensée grecque, des origines à Aristote*, les Belles Lettres, Paris 1971, pp. 155-158.

3. Cfr. M. POHLENZ, "Anonymus perí nómon". *Nachr. de Gesellschaft der Wissenschaft zu Göttingen. Phil., hist. Klass.* 1929, pp. 19-37. Concretamente no admite como auténticos los párrafos 15-35 y 85-91.

4. Cfr. C. KRAMER, *De priore Demosthenis adversus Aristogeitonem orationem*, Diss. Leipzig 1930.

5. Cfr. R. TREVES, "Aprocriti demostenici II", *Atheneum* 24, 1936, p. 257.

Anónimo sobre la ley era alguien relacionado con la Sofística, o próximo, o en todo caso formado por ellos. Lo que parece evidente es que está muy influenciado por las ideas de los sofistas⁶. M. Untersteiner incluye los párrafos del discurso de Demóstenes en su edición de los fragmentos y testimonios de los sofistas⁷, y hace un comentario bien documentado de cada uno de los párrafos que se consideran como parte del texto del *Anónimo sobre la ley*. Para el crítico italiano el *Anónimo* parte de la oposición entre naturaleza y ley. Polémica que se convirtió en la época de la Sofística en un lugar común de discusión y de opinión⁸. El crítico italiano intenta probar cómo "l'Anonimo parta dall'antitesi di *nomos-physis* per risolversi in una *physis* ricondotta nell'essenza di '*nomos*'"⁹. Hace veinte años D. F. Jackson y G. O. Rowe¹⁰ pusieron de relieve que tanto por el estilo, como por los ataques a Dionisio y Aristogitón, no parece que sea un discurso auténtico de Demóstenes.

Finalmente, F. Hernández Muñoz, a propósito de un estudio sobre la autenticidad de los discursos políticos en el *Corpus Demosthenicum* muestra que el elevado uso de *hápax* en el discurso 25 nos sitúa ante un discurso político que presenta un índice elevado de innovación léxica¹¹. En efecto el número de *hápax* que aparecen en el discurso son 111 en un total de 6.828 palabras, lo que supone un porcentaje del 16,25% en cada mil palabras¹². Este índice de innovación léxica está más cercano al de los

6. Cfr. W. NESTLE, *Vom Mythos zum Logos. Die Selbstentfaltung des griechischen Denkens von Homer bis auf die Sophistik und Sokrates*, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart 1940, p. 434.

7. Cfr. M. UNTERSTEINER, *Sofisti. Testimonianze e frammenti*. Vol. III, reimpresión, La Nuova Italiana Editrice, Florencia 1967, pp. 192-207. Además a pie de página Untersteiner comenta cada uno de los textos del *Anónimo*.

8. Sobre esta cuestión véase J. de ROMILLY, *La Loi...* cit. p. 162 y S. RUS RUFINO, *El problema de la fundamentación del Derecho. La aportación de la Sofística Griega a la polémica entre naturaleza y ley*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid 1987.

9. Cfr. M. UNTERSTEINER; *Sofisti...* cit. p. 192 y del mismo autor *I Sofisti*, La Nuova Italia Editrice, Torino 1949, pp. 412-416.

10. Cfr. D. F. JACKSON y G. O. ROWE, "Demosthenes 1915-1965", *Lustrum* Vol. 14, 1969 (1971), p. 74.

11. Cfr. F. HERNÁNDEZ MUÑOZ, "Contribución lexicográfica al estudio de la autenticidad de los discursos políticos del *Corpus Demosthenicum*", *Myrtia* 3, 1988, p. 61, nota 3.

12. Se trata de un porcentaje muy elevado que sólo lo supera el discurso 17 con 16,93%, discurso que unánimemente se considera apócrifo, cfr. J. D. JACKSON y G. O. ROWE, "Demosthenes..." cit., pp. 54 y ss., M. FERNÁNDEZ GALIANO, "Tipología de los problemas de autenticidad en las literaturas clásicas", en *Estudios de prosa griega*, ed. por G. MOROCHO GAYO, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, León 1985, pp. 73, 78 y 85.

discursos apócrifos que al de los dudosos o auténticos¹³. La comparación de algunas características morfológicas de los *hápax* del discurso 25 lleva a establecer una coincidencia con los discursos 7 y 17 ambos considerados como apócrifos¹⁴.

Con estos datos, F. Hernández afirma que el discurso *Contra Aristogitón* I "por su riqueza léxica, su variedad de dominios temáticos y de procedimientos morfológicos, presenta un *status* especial dentro del *Corpus Demosthenicum* con muchos rasgos específicos, pero compartiendo también otros con los restantes piezas del *Corpus*, aunque parece claro que su autor no ha sido el mismo que el del discurso 26"¹⁵. Así pues lexicográficamente se puede mantener que el discurso 25 es, si no totalmente, sí en parte de dudosa autenticidad de Demóstenes.

Pensamos que la cuestión más importante no es solventar si el autor del texto es un sofista o no. Nos parece suficiente que las ideas que Demóstenes recoge en estos párrafos estén muy cercanas al planteamiento de los sofistas¹⁶ y, al mismo tiempo, supongan una cierta novedad en la polémica entre naturaleza y ley. En el estudio del texto comentaré cada uno de los párrafos. Seguiré la división del texto que M. Untersteiner hace en los comentarios a pie de página.

II. DUALIDAD ENTRE NATURALEZA Y LEY

Desde el principio el autor del *Anónimo* plantea la diferencia entre los términos naturaleza y ley:

13. Cfr. F. HERNANDEZ MUÑOZ, "Contribución lexicográfica...", cit., p. 68.

14. Características tales como el doble preverbio y otros compuestos, cfr. F. HERNANDEZ MUÑOZ, "Contribución lexicográfica..." cit. pp. 72-75.

15. F. HERNANDEZ MUÑOZ, "Contribución lexicográfica...", cit. p. 76. Existen otros muchos datos importantes que avalan esta afirmación. Por ejemplo, entre los *hápax* documentados, en el artículo citado del discurso 25 se ve el influjo de Esquines -14 términos-, Isócrates y Lisias -12-, Hipérides -9-, Antifonte -6- y otros oradores como Andócides, Licurgo, Dinarco e Iseo. Este dato lexicográfico lleva a avalar la posibilidad de una supuesta autoría o influencia de Lisias o su escuela en la elaboración del discurso (p. 77-78). El discurso 25 toma términos de otros discursos concretamente del 4, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 (p. 79).

16. Para atribuir el discurso a la sofística haría falta un análisis lexicográfico del vocabulario de los sofistas, tarea casi imposible porque no poseemos un *Corpus* de textos de los sofistas, las noticias nos han llegado, sobre todo -aunque no exclusivamente-, a través de Platón, Jenofonte y Aristóteles.

“Toda la vida de los hombres ... habiten en una ciudad grande o pequeña, por la naturaleza y las leyes se administra. Y de estos dos principios, la naturaleza es cosa desordenada y peculiar, individualmente, de quien la posee; las leyes en cambio son cosa común, ordenada a lo mismo para todos. Así pues, la naturaleza, si es malvada, desea muchas veces cosas malas; por lo cual, precisamente, encontraréis a los que son de esta índole cometiendo errores”¹⁷.

Tanto la naturaleza como la ley están considerados como principios rectores de la vida de los hombres¹⁸. No de la vida general, sino de un tipo de vida en concreto, la vida política, es decir, la vida del hombre en cuanto que éste es y sólo puede ser, ciudadano. Estos principios actúan siempre con total independencia del tamaño o la importancia de la ciudad.

Ambos principios se diferencian netamente; frente a la naturaleza que es desordenada¹⁹, peculiar exclusiva o individual del que la posee, aparece la ley común, ordenada y semejante para todos²⁰. La naturaleza es lo propio, lo suyo del individuo, lo que le distingue de los demás, lo que le hace ser

17. La traducción del texto en castellano es la de A. LOPEZ EIRE, *Demóstenes. Discursos Políticos*, Vol. II, Ed. Gredos, Madrid 1985, pp. 230-265.

18. En el caso concreto de la ley se puede ver un cierto paralelismo con la tesis de Heráclito DK 28B, 114: "Es necesario que quienes quieran hablar con inteligencia, se apoyen en lo que es común a todas las cosas, como una ciudad debe apoyarse en la ley", A. DIAZ TEJERA comenta parte de este texto diciendo que "de la misma manera que la ley dice cómo han de regularse las acciones de los hombres que habitan en una ciudad...", en "El Logos de Heráclito", en *Atholon. Saturra Grammatica in Honorem Francisci R. Adrados*, Ed. Gredos, Madrid 1984, vol. I, p. 144. Del mismo autor se puede ver "Desarrollo de la democracia en Grecia: Dialéctica interna" en *Cinco lecciones sobre cultura griega*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1990, p. 23 " ... la oposición tan marcada entre naturaleza y ley en el orden ontológico, se neutraliza en el orden político: aquí constitución y ley no es otra cosa que la creación necesaria de un modelo de convivencia bajo la dirección de la racionalidad humana, si el hombre quiere ser un hombre político, un hombre que vive en una *pólis*. El hombre es naturaleza abierta a infinitas posibilidades. La ley, la convención de voluntades de un *dêmos*, no violenta la naturaleza humana. Todo lo contrario" la perfecciona. Pero esa ley, ese *nómos*, tiene que ser *isonomía*, derecho por igual de todos los ciudadanos para elaborarla. La democracia ateniense... encontró en esa formulación intelectual su mejor apoyo vivificador". Cfr. también J. de ROMILLY, *La loi...* cit. pp. 162-163 y A. FERNANDEZ GALIANO, "Conceptos de Naturaleza y Ley en Heráclito", *Anuario de Filosofía del Derecho*, V 1957, pp. 259-321.

19. El desorden al que hace alusión el texto es debido, principalmente, a que el hombre no puede actuar, intervenir, en ella, en suma, no le está permitido realizar el ideal de Protágoras, ser la medida de todo. Cfr. J. de ROMILLY, *La Loi...* cit. p. 165.

20. Cfr. A. DIAZ TEJERA, "Desarrollo de la democracia..." cit. p. 17: "...Porque la ley la hacen los ciudadanos es igual para todos; porque la hacen todos los ciudadanos es soberana y no de nadie en particular y porque es soberana del *dêmos* exige la obediencia por parte de todos. La ley así entendida, es garantía de libertad y de igualdad..."

él mismo, frente a todos, lo que le diferencia respecto de los otros²¹. En este sentido M. Untersteiner²² señala que la forma verbal *ékhontos*²³ significa "se aparece", "manifiesta" -esta última es la acepción literal-. En nuestra opinión en este caso concreto la palabra tiene un sentido más profundo: no es sólo una simple manifestación de tener algo, sino se trata de algo que inviste al individuo, algo que el hombre posee de tal forma que esa posesión se fundamenta en su modo de ser propio, es inherente a él y a la vez exclusivo, es decir, se trata de lo peculiar y lo individual que hacen referencia a la identidad del individuo, así pues, la *physis* es única de un poseedor determinado, no es repetible²⁴. Este carácter exclusivo va acompañado del desorden -*átakton*-; desorden que se refiere a la misma inconcreción de la naturaleza humana, pues ésta aparece llena de posibilidades, no limitada *a priori* por nada²⁵. La ley es un mandato, un precepto, una norma

21. La norma jurídica incrementa el modo de ser del hombre, añade algo a su forma de vida política, esto es, mediante la norma se suple el poder de hecho y se otorga el poder de derecho, su función es hacer a una persona capaz, supone, por tanto, un aumento del poder del individuo, son que ese poder esté respaldado por su propio poder efectivo. Su función consiste en aumentar la capacidad de una persona. En el modo de ser del hombre hay una justificación de ejercer sus poderes más allá de su propio poder de hecho. El establecimiento y control de esa función es el objeto de la norma jurídica. El favorecido por la norma es el titular, la norma por consiguiente le faculta. Así la norma jurídica se muestra como una forma de descargar la fuerza física, si yo tengo derecho, el derecho me otorga un poder que físicamente no tengo. Jurídicamente el modo de ser del hombre se ve potenciado por una capacidad mayor de la que efectivamente tiene.

22. Cfr. *Sofisti...*, cit. p. 193: "... è una manifestazione esente da la norme e particolare a secunda dell'individuo che la manifesta, la leggi...".

23. El término deriva del verbo *ékho* que tiene dos valores, transitivo significa tener cogido en la mano e intransitivo y medio tenerse, estar en una situación. Por el contexto *ékhontos* tiene aquí preferiblemente el primer valor.

24. Cfr. X. ZUBIRI, *Naturaleza Historia Dios*, Madrid 1978, Editora Nacional, 5ª ed., pp. 162-163.

25. Cfr. el comentario de M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 193, siguiendo a F. HEINIMANN, *Physis und Nomos. Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Verlag Friedrich Reinhardt, Basel 1945, p. 152, el autor compara la antítesis entre *physis* y *nómos* con la doctrina órfica de una condición humana criminal. Cita a Aristófanes *las ranas* 1032. También M. Pohlenz ve influjo o ecos pitagóricos en esta parte del discurso. Por su parte J. JAEGER; *La alabanza de la ley*, Instituto de Estudios Constitucionales, 2ª ed., Madrid 1982 pp. 43-44 afirmaba que existía una clara semejanza entre el planteamiento del *Protágoras* de Platón y el discurso *Contra Aristogitón I* "el orador que evidentemente es un contemporáneo de Demóstenes, contraponen entre sí la naturaleza y la ley. La naturaleza carece de orden, mientras que la ley se basa cabalmente en este principio. Según este punto de vista la ley no sigue a la naturaleza, ni tiene analogía alguna con ella, sino que es el hombre el que la impone a la naturaleza".

dada, conocida, concreta, con una funcionalidad precisa, vigente y válida para todos, en cierta manera la ley está cerrada, clausurada²⁶.

Sin embargo, la ley es universal o común -ambas traducciones expresan el mismo sentido-, ordenadora y la misma para todos. La palabra traducida por ley aparece en los textos en plural -*nómois* y *nómoi*-, como ha visto bien F. Heinemann. Este plural designa al conjunto de leyes que articulan un Estado o comunidad política, mientras que en singular hace referencia a una ley concreta vigente²⁷.

El texto caracteriza a la ley con una serie de notas que obedecen a una concepción política y sociológica del *nómos* común o universal, que gobierna por igual o que genera las mismas obligaciones políticas a todos los ciudadanos de una comunidad política determinada, mientras que estén insertos en esa estructura socio-política. Así la ley es, desde este punto de vista, un elemento que favorece la igualdad social. Refuerza esta idea la insistencia del autor cuando atribuye a la ley otra nota, a saber, "es la misma para todos", o bien, idéntica. Es decir, los derechos, los deberes y, aunque parezca extraño, las posibilidades²⁸ de desarrollo dentro de la sociedad que permite y, hasta cierto punto, genera la ley son iguales para todos.

La ley de la ciudad orlada por estas características "ordena todo"²⁹, es

26. Esta es la concepción actual del derecho, como un conjunto de leyes que forma una reglamentación que regula las diferentes formas de actuar.

27. Cfr. F. HEINIMANN, *Physis und...*, cit., p. 123. Véase también PLATON, *Leyes* 630e, 644d y 714a, ARISTOTELES, *Política* 1286a.

28. El hombre como realidad ontológica es la vez fuente tanto de sus actos como de sus posibilidades. Esta realidad ontológica humana cuya condición primaria e irreductible es el coexistir, cuando trasciende los hechos y los acontecimientos, es decir, la pura ejecución, y se convierte en actualización de posibilidades y proyectos que él mismo, en el ejercicio de su libertad, se propone como fin del desarrollo vital.

29. Es curioso cómo desde HERODOTO este sentido de la ley ha tomado carta de naturaleza en el pensamiento griego. La situación que aprovecha el historiador para poner esto de relieve es la siguiente, el exiliado espartano Demarato, a requerimiento de Jerjes que le preguntaba cómo podían los lacedemonios resistir a sus fuerzas ampliamente superiores, respondió: "... Pues, pese a ser libres, no son libres del todo, ya que rige sus destinos un supremo dueño, la ley, a la que, en su fuero interno temen mucho más, incluso, de lo que tus súbditos te temen a tí. De hecho, cumplen todos sus mandatos, y siempre manda lo mismo: no les permite huir del campo de batalla ante ningún contingente enemigo, sino que deben permanecer en sus puestos para vencer o morir" (Heródoto VII.104,4-5). Por encima del griego, de cada griego, está el *nómos*. Así lo expresaron en distintos contextos políticos e históricos -por supuesto también intelectuales- Píndaro y Heráclito. Del primero conservamos los siguientes versos "La ley, reina de todo,/de los mortales y de los inmortales/los conduce, justificando la mayor/..." (J. Calonge Ruiz) el texto de PLATON, *Gorgias* 484 b (PLATON; *Gorgias*, Instituto

decir, 'todo' se refiere a la vida individual integrada en la *polis*, la vida en común. Este vivir en común tiene, un doble sentido. De una parte, es una constatación de un hecho, una deducción empírica: en todas las comunidades humanas y en todo tiempo han existido leyes³⁰.

De este modo imponen un orden en la ciudad indicando qué es lo justo y lo injusto, lo que debe hacer y evitar cada uno. Se convierte en un orden que coordina las voluntades de los ciudadanos para llevarlas al fin que se propone la sociedad, así la sociedad queda ordenada coordinando las distintas tendencias.

La dualidad es clara³¹. Frente al desorden, la peculiaridad y la individualidad de la *physis*, aparece la universalidad, la capacidad de ordenación, la identidad y la igualdad político-social de la ley. Cabría preguntarse ¿por qué esta dualidad? porque la *physis* se considera una noción o un concepto filosófico de dimensión estrictamente antropolítica u ontológica -en el mejor de los casos cabría decir cosmológica-, mientras que el *nómos* se considera en un plano práctico, opera en una realidad político-social. El primero actúa como límite, mientras que el segundo posibilita la acción, ofrece posibilidades o cauces de desarrollo.

III. EL ORIGEN DE LA LEY

En este párrafo del discurso el autor se muestra como un hombre culto, conocedor de las diferentes tendencias o posiciones que se dieron para

de Estudios Políticos, Madrid 1951, editado y traducido por J. CALONGE RUIZ). Del segundo tenemos el famoso fragmento de DK 22B 44: "... un pueblo debe luchar más por la ley que por los muros de su ciudad". El *nómos* es el rey invisible, que planea sobre el hombre, sobre la *polis* y que a todos une en voluntad, en la que están coordinados hombre y comunidad, resultando la figura de la organización política de una forma ordenada racionalmente mediante las leyes.

30. A modo de ejemplo puede verse Heródoto incansable viajero que comprobó la existencia de leyes en todas las comunidades, leyes en muchos casos sujetas a los determinantes históricos, sociales, políticos, geográficos y étnicos, pero leyes que servían para regir la sociedad. Véanse los textos de Heródoto III, 38 y III, 80 y los comentarios de J. SANCHEZ LASSO de la VEGA, *DE Safo a Platón*, Ed. Planeta, Barcelona 1976, pp. 198 y ss. Los autores que sitúan el origen de la comunidad humana en el nacimiento de unas nociones más o menos jurídicas, no hacen más que mostrar esta necesidad de existencia de leyes, por ejemplo, el discurso del sofista Protágoras recogido por PLATÓN en el diálogo *Protágoras* 320c-322d, cfr. A DIAZ TEJERA, "Desarrollo de la democracia...2 cit. pp. 21-23, donde hace un certero comentario a este discurso.

31. La oposición entre *physis*, por un lado, y *éthos* y *nómos* por otro es clara. *Physis* es *átakton*, desordenada frente a los otros dos términos son *tétakmeno*, ordenado, que vienen del verbo *némo* distribuir. Volverá a repetir, en parte, esta oposición en el párrafo n.35.

explicar el origen de la ley a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y político griego.

“Así pues, la naturaleza, si es malvada, desea muchas veces cosas malas; por lo cual, precisamente, encontraréis a los que son de esa índole cometiendo errores. Las leyes, por el contrario, quieren lo justo, lo bello y lo conveniente y eso es lo que van buscando, y una vez que es hallado, eso es designado decreto común semejante e igual para todos, y eso es la ley. A ella conviene que todos obedezcan por muchas razones y, sobre todo, porque toda ley es una invención y un regalo de los dioses, una decisión de hombres sabios, un correctivo de los errores voluntarios e involuntarios, un contrato general de la ciudad, de acuerdo con el cual es propio que vivan todos los que en la ciudad habitan”³².

En el texto citado aparecen desarrollados tanto la dualidad entre naturaleza y ley, como los diversos orígenes de la ley. La argumentación central que descalifica a la naturaleza usa una condicional_ “si es malvada..., entonces producirá efectos malos”. Pero también se puede argumentar del mismo modo en contra, porque como se deduce del texto, la naturaleza engendra siempre algo de su misma índole, por tanto, se puede decir también, “si es buena..., entonces producirá efectos buenos”³³. Si el origen de la ley está en el calificativo que tenga la naturaleza, entonces la ley será buena o mala. Desde esta perspectiva el autor del texto se ancla en una noción de *physis* semejante a la mantenida por los autores presocráticos. Por otra parte, cabe notar que una nota distintiva de la *physis* presocrática es precisamente “lo que está siendo en cuanto que es, lo que explica el proceso que siguen las cosas para llegar a ser y lo que permanece cuando las cosas han sido engendradas, cuando ya son”³⁴.

A continuación el autor señala cuál es el fin que persiguen las leyes. Se trata de un fin social-individual que se cifra en conseguir lo justo, lo bello y lo conveniente. Queda claro que la ley promulgada no resuelve al instante

32. DEMOSTENES, nn. 15-16.

33. Es curioso notar cómo las oraciones y condicionales tienen su origen y pertenecen al ámbito comercial y jurídico, es decir, la creación de oraciones condicionales propiamente dichas, con una forma propia, exige cierto desarrollo de las relaciones económico-sociales y faltan por ello en varios lugares, cfr. N. DANIELSEN, *Zum Wessen des Konditionalsatzes*, Odessa 1968. Esta afirmación de Danielsen encaja con la estructura del lenguaje sobre la práctica. Este lenguaje es condicional: si se dan ciertas condiciones, entonces sí. Por eso en la política el primer objeto de examen son las condiciones, hay que ver si se dan, no cabe darlas por supuesto, cfr. S: RUS RUFINO, *El problema...*, cit. p. 181. Pensamos que esta interpretación es adecuada porque el autor utiliza una oración eventual construida con subjuntivo.

34. S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit., p. 22.

todos los problemas, por eso dice que "se ordena" y "busca", pero no consigue o resuelve, que sería la fórmula que se espera. En efecto, la ley una vez que ha sido promulgada no es más que un instrumento para encauzar la vida política, no es la solución para todos los problemas que se plantean en el seno de una comunidad, sino el medio consensuado para lograr resolverlos, el instrumento adecuado para conseguir la solución más conveniente. El autor del discurso nos sitúa ante una definición teórica de lo que es la ley y su finalidad.

El primer fin que persigue la ley es lo justo, la justicia objetiva, no sometida al capricho o la opinión de una persona determinada. Las leyes no pretenden hacer justos a los hombres, eso se expresaría en griego de otra forma, el adjetivo calificativo estaría en cualquiera de los géneros masculino o femenino: 'Aristides es justo', o 'Aspasia es justa'. Si el término va en neutro expresa su no atribución o predicación a una persona, es una noción abstracta y libre de toda subjetividad. Constituyen el fin general al que deben dirigirse todas las leyes. Estas buscan lo bello como manifestación de la armonía, es posiblemente la versión de la concordia ciudadana. Finalmente hacia lo conveniente, esto es, aquello que favorece más a la ciudad para seguir tendiendo hacia su fin. Notemos que todos estos sustantivos son neutros, por tanto expresan fines objetivos.

Las leyes tienden hacia esa pluralidad de fines. Cuando estos fines han sido establecidos adquieren el carácter de *koinón próstagma*³⁵, un mandato común, igual *-íson-* y válido *-hómoion-* para todos. Supone afirmar que las leyes se ordenan para conseguir unos fines determinados, y una vez conseguidos obligan a todos. "Y esto es ley", sentencia el autor, en singular *nómos* hace referencia a una ley actual vigente, no a la consideración abstracta de la ley³⁶.

El autor ha definido los fines de las leyes; ha mostrado la conveniencia de someterse a ellos, y ha descendido a un nivel práctico. Le queda sólo justificar el carácter vinculante de la ley, por tanto, necesita abordar el origen de la ley³⁷.

La ley tiene diferentes orígenes: los dioses, los sabios legisladores, la corrección de errores - la experiencia- y el pacto entre los hombres. Podría parecer que es una solución original del autor. Ni mucho menos, todos estos

35. Parece que este término es el siglo IV, cfr. PLATON *República* 432c, ISOCRATES 4.176 y DEMOSTENES 17.16 y 14.41.

36. Cfr. M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 193.

37. Cfr. n. 16, 12-15.

diferentes puntos de partidas entroncan con la tradición helénica. Lo raro es encontrar los cuatro juntos, eso sí que es -hasta donde llegan mis noticias- original y que en algunos autores se encuentra uno y en otros otro, pero todos juntos no.

El origen divino de la ley es algo muy arraigado en la reflexión jurídica griega³⁸. En muchas ocasiones se recurre a la divinidad para afirmar la intangibilidad de una ley, es más las leyes para ser incuestionadas exigen el refrendo y el fundamento de la divinidad. Este prestigio de la ley aparece en la lírica arcaica, en los antiguos poetas³⁹ y lo encontramos en el mismo Platón en su última obra, las *Leyes*⁴⁰. La ley necesita estar revestida de este prestigio para poder ordenar la ciudad. Así se le confería un sesgo particular: ser una instancia exenta de toda crítica y pasión humana, por tanto, hasta cierto punto objetiva.

El texto del anónimo no es preciso, pero por contextualización podemos deducir qué leyes son las que tienen origen en la divinidad. Es indudable que el autor se encuentra en el momento de desarrollo de las ideas sofísticas. Protágoras cifra también parte del orden jurídico en la divinidad. Pero no son leyes sino principios jurídicos básicos sobre los que se orienta la comunidad, y a los que se tendrán que adecuar todas las leyes humanas. Así pues, se puede afirmar que sólo las líneas más generales, básicas, de todo el ordenamiento legal tienen su origen en los dioses⁴¹.

38. Cfr. R. HIRZEL, "AGRAPHOS NOMOS", *Abh. der phil-hsit. Classe der kön. sächs. Gesellsch. der Wissenschaft*, Vol. 47 1903, p. 80 y del mismo autor *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei der Griechen*, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim 1966, edición fotográfica de impresión de Leipzig 1907, es un libro muy interesante; para el autor Themis es una consejera que prescribe tanto lo que hay que hacer como lo que hay que evitar, es, por tanto, la diosa de los oráculos; por otra parte, es la diosa que rige las reuniones de los hombres en el ágora, en los banquetes (cfr. especialmente las páginas 5-56); véase también otros autores como SOFOCLES *Edipo Rey* 863 y ss.; EURIPIDES *Ion* 442 y 1312, *Hipólito* 98 y ss. Y entre los sofistas Hipias testimonio recogido por JENOFONTE *Memorabilia* IV, 4, 19-21. Sobre este punto existe una discusión entre algunos autores. Para A. LEVI, "Ippia di Elide e la corrente naturalistica della Sofistica", *Sophia* 10 1947, pp. 441-450 y M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. Fasc. II, p. 70 ve que esta afirmación de Hipias da pie a considerar que el sofista admite un origen divino de la ley y lo identifica con la ley de la naturaleza. Cfr. a este propósito E. GOMEZ ARBOLEYA, "La polis y el saber social de los helenos", *Revista de Estudios Políticos*, vol. XLV, n° 65, 1952, pp. 72-74 y S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit., pp. 99-100.

39. Los casos más claros son los de HESIODO, y ya en el siglo V, ESQUILO.

40. Cfr. PLATON, *Leyes* donde abundan los ejemplos en que la divinidad aparece como el fundamento de la ciudad y del orden normativo que la vertebraba, véase por ejemplo 702b, 752a, 757e, 759b-c, 762c, 771c, 848d, 888b, 913d, 914d, 965c.

41. Cfr. S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit., pp. 87-88.

Los hombres sabios⁴², o como dice textualmente, prudentes, son los antiguos legisladores. Hombres sobresalientes en su virtud, conducta y rectitud de vida. Todos ellos tenían excelente sentido práctico, es decir, sabían lo que más convenía a la ciudad. Ejemplo de ello es Dracón⁴³, Licurgo⁴⁴ y Solón⁴⁵, por citar los más conocidos. La característica de estos hombres es que redactaban las leyes no mirando a su interés, sino al interés de toda la ciudad. Por tanto, las leyes son justas porque buscan el bien común por encima o aun a costa, del bien particular⁴⁶.

La corrección de los errores implica que el hombre es sujeto de la ley. Es decir, la naturaleza humana como se dijo antes tiene la capacidad de orientarse hacia lo vicioso, pero también es capaz de dirigirse hacia el bien, es libre de escoger entre ambos fines⁴⁷. La posibilidad de enmendar los errores exige la capacidad de autocorrección, la autocorrección implica autoeducación, y por ende, un sucesivo adaptarse a la realidad objetiva mediante pequeñas correcciones de rumbo. De ahí que corregir un error suponga un doble acto: de un lado, cierra un camino que se puede seguir, de otro abre uno nuevo avalado por la certeza, que no seguridad, de que ese puede ser más acertado que el anterior. La corrección de errores es una fuente por la cual se establecen las leyes más ajustadas a la realidad social en cada momento. Se puede decir que del error político se aprende a eliminar la rigidez, igual que un timón de un barco no puede permanecer fijo, la acción política debe muchas veces sufrir pequeños cambios de rumbo para adecuarse a las necesidades y exigencias de la sociedad.

42. Cfr. W. JAEGER, *La alabanza...*, cit. pp. 14-15 y 17-22.

43. Cfr. ARISTOTELES, *La constitución de Atenas* 4, 1-5.

44. Cfr. JENOFONTE, *Memorabilia*, IV.4, 14-15.

45. Cfr. ARISTOTELES; *La constitución de Atenas* 5, 1-3.

46. Cfr. ARISTOTELES, *La constitución de Atenas* 4.1; Véase también Solón Frag. 3, ed. de DIEHL, W: JAEGER, *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, Fondo de Cultura Económica, México 1974, 3ª reimpresión, p. 112, *La alabanza...*, cit. pp. 17-22 y E: ZELLER-R. MONDOLFO, *La filosofía dei Greci. Nel suo sviouppo storico*, La Nuova Italia Editrice, Vol. I,1, reimpresión Firenze 1967, p. 250. Por analogía se podrían citar dos de los Siete Grandes Sabios e Grecia, QUILON DK 10.9 y PERIANDRO DK 10.16. El caso contrario es el de CRITIAS donde no es la bondad la que prima, sino la astucia, cfr. AECIO I,7.2=DK 88B, 25.

47. Véase E: BARKER, *The Greek Political Theory. Plato and his Predecessors*, Methuen and Co. 2ª ed., London 1925, p. 6 y E. GOMEZ ARBOLEYA, "La Polis y...", cit. p. 75: "... en la polis los hombres discuten y deciden las cosas comunes, y por ello ejercitan el *nous* y su virtud propia, la prudencia, *sophía*. Definen su patria, tienen *andrela*. Moderan sus pasiones con rubor, *aidós* y templanza, *sophrosýne*. Pero sobre todo, puesto que en la polis reina el *nómos* ejercitan la *dikaiosýne*. Esta se constituye cada vez más en el *éthos*, en la virtud fundamental de la comunidad: virtud arquitectónica del legislador, y que abraza a toda otra en el ciudadano".

Por último la ley se establece mediante el acuerdo común de los individuos⁴⁸. Es la manera normal de encauzar la pluralidad de voluntades hacia un solo fin: el más conveniente. Es una propuesta contractualista -por usar una expresión actual- pero que al mismo tiempo implica la capacidad del hombre para ponerse de acuerdo sobre la dirección a seguir y cómo debe ordenarse la ciudad. Este 'ponerse de acuerdo' implica un poder comunicarse intenciones, proyectos, etc., que es lo que hace al hombre capaz de vivir en sociedad a diferencia de los animales, como vio acertadamente Aristóteles⁴⁹.

El fin que se persigue es el mismo: vivir en la ciudad, articular la vida político-social en una comunidad de individuos que tienen un proyecto común que les une y mantiene viviendo en sociedad.

La manera como procede la ley de las distintas fuentes no es igual, veámoslo. Los dioses, dotados de un poder superior a los hombres, y ante los que no queda opción que someterse, les regalan las leyes más adecuadas para la ciudad, éstos no ponen nada de su parte, son meros sujetos pasivos o receptores. En el caso de los legisladores se establecen los preceptos que dictan porque vienen avalados por la excelencia de su sabiduría sobre los asuntos que atañen a la comunidad política. En este caso la ley no es más que un producto elaborado por un individuo -o un conjunto de individuos- de autoridad reconocida por todos, los ciudadanos siguen siendo elementos pasivos que reciben la ley. En el tercer caso todo cambia, el ciudadano es elemento activo que determina su naturaleza individual tanto al fin de la sociedad, como al colectivo, mediante una autocorrección de defectos. Finalmente, las leyes acordadas por los ciudadanos son el resultado de la adecuación voluntaria de éste a las exigencias de la comunidad política. Es

48. Es la tesis que defendieron los siguientes sofistas: HIPIAS véase PLATÓN, *Hippias Mayor* 284c y e, Jenofonte, *Mem.* IV.4, 13-14 y IV.4, 21; El texto denominado *Anónimo de Jámblico*, VI.1; Antifonte DK 84B, 44; LICOFRONTE véase el único texto en ARISTÓTELES *Política* 1280b, 10-12. Entre los defensores del derecho natural del más fuerte el origen contractualista de la ley es afirmado para atacarlo o rechazarlo, cfr. la opinión de CALICLES recogida en *Gorgias* 483 b-c y sobre todo JENOFONTE, *Memorabilia*, I.2,41, y TRASIMACO en la *República* 339 a. Cfr. E. GÓMEZ ARBOLEYA, "La Polis y...", cit. p. 81.

49. Cfr. ARISTÓTELES, *Política* 1253a, 7-18. Véase también X. ZUBIRI, *Naturaleza...*, cit. pp. 162-163, donde muestra cómo el hombre es un ser viviente diferente de los demás. Esa diferencia radica en su *lógos* que le lleva a poder convivir en una sociedad organizada jurídica y políticamente con otros hombres "... por eso la plenitud de la convivencia es la *pólis*, la ciudad... Si el contenido concreto de la *pólis* es obra de un *nómos*, de un estatuto, y tiende a la eunomía, la buen gobierno, su existencia es, para un griego, un hecho natural". Este modo de articular la vida en común se da por primera vez en Grecia, se trata de una coexistencia bajo la idea del *nómos*, que se transforma en palabras de Aristóteles, en verdadera *koinonía*, auténtica convivencia". Cfr. también E. GÓMEZ ARBOLEYA, "La Polis y...", cit. pp. 78-79.

el único momento en que el ciudadano puede aportar su concurso al gobierno y desarrollo de la ciudad.

En el párrafo 17 el autor analiza la función político-social de la ley. La ley sirve para evitar que los hombres cometan acciones desviadas o injustas, como dice el texto. La ley así considerada es un mandato preventivo y prohibitivo. Es, en segundo lugar, un elemento necesario para castigar a aquellos que se desvían del fin. La frase final expresa una idea muy importante desde el punto de vista de la función práctica de la ley. La ley perfecciona y fortalece la naturaleza humana. Perfecciona porque su cumplimiento produce hábitos prácticos y modela la naturaleza particular de cada individuo en la sociedad, lo convierte en un ser social sin merma alguna de su carácter individual. El hombre se perfecciona al ser insertado en la sociedad porque sus posibilidades se encaminan hacia un fin querido y lo convierte en un hombre con proyectos.

Se afirmó que fortalece a la naturaleza humana. El derecho dota al hombre de un poder, de una fuerza, que la biología no es capaz de darle. No es una fuerza en términos contantes y sonantes. Se trata de un poder que se podría llamar invisible, pero totalmente vinculante y coactivo. Y esto es lo que va a ejemplificar a continuación. Las magistraturas, los tribunales, en suma, todos los órganos de gobierno de la ciudad funcionan por el poder de la ley. El orden social se mantiene por el sometimiento a las leyes⁵⁰.

Si las leyes no son obedecidas se destruyen y el individuo hace lo que quiere sin limitación alguna. Se cae en la ley del más fuerte, en la lucha de todos contra todos para imponerse unos sobre los otros; es la *acrasía* más absoluta. De este modo desaparece la constitución política porque carece de valor, y en esta situación la vida de los hombres no tiene ninguna relevancia.

El autor mantiene que son dos las razones fundamentales por las que se establecen las leyes: para evitar las injusticias, o dicho con otras palabras, para que la justicia presida la actuación de todos y para que aquellos que conculcan los principios que rigen la vida social sufran un castigo a fin de que sean mejores. El párrafo es bastante elocuente:

“Pues si alguno de vosotros quiere examinar cuál puede ser la causa o lo que hace que el Consejo se reúna, que el pueblo suba a la Asamblea, que los tribunales se llenen, que los viejos magistrados cedan de buen grado el puesto a los nuevos, y que se produzca todo aquello por lo que la ciudad se administra y salvaguarda, encontrará que [la

50. n. 20.

causa de eso] son las leyes y el hecho de que todos la obedezcan, toda vez que, al menos, si éstas son abolidas y a cada uno se le da licencia para hacer lo que quiera, no sólo la constitución se va al traste, sino que siquiera nuestra vida se diferenciaría en nada de la de los animales salvajes’’⁵¹.

El texto del anónimo mantiene que la ley es la causa y la garantía -salvaguarda- del orden social y político. Gracias a ella las magistraturas funcionan, el sistema democrático sigue vigente con todas sus instituciones, por ejemplo, el relevo de personas en los distintos órganos de gobierno de la ciudad se hace de forma pacífica no violenta, sin que se produzcan luchas por el poder, la ciudad se puede administrar en beneficio de todos y no sólo de una parte. Todo esto es posible si y sólo si se obedecen las leyes y se las coloca como elemento básico de la vida política. El contraste está en lo contrario si cada uno hace lo que quiere y las leyes son abolidas, la constitución y toda la vida política y, e incluso, la privada, queda destrozada. El hombre se sume en la situación salvaje de lucha de todos contra todos.

IV. LAS LEYES EN LA VIDA SOCIAL Y LA NECESIDAD DE SU VALIDEZ UNIVERSAL⁵²

M. Untersteiner acierta plenamente con el título de este epígrafe. Desde el principio, como se puede ver, en la mente del autor funciona la intención de resolver la antítesis entre la naturaleza y la ley planteada desde el comienzo. La forma que tiene es mostrar que la ley es un elemento inexclusable para la vida social, y por ende, una exigencia de la naturaleza humana. Y esto es lo que va a argumentar en el siguiente párrafo:

“... Por tanto, dado que se reconoce que las leyes, después de los dioses, salvaguardan la ciudad, es menester que vosotros todos, del mismo modo exactamente que si estuviérais sentados en calidad de recaudadores de cuotas, al que obedece le honréis y elogiéis como a quien aporta a la patria la contribución completa de su salvación, y a quien no hace caso de ellas le castiguéis’’⁵³.

Todas las ciudades griegas se ponían bajo la tutela o patrocinio de un dios. Esa divinidad era la encargada de proteger la ciudad y a sus habitantes de las agresiones externas, también debía velar por el desarrollo de la

51. n. 20.

52. Título puesto por M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 197, abarca los nn. 21-27.

53. n. 21.

ciudad. Las leyes, como ya hemos visto, eran el elemento que garantizaba el orden dentro de la comunidad, pero esas leyes deben de ser respetadas, así se conserva el prestigio de la ley⁵⁴. El respeto a la ley debe ser por parte de todos los ciudadanos, como si fueran magistrados, porque ese respeto redundará en beneficio de todos. Con esto queda superada una vieja aporía: si el fundamento se pone sólo en la divinidad se corre el riesgo de caer o mejor dicho de imponer a la ciudad una teocracia regida por algunos hombres, es decir, un sistema oligárquico teñido de tintes teocráticos⁵⁵.

El anónimo da un salto más grande. La divinidad está en su lugar, protegiendo y favoreciendo a la ciudad, y las leyes son las que organizan la vida ciudadana. Si se cumplen las leyes, los hombres obtienen premios a su conducta. Si se conculcan, recibirán castigos. Así remarca la idea diciendo en el párrafo siguiente:

“Pues es una contribución a la ciudad y a la comunidad todo cuanto cada uno de nosotros hace porque lo mandan las leyes. El que falta a ella, os priva de muchos, hermosos, augustos y grandes beneficios y, por lo que a él toca, os destruye”⁵⁶.

El aniquilamiento de la ciudad comienza con la pérdida de prestigio de la ley y su posterior desobediencia. La actitud rebelde de los ciudadanos destruye la ciudad. Esta situación de *anomía* la desarrolla en el párrafo siguiente:

“A modo de ejemplo voy a referirme a uno o a dos de ellos, los más conocidos. El hecho de que el Consejo de los Quinientos, gracias a una barrera de esa consistencia, tiene autoridad sobre sus secretos y no pueden entrar los simples ciudadanos; que el Consejo del Aerópago, cuando se encuentra en sesión en el Pórtico Real y se aísla por medio de un cordón, se halla concentrado sobre sí mismo con gran tranquilidad y todo el mundo se aparta lejos de allí; que todas las magistraturas que ejercen los que entre vosotros las obtuvieron por sorteo, al mismo tiempo que el ujier dice: 'Salid fuera', controlan las leyes para cuya administración fueron promovidos al cargo y ni siquiera los más desaprensivos recurren a la violencia; y otros miles de beneficios”⁵⁷.

54. Cfr. S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit. p. 156.

55. Esto es lo mismo que planteó CRITIAS.

56. n. 22.

57. n. 23.

Con ejemplos muy sencillos e inteligibles para todos el autor muestra el poder coactivo de la ley. Se trata de un poder invisible que todos reconocen y al cual se someten.

“Pues todo lo augusto y bello y con lo que se adorna y salvaguarda la ciudad, la templanza, el respeto por parte de los jóvenes hacia sus padres y los más viejos entre vosotros, el buen orden, con el refuerzo de las leyes sobrepujan a lo vergonzoso, la desvergüenza, la audacia y la indecencia. Osada, en efecto, es la maldad, audaz y avariciosa; y al contrario, la honradez es cosa tranquila, vacilante, lenta y entendida en llevarse la peor parte. Así pues, es menester que quienes de entre vosotros en cada ocasión sean jueces observen las leyes y las hagan fuertes; pues con ellas los honrados se imponen a los malvados”⁵⁸.

El respeto a la ley provoca la armonía en la ciudad; armonía que el autor llama buen orden, que se opone al caos, a la discordia. La armonía no favorece sólo a la ciudad y a los ciudadanos, sino que además perfecciona la naturaleza individual de cada hombre. La observancia de la ley no es sólo cumplirla, observarla, sino que además el listón hay que ponerlo un poco más alto, se deben hacer fuertes. ¿Cómo se fortalece la ley? respetándola y obediéndola⁵⁹, no haciéndole perder ni un ápice de su prestigio o autoridad. Si se procede de esta forma los honrados vencen a los malvados, porque los segundos se sitúan en una posición de inferioridad cuando impera la ley.

“Y si ello no es así, todo anda disuelto, abierto, confundido; la ciudad viene a caer en manos de los más perversos y desvergonzados. Porque, ea, por los dioses, si cada uno de los habitantes de la ciudad, adoptando la audacia y desvergüenza ... y diciéndose lo que precisamente ése se dice, que es lícito decir y hacer hasta los últimos extremos, en un régimen democrático, todo lo que uno quiera, a condición de que obrando así se despreocupe uno de la reputación que ello le acarreará y que nadie le va a condenar a muerte inmediatamente por ningún crimen”⁶⁰...

Cuando la ley o en general el sistema normativo se conculca y pierde el prestigio, el orden socio-político se altera hasta el extremo de llegar a la anarquía, o en el dominio o dictadura del más fuerte. El autor pone de manifiesto que el régimen democrático es más proclive a caer en estas

58. n. 24.

59. Es la recomendación de QUILON DK 10,19.

60. n. 25.

situaciones, porque amparándose en una mal entendida libertad -el libertinaje-, se intentan justificar todas las acciones sea cual sea su catadura moral. De ahí a la demagogia hay sólo un paso:

“... si tras estas reflexiones el que no resultó designado por la suerte o elegido por votación pretendiera estar en situación de igualdad respecto del que sí resultó agraciado o votado, y participar en los mismos poderes, y, de una manera general, ni joven ni viejo cumplieran con su deber, sino que cada uno, desterrando de su vida toda disciplina, considerase su propia voluntad como ley, autoridad y como todo; si así hiciéramos ¿cabe dentro de lo posible que la ciudad sea administrada? ¿Y qué? ¿Que las leyes tengan validez? ¿Cuánta violencia pensáis que llegaría a haber en toda la ciudad día a día y cuánta insolencia e ilegalidad y palabras impías en vez de los actuales lenguajes de buen tono y orden? ¿Y para qué decir que con las leyes y la obediencia que se les presta todo se regula, sino que vosotros mismos sois los únicos que actuáis como jueces?”⁶¹.

Las magistraturas de la ciudad se elegían unas veces mediante votación de los ciudadanos, otras mediante el sorteo⁶². Una manera clara de manifestar el deseo de mantener el orden político era respetar la elección democrática o bien la suerte que era considerada como expresión de la voluntad divina⁶³. Además este respeto ponía de relieve la civilidad de los ciudadanos. Una vez más el autor del texto manifiesta que la paz, la armonía ciudadana y otros muchos beneficios llegan por vía del respeto al orden establecido. Siempre que se quiera alterar lo más mínimo este orden se cae en una situación de *anomía*. Además el autor ofrece una nota importante: las virtudes que se exigen a los ciudadanos son personales y deben imperar en la vida de cada uno. A su vez, la ley y la autoridad no se ejercen según capricho personal o mediante inclinaciones arbitrarias de la voluntad. La voluntad no atemperada por las virtudes provoca, o puede llegar a provocar, la lucha entre diversas formas de solucionar el problema, en cualquier caso, se llega a un conflicto entre los individuos. En una situación de este tipo las leyes no regulan nada, y la justicia como juicio ecuaníme entre dos partes en conflicto no es posible.

61. nn. 26-27.

62. Solón propone que una serie de magistraturas se hagan por sorteo Cfr. ARISTOTELES, *La constitución de Atenas* 8,1. G. GLOTZ, *La ciudad griega*, UTHEA, México 1957, que "a partir del siglo V, el sorteo se convirtió en el procedimiento democrático por excelencia, y se utilizaba para designar a todos los magistrados que no era absolutamente necesario escoger según sus ideas políticas o su talento" p. 177, más precisiones sobre el sorteo véase en pp. 178, 179 y 180.

63. Cfr. PLATON, *Leyes* 757e y 759b-c.

IV. EL VALOR DE LA LEY ESTÁ FUNDAMENTADO SOBRE LA MEJOR MANIFESTACIÓN DE LA PHYSIS INDIVIDUAL⁶⁴

“Es menester que quienes deliberan a favor de la patria busquen con quien compartir, no desesperación, sino inteligencia y buenos sentimientos y una amplia previsión”⁶⁵.

El autor está proponiendo un modo de gobernar democrático: los asuntos de la ciudad deben ser estudiados y decididos por varios individuos, es la forma de gobierno colegial. Es importante notar que las deliberaciones deben ser sobre asuntos que afecten a la ciudad. El carácter de los gobernantes queda perfectamente delimitado, deben ser individuos inteligentes, que se rijan en la vida por buenos sentimientos y capaces de hacer planes que en un futuro favorezcan a la ciudad, a estas alturas del texto el autor ha señalado las cualidades del que gobierna los destinos de una sociedad: inteligencia, rectitud de acción y prudencia. Estas cualidades o dotes naturales del gobernante son las que hacen prosperar a la ciudad y se han convertido en la ley universal exigible a todos los que dirigen una comunidad política⁶⁶.

Estas características definitorias no sólo son las mejores, sino que también son a las que las ciudades dedican altares y cultos públicos:

“Y considerad esto, no dirigiendo la mirada a mi discurso, sino a las costumbres todas de los hombres. Hay en todas las ciudades altares y templos de todos los dioses, y entre ellos también a Atenea Prónoya, como buena y gran diosa que es; y junto al Apolo de Delfos hay un templo suyo muy bello y grande, nada más entrar en el santuario de Apolo, que como dios y adivino que es, sabe lo que es mejor; sin embargo, no los hay de la desesperación ni de la desvergüenza”⁶⁷.

Se ha intentado ver en este texto una vía de asimilación de la *physis* al *nómos* cuando la *physis* individual reconoce por encima de sí misma, una *physis* más esencial y universal⁶⁸. Por el contrario, me parece que desde el comienzo el texto es elocuente. El término que se ha traducido por “costumbre” -*éthe*- es uno de esos vocablos que a lo largo de la historia de

64. M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 200.

65. n. 33.

66. Cfr. M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. pp. 200-201.

67. n. 34.

68. Cfr. M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 203.

la lengua griega han ido cargándose de sentidos y perdiendo otros. Aquí hemos preferido el significado de costumbre que el hombre posee por el hecho de ser hombre, es decir, está enraizada en el modo de ser propio del hombre. *Ethos* está en cierta oposición con *nómos*, la primera no necesita de ningún reconocimiento, mientras que el segundo se otorga, se concede, o reconoce. La primera es por sí, el segundo es efecto.

“Y de la justicia, al menos, y la legalidad y el recato tienen altares todos los hombres; los más hermosos y santos se hallan en el alma misma y la naturaleza de cada uno; otros, contruidos en interés público para que todos los honren...”⁶⁹.

En definitiva la ley, el gobierno de la ciudad y la justicia dependen de la naturaleza del hombre o de los hombres que gobiernen. Es conocido cómo Platón en la *República* define los distintos regímenes políticos dependiendo del tipo humano dominante. Este carácter impregna toda la vida política y le imprime un sesgo y una dirección. Esta es precisamente la forma que tiene Platón de explicar la pluralidad de constituciones políticas. En la realidad el tipo dominante destruye a los otros: la timocracia la domina un militar desencajado⁷⁰, la plutocracia corresponde al hombre que persigue como fin el enriquecimiento personal⁷¹, el hombre sórdido que desea dominar a todos es el que da lugar a la oligarquía⁷², así se podría continuar la serie.

Es importante poner de relieve que el tipo humano es aceptar parcialmente la condición humana, es la consideración analítica del hombre, así Platón consagra la pugna política entre tipos porque en cada uno domina una tendencia. Para poder ser gobernante lo que se requiere no es la correspondencia con una tendencia más o menos fuerte o predominante, sino la plenitud de la virtud. Con esto no se está afirmando que cada tipo posea alguna virtud, sino que las posea todas, que es precisamente lo que exige el autor del texto. Platón consagra la existencia de tipos en la *República*, sin embargo Aristóteles no estima insuperable esta restricción platónica⁷³.

69. n. 35, cfr. J. de ROMILLY, *La Loi...*, cit. pp. 167-168.

70. PLATON, *República* 546d-e.

71. PLATON, *República* 545b.

72. PLATON, *República* 545a-e.

73. Cfr. S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit., p. 156. No es este lugar para desarrollar la crítica de ARISTÓTELES a la teoría de PLATON.

V. GÉNESIS DE LA ETICIDAD DE LA PHYSIS

“Vosotros haciendo uso de ese sentimiento de humanitarismo que tenéis por naturaleza los unos para con los otros, así como las familias viven en las casas privadas, de ese modo vivís corporativamente en la ciudad. ¿Y cómo viven aquéllas? Donde hay un padre e hijos varones ya hombres, y tal vez hasta hijos de éstos, allí es fuerza mayor que sean múltiples y nada semejantes las voluntades; porque la juventud no tiene las mismas palabras ni las mismas obras que la vejez. Pero, sin embargo, los jóvenes, todo lo que llevan a cabo, si es que son mesurados, lo hacen de tal manera que principalmente intentan pasar desapercibidos, o, si no, al menos dejar patente que querían obrar así; los más viejos, a su vez, si ven algún dispendio o potación o diversión que excede la medida, lo miran de tal forma que no parecen haberlo visto. Gracias a esos comportamientos se realiza todo lo que las naturalezas aportan y se realiza bien... Pues bien, de la misma manera vosotros vivís en vuestra ciudad familiar y humanitariamente, los unos mirando de tal manera los actos de los desafortunados que, como dice el refrán, viviendo no ve y oyendo no oyen, y los otros haciendo lo que llevan a cabo de tal guisa, que dejan ver a las claras que están en guardia y sienten vergüenza. Y a raíz de esto, la concordia general, causa de todos los beneficios de la ciudad, tiene consistencia y dura”⁷⁴.

Estos tres párrafos del texto tienen un solo objetivo: mostrar cómo la concordia *-homónoia*⁷⁵ supone la superación de los intereses particulares en beneficio del bien de todos los miembros de la sociedad. La naturaleza, mejor dicho, el modo propio de ser de cada individuo debe acatar las normas, leyes y costumbres de la sociedad donde vive. Esa sociedad puede ser la casa, la familia, la aldea o la *polis*, es decir, cualquier tipo de organización política de la que individuo es parte. Si se consigue realizar este ideal la ciudad se mantendrá libre de sediciones, ordenada y sometida al imperio de la ley. El hombre por tanto realiza su destino natural: vivir en sociedad no por concesiones de otros, sino siguiendo los dictados de su propio modo de ser.

“Pues, realmente, uno puede ver que de entre los demás hombres los mejores y más mesurados hacen todo lo que deben de buen grado, impulsados por su misma naturaleza, y que, los que son inferiores a estos pero que están lejos de ser llamados excesivamente perversos, por el miedo a vosotros y el dolor que les producen los oprobiosos dichos

74. nn. 87, 88 y 89.

75. Cfr. para este término también a HIPIAS DK 86A, 14 y 16.

y reproches, toman sus precauciones para no incurrir en falta; en cambio, a los que son muy malvados y son calificados de abominables, las desgracias, al menos, se dicen que les hacen sensatos... Seguramente a ninguno de vosotros los mordió jamás una víbora o una tarántula y ojalá no le muerda; pero no obstante, a todos los bichos de esa laya, cuando los veáis, matadlos. Pues bien, del mismo modo, varones atenienses, también cuando veáis un sicofanta y un hombre cruel de la misma naturaleza que la víbora, no esperéis a que os haya mordido a cada uno de vosotros; antes bien, el primero que en cada ocasión con él se tope, que lo castigue''⁷⁶.

En estos últimos párrafos del discurso el autor intenta conciliar la *physis* con el *nómos*.. La primera impone que se siga a la segunda, si la ley pierde su prestigio, su capacidad de ordenar la convivencia, se llega a la lucha de todos contra todos. Por esta razón, para conservar la unidad de la *polis*, se debe luchar hasta el punto de eliminar a todos aquellos que quieran corromperla. Estos sediciosos son la carcoma, viven a expensas de la comunidad política, de ella se alimentan, pero a la vez la destruyen, se sirven de ella. De ese individuo hay que librarse aniquilándolo políticamente con el destierro y físicamente con la muerte.

En definitiva, el autor presenta una reflexión sobre la ley que recoge las diferentes explicaciones existentes en su ambiente cultural. Plantea la dualidad entre naturaleza y ley, principios rectores de la vida del hombre en sociedad: la naturaleza es propia y exclusiva de cada individuo, en tanto que la ley es general e igual para todos, inclinada al bien de la sociedad en su conjunto. A la concreción de la ley corresponde la inconcreción de la naturaleza humana, llena de posibilidades que se van desplegando en el tiempo. Las leyes persiguen un fin que se cifra en conseguir lo justo (la justicia objetiva), lo bello (la armonía o concordia ciudadana) y lo conveniente. En cuanto a sus orígenes, cita a los dioses, los sabios, los legisladores, la corrección de los errores y el pacto entre los hombres. La ley perfecciona y fortalece la naturaleza humana y sin la ley, la *anomía* acabaría con la sociedad y causaría la infelicidad a los que viven en ella; por eso tiene que ser preservada a toda costa de la sedición y el desorden. Se trata, por tanto, de una visión sencilla e integradora de la acción de la ley en la vida del individuo, que intenta superar la propia dualidad entre naturaleza y ley que le servía de punto de partida.

76. n. 93 y 96.

La presencia del Derecho en la obra de Vilfredo Pareto*

Por MERCEDES CARRERAS

Valencia

1. LAS BASES DE SU CONCEPCIÓN

A pesar de la estrecha relación que hay entre Derecho, economía y política, es prácticamente inexistente la literatura que puede encontrarse respecto a la concepción del Derecho en Pareto y la influencia que pudiera haber tenido en el pensamiento jurídico. Seguramente, la explicación de este hecho obedece a que su obra carece de un tratamiento específico acerca del Derecho y menos aún de la jurisprudencia. Las referencias al Derecho que pueden encontrarse son accidentales, dado que como buen maquiavelista, está más interesado por la política y sus consecuencias. No obstante, parece posible ordenar de algún modo la concepción del Derecho que subyace en el pensamiento de nuestro autor.

Si bien no lo dirá expresamente, todo parece indicar que Pareto entendía el Derecho como un conjunto de reglas de conducta obligatorias, dictadas por una autoridad y respaldadas por un castigo en caso de incumplimiento. Como primera aclaración conceptual es necesario advertir que Pareto reconoce el valor de la costumbre como fuente del Derecho positivo, al tiempo que insinúa la existencia de un primitivo estado de naturaleza, subrayando el carácter necesario de la ley para el tránsito al estado de civilización. Entiende la justicia como una forma carente de materia y de

* Este artículo es la reelaboración de algunos apartados de la tesis doctoral "Vilfredo Pareto: una teoría de la libertad económica y del elitismo político", dirigida por el Prof. Jesús Ballesteros y defendida en la Universitat de Valencia el 19 de diciembre de 1990 ante el Tribunal integrado por los profesores José M^a Rodríguez Paniagua, Gilberto Gutiérrez, Albert Calsamiglia, Joaquín Tomás Vilarroya y Javier de Lucas, y se beneficia de sus apreciaciones.

contenido propios, capaz de despertar en el hombre ciertos sentimientos¹. Su concepción del Derecho es claramente instrumental: se trata de un medio al servicio del hombre político para la consecución de sus fines. Uno entre tantos y no precisamente el más eficaz. El Derecho y la moral conservan todo su valor en el plano de las ideas, pero no deben tomarse en consideración al tratar de temas políticos.

La regulación de la conducta en la sociedad se aborda de dos maneras: mediante el empleo de la fuerza y mediante el establecimiento de normas y valores que los miembros de la sociedad pueden aceptar en diverso grado como reglas de conducta obligatorias. Los sociólogos utilizan el término control social para referirse a este segundo tipo de regulación, en la que la internalización las normas o valores resuelve o mitiga las tensiones y conflictos existentes entre los individuos. Sin embargo la subestimación del papel de la fuerza es contrario, incluso a nuestra experiencia en las sociedades contemporáneas, donde no sólo existen democracias... Y en la historia de las sociedades humanas es evidente la importancia de la violencia, de la conquista y de la opresión. Las teorías sociológicas que insisten en la regulación de la conducta por valores y normas tienden no obstante a ocuparse sólo de dicha regulación en general. Describen el control social como un sistema relativamente armonioso, unificado y estable, al tiempo que tratan los conflictos entre valores como fenómenos secundarios o meras desviaciones. Esta concepción parece aplicable a sociedades muy pequeñas y simples, con un fuerte contacto personal (*face to face*). Si bien todo grupo social regula el comportamiento de sus miembros, ocurre que en las sociedades complejas los distintos grupos sociales suelen entrar en conflicto al intentar extender cada uno de sus propios valores y normas a los demás e instrumentar los contactos y relaciones a través de reglas formales. La observación de la realidad sugiere a Pareto la desvalorización del Derecho frente a la fuerza como esencia de la política pura. No procede,

1. PARETO, V., *Les Systèmes Socialistes*, (1902-1903), Genève, Droz 4ª ed. 1978, p. 107, "El mayor mal proviene de que se sustituye la persuasión de la experiencia por la coerción de la ley, lo que tiene como efecto agravar enormemente las consecuencias de errores inevitables".

Op. cit., p. 92 "¿Quid leges sine mores?"

Manuel d'Economie Politique, (1909), Genève, Droz, 5ª ed. 1981, cap. II §19, "Los hombres... poseen ciertos sentimientos que, en ciertas circunstancias concretas, sirven de norma para sus acciones. Estos han sido repartidos en distintas clases, entre las que podemos considerar las que han sido llamadas: la religión, la moral, el Derecho... hubo un tiempo en que todas éstas se encontraban confundidas y formaban un conjunto más o menos homogéneo. No poseen ninguna realidad objetiva y no son más que un producto de nuestra mente... es por ello inútil buscar lo que es objetivamente la moral o la justicia".

La Transformación de la Democracia (1923), Madrid, EDERSA, 1985, p. 61 "Para un pueblo civilizado es difícil subsistir sin leyes; éstas pueden ser escritas, fijadas por el uso o decididas de otra manera, pero **deben** existir".

pues, la identificación entre Derecho y poder, pero sí es evidente la relación estrecha entre ambos.

Hemos señalado que las leyes organizaban el Estado, pero las leyes requieren del apoyo de la fuerza². Caracterizado el Derecho como uno de los fundamentos del Estado, queda inmediatamente convertido en un instrumento político, esto es, un medio para la adquisición, conservación y aumento del poder³. El legislador aparece como el artífice del Estado. Este individuo encargado de organizar políticamente al Estado en una forma de gobierno, procede de un modo pragmático. Su calidad se manifiesta en su habilidad y prudencia para escoger la naturaleza de las leyes que han de regir.

2. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale* (1917-1919), Genève, Droz, 3^a ed. 1968, § 2183 "Todos los gobiernos usan la fuerza y todos afirman que se basan en la razón".

La Transformación de la Democracia, p. 103 "El Derecho es un asunto de fuerza".

Op. cit., p. 96, "Es la fuerza, justamente la fuerza, la que tarde o temprano decidirá quién debe ordenar y quién debe obedecer".

PARETO V., *Mon Journal*, Genève, Droz, 1976, p. 36, 8 de abril de 1918: "Es la fuerza, la fuerza extrema, sin restricción ni límite, la fuerza triunfante, que hará del Derecho la ley del mundo y someterá toda dominación egoísta".

PARETO V., *Les Systèmes Socialistes*, p. 39 "Anton Meneger se imagina que puede probar que nuestro derecho actual debe cambiarse porque 'responde casi exclusivamente a relaciones tradicionales fundadas en la fuerza' pero tal es el carácter de todos los derechos que han existido, y si el que desea nuestro autor se hace realidad un día, será precisamente porque a su vez dispondrá de la fuerza; si no la posee, permanecerá siempre en el lugar de los sueños. El derecho comenzó por la fuerza de individuos aislados, ahora se cumple mediante la fuerza de la colectividad, pero siempre está la fuerza".

En este sentido, Julien Freund vendría a coincidir plenamente con Pareto: "La fuerza no es algo ajeno al hombre, ni a la civilización, ni a la cultura... La posee como ser humano... Todo poder político utiliza inevitable y normalmente la fuerza, pues no puede haber un Estado sin instituciones, sin justicia o sin policía", vid. *L'Essence du Politique*, Paris, Sirey, 1965, p. 706. Vilhelm Aubert llega a una conclusión semejante: "... law is closely connected with the exercise of power in society. To study law is to study power", vid. *In Search of Law. Sociological Approaches to Law*, Oxford, Martin Robertson, 1983, p. 106.

Pauline Morris, Richard White and Philip Lewis, tras destacar el papel del Derecho en el reconocimiento de los nuevos valores que aparecen en el grupo social, coinciden en afirmar "legal solutions cannot be considered as a separate problem, divorced from the function of law as an instrument of power and social control in society", cfr. *Social Needs and Legal Action*, Bristol, The Barleyman Press, 1973, pp. 59.

MACHIAVELLI, N., *Il Principe*, cap. XVIII, p. 283 "... hay dos modos de combatir: el uno con las leyes, el otro con la fuerza ... como a menudo no basta con aquél, es preciso recurrir al segundo". Es evidente que las anteriores propuestas de Pareto entran de lleno en las sugerencias de Maquiavelo.

3. PARETO V., *Programme et Sommaire du Cours de Sociologie*, Genève, Droz, 1967, §28 "Tanto los partidos que detentan el poder como los que pretenden alcanzarlo, tratan de convertir en axiomas las proposiciones que les son favorables".

Así, Pareto contempla la legislación como una actividad política, como política legislativa, y en este sentido se fundamenta más en la ciencia política que en la filosofía o en la axiología⁴. Esta idea queda aclarada cuando establece el paralelismo entre el legislador y el alfarero. A su juicio: "las clases superiores se esfuerzan por mantener las leyes y las reglas morales, mientras las transgreden ... las inferiores tienden a cambiar estas leyes y reglas, y ello porque el fuerte se coloca por encima de la ley y de las costumbres, mientras que el débil está sometido a ellas"⁵. Al partir de una concepción instrumental del Derecho, Pareto sustenta una posición relativista. A este respecto resulta ilustrativo el argumento que esgrime para desmitificar la fundamentación del pago de impuestos como una realización del valor justicia. Según Pareto, "antao se pensaba que era justo que los impuestos alcanzasen a casi todas las clases inferiores y que las clases superiores estuvieran exentas de ellos o caso. Hoy en día los términos están invertidos, lo que muestra que esta justicia tiene una espalda ancha, nunca niega su ayuda a los poderosos. Antao se consideraba libre la disposición según la cual los que pagaban los impuestos debían primero admitirlos y aprobarlos; hoy se llama libre a la disposición en virtud de la cual los impuestos son decididos por los que estarán exentos de ellos o casi, lo que muestra, muy bien que el término libre es tan maleable como el de justo"⁶.

4. *Les Systèmes Socialistes*, Cit., p. 94, "Por lo general, los dirigentes ... no pueden preocuparse de la justicia y del Derecho más que en la medida posible, mientras que ello no lesione sus intereses ni los de sus partidarios".

Cit., p. 102 "En realidad, todas las organizaciones reales son una mezcla de bien y de mal... No nos cansaremos de repetir que para juzgar una organización es indispensable hacer una especie de balance: poner de un lado el bien y del otro el mal, y ver de qué lado se inclina la balanza".

La Transformación de la Democracia, p. 82, "Los gobiernos se tornan naturalmente hacia allá donde hay o puede haber una resistencia mínima".

5. *Manuel d'Economie Politique*, Cit., cap. II, §87.

Les Systèmes Socialistes, p. 82 "La concepción del legislador que da forma a la sociedad, como el alfarero al barro, es muy antigua".

6. *La Transformación de la Democracia*, p. 81.

PARETO V., *Manuel d'Economie Politique*, §1110 "La heterogeneidad de la sociedad tiene por consecuencia que las reglas de conducta, las creencias, la moral deben ser al menos, en parte, distintas para las diferentes partes de la sociedad, con el fin de procurar la máxima utilidad para esta sociedad".

Vid. LE BON, G., *Psicología de las Masas*, Madrid, Morata, 1983, p. 23 "Si un legislador desea, por ejemplo, establecer un nuevo impuesto ¿Deberá escoger aquél que es, en teoría más justo? En modo alguno. El más injusto podría ser prácticamente el mejor para las masas, si es el más visible y el menos oneroso en apariencia. Así, un impuesto indirecto, aunque sea exorbitante siempre será aceptado por la masa. Si grava, diariamente, objetos de consumo en fracciones de céntimo, no perturbará los hábitos de las masas y causará poca impresión. Pero si se sustituye por un impuesto proporcional sobre los salarios u otros ingresos, a pagar en una sola vez, levantará unánimes protestas, aunque sea diez veces menos oneroso".

En nuestro intento de sistematizar una concepción que se encuentra dispersa e imprecisa a lo largo de su obra, no parece exagerado ver en Pareto un epígono del positivismo jurídico y en concreto del sociologismo realista⁷. Así como su actitud frente a la sociedad era la de estudiarla tal y como era, ese mismo espíritu aparece en sus comentarios acerca del Derecho⁸. Nada más alejado de él que concebirlo como un orden metafísico y trascendente vinculado con la divinidad o con una doctrina filosófica. El Derecho era para Pareto, el Derecho existente entre los hombres y entre los Estados. Su preocupación era la manera de utilizarlo con fines políticos. A partir de la obra de su colega Ernest Roguin, Pareto destaca los cinco elementos esenciales de una relación jurídica, acordes con un estudio lógico-experimental del Derecho⁹:

1º El hecho que se somete a la consideración del Derecho: se trata de un hecho que interesa al menos a dos sujetos.

7. Fiel a su estilo, Pareto introduce reflexiones interesantes en sitios insospechados, por lo que se refiere al positivismo jurídico se muestra esperanzado en el *Cours d'Economie Politique*, vol. I, cap. I §34n, p. 15 "Le droit aussi tend à devenir une science positive. Une des oeuvres les plus remarquables de notre époque sur cette matière est celle de Mr. E. Roguin: *La règle de droit...* Dit l'auteur... Il n'y a dans notre livre aucune trace de critique au point de vue de la justice et de la morale ... Nous étudions ainsi le droit au point de vue analytique et synthétique, comme le chimiste étudie le corps qu'il décompose et classifie".

8. *La Transformación de la Democracia*, p. 31, "Estudiemus lo que es, no lo que debería ser".

Les Systèmes Socialistes, p. 93 "Una organización que realiza únicamente la justicia y el Derecho no es más que una pura concepción ideal, al igual que la de un espíritu sin cuerpo. Las organizaciones reales son muy distintas".

Traité de Sociologie Générale, §2411 "...es preciso estar en guardia, principalmente, contra la intromisión de los sentimientos del autor, el cual tiende a buscar no lo que existe, sin principalmente, contra la intromisión de los sentimientos del autor, el cual tiende a buscar no lo que existe, sino lo que debería existir...".

MUGUERZA, J., *Desde la Perplejidad*, México, FCE, 1990, p. 158 "...el problema no es que contemos con una concepción de la justicia, sino que contamos con más de una y, de entre ellas, algunas contrapuestas entre sí, lo que dejaría a la razón práctica sinrazones para decidir en pro de ésta o aquella". Como señala Gilberto Gutiérrez, de acuerdo con la tradición utilitarista que favoreció la aparición de la Economía del Bienestar, la solución estaría en hallar la unanimidad, "...parece ser que si todos están de acuerdo sobre un juicio de valor entonces deja de ser un juicio de valor para convertirse en algo perfectamente 'objetivo'", vid. "La Estructura Consecuencialista del Utilitarismo", *Revista de Filosofía*, vol. III, 1990, nº 3, p. 143.

9. Se trataba de *La règle de droit*, Lausanne, 1888. Pareto incluye esta referencia, en la nota a pie de página 34 del volumen I, p. 15 del *Cours d'Economie Politique*, por lo que pasa casi desapercibida. Ernest Roguin ocupó la cátedra de Derecho civil comparado en la Universidad de Lausanne donde fue Decano, Pareto cita *La règle de droit*, Lausanne 1889 y *Traité de droit civil comparé*, Paris, 1904-1912. Cfr. *Traité de Sociologie Générale*, §839 y 840. Roguin participó en el homenaje que la Universidad de Lausanne tributó a Pareto con motivo de su jubilación, pronunciando un discurso.

2° El objeto del Derecho: otro hecho del mismo tipo.

3° Un legislador: una voluntad creadora de Derecho, susceptible de imposición por la coerción efectiva.

4° La orden del legislador en virtud de la cual debe conocerse el hecho en cuestión.

5° La sanción: consecuencia impuesta por el legislador, aplicada si hace falta por la fuerza en caso de inobservancia.

Así la norma jurídica (*règle de droit*) se define por Roguin como "L'expresion de la volonté qu'un certain fait social soit suivi forcément d'un certain effet social"¹⁰. Pareto compartió el positivismo no reduccionista de este autor partidario de una visión unitaria de las ciencias sociales en su incipiente búsqueda de status académico. También coincidía con él en su desencanto por la indolencia de la burguesía en la lucha frente al socialismo¹¹ y en aspectos jurídicos específicos como la crítica al Derecho natural y los "animal rights". Ernest Roguin se sitúa en la tradición de la escuela de Derecho comparado, heredera de Austin y la escuela de la jurisprudencia analítica en su afán por construir una ciencia sobre la base de los conceptos

10. Cfr. DU PASQUIER, C., *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1942, p. 86 en relación con Ernest Rougin, *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I. p. 82.

11. ROUGIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. IX "...el estudio de las leyes positivas es imperfecto si no viene acompañado del punto de vista sociológico...en realidad no hay relaciones sociales que sean exclusivamente jurídicas, o, en otras palabras, el derecho, formal y externo, no constituye más que un aspecto de las relaciones interhumanas...gozamos del privilegio de ver cómo nuestro eminente colega y amigo, Vilfredo Pareto va construyendo las bases generales de la sociología".

Op. cit., pp. IX-X "Constatamos con gran tristeza, y una gran preocupación por el futuro, la decadencia de la burguesía, el progreso de sus enemigos...víctima de una extraña obnubilación, sin verlo o sin querelo ver".

Op. cit., t. II, p. 331 §667 "Los animales, seres vivos dotados en general de automoción y de una psicología más o menos desarrollada, son totalmente incapaces de tener derechos y deberes jurídicos".

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §160 "Existe otra diferencia muy importante entre las acciones de los hombres y las de los animales: no observamos las acciones de los hombres sólo desde el exterior, como observamos las de los animales...Los hombres se otorgan a sí mismos normalmente determinadas reglas generales (moral, costumbre derecho)...".

Op. cit. §419 "En las *Instituciones* de Justiniano se nos dice '(I, 2) El derecho natural es aquel que la Naturaleza enseña a todos los seres vivos; pues este derecho no es exclusivo del género humano, sino propio de todos los seres que poblan el cielo, la tierra, el mar...este pasaje es realmente cómico...De esta forma tenemos un *derecho natural* de las lombrices, las pulgas, las moscas...No sólo existe este bonito derecho sino que además esos animales lo conocen; lo que no deja de asombrarnos".

jurídicos a partir del análisis de datos empíricos representados por los ordenamientos jurídicos de las sociedades avanzadas. Es bien conocido que este proceder proporciona un repertorio de conceptos analíticamente depurados, adecuados para construir una concepción general del Derecho. El análisis comparativo iniciado por Austin sirvió de base a la constitución de la escuela de Derecho comparado que trataba de hallar los principios generales del Derecho a partir del estudio comparativo de los fenómenos jurídicos que se manifiestan en los distintos ordenamientos jurídicos¹². Evidentemente Pareto no realizó semejante análisis, pero en lo que respecta al Derecho positivo, asumió como propios los conceptos generales de norma jurídica y de relación jurídica de Roguin.

Sin embargo Roguin se muestra crítico con el escepticismo paretiano y un tanto disconforme con el tratamiento que su obra recibe en el *Traité de Sociologie Générale*¹³. Junto a Ernest Roguin cabe destacar la presencia de Sir Henry Sumner Maine, antropólogo y jurista, a quien Pareto siempre cita con simpatía. Sus afinidades con este último son menos directas, además no llegaron a conocerse personalmente. Ambos compartían su interés por la historia antigua, por la génesis consuetudinaria del Derecho y por el protagonismo creciente del individuo frente a la comunidad¹⁴.

2. EL REALISMO JURÍDICO PARETIANO

Si bien es cierto que Pareto no dedica un apartado concreto de su *Traité* al Derecho y ni siquiera lo menciona expresamente como uno de los factores que influyen en el equilibrio social¹⁵, el fenómeno jurídico se halla presente en su obra de forma marginal dentro del análisis de las acciones lógicas, los residuos y las derivaciones. Sin embargo, creemos que la sistematización de

12. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. XIX "La ciencia jurídica pura es la disciplina que trata de ver cuáles son los elementos constantes en el derecho, y extraer las consecuencias que resultan de ciertas premisas procedentes de la legislación positiva o de la imaginación creadora".

13. Roguin echa en falta una mayor presencia en el *Traité* de sus estudios sobre el derecho natural, cfr. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 601 n.

14. Sir Henry Sumner Maine, *Regius Professor* de Derecho romano en Oxford, constituye la segunda fuente jurídica de Pareto quien cita expresamente las siguientes obras: *Ancient Law*, London, 1890 (trad. francesa, *Etudes sur l'histoire des institutions primitives*, Paris, 1880) y *Early law and custom*, London, 1883 (trad. francesa, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris, 1884). Cfr. *Cours d'Economie Politique* §247, 549 y 659; *Manuel d'Economie Politique*, cap. II §81 y VII §109; *Les Systèmes Socialistes*, cap I, pp. 39, 107 y 179; cap. II, p. 298; *Traité de Sociologie Générale* §241, 256, 365, 456, 550, 551, 619, 818, 837 y 1318.

15. Cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §2060.

este conjunto puede arrojar alguna luz sobre el problema de la eficacia del Derecho. En vista de la polisemia y la variabilidad histórica del concepto, nuestro autor mantiene una actitud escéptica acerca de lo que los hombres entienden por Derecho¹⁶. Lo que es más, se niega a ofrecer una nueva definición del concepto pues duda de su contenido. Es evidente que de acuerdo con el método lógico-experimental, Pareto no podía admitir la existencia sin más del Derecho en sentido tradicional. El mundo de los hechos, trata de objetos y relaciones que pueden percibirse por los sentidos. Los hombres ejecutan determinados actos llamados jurídicos. Al realizarlos manifiestan sentimientos (estados biopsíquicos/residuos) que dependen directamente de sus condiciones de vida¹⁷. Estos actos unas veces son lógicos (si hay adecuación real entre medios-fines) y otras son no-lógicos. La necesidad de racionalizar lo no-lógico se presenta como una de las tendencias básicas del comportamiento humano, de ahí que aunque la acción sea no-lógica, el hombre intentará revestirla de un ropaje lógico (derivaciones)¹⁸. Es característico del fenómeno jurídico su resistencia a la alteración del equilibrio social. De aquí surge la tendencia a calificar de injusto todo aquello que daña nuestro equilibrio psíquico-físico dentro del medio en que estamos habituados¹⁹.

16. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §368 "Los fenómenos que en el lenguaje ordinario designamos con el nombre de *religión, moral, derecho*, tienen una gran importancia para la sociología. Los hombres llevan siglos discutiendo sobre ellos, y aún no se han puesto de acuerdo sobre su significado. Dan gran cantidad de definiciones, pero como éstas no concuerdan, se han limitado a llamar cosas distintas con el mismo nombre, lo que es un medio ideal para no entenderse. ¿Cuál es la razón de este hecho? ¿Acaso se trata de añadir otra definición a las ya existentes?...". La respuesta de Pareto es negativa puesto que "buscar esta definición presupone admitir la existencia de las cosas que queremos definir", op. cit. §370.

17. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §407 "Ces principes d'action non-logiques (ou résidus, chap. VI) sont en rapport avec toutes les conditions dans lesquelles vivent les hommes, et changeantes avec elles".

18. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1400 "...el hombre siente la necesidad de razonar, y de extender un velo sobre sus instintos y sobre sus sentimientos; tal como ocurre con los residuos rara vez falta el germen de la derivación".

19. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1208 "quand il [l'équilibre social] est altéré ou qu'on le suppose tel, l'individu souffre, même s'il n'est pas atteint directement par le fait de l'altération...", en relación con §1210 "Les membres de la société où l'équilibre est altéré ressentent dans leur intégrité, telle qu'elle existait à l'état d'équilibre, un trouble désagréable, et qui peut être même douloureux, très douloureux. Comme d'habitude, ces sensations font partie des catégories indéterminées qui portent le nom de juste et d'injuste. Celui qui dit: 'Cette chose est injuste' exprime que cette chose blesse ses sentiments, tels qu'ils sont dans l'état d'équilibre social où il que cette chose blesse ses sentiments, tels qu'ils sont dans l'état d'équilibre social où il vit" y con op. cit. § 1126 "...Si un homme s'écarte de l'uniformité, cela paraît détonner et produit, indépendamment de tout raisonnement, une impression de malaise chez les personnes qui sont en rapport avec lui. On tâche de faire disparaître le contraste par la persuasion; plus souvent par les blâmes; plus souvent encore par la force".

Junto a las exigencias de uniformidad que requiere el grupo social, hay una tendencia a extender o incluso imponer a los demás las propias creencias y pautas de comportamiento: "Non seulement l'homme imite pour s'uniformiser avec les autres: il veut que les autres fassent de même"²⁰. Los orígenes del Derecho penal se encontrarían en el deseo de restablecimiento de la integridad personal tras la infracción²¹. Las actividades jurídicas pueden ser lógicas o no lógicas. Pareto habla de "cierto número de acciones relacionadas con actividades jurídicas"²² que pertenecen a las acciones lógicas. Pero añade que las normas jurídicas determinan el comportamiento del hombre dando lugar, en diversa proporción, a acciones no-lógicas. ¿Cuándo podemos decir que la acción jurídica es racional? Cabría pensar que Pareto considera al menos la actividad del legislador como ejemplo de conducta lógica, pero su idea del Derecho como expresión particular de determinados sentimientos, le lleva a mostrarse escéptico acerca de la posibilidad de transformar la sociedad mediante la legislación²³. Puede muy bien ocurrir que no haya identidad entre los fines objetivos de un acto legislativo y los fines subjetivos del legislador, lo cual es característico de la acción no-lógica. Para hacer cumplir la ley es necesario apelar a los sentimientos e intereses de los destinatarios y aquí entran en juego las derivaciones (ideologías, teorías no científicas...) que constituyen el elemento variable de la acción no-lógica cuya utilidad social es innegable a la hora de

TIMASHEFF, N., "The Sociological Place of the Law", *The American Journal of Sociology*, 1939, vol. XLV, p. 210-211 "Legal patterns of conduct are very often similar in different countries, whereas their imposition is an activity confined to national borders. How is this similitude to be explained? First of all, by similarity of conditions. Human nature is, in general outline, the same throughout time and space... A second factor is imitation" en relación con PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1117 "Par exemple, les lois contre le vol proviennent chez les différents peuples, de causes semblables. Mais quans ces peuples en viennet à des rapports d'échange, ils peuvent imiter certaines formes de ces lois".

20. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1126.

21. Cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1239, 1313, 1214 y 1715.

Op. cit., §1216 "...de la combinación de los residuos del equilibrio con los de la persistencia de agregados, resulta una serie de residuos compuestos de gran importancia social, que corresponden a sentimientos vivos y poderosos, muy similares a los que, con poca precisión, llamamos 'ideal de justicia'...Esta expresión es defectuosa porque designa el sentimiento vago e inconsciente de que es bueno que la resistencia a los disturbios del orden social no esté en relación directa con el número de individuos afectados, sino que tiene una fuerza considerable con independencia de ese número".

22. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §152.

23. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §2096 n1 "Aquel que dicta leyes y las hace cumplir aspira en ocasiones a modificar los residuos, y con frecuencia realiza así una acción totalmente vana: si dispone de la fuerza, puede modificar ciertos vínculos e imponer otros, pero sólo dentro de ciertos límites. Incluso el déspota tropieza con ellos..ni un gobierno despótico ni un gobierno libre puede imponer medidas que contrasten demasiado con los residuos existentes en los súbditos".

predisponer favorablemente a la población sobre determinadas medidas legislativas²⁴ y modificar sus "residuos" iniciales. Esta posibilidad dependerá en definitiva de la materia jurídica en cuestión. Por su especial naturaleza, el Derecho penal resulta especialmente sensible a este tipo de actuaciones: abolición de la pena de muerte, pérdida de aceptabilidad social de ciertos tipos de delito, diligencias previas, ejecución de la pena...

¿Qué sucede pues con los jueces? Su actividad sería lógica si las sentencias constituyeran verdaderos silogismos contruidos exclusivamente a partir de la correlación entre normas jurídicas y hechos. Ocurre que los jueces tampoco escapan a la influencia de los residuos. Pareto se muestra en este sentido precursor del realismo americano pues considera que en su mayoría las decisiones judiciales reflejan los sentimientos del juez, compartidos a su vez por el gran público, y que la referencia al Derecho positivo no es más que una explicación/justificación a posteriori de esa decisión previa, a la que se ha llegado por otra vía²⁵. Esta idea viene a reforzar aun más una de sus tesis básicas: el predominio en la vida social de las acciones no-lógicas. En este sentido Pareto rechazaría la noción del

24. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1864 "Pero esto no es todo: es necesario poner en práctica esta legislación. Lo cual no puede hacerse más que influyendo sobre intereses y sentimientos, sin embargo hay que tener en cuenta que las derivaciones empleadas a este efecto difieren por completo de los razonamientos lógico-experimentales que sirven para determinar la ley que mejor se adapta a un fin dado..Si...estamos en condiciones de influir sobre los sentimientos e intereses y modificarlos, conviene tener presente que además de los efectos deseados, esta modificación puede entrañar otros totalmente imprevistos".

25. Cfr. TIMASHEFF, N., "Law in Pareto's Sociology", *The American Journal of Sociology*, 1940, vol. XLVI, pp. 144-145; TIMASHEFF, N., "The Social System, Structure And Dynamics", en James Meisel Ed., *Makers of Modern Social Sciences. On Mosca & Pareto*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1965, p. 64; en relación con TREVES, R., *La Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 96-98.

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §466n "En réalité, magistrats, gouvernement, public, sont mus par des intérêts et des sentiments semblables. Quand le public sous l'impression du délit, il frappe le coupable, et, quand cette impression est effacée, se repâit des insanités des humanitaires. Les magistrats et les dirigeants suivent la voie qui plaît des insanités des humanitaires. Les magistrats et les dirigeants suivent la voie qui plaît au public".

BALLESTEROS, J., *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 54-55, "Las diferencias entre los autores realistas radican tan sólo en la determinación de cuáles sean los factores causales fundamentales en la aparición del derecho. Para unos, los que podrían designarse como psicólogos, el derecho es fundamentalmente, un producto de la psicología, y de ahí que sea esta ciencia la que debe inspirar la construcción de la ciencia jurídica. Es lo que ocurre...en el norteamericano J. Frank, en los nórdicos Hägerström u Olivecrona... para autores tales como el francés Dugit, el alemán Ehrlich o el nórdico Ross, el derecho se explica tan sólo como hecho social, razón por la cual pueden ser considerados sociólogos: la sociología jurídica es la única verdadera ciencia que puede explicar el fenómeno jurídico".

Derecho como mero sistema de normas²⁶ y menos aun como expresión de la idea de justicia²⁷. Más bien se trataría de un producto de los operadores jurídicos, esto es, de los que lo imponen y lo realizan. En la línea de Karl H. Llewellyn, señalada por Treves, el Derecho resulta de los siguientes agregados = normas jurídicas+ costumbre+ medio de control social; con una triple función: represiva, organizativa y directiva, para mantener la cohesión del grupo.

Según Pareto, la acción jurídica lógica es aquella que se realiza para evitar la sanción jurídica negativa²⁸. Así podemos inferir a contrario el carácter lógico de toda acción cometida para alcanzar una sanción jurídica positiva o en general para alcanzar algún beneficio del Derecho. Lejos de ser una categoría residual, aquí encontramos un largo repertorio de conductas, si bien es verdad que la logicidad de la acción es inversamente proporcional a su repercusión en el sistema social. Esto supone que la actividad jurídica lógica es secundaria respecto de la no-lógica. Todo intento de establecer nuevos modelos de conducta a través del Derecho, entra en este último campo *ab initio* desde sus formas consuetudinarias más primitivas a partir de la reiteración de conductas: "Le droit-fait est constitué par un ensemble d'actions non-logiques qui se répètent régulièrement"²⁹. Su incursión en el mundo jurídico le proporciona nuevos argumentos para marcar sus diferencias con el racionalismo. Según las corrientes racionalistas los hombres primero piensan, formulan sus teorías y luego actúan en consecuencia. Según Pareto, ocurre justo lo contrario: la comisión precede a la racionalización³⁰.

26. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §398 "On nous dit que le droit est constitué par les règles qui ont pour sanction les injonctions de l'autorité publique... Cette définition convient très bien aux buts pratiques de l'avocat et du juge, mais n'a pas la moindre valeur scientifique, parce qu'elle prend pour critère des éléments accidentels et variables... Un acte passe du droit à la morale ou viceversa, suivant la volonté ou le caprice du législateur".

27. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale* §1216 "Il n'existe pas de personne appelée justice".

28. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §324 "Déjà quand on dit: 'Tu dois faire cela', il y a un petit, quelquefois très petit essai d'explication. Elle est contenue dans le terme *Tu dois*, qui rappelle l'entité mystérieuse du Devoir. Souvent on ajoute une sanction réelle au imaginaire, et l'on a des actions effectivement logiques..." en relación con op. cit., §329 "La proposition est réellement un précepte, mais on y ajoute une sanction réelle, due à une cause étrangère et réelle. On a ainsi des actions logiques. On fait la chose pour éviter la sanction".

29. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §256.

30. PARETO, V., *Traité de Sociologie Générale*, §256 "Una familia, o un grupo étnico, ocupa un trozo de tierra... El hecho de la perpetuidad de la ocupación, de la posesión, es con toda probabilidad anterior... a todo concepto de derecho de herencia".

Aunque Pareto no menciona expresamente ningún residuo jurídico, éste se encuentra presente en su obra a través de los sentimientos básicos que suscita el reconocimiento de derechos, la imposición de deberes a los individuos y la reducción de su conducta a la calificación de justa/injusta, debe ser o no debe ser³¹. Nadie discute que tales términos: derecho, deber, deber ser, justicia... constituyen el esquema conceptual básico del Derecho, o si se quiere, el indicio más rudimentario de lo jurídico que por su carácter constante y no-lógico denominamos residuo jurídico. El origen consuetudinario del Derecho se explicaría por la presencia en la población de una serie de residuos constantes, en este caso, de una serie de sentimientos jurídicos básicos. Sin embargo, Pareto no niega la posibilidad de proceder a una investigación científica sobre tales residuos siempre y cuando quede lejos de toda especulación filosófica. También es cierto que nuestro autor descuida el papel que juegan las normas jurídicas en el equilibrio social. Siguiendo el método lógico-experimental observamos que si la norma es jurídica, su infracción desencadena la actuación de la coacción institucionalizada. Si esto no es así, entramos en el campo de la sanción difusa y variable del grupo social.

¿Cuál es el papel del Derecho en el equilibrio social? El Derecho influye en el equilibrio social a través del residuo jurídico en la medida en que manifiesta determinados sentimientos básicos. Una vez más lo decisivo son los sentimientos, no el soporte teórico que los esconde. El papel del Derecho en este sentido resulta claro: el Derecho constitucional asegura la proporción de dominio y sumisión dentro del sistema social. El Derecho civil asegura y eventualmente restablece la distribución entre bienes y servicios. El Derecho penal reduce las infracciones y refuerza la totalidad de residuos jurídicos. El Derecho del trabajo garantiza un grado mínimo de cooperación intersubjetiva... El ordenamiento jurídico funciona mientras las normas y las decisiones judiciales se adecúen a los sentimientos básicos de la sociedad.

31. Nicholas Timasheff es el primero y único autor que ha utilizado esta expresión, si bien insiste más en sus implicaciones sociológicas. A nuestro juicio constituye una categoría de imprescindible recuperación en el discurso paretiano. Cfr. TIMASHEFF, N., "Law in Pareto's Sociology", *The American Journal of Sociology*, 1940, vol. XLVI, p. 145.

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1400 "...une entité indéterminée et mystérieuse s'est fait entrevoir: c'est le devoir...".

PARETO V., "Lettre à Nicholaas Gerand Pierson", 16-I-1903 en *Lettres et correspondances*, Genève Droz, 1989, p. 415 "Toute proposition qui prend la forme: A doit être B, n'est pas scientifique".

El Derecho pues requiere de un consenso que se apoya en una serie de sentimientos comunes a todos los miembros de la sociedad³².

3. UNA CRÍTICA AL DERECHO NATURAL DESDE EL EMOTIVISMO ÉTICO

No es de extrañar pues que en los apartados §401-463 del *Traité* y en las pp. 21 y ss., vol. II, cap. VIII, de *Les Systèmes Socialistes*³³, Pareto se nos revele como uno de los críticos más olvidados del Derecho natural. Este hecho no debe sorprender, pues Pareto conocía bien la obra de Ernest Roguin quien inspiró en algunos puntos su visión del Derecho y de las doctrinas iusnaturalistas³⁴. Roguin niega juridicidad al Derecho natural por

32. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §2572 "Los principios jurídicos pueden ser un tanto precisos, e incluso muy precisos, y, por consiguiente, pueden producir conclusiones de acuerdo con la realidad o, al menos, que no se aparten demasiado de ella, sin son utilizadas en las disputas entre ciudadanos privados en las sociedades es que son generalmente aceptados y que manifiestan por tanto sentimientos comunes".

PARETO, V., *Traité de Sociologie Générale*, §466 "En resumen, las sentencias de los tribunales dependen en gran parte de los intereses y los sentimientos operantes en una sociedad en un momento dado, y también de caprichos individuales y de hechos fortuitos, y sólo ligeramente, y en ocasiones nada, de los códigos o leyes escritas".

TIMASHEFF, N., "The Sociological Place of Law", *The American Journal of Sociology*, 1939, vol. XLV, p. 217 "Legal order is constituted by patterns of conduct enforced by agents of centralized power (tribunals and administration) and simultaneously supported by a group conviction that the corresponding conduct "ought to be", en relación con Max Rheinstein "The Sociological Place of Law. Comment", *The American Journal of Sociology*, 1939, vol. XLV, p. 219 "A social order may be a legal one whenever the members of a social group generally recognize as good that they accept the patterns of behaviour imposed upon them by a certain individual or group of individuals". Ambos autores destacan la importancia de la aceptabilidad de las normas por el grupo social como condición imprescindible para la viabilidad real del ordenamiento jurídico.

33. PARETO V., *Les Systèmes Socialistes*, vol. II, cap. VIII, p. 21 "Vimos aparecer una nueva religión cuya divinidad la Naturaleza, es una concepción esencialmente metafísica. Es realmente increíble lo que los hombres de hoy abusan de los términos *naturaleza* y *natural*; es comparable a lo que ocurre con la voz *solidaridad*".

34. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 597 "...el derecho natural... consiste en la concepción o en el hecho, que los seres humanos poseen ciertos derechos que no dependen de la legislación positiva, sino de la voluntad de una divinidad o de cualquier otro ser o principio superior".

A partir de esta definición general Roguin distingue cuatro variantes del concepto:

1ª Principios jurídicos permanentes, invariables cuya aplicación prima sobre el derecho positivo en caso de colisión.

2ª Un ideal reformador de la legislación positiva.

3ª Una serie de ideales subjetivos y relativos, que dependen de la época y del lugar. Se trata del Derecho natural de contenido variable de Stammler.

4ª La reunión de los principios morales no sancionados jurídicamente pero que deben inspirar las leyes. Cfr. op. cit., pp. 598-599.

considerar que la sanción es un elemento esencial del Derecho³⁵. Esto es así pues las sociedades humanas sólo pueden ser gobernadas mediante normas en las que se fijen sanciones tangibles, pues no cabe presumir ingenuamente que los hombres vayan a obrar bien siempre por imperativos de conciencia. Sin embargo su postura es más flexible que la de Pareto, pues si bien no reconoce la existencia de un Derecho natural entendido como un ordenamiento jurídico superior al Derecho positivo, se identifica con el espíritu del Derecho natural de contenido variable stammleriano, al reconocer su valor como aglutinante de una serie de ideales variables propios de ciertos estratos sociales, en distintos países y épocas, como "un simple droit désirable, parfois consacré, d'autres fois méconnu"³⁶.

La crítica paretiana al Derecho natural ha sido desarrollada con detalle por Norberto Bobbio³⁷, quien expone muy bien el estado de la cuestión: "I giuristi e i sociologi non hanno aspettato Pareto per criticare il diritto naturale"³⁸. Las primeras obras de Kelsen³⁹, aparecen cuando Pareto escribía su *Tratato*. Sin embargo una vez más, nuestro autor no recoge ninguna de las opiniones precedentes y procede a realizar su propio análisis crítico sobre el carácter lógico, empírico e ideológico de la doctrina en cuestión. El Derecho natural aparece como uno de los mayores intentos de construir una teoría racional del Derecho, prescindiendo de la revelación

35. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 597 "... no hay derecho natural más que si hay derecho, es decir un principio que está dotado de hecho, o que debería estar dotado, de una sanción coercitiva".

36. Cfr. ROGUIN, E., *La Science Juridique pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 601 n.

37. Nos referimos a su artículo "Vilfredo Pareto e il diritto Naturale", *Accademia dei Lincei, Atti del convegno*, 1975, pp. 313-325. Hemos consultado la edición publicada en la *Rivista di Filosofia*, 1975, vol. LXVI, pp. 57-76.

38. Vid. Norberto Bobbio, "Pareto e il diritto naturale", *Rivista di Filosofia*, 1975, vol. LXVI, pp. 57 y 61.

39. KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtsstätze*, 1911 (*Problemas Capitales de la teoría Jurídica del Estado Derivado de la Teoría de los Principios del Derecho*) y *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911 (*Sobre los Límites entre el Método Jurídico y el Sociológico*).

Sin embargo Kelsen sí cita a Pareto, manifestando su escepticismo hacia su desprecio por los parlamentarios, defendido por Michels. Kelsen se basa en "Il Testamento Politico di Vilfredo Pareto", *Il Giornale Economico*, 25-IX-1923, pp. 273-274 artículo recogido por Robert Michels en su obra *Sozialismus und Faschismus in Italien*, Munich, Meyer & Jessen, 1925, pp. 298-301. Kelsen a la vista del texto paretiano, donde se dice que el gobierno debe contar no sólo con la fuerza material sino con la adhesión de la opinión pública, dado que gobernar sólo mediante la violencia no parece recomendable, concluye "Pareto n'est malgré tout, pas disposé à se prononcer pour la suppression des Parlements", cfr. *Wom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen, 1920 (trad. francesa de Charles Eisenmann, *La Démocratie. Sa Nature. Sa Valeur*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, n 1, p. 46).

(teología) y de la tradición (historia), cuyos postulados fundamentales son tres:

1. Postulado ontológico: Las leyes del mundo jurídico no son tan objetivas y universales como las del mundo físico.

2. Postulado gnoseológico: el hombre puede conocer estas leyes mediante la utilización de sus facultades racionales.

3. Postulado práctico: estas leyes, una vez conocidas, constituyen la causa determinante del actuar humano. Así la razón opera a la vez como facultad de conocimiento y principio de toda acción.

Pareto no era jurista ni filósofo, por tanto no estaba interesado en cuestiones de fundamentación. Por eso tampoco entró en el aspecto propiamente jurídico de la cuestión, esto es, en la eterna polémica sobre la juridicidad del Derecho natural, ni participó en el debate entre positivistas y iusnaturalistas. Por lo que se refiere a la crítica filosófico-ideológica, Pareto advirtió que la vacuidad de las fórmulas iusnaturalistas hacían que el Derecho natural no fuera más que "aquello que parece óptimo a quien usa tal término"⁴⁰. Esto explicaba por qué los conservadores podían considerarlo un criterio revolucionario y por qué los revolucionarios un criterio conservador. En este punto vuelve a coincidir con Roguin, quien destaca la falta de unanimidad sobre los contenidos del Derecho natural⁴¹.

A partir de esta primera definición, Pareto considera que el Derecho natural es una de esas teorías no lógico-experimentales que trascienden de la experiencia dado que las proposiciones que la integran son claramente no

40. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §401 "Le droit naturel est simplement celui qui apparaît être le meilleur à qui emploie cette expression".

Esta definición llamó la atención de Norberto Bobbio, op. cit. p. 67 y de Renato Treves quien la recoge en *La Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, cap. I p. 33 n 16.

PARETO V., *Les Systèmes Socialistes*, cap. IX, pp. 88-89 "La teoría de los 'derechos naturales' se presta a todo, tanto a justificar la autocracia como la anarquía. Ha sido invocada a favor de la esclavitud y ahora se invoca a favor del colectivismo".

No obstante, como afirma Warren, J. Samuels "It is not easy to be positivistic; one unwittingly can build in one's own normative positions concerning power, psychology, knowledge, freedom, control, continuity and change", *Pareto on Policy*, New York, Elsevier Publishing Company, 1974, p. 196.

41. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 598 "...incluso en el seno de un mismo grupo... están lejos de ponerse de acuerdo sobre lo que formará parte del derecho natural y lo que permanecerá fuera".

experimentales⁴² y el razonamiento que se usa para relacionarlas entre sí se basa en la lógica de los sentimientos (hoy diríamos juicios de valor).

Si bien su análisis afecta en general a todas las doctrinas iusnaturalistas, en particular se centra en el iusnaturalismo racionalista y contractualista. Pareto prefirió insistir más en el aspecto teórico del problema desde un doble enfoque: el historicista y el empirista. La crítica historicista al Derecho natural se centra en denunciar su carácter abstracto y ahistórico, que bien lejos de su pretendida universalidad, no es más que una aspiración de los iusnaturalistas a partir de un estado de naturaleza que nunca ha existido y de un contrato social que nunca se ha firmado⁴³. La crítica empirista atiende más al método, al uso del lenguaje y al tipo de razonamiento utilizado. Pareto manifiesta su preferencia por este segundo tipo de análisis. La doctrina del Derecho natural figura como un ejemplo típico de procedimiento metafísico: sus proposiciones son entidades metafísicas, producto de la auto-observación (observación subjetiva)⁴⁴, ensambladas por la lógica de los sentimientos. En virtud de la auto-observación u observación subjetiva o personal, a diferencia de la observación objetiva y científica, no reconoce

42. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §402 "Las objeciones que podríamos hacer al que quisiera enseñarnos derecho natural, serían rechazadas como sigue:

- ¿Por qué debo admitir su opinión?
- Porque es conforme a la recta razón.
- Yo también utilizo la razón, y sin embargo pienso de forma diferente.
- Sí pero la mía es la *Recta Razón*.
- ¿Cómo puede ser que sólo la conozcan algunos?
- No somos algunos; nuestra opinión goza del *consentimiento universal*.
- Y sin embargo hay gente que piensa distinto.
- Nos referimos al consentimiento de los buenos y los sabios.
- De acuerdo, ¿Son ustedes, los buenos y los sabios quienes han inventado el derecho natural?
- En realidad, no; nos ha sido enseñado por la *Naturaleza*, por Dios".

43. Sumner Maine se hizo eco del auge contractualista en el ámbito del Derecho privado, motivado por el interés creciente del individuo frente a la colectividad, empezando por los núcleos familiares básicos: "El individuo se ha ido constantemente sustituyendo a la familia como la unidad social del derecho civil... el movimiento de las sociedades progresistas hasta el presente ha consistido en pasar del estado al contrato", vid. *El Derecho Antiguo*, Madrid, Escuela Tipográfica del Hospicio, 1893, pp. 117 y 118.

44. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §69 2º "El terreno en el que trabajamos [en el *Traité*] es, pues, exclusivamente el de la *experiencia* y la *observación*. Empleamos estos términos en el sentido que tienen las ciencias naturales... y no para indicar lo que... cambiando apenas de nombre, resucita directamente la auto-observación de los antiguos metafísicos".

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §111 "La creencia que se podían conocer los hechos del universo y sus relaciones gracias a la auto-observación del espíritu humano era general en otros tiempos y sigue siendo el fundamento de la metafísica, que busca fuera de la experiencia un criterio de verdad... con este método, los hombres no han llegado a conocer la más mínima uniformidad de los hechos naturales".

más juez que el propio observador. Las teorías iusnaturalistas, como teorías metafísicas siguen el siguiente razonamiento subjetivo: "El sujeto advierte que el Derecho positivo no es fruto de una creación arbitraria ni enteramente lógica, sino que hay un substrato que escapa de todo arbitrio y que tiene una existencia propia. Esta inducción está de acuerdo con los hechos y debería expresarse diciendo que hay ciertos principios de acciones no-lógicas de donde los hombres extraen sus leyes (los residuos). Estos están en relación con todas las condiciones en que viven los hombres y cambian con ellas"⁴⁵. De manera que no se descubre el verdadero substrato (residuo) sino que se tiende a considerarlo de forma absoluta, inmutable, eterna... y buena en sí misma. La fuerza persuasiva de esta teoría se encuentra en la contraposición entre aquello que es constante y bueno (el Derecho natural) y lo que es variable y menos bueno (el Derecho positivo)⁴⁶. Hay que añadir que el lenguaje de los iusnaturalistas constituye otro argumento esencial, dado su carácter difuso y atento al significado emotivo de las palabras. Las teorías metafísicas, dado que prescinden de los hechos, necesitan apelar a los sentimientos del destinatario para obtener su respuesta favorable⁴⁷.

Los juicios de hecho describen un cierto estado de cosas, mientras que un juicio de valor lo recomienda como bueno o malo en virtud de los propios sentimientos. La diferencia entre las teorías científicas y las metafísicas está en que las primeras se basan en juicios de hecho y las segundas en juicios de valor. Pareto se nos muestra como un emotivista ético y por tanto como un no cognoscitivista⁴⁸. Así, los juicios morales no

45. Cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, 407.

46. Cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §408.

47. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §515 "Al contrario de lo que ocurre con el razonamiento lógico-experimental, donde los términos son tanto mejores cuanto mayor es su concreción, en el razonamiento por acuerdo de sentimientos, son tanto mejores cuanto mayor es su indeterminación. Esto explica el amplio uso que hacemos de palabras como *bueno*, *bonito*, *justo*...".

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §463 "La falta de precisión mancha todas las teorías y las convierte en inútiles. Desde el punto de vista lógico-experimental no son ni verdaderas ni falsas; simplemente no significan nada".

Recordamos que según Pareto, los hombres razonan para ensamblar diversas proposiciones y para extraer conclusiones de tales premisas. Este ensamblaje, puede realizarse de dos modos: según los hechos (teorías lógico-experimentales) y según los sentimientos (teorías no-lógico experimentales). De manera que la lógica de los sentimientos comprende la esfera de los razonamientos que proceden por acuerdo de sentimientos, cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §480.

48. Ayer, A. J., *El Positivismo Lógico*, México, FCE, p. 28 "En el libro de C. L. Stevenson *Ethics and Language* (1944), en el que por primera vez se expuso en detalle la teoría emotivista, se sostenía que los enunciados éticos servían la doble finalidad de expresar la aprobación o desaprobación por parte de su autor, sobre lo que estuviera en discusión, y de recomendar a los demás que compartieran su actitud. Stevenson subrayaba de un modo

pueden verificarse empíricamente mediante procedimientos científicos ya que dependen de los sentimientos de cada uno. Pareto no cita a Hume ni la falacia naturalista⁴⁹, pero su espíritu está presente en el *Les Systèmes Socialistes* y en el *Traité* donde aparece constantemente un dualismo radical entre las proposiciones con una función cognoscitiva, susceptibles de verdad o falsedad y las proposiciones con una función persuasiva, que por ser expresión de sentimientos no son ni una cosa ni otra. Recordemos que en él todo conocimiento sustantivo deriva de la experiencia sensible y hay escepticismo respecto de la metafísica. Las aserciones morales no entran en el campo de lo verificable y no son verdaderas ni falsas; sólo expresan sentimientos o actitudes del que habla sobre la materia en cuestión. La razón se dedica a los datos sensibles y por eso la moral es independiente de la razón. No podemos deducir pues un argumento moral de la experiencia sensible, lo moral depende sólo del sentimiento, es independiente de la razón y no cabe deducir el deber ser del ser⁵⁰.

4. CONCLUSIÓN

Resumiendo la perspectiva de Pareto, el Derecho afecta a la conservación del sistema en la medida en que manifiesta sentimientos, dado que éstos juegan un papel esencial en la conservación del equilibrio social. La actividad judicial es no-lógica, pues el papel del juez va más allá de la mera aplicación lógica de la norma abstracta al caso concreto. Por último, fiel a

particular el uso *persuasivo* de los términos éticos".

49. BALLESTEROS, J., *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 51 "Es claro que la razón principal de tal principio está en la reducción positivista del ser a los hechos, de lo ontológico a lo simplemente empiriológico".

PARETO V., *Les Systèmes Socialistes*, cap. IX, p. 75 "Los adeptos a las ciencias lógico experimentales discuten sólo sobre cosas... el único criterio de verdad de una teoría es su correspondencia con los hechos".

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §422 "El derecho natural y demás teorías metafísicas se caracterizan por cuatro puntos:

1º Utilización de términos indeterminados, que hacen nacer ciertos sentimientos pero que no se corresponden con nada en concreto.

2º Definen lo desconocido mediante lo desconocido.

3º Mezclan definiciones y teoremas que luego no demuestran.

4º Su objeto consiste en despertar al máximo los sentimientos del receptor, para conseguir llevarlo a un punto predeterminado".

50. Este proceder es acorde con el "hobbesian setting" resultante de la conjunción individualismo metodológico+homo oeconomicus, que da lugar a la "exclusión de la discusión racional lo ajeno a la razón instrumental", cfr. DE LUCAS, J., "Eficacia y Eficiencia en J. Buchanan", Comunicación presentada a las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Alicante 1987, p. 1. Si bien es cierto que Pareto era plenamente consciente de los límites de su propio método y acudió a la sociología como medio de explicación de lo irracional.

su planteamiento de racionalidad instrumental, Pareto destaca la función de la aceptabilidad pero no desarrolla sus implicaciones en el discurso racional, ni hace referencia alguna a la razonabilidad como criterio intermedio susceptible de obviar alguno de los elementos de la racionalidad discursiva cuando esto no suponga infringir los niveles básicos de la racionalidad lógico-deductiva⁵¹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, A., "Sobre la Racionalidad. Algunas Observaciones sobre la Racionalidad jurídica", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 1983-84, nº 23-24, pp. 1-17.

-.: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel Publ., 1986.

-.: "Sobre el Razonamiento Jurídico como Razonamiento Práctico", ponencia presentada en las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Alicante, 1987. AÑÓN ROIG, M^a J., *Teorías sobre las Necesidades y su Proyección en Teoría de Derechos. Especial Atención al Modelo de Agnes Heller*, tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Javier de Lucas, 1988.

AUBERT, V., *In Search of Law. Sociological Approaches to Law*, Oxford, Martin Robertson, 1983.

AYER, A. J., *Logical Positivism*, Glencoe, The Free Press, 1959 (trad. castellana, *El Positivismo Lógico*, México, FCE, 1965).

BALLESTEROS LLOMPART, J., *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

BOBBIO, N., "Vilfredo Pareto e il Diritto Naturale", *Atti del Convegno Internazionale Vilfredo Pareto*, Roma, Academia Nazionale dei Lincei, 1975, pp. 313-325, reed. en *Rivista di Filosofia*, 1975, vol. XLVI, pp. 57-76.

51. Sobre las exigencias de razonamiento jurídico discursivo vid. AÑÓN ROIG, M^a J., *Teorías sobre las Necesidades y su Proyección en Teoría de Derechos. Especial Atención al Modelo de Agnes Heller*, cap. V, especialmente pp. 565-568 en relación con MACCORMICK, N., "Limits of Rationality in Legal Reasoning", *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel Publ., 1986, p. 190, del mismo autor, *Legal reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, pp. 266 ss.; Aarnio, A., "Sobre la Racionalidad. Algunas Observaciones sobre la Racionalidad Jurídica", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1983-84, nº 23-24, p. 17; Aarnio, A., "Sobre el Razonamiento Jurídico como Razonamiento Práctico", Alicante, X. Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, 1987, p. 10 y Aarnio, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel Publ. 1986, pp. 185-229. Neil MacCormick destaca la necesidad de razones consistentes y coherentes para la acción que a la vez produzcan un resultado universalizable, mientras que Aarnio subraya los límites del discurso racional que "ofrece ciertas garantías para la justificación del razonamiento, pero no puede asegurar totalmente su legitimidad, esto es, la aceptabilidad del mismo". Sin embargo, conviene recordar que un razonamiento razonable nunca puede ser irracional dentro de la lógica del discurso.

- LE BON, G., *Psychologie des Foules*, Paris, PUF, 1981 (trad. castellana de Alfredo Guerra, *Psicología de las Masas*, Madrid, Morata, 1983).
- FREUND, J., *L'Essence du Politique*, Paris, Sirey, 1965.
- GUTIÉRREZ, G., "La Estructura Consecuencialista del Utilitarismo", *Revista de Filosofía*, 3ª época, vol. III, 1990, pp. 141-174.
- KELSEN, H., *Wom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr Tübingen, 1920 (trad. francesa, de Charles Eisemann, *La De'mocratie. Sa Nature. Sa Valeur*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932).
- DE LUCAS, J., "Eficacia y Eficiencia en J. Buchanan", Comunicación presentada a las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Alicante 1987.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978.
- : "Limits of Rationality in Legal Reasoning", *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel Publishing Co., 1986, pp. 189-206.
- MACHIAVELLI, Niccolò, "Il Principe" (1513), *Tutte le Opere*, Firenze, Sansoni, 1971, pp. 255-298.
- MICHELIS, R., *Sozialismus und Faschismus in Italien*, Munich, Meyer & Jessen, 1925.
- MORRIS, P., WHITE, R., LEWIS, Ph., *Social Needs and Legal Action*, Bristol, The Barleyman Press, 1973.
- MUGUERZA, J., *Desde la Perplejidad*, México, FCE, 1990.
- PARETO, V., *Programme et Sommaire du Cours de Sociologie*, Genève, Droz, 1967.
- : *Traité de Sociologie Générale* (1917-1919), Genève, Droz, 3ª ed. 1968.
- : *Mon Journal*, Genève, Droz, 1976.
- : *Les Systèmes Socialistes*, (1902-1903), Genève, Droz, 4ª ed. 1978.
- : *Manuel d'Economie Politique*, (1909), Genève, Droz, 5ª ed. 1981.
- : *La Transformación de la Democracia* (1923), Madrid, EDERSA, 1985.
- : *Lettres et Correspondances*, Genève, Droz, 1989.
- DU PASQUIER, C., *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1942.
- RHEINSTEIN, M., "The Sociological Place of the Law. Comment", *The American Journal of sociology*, 1939, vol. XLV, pp. 217-219.
- ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923.
- SUMNER, M., *Ancient Law*, London, 1890 (trad. castellana de Gumersindo de Azcárate, *El Derecho Antiguo*, Madrid, Escuela Tipográfica del Hospicio, 1893).
- TIMASHEFF, N., "The Sociological Place of the Law"? *The American Journal of Sociology*, 1939, vol. XLV, pp. 206-217.
- : "Law in Pareto's Sociology", *The American Journal of Sociology*, 1940, vol. XLVI, pp. 139-149.
- : "The Social System, Structure and Dynamics", en James Meisel Ed., *Makers of Modern Social Sciences. On Mosca & Pareto*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1965, pp. 63-70.
- TREVES, R., *Sociologia del Diritto* (trad. Manuel Atienza, Mª José Añón y Juan Pérez Lledó, *La Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1988).

Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Oviedo

“Y este es también un rasgo que reproduce, en el microcosmos del Lager, el macrocosmos de la sociedad totalitaria: en ambos, por encima de la capacidad y del mérito, el poder se otorga generosamente a quien esté dispuesto a rendir homenaje a la autoridad jerárquica y de este modo consigue una promoción social que en cualquier otro caso no hubiera alcanzado nunca”.

(PRIMO LEVI, *Los hundidos y los salvados*)

PLANTEAMIENTO

Resultaría ocioso a estas alturas dedicar excesivas páginas a resaltar lo infame del nazismo, así como su condición de suceso histórico en buena medida incomprensible¹ y que socava la fe racionalista en el progreso moral y la ilustración política de los pueblos. Como tantas veces se ha dicho, la teoría moral y política, y hasta la filosofía jurídica o la teología, tienen uno de sus retos más desasosegantes en tratar de explicarse cómo fue posible Auschwitz. Permítaseme una nueva cita de ese testigo que fue Primo Levi:

1. Rottleuthner (1987, pp. 373-374) pone de manifiesto como la fase del nazismo es esencial también a la hora de calibrar las teorías de la evolución del derecho, y más aún de las que conciben dicha evolución como progreso, y que por tanto habrán de explicar el por qué de ese capítulo de barbarie en una historia que suele presentarse como desarrollo lineal. Como subraya el mismo autor, es curioso que en ninguna de las teorías recientes de la evolución jurídica (Luhmann, Nonet/Seltznick, Teubner, Habermas) se menciona el período nazi, con la excepción de una breve alusión en Unger.

Esa actitud coincide con el interés de la propia doctrina alemana de postguerra por presentar el nazismo como ruptura anormal, como "catástrofe" imprevisible que supone una excepción científicamente inexplicable en el curso normal del acontecer histórico. Sobre esa "teoría de la catástrofe" y su funcionalidad exculpatoria: HATTENHAUER 1984, p. 281.

“Hoy pienso que, sólo por el hecho de haber existido un Auschwitz, nadie debería hablar en nuestros días de Providencia” (*Si esto es un hombre*).

Pero aquí no trato de reflejar los caracteres políticos de tal régimen, ni los datos históricos de su origen y funcionamiento. Y tampoco se trata de reflexionar sobre la problemática moral y política que plantea. Del mismo modo, no se pretende hacer historia del derecho nacionalsocialista ni describir los pormenores de aquel ordenamiento². Lo que aquí interesa, desde una estricta perspectiva iusfilosófica y de teoría general del derecho, es examinar algunos de los problemas capitales que el ordenamiento y la doctrina jurídica nacionalsocialistas han planteado a la filosofía jurídica.

Si toda doctrina, hasta la más abstracta, necesita el cotejo con los hechos y la praxis, la filosofía y teoría del derecho tienen en los datos de la época de referencia uno de sus mejores campos de contrastación. El nazismo supone un auténtico *experimentum crucis* para esas disciplinas. Y hasta la tranquilidad moral de sus cultivadores se puede ver agitada por esa reflexión, si nos paramos a contemplar la actuación de los filósofos del derecho bajo aquel régimen. Las palabras de Tammelo expresan el problema en toda su crudeza: “Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa. Entre los filósofos del derecho -continúa- ha habido contorsionistas que han plegado sus ideas al orden político del momento (...), a fin de prestarle una impronta filosófica” (citado en KAUFMANN 1984, p. 195).

Durante décadas apenas aparecieron en la literatura jurídica alemana referencias al derecho nazi, y menos aún estudios críticos. Desde 1945 hasta los años sesenta predominan los intentos de sustraerse al pasado, la *Vergangenheitsbewältigung*, bien por la vía del silencio, bien mediante la manipulación justificatoria. En este segundo caso, entre los juristas, la estrategia, reflejada en estudios como los de Schorn o Weinkauff, consistió en culpar a la dirección política y exonerar a los juristas, argumentando la total sujeción de éstos, la indigencia teórica y moral en que los había sumido el positivismo bajo el que se habrían formado y hasta una insospechada propensión a la resistencia que, sin embargo, los datos históricos en modo

2. MAJER (1987) estructura los rasgos principales del ordenamiento jurídico nacionalsocialista a partir de tres ideas básicas: el *Führerprinzip*, el derecho especial o *Sonderrecht*, de base racista, y el partido único como monopolio ideológico y de poder. Por su parte ANDERBRÜGGE (1978), selecciona las notas del *Führerprinzip*, comunidad popular y teoría racial.

alguno acreditan³. Entre los factores determinantes de ese ocultamiento del pasado se suele mencionar la continuidad del personal académico, judicial y administrativo del nazismo bajo el régimen siguiente de la *Bundesrepublik*⁴.

Es en los años sesenta cuando los estudiantes alemanes empiezan a interesarse por el tema y cuando comienza, por parte del sector más crítico de la ciencia jurídica y política alemana, la recuperación del pensamiento sobre el nazismo, principalmente a través de la recepción de los teóricos del exilio: Ernst Fraenkel, Franz Neumann, así como Otto Kirchheimer. El primer acto universitario sobre el tema tiene lugar en 1968 en Giessen, con una *Ringvorlesung* sobre el papel del derecho en el nazismo. Y ese mismo año ve la luz la primera edición de una obra determinante sobre la cuestión, como es *Die unbegrenzte Auslegung*, de Bernd Rüthers.

Pero en los primeros años a partir de los sesenta se habla principalmente de teorías del fascismo. Se trata ante todo de explicar el sistema nazi en su conjunto y con atención preferente al orden político y, en su caso, compararlo con los totalitarismos de derechas acaecidos en otros lugares⁵. Es en una segunda etapa, que se podría datar a partir de fines de los años setenta,

3. En relación con tales estrategias, MAUS 1989, pp. 80-81. Sólo un 1% de los jueces sufrieron bajo el nazismo alguna medida disciplinaria por falta de lealtad política (ROTTLEUTHNER 1987, pp. 384 ss). Además, los pocos casos más patentes de resistencia judicial tuvieron, sorprendentemente, una sanción escasamente grave (MÜLLER 1989, pp. 197 ss).

4. Majer (1987, p. 26) señala cómo esa continuidad explica la presencia tras 1945 de ciertos hábitos mentales y ciertos comportamientos: el pensar en términos amigo-enemigo, un uso del lenguaje más dado al encasillamiento ideológico que a la ponderación del dato objetivo, el alejamiento de temas incómodos, etc. El mismo autor ejemplifica dicha continuidad académica, en cuanto a la teoría jurídica, con diecinueve nombres especialmente notorios: Forsthoff, Hamel, Maunz, Scheuner, Koellreuter, Huber, W. Weber, Wieacker, Hueck, Nipperdey, Palandt, Schaffstein, W. Merkl, H. Gerber, Ipsen, Herrfandrt, Berber, Schwinge, Larenz. A la lista podrían añadirse otros nombres familiares a los iusfilósofos, como Sauer, Erik Wolff, Emge, Henkel, etc. El mismo fenómeno de pervivencia académica es resaltado por Wesel como obstáculo al estudio del papel de los juristas y el derecho en tal época (WESEL 1983, p. 134). En el mismo factor insiste también Rüthers, quien entiende que más penosa aun que la actitud de aquellos profesores que ocultan su pasado, es la de aquellos de sus discípulos que tratan de preservar de ellos una memoria inmaculada, pues "ven en el análisis histórico de la ciencia jurídica bajo el nazismo un ataque personal a sus estimados maestros" (RÜTHERS 1987, pp. 25-26).

Sobre la continuidad personal en la judicatura son sumamente relevantes los casos que ofrece KRAMER 1983. Sobre el fenómeno general, en distintos ámbitos, pueden verse los estudios recogidos en el volumen *Restoration im Recht*.

5. Sobre estas teorías del fascismo, excesivamente abstractas y que no trascienden de los círculos académicos: SIMON, 1985, p. 102; KRIELE, 1983, pp. 210-211.

cuando proliferan los estudios que atienden específicamente a la teoría y la práctica jurídicas bajo el nazismo, a su papel para el régimen, a su valoración moral y política y a la continuidad o separación tanto respecto de Weimar como de la *Bundesrepublik*.

Este trabajo no pretende ser una investigación de primera mano sobre textos de aquel tiempo, ni un reflejo exhaustivo de la extensa bibliografía actual sobre la época. Se trata de recoger el estado de la cuestión en lo que afecta principalmente a dos polémicas iusfilosóficas: el papel del positivismo y la validez o invalidez jurídica del derecho nacionalsocialista.

LA POLÉMICA SOBRE EL POSITIVISMO

Hablar de la relación entre derecho y nazismo ha venido significando ante todo, y ya desde 1945, referirse a la interrelación entre el positivismo y la práctica jurídica de aquel régimen. Hay toda una tradición de imputación al positivismo de la responsabilidad por la falta de resistencia de jueces y juristas frente a las aberraciones acaecidas bajo forma legal. Ese fue uno de los principales argumentos para el renacer iusnaturalista de postguerra. El testimonio que continuamente se citaba eran los manidos textos de Radbruch, y su supuesta conversión de un iuspositivismo relativista al iusnaturalismo. En 1932 Radbruch había dicho aquello de que “despreciamos a los sacerdotes que predicán contra sus convicciones, pero ensalzamos al juez que, en su fidelidad a la ley, no se deja influir por el rechazo hacia la ley que su sentimiento de justicia le provoca” (RADBRUCH 1973a, p. 178). Por contra, tras la guerra, en 1946, Radbruch afirmará que “de hecho, el positivismo, con su convicción de que ‘la ley es la ley’ ha dejado a los juristas alemanes inermes frente a leyes arbitrarias y de contenido criminal” (RADBRUCH 1973b, p. 344).

La tesis de la ruptura y la conversión de Radbruch en estandarse de la reacción antipositivista fue claramente dominante durante décadas⁶.

6. Así sigue apareciendo, por ejemplo, en SCHELAUSKE 1968, p. 14 o SPENDEL 1984, pp. 21-22. Para Arthur Kaufmann, en cambio, no hay ruptura en el pensamiento de Radbruch (KAUFMANN 1987a, p. 31; 1987b, pp. 45, 82. En el mismo sentido MÜLLER 1979, p. 327). La tesis de la continuidad se acredita con textos de la primera época en que afirma que no toda ley positiva puede ser válida, o que se necesita un “mínimo de derecho natural”, y con textos de la segunda etapa en los que se muestra que no llega a sacrificar el valor de seguridad jurídica como elemento de la idea de derecho y que considera un error cualquier iusnaturalismo tradicional, de corte sustancializador o metafísico. Lo que denomina derecho natural son derechos subjetivos de las personas, preconstituidos a la legislación e intengibles, pero históricos (KAUFMANN 1987a, pp. 27-28). Su *relativismo* no puede, en ninguna de sus fases,

Piénsese, por ejemplo, en las terminantes expresiones de Welzel: “¡No podemos olvidar que los juristas formados en tales doctrinas (positivistas. J.A.G.A.) se vieron transplantados en el ‘Tercer Reich’! El Tercer Reich tomó por la palabra al positivismo” (WELZEL 1962, p. 323). Ese argumento de la indefensión teórica y moral derivada de la educación jurídica positivista fue utilizado reiteradamente como justificación y exculpación de la connivencia de los jueces y juristas en general con la normativa nacionalsocialista; el postulado positivista “la ley es la ley” les habría impedido cualquier cuestionamiento moral o cualquier reserva personal ante las normas que aplicaban. Esa estrategia doctrinal tuvo éxito al menos hasta fines de los años sesenta⁷.

Pese a que en estos años esa inculpación del positivismo ha sido calificada como mito, leyenda (FRANKENBERG 1987, p. 92) o exorcismo (SIMON 1985, p. 111), sigue apareciendo, más o menos matizada, en algunos autores actuales⁸. Parece, sin embargo, que semejante acusación genérica es injusta con, al menos, una buena parte de los autores tenidos por positivistas, y excesivamente benévola con aquellos jueces y juristas supuestamente positivistas. Veamos algunos argumentos al respecto, para finalizar mostrando cómo un cierto positivismo formalista encarna valores formales que constituyen la mejor garantía frente a perversiones jurídicas como la que se comenta.

interpretarse como “indiferentismo” (ibid., pp. 29, 30). Al contrario, Radbruch deriva del relativismo las exigencias tradicionales del iusnaturalismo, es decir, derechos humanos, Estado de Derecho, separación de poderes, soberanía popular, libertad e igualdad (KAUFMANN 1987b, p. 79). Sobre el carácter negativo o de falsación del derecho válido de la doctrina de Radbruch (no dice cuál es el derecho válido, sino qué derecho no es válido) y sobre la idea de derechos humanos como elemento concretizador de la justicia: KAUFMANN 1987a, p. 155 ss.; 1987b pp. 83-84).

Por su parte Monika FROMMEL (1981, pp. 217-218) resalta que se ha de considerar el contexto en que Radbruch hace sus imputaciones al positivismo y el fin que con ello perseguía: que recayesen condenas por los crímenes bajo el nazismo, al margen de la exculpación por obediencia, etc.

7. Frente a ella, defensas del positivismo, basadas, por ejemplo, en argumentos epistemológicos (así TOPITSCH 1963, p 1: “ni las más terribles consecuencias prácticas proporcionan argumento alguno contra la verdad de una afirmación científica”), tuvieron escaso eco. Aunque OTTE (1979, p. 9) dice que la de FRANSSEN (1969) es la primera defensa, en el terreno jurídico, del positivismo frente a las referidas acusaciones, ya FLUME (1967, pp. 12-13) había mostrado que la fidelidad al positivismo habría supuesto un obstáculo y no una ayuda para la imposición del derecho nazi.

8. Así, SPENDEL 1984, pp. 5 ss; LAMPE 1988, pp. 11-12. Tal condena suele basarse en una versión superficial e indiferenciada del positivismo, que no hace distinción entre el positivismo de, por ejemplo, Laband o Kelsen. Más matizada es la respuesta de OTT (1976, pp. 180-183), sobre la base de diferenciar diez tipos de doctrina positivista y su hipotética actitud ante un derecho aberrante.

El destino del positivismo jurídico en este siglo se presenta totalmente paradójico. Como explica ROSENBAUM (1972, p. 151) en la época de Weimar los teóricos conservadores lo acusaban de escepticismo y nihilismo, y de propiciar un liberalismo y pluralismo exentos de límite o control; tras 1933, tales quejas se elevan a oficiales; después de 1945 se le acusa, por el contrario, de haber servido para la eliminación del liberalismo, la democracia y el parlamentarismo. Y MAUS (1986a, p. 45) va más allá y resalta cómo la doctrina sustancializadora que sirvió, bajo el nazismo, para la destrucción de los presupuestos positivistas del Estado de derecho jurídico-formal, se utilizó tras 1945 para atacar al positivismo formalista como responsable del nazismo, estableciendo de nuevo un hiato entre democracia y Estado de derecho. Al mismo tiempo, tratando de distinguir por el contenido entre un derecho legítimo y otro ilegítimo, se pierde así de vista el criterio adecuado, positivista, que permitía negar la legitimidad o la validez al derecho del nazismo: el criterio formal-democrático, con arreglo al cual el legislativo no puede delegar globalmente su función en el ejecutivo, como ocurrió en aquel régimen.

Por lo que se refiere a la situación en tiempos de la República de Weimar, son muy abundantes los testimonios e indicios de que el positivismo jurídico-formal, con su carga complementaria de relativismo filosófico, en la línea por ejemplo de Kelsen, Thoma o Radbruch⁹, ni era mayoritario en la doctrina ni era seguido en la práctica judicial. En cuanto a esto último, una actitud positivista guiada por el principio "la ley es la ley" habría evitado la "justicia política"¹⁰, tan abundante en la era de Weimar, y no se habría producido la erosión de la sumisión judicial a la ley, que halló su máxima expresión, casi caricaturesca, en sentencias como la que se siguió del proceso contra Hitler, o en flagrantes vulneraciones del principio de igualdad ante la ley en función de la orientación política de los hechos inculcados¹¹. Más bien ocurría que la actitud de los jueces se camuflaba con el ropaje del positivismo, pero iba en contra de los principios democráticos y parlamentarios que subyacían, al menos, al tipo de positivismo al que nos estamos refiriendo (ROSENBAUM 1972, p. 146). Así, ROTTLEUTHNER (1987, pp. 377 ss.) ofrece seis indicios distintos de esa postura antipositivista de la judicatura. Y el propio Radbruch lo habría reconocido implícitamente al argumentar en contra del debatido *Prüfungsrecht* o examen de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces, alegando el antirrepublicanismo imperante entre la judicatura alemana de ese tiempo y su escaso

9. Sobre la relación en esos autores entre positivismo, relativismo y defensa de la democracia, FRIEDERICH 1977, p. 175.

10. La obra clásica sobre el tema es HANNOVER/HANNOVER-DRÜCK.

11. Véase MÜLLER 1989, pp. 19 ss.

respeto hacia el sistema parlamentario (MÜLLER 1979, p. 318; CRUZ VILLALÓN 1987, p. 88). Como dice FRANSSSEN (1969, p. 766) ese positivismo relativista al que se imputa la responsabilidad habría servido, de predominar, para evitar el crédito otorgado entre los jueces y juristas a las pretensiones de verdad y absoluto contenidas en tan “primitivas ideologías” como el nazismo, con su exaltación de quimeras jurídico-metafísicas tales como superioridad racial, pueblo, comunidad nacional germana, “sangre y suelo”, etc.

Ese antipositivismo práctico de la judicatura se corresponde con la supremacía de idéntica orientación en la doctrina. En ésta era claramente minoritario el positivismo jurídico formal e imperaba, en cambio, un positivismo estatalista de índole autoritaria, sustancializador de la idea de Estado y que partía de la unidad metafísica entre moral, Estado y derecho. Esa proclamación de fe en la superioridad moral de la idea de Estado estaría justamente en las antípodas de cualquier positivismo relativista. No estamos ante *Rechtspositivismus*, sino ante *Staatspositivismus*¹². La ideología frecuente en jueces y teóricos no era la del primero, sino la antidemocrática y estatalista del Estado guillermino¹³. De ahí las conocidas expresiones, en 1921, del presidente de la Unión judicial alemana, ante el derecho del nuevo régimen parlamentario: “ha decaído toda majestad, también la majestad de la ley”. Ese estatalismo veía en el derecho la expresión de una realidad orgánica superior y previa, de la cual la ley no era fuente, sino medio de conocimiento, y que no podía ser alterada por coyunturales mayorías parlamentarias. La soberanía no radica en el pueblo, sino en el Estado. No se está ante un Estado de derecho, sino ante un derecho del Estado. Para ese modo de pensar será más asumible el supuesto derecho que emana de un *Führer* que encarna la esencia nacional, que de un parlamento encorsetado de formalismos.

Menos aún parece que se pueda sostener seriamente que el positivismo dominara entre los juristas a partir de 1933. El positivismo legalista es el blanco predilecto de los ataques de Schmitt, Larenz, Lange, Forsthoff y

12. La más tajante diferenciación doctrinal y política de esos dos tipos de positivismo, el primero de los cuales, minoritario, estaría representado por Kelsen, Thoma o Radbruch, puede verse en MÜLLER 1979, pp. 309 ss. También WALTHER 1989, pp. 325-334; SCHEFOLD 1984, p. 70.

13. Véanse las matizadas consideraciones que sobre la interrelación entre II Reich y Escuela Alemana de Derecho Público y sobre la función legitimadora de los postulados metodológicos de ésta ofrece ESTEVEZ ARAUJO (1988, p. 74-92).

tantos otros, que lo tachan de ideología judaica y producto del liberalismo y el individualismo (KAUFMANN 1984, pp. 189-190)¹⁴.

Ese ataque al positivismo jurídico-formal no era gratuito. Los críticos eran conscientes de la recíproca imbricación entre ese tipo de positivismo y la efectividad de ciertas garantías formales de procedimientos y derechos básicos, garantías que, de haberse respetado en clave positivista, habrían impedido considerar válidas y aplicables gran número de disposiciones jurídicas. Bajo el nazismo los juristas aplican la idea de ley, supuestamente positivista, a disposiciones que bajo la óptica positivista no serían leyes, sino "meras decisiones ejecutivas" (por ejemplo, las llamadas "leyes del gobierno"¹⁵). Como dice LUHMANN (1981, p. 432), los constantes atentados legales contra la Constitución de Weimar, no derogada formalmente, habrían llevado a juristas de formación positivista a bloquear por inválidas la operatividad de tales normas. Porque no es cierto que el positivismo sea plenamente ajeno e inmune a criterios valorativos en relación con las normas. Rechaza la posibilidad de fundamentar la verdad de los juicios de valor acerca de sus contenidos, pero en su apelación a las formas lleva implícitos ciertos requisitos de valor. Hay una interrelación entre valores y procedimientos. A la validez formal de la ley subyace la idea de su legitimación democrática, como quedó claro en la defensa del parlamentarismo, en tiempos de Weimar, por positivistas como Thoma, Kelsen o el mismo Radbruch (FRANSEN, p. 768; MAUS 1989b, pp. 209 ss.). Ese positivismo deriva la racionalidad material de la ley únicamente a partir de la forma democrática de organización del procedimiento legislativo. Su formalismo es su modo de asegurar la democracia y de liberarse de la imposición antidemocrática de cualesquiera verdades pretendidamente absolutas (MAUS 1986, p. 36-37).

14. Me parecen forzadas las analogías que, dejando a salvo las diferencias políticas, traza LA TORRE (1988, pp. 2 ss.) entre las doctrinas jurídicas de Kelsen y Larenz, en lo relativo, por ejemplo, a lo que en ambos sería "total subordinación del individuo respecto del ordenamiento jurídico". Tales emparentamientos resultan superficiales y engañosos, pues desatienden un dato básico: lo que en Larenz es designio político y "moral", en Kelsen es únicamente premisa epistemológica de la ciencia jurídica, pero dejando a salvo cualquier sometimiento de la autonomía moral de los sujetos, propósito este último que era determinante de la actitud de los teóricos jurídicos del nazismo.

15. De 1933 a 1945 el Reichstag aprobó sólo 9 leyes, mientras que como "leyes del gobierno" funcionaron en el mismo período 4.500 (MAUS 1989, p. 84). Precisamente la transmisión de la competencia legislativa al gobierno se realizó por la vía inconstitucional de la *Ermächtigungsgesetz* de 24 de marzo de 1933. Sobre su carácter formalmente inconstitucional véase SCHNEIDER 1961, pp. 37 ss.; DANNEMANN 1985, pp. 3 ss.; MAJER 1987, pp. 64-73; REVERMANN 1959, pp. 108-141.

En cuanto a la práctica judicial bajo el nazismo, su poco empacho en vulnerar hasta el más claro tenor literal de las normas positivas queda claro con un solo ejemplo: la propia Administración nacionalsocialista hizo llegar a los jueces, mediante las famosas *Richterbriefe*¹⁶ la reconvencción por su tendencia a aplicar penas superiores a las legalmente tipificadas para ciertos delitos (SIMON 1985, p. 113). Así, abundaron los casos de pena de muerte por delito racial (*Rassenschande*), para el que la norma sólo establecía penas privativas de libertad. ¿Encaja esa práctica con el supuesto respeto al principio positivista de que "la ley es la ley"?

En contra de las imputaciones al positivismo se puede alegar también la presencia de un pensamiento iusnaturalista operante bajo el nazismo. Hubo un iusnaturalismo expreso, por obra de autores como Dietze (MEINCK 1978, pp. 199 ss.; LANGNER 1959, pp. 79 ss.). Pero se ha dicho, además, que el modo de pensamiento jurídico del nazismo se asemeja estructuralmente con las formas tradicionales del iusnaturalismo. Las diferencias sólo estarían en los matices racistas y organicistas de la idea de naturaleza que se manejaba (SCHILD 1983, pp. 439, 450).

De ahí que si se habla de positivismo bajo el nazismo será, todo lo más, de lo que llama Kaufmann un "positivismo legalista pervertido", que exigía obediencia de las leyes del nazismo, pero que se transformaba en iusnaturalismo al afirmar la superioridad del ordenamiento nazi sobre la ley liberal-democrática (KAUFMANN 1987a, pp. 30-31).

En mi opinión, de cuanto se lleva dicho se desprenden buenas razones para reivindicar una amplia dosis de formalismo en la práctica jurídica, con la correspondiente secuela de seguridad jurídica, tal como la defendía Radbruch. De la tensión entre seguridad jurídica y justicia, omnipresente en dicho autor, podemos decir en favor de la primera que su garantía lo será para todos, mientras que en una sociedad plural la imposición antiformalista de una idea de justicia material, al margen de los procedimientos mayoritarios de libre decisión, será siempre a costa de la opresión de otros sistemas de valores. Sólo la justicia formal, traducida en igualdad ante el derecho, en formas y procedimientos de decisión jurídica valorativamente neutros (al margen de los valores participativos cuyo respeto es condición de posibilidad del efectivo funcionamiento de esos procedimientos), garantiza unos mínimos de respeto y dignidad de todos los miembros del grupo social¹⁷.

16. Véanse la selección de tales "cartas" recogida en STAFF 1978, pp. 67-91.

17. Para Rottleuthner rige en la cultura jurídica liberal el siguiente principio: "cuando faltan criterios decisivos se han de fundar procedimientos y competencias" (ROTTLEUTHNER 1983, p. 28). En opinión de KRIELE (1983, pp. 215 ss.) el nazismo se vio facilitado por una

Por contra, proclamar, como hizo el nazismo, la unidad entre derecho y (una) moral material equivale a convertir a la moral en jurídicamente coactiva (DICKHUTH-HARRAS 1986, p. 326), lo que es tanto como liquidar la autonomía ética de cada individuo (MAUS 1989b, p. 192).

Precisamente el nazismo entendía formalismo como antítesis de justicia, en la conciencia de lo que se ha llamado “la función protectora de la forma”. Por eso, juristas nazis, como Höhn, reconocían que la *Wertfreiheit* del positivismo es sólo aparente, pues le subyace un programa político de corte individualista, incompatible con el pensamiento colectivista (DICKHUTH-HARRAS 1986, pp. 330-331). Ahí radica la paradoja: el formalismo se nos aparece como la última garantía de la moralidad del derecho, de su “racionalidad interna” (WEINRIB 1988), mientras que la moralización del derecho al margen o por encima de sus formas, sirvió para crear y aplicar el más injusto e inmoral de los derechos de este siglo. Un derecho formalista puede ser injusto; un derecho antiformalista puede fácilmente acabar en una perversión de lo jurídico. Como dijo Heinrich Laube, “la tiranía de las formas es terrible; pero fuera de las formas no hay más que la barbarie”¹⁸.

Para cerrar este apartado de la relación entre positivismo y obediencia a la ley inicua, conviene citar las palabras que, en otro contexto, sostuvo Georges Vedel, y que son el mejor antídoto contra la utilización del positivismo como excusa de obediencia. Ser positivista o iusnaturalista -dice Vedel- no cambia gran cosa en cuanto a la actitud de un hombre honesto ante la ley inicua; “no cambia nada en cuanto a la dificultad de definir la iniquidad; no cambia nada en cuanto al deber de resistirla (...) El juez que se ve en la tesitura de aplicar la ley inicua dimite si es positivista puro y duro; permanece en su plaza y la declara nula, si es iusnaturalista”. Pero ninguno, honestamente, la aplicaría (VEDEL 1990, p. 70)¹⁹.

“filosofía moralizante del Estado”, en detrimento de una filosofía estatal “jurídico-institucional”: no interesaba tanto el mantenimiento de las *formas* jurídicas y estatales, el respeto de ciertas reglas de juego, cuanto la realización de ciertos contenidos o principios políticos o morales, importando más el fin que el medio procedimental para conseguirlo. Ese habría sido el error de la cultura jurídico-política de la época previa al nazismo, pues el aseguramiento y respeto de ciertos principios y reglas formales habría podido evitar los desmanes materiales. En democracia, y esa sería, según Kriele su especificidad, ningún tipo de precepto o consideración moral o política puede reemplazar al imperio de la ley, a la sujeción de los poderes bajo el derecho, única forma de que los derechos de los sujetos estén por encima de los designios de los gobernantes. Véase también OTT 1976, pp. 189-190, BARATTA 1968, pp. 343 ss.

18. Citado en SPENDEL 1985, p. 195.

19. En sentido similar, BARATTA 1968, p. 330. También OTT 1976, pp. 184 ss.

EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO NACIONALSOCIALISTA

Las acusaciones contra el positivismo por su supuesta propensión a ver derecho válido en cualquier norma creada con arreglo a las pautas formales del propio ordenamiento, parten a menudo de tesis iusnaturalistas o, si no, del establecimiento de límites valorativos a los contenidos posibles de las normas válidas. Tómense, como ejemplo de esto último, las tesis de Radbruch: un derecho puede ser injusto sin perder su validez; pero existen unos límites supralegales cuya vulneración por un ordenamiento lo transforma en derecho nulo, en no derecho. Ahora bien, esos límites no los proporciona ningún principio inmutable derivado de la naturaleza, sino que están establecidos por lo que la conciencia común de la humanidad en cada época considere como derechos humanos básicos e intangibles. Y el llamado a hacer efectivo ese común sentimiento humano de justicia será el juez, servidor de la justicia antes que de cualquier otra regla (RADBRUCH 1973b). De ahí que, para Radbruch, los jueces hubieran debido negar validez al derecho del nazismo que atentaba contra esos derechos y esa dignidad básica de las personas, así como contra el mínimo de igualdad de trato y generalidad normativa inserto en toda justicia posible.

No es el de Radbruch iusnaturalismo en el sentido tradicional de afirmación de principios naturales inmutables. Pero su objeción a la validez de aquel derecho se apoya de modo preponderante (al margen de las alusiones a la radical injusticia de un derecho que para nada respeta el binomio generalidad de la ley-igualdad ante el derecho) en consideraciones atinentes al contenido material de justicia de las normas. Y con ello nos encontramos de lleno ante los problemas del cognitivismo ético y la discusión sobre la posibilidad o no de fundar la superioridad racional y verdadera de un sistema moral sobre otros. ¿Qué ocurre si ese juez al que apela Radbruch está sinceramente convencido de la bondad de aquel derecho que a nosotros nos espanta?²⁰ ¿Qué ocurre en el supuesto hipotético de que

20. Ese argumento, curiosamente, fue utilizado por la jurisprudencia de postguerra para exonerar a muchos de esos jueces de responsabilidad penal por sus sentencias de muerte, incluso en los casos en que no era esa máxima pena la legalmente prevista. No habrían prevaricado, pues sus convicciones nazis les hacían pensar que obraban correctamente, con lo que faltaba el dolo directo que, curiosamente, se exige en estos casos (y no en otros de orientación política inversa) para este delito. Semejante construcción jurisprudencial ha despertado enormes críticas. Véanse especialmente, de entre la abundante literatura, los libros de SPENDEL 1984; RÜCKERL 1984; JUST-DAHLMANN 1988. En cuanto a artículos, entre los más críticos están los de DIESTELKAMP 1986 y DENCKER 1985.

el grupo social consienta y dé su apoyo a tales prácticas?²¹ No podemos olvidar que también el nazismo se pretendía hacedor de la justicia material y hasta del derecho natural²².

El problema, pues, pasa a ser el de establecer desde qué sustento teórico o doctrinal podemos mantener el rechazo del carácter jurídicamente válido del derecho nazi, sin sucumbir ante la objeción relativista de que únicamente están en juego sistemas valorativos opuestos, cuya superioridad respectiva es indemostrable. Prescindo aquí de todo intento iusnaturalista del género de los acontecidos tras 1945, pues, como ya quedó dicho, son perfectamente simétricos, en cuanto a la gratuidad de sus fundamentaciones efectivas, con las apelaciones valorativas y metafísicas de la doctrina jurídica del nazismo. Más fructífero sería el cotejo con las éticas cognitivistas de nuestro tiempo, especialmente con la ética discursiva de Habermas o Apel, pero nos saldríamos de los límites de este estudio. Me quedaré, por tanto, en el terreno de la filosofía jurídica, a la búsqueda de una doctrina que fundamente la invalidez de aquel derecho en razón de sus propios caracteres intrínsecos o estructurales, al margen, incluso, del juicio moral sobre el contenido de sus normas²³.

21. "No existe ninguna garantía, ni siquiera probabilidad, de que la moral que los respectivos jueces o ciudadanos incorporen en su concepto de derecho sea efectivamente una moral 'ilustrada'" (HOESTER 1986, p. 2482).

22. Como dice ROTTLEUTHNER (1989, pp. 304-305), "sería ingenuo esforzarse en pro de un iusnaturalismo, cuando también los nazis se acogieron a un derecho natural del pueblo; sería ingenuo invocar la justicia, cuando casi ningún dicho se utilizó por los nazis tan a menudo como *iustitia fundamentum regnorum*".

23. La problemática general de la validez o no del "derecho" nazi, de su condición como auténtico derecho o como una realidad distinta, está implícita también en la polémica, contemporánea a los últimos años del nazismo, entre Ernst Fraenkel y Franz L. Neumann. Ambos parten de un concepto de derecho dotado de ciertos ineludibles rasgos formales: principalmente la generalidad de la ley y, derivadamente, el consiguiente margen de libertad personal y seguridad garantizada por esos términos generales y conocidos de la norma, así como el margen de independencia que le aseguran al juez esos mismos caracteres formales del ordenamiento. Siguen a Weber al situar en la nota de previsibilidad una característica esencial del derecho formal moderno. Ahora bien, para Fraenkel el Estado nazi sería un caso de *Doppelstaat*, de Estado con doble naturaleza: sería *Normenstaat* y *Massnahmenstaat*, esto es, un Estado en el que existe una estructura formal de carácter jurídico, pero que sirve en última instancia a la arbitrariedad de las órdenes y las medidas individuales de los detentadores del poder. El margen de previsibilidad y cálculo asociado a la existencia de normas serviría únicamente para hacer posible el funcionamiento de la economía capitalista. Por contra, para Neumann, bajo el nazismo no habrían existido realmente ni derecho ni Estado, sino realidades normativas y organizativas de otra índole. No se daría Estado, sino *Unstaat*, *Behemoth*. La ley general habría sido reemplazada por un sistema de compromisos puntuales entre los actores sociales dominantes (partido, economía, burocracia y ejército), compromisos que no se expresaban en verdaderas normas jurídicas, sino en reglas técnicas. Estas, no poseen la nota de generalidad ni sirven al aseguramiento de un mínimo de libertad, sino que son mero vehículo

Los propios tratadistas alemanes actuales son conscientes de la dificultad de la objeción relativista²⁴. Así, Simon, al interrogarse sobre si los jueces nazis eran o no independientes (con arreglo al art. 1 GVG -“El poder judicial es ejercido por tribunales independientes, sometidos únicamente a la ley”- vigente desde 1877 y que siguió estándolo tras 1945), sostiene que bajo nuestra óptica no lo eran, pero probablemente bajo la suya sí, y la divergente respuesta sería fruto de un cambio histórico en los sistemas valorativos. Y, más aun, explica que también nuestros Estados actuales usan el poder judicial para defenderse contra los ataques a sus instituciones y sus fundamentos; y que tampoco nosotros apoyaríamos al juez que en sus sentencias busca imponer su sentido personal de justicia por encima de esa orientación general de la política estatal, como pretendemos que hubieran hecho los jueces bajo el nazismo. Puestas así las cosas, la diferencia dejaría de radicar en la legalidad y se situaría en la legitimidad del régimen político, como condicionante de la validez de aquella. Nuestros regímenes poseerían mayor legitimidad, pero ¿cómo afrontar la objeción de que “no podemos *saber* realmente si nuestras convicciones son las justas?”²⁵ Simon parece apuntar para el dilema una salida similar a la que veremos: “cuando decae la garantía de la legalidad, las acciones y conductas de los sujetos se convierten en acciones morales o inmorales, y como tales deben ser valoradas” (SIMON, 1985, p. 116). Cuando el derecho se niega a sí mismo, no velando por la aplicación de sus propias previsiones, hemos dejado de tener derecho como principio común de dirección social y sólo nos queda la lucha de valores contrapuestos en el terreno moral. El derecho ya no servirá ni como coartada de obediencia, puesto que se desobedece a conveniencia, como hemos visto que hacían los jueces nazis.

En esa misma línea, Rottleuthner ve la salida al problema del relativismo, en lo que se refiere a fundamentar la invalidez del derecho nacionalsocialista, en construcciones del tipo de la de Fuller sobre la “moral interna

de órdenes, tienen una dimensión meramente instrumental y carecen de cualquier “mínimo ético” inmanente. Ni siquiera el funcionamiento del sistema económico estaría regido por un auténtico derecho, con sus caracteres formales mínimos, como sostenía Fraenkel. Para Neumann, la norma jurídica era aquí sustituida por un sistema de compromisos o acuerdos informales entre los grupos de poder y para los cuales el derecho era más un obstáculo que un apoyo (sobre todo ello LUTHARDT 1983).

24. “Cada época ha de medirse con la vara de *sus* posibilidades. Así, el modo nacionalsocialista de entender la seguridad jurídica no debe ser desterrado *por el simple hecho* de que no se corresponde con nuestra actual manera de verla, orientada a la Constitución y que refleja las experiencias históricas de los años 1933-1945” (DICHHUTH-HARRAS 1986, pp. 5-6). “La historia del derecho no puede dividirse hacia atrás de tal modo que las fases que se contradigan con el sistema valorativo del presente se equiparen sin excepción a la prevaricación” (SCHROEDER 1988, p. 392).

25. SIMON 1985, p. 115. Sobre lo anterior, pp. 110, 114.

del derecho''. En interpretación de Rottleuthner, la doctrina de Fuller plantea "exigencias que el legislador ha de respetar, si quiere asegurar la función social de un ordenamiento jurídico, esto es, la orientación de la acción social por medio del derecho" (ROTTLEUTHNER 1987, p. 388)²⁶.

El propio Rottleuthner enumera algunos caracteres de aquel derecho que chocan con esos presupuestos lógicos y prácticos de todo ordenamiento (ROTTLEUTHNER 1987, pp. 388-389). Veamos una enumeración más amplia de algunos de esos caracteres o prácticas de tal derecho y que parecen incompatibles con la existencia real, efectiva y funcional de un auténtico ordenamiento jurídico que sea algo más que ropaje de la fuerza desnuda y arbitraria, la misma que imperaría de idéntica forma sin derecho.

a) Se atenta contra el principio de igualdad ante la ley. Ese valor constitutivo de la mínima idea de justicia inherente a todo derecho, que Radbruch resaltara y que sigue mostrándose esencial²⁷, es sustituido por una práctica jurídica que hace primar sobre el tenor legal la ubicación racial y social de los individuos. No sólo se generó un "derecho especial", basado en la desigualdad racial, sino que se aplicaron normas generales no discriminatorias, como las contenidas en BGB, entendiendo que la reserva de discriminación racial era inmanente a la esencia misma de todo derecho vigente, de modo que se imponía dicho trato diverso por vía interpretativa, incluso contra la letra misma de la ley (MAJER 1987, pp. 156 ss.; LA TORRE 1987, pp. 623 ss.). Todo ello está en íntima conexión con los ataques a la idea de generalidad de la ley (MEINCK 1978, pp. 193 ss.).

b) La seguridad jurídica quedó irremisiblemente dañada por una práctica jurisprudencial que no respeta el texto legal y que atiende prioritariamente a criterios políticos a la hora de emitir sus decisiones, constituyéndose en caso paradigmático, aunque políticamente perverso, de "uso alternativo del derecho". Para ello no duda en estirar hasta el infinito los términos legales, cayendo en lo que se ha denominado la "interpretación sin límite", en anteponer las consideraciones de justicia material a las garantías formales y los textos de la ley, en proclamar un casuismo en detrimento de la generalidad en la aplicación de las normas (BOCK 1984, p. 145; MAUS 1983, p. 29), en abusar de la contraposición entre ley y derecho (HATTENHAUER 1989, pp. 26-27, 30), en llevar a cabo un uso incontrolado de los recursos

26. En el mismo sentido ROTTLEUTHNER 1989, pp. 305-306.

27. Así, dice DWORKIN (1990, p. 44, 44-45) que "el primer derecho político de la gente" es "el derecho a un orden público que les trate como a iguales", y que el reto que se plantea a los jueces es el de "hacer que los criterios que gobiernan nuestras vidas colectivas sean articulados, coherentes y efectivos".

de la argumentación jurídica (WESEL 1983, p. 143), etc. Con ello quedan patentes, de paso, las virtualidades beneficiosas de un cierto positivismo y formalismo también en la aplicación judicial del derecho, aquel cuyas pautas no garantizan una única solución correcta, por causa de la naturaleza del lenguaje legal y de otras razones bien conocidas, pero que, al menos, no permite cualesquiera decisiones como compatibles con las normas²⁸.

c) Del mismo modo, la inexistencia de seguridad jurídica como previsibilidad y seguridad de obrar para los ciudadanos se manifiesta en la existencia de derecho secreto, emanado directamente del *Führer* y tenido por superior en la escala normativa, o con la aplicación retroactiva de normas sancionatorias, o con el frecuente uso de la analogía y la interpretación extensiva en derecho penal, o con el incumplimiento de sentencias, habiéndose llegado a reconocer a la Gestapo la posibilidad de “corregir” los fallos de los tribunales que se estimasen demasiado blandos con los encausados, cuestiones todas ellas suficientemente conocidas y documentadas.

d) En el plano procesal, desaparecen la mayoría de las garantías para los procesados. El proceso se configura como no contradictorio, abundando los casos de acusación coordinada entre fiscal y abogado “defensor”, pues no en vano los abogados juraban como su primer y fundamental deber la fidelidad al *Führer* y al partido²⁹. Además, no se admitía recurso contra decisiones en única instancia del *Volksgerichtshof* y los tribunales especiales, y no se respetaba el principio *non bis in idem*. Por lo demás, tampoco se daban las condiciones mínimas que posibilitan la independencia judicial, pues a las presiones políticas y a la propia proclividad partidista de la mayor parte de la judicatura se sumaba una práctica legislativa plagada de cláusulas generales y conceptos indeterminados. Como explica MAUS (1986a, p. 44) el carácter “informal” de las normas jurídicas, con su imprecisión e indeterminación, hace imposible cualquier auténtica vinculación del juez a la ley, con lo que -siguiente consecuencia- se pierde también la base de la independencia judicial y se facilita la consigna de que esas leyes de

28. Quizá esa sea la utilidad mejor de la metodología jurídica: proporcionar seguridad, haciendo la decisión previsible o, al menos, descartando ciertas decisiones, allí donde el lenguaje normativo no determina plenamente la decisión posible. Sin embargo, RÜTHERS (1973, pp. 181 ss., 442-443) se muestra escéptico sobre esa utilidad de la metodología, a la luz precisamente de las experiencias bajo el nazismo, y resalta la gran capacidad de todos los métodos interpretativos para adaptarse y servir a las exigencias del régimen político de turno. Sobre los nocivos efectos de las doctrinas metodológicas antiformalistas, en cuanto precursoras del antilegalismo de la metodología jurídica nacionalsocialista, BEHRENDTS 1989.

29. Sirva como ejemplo el dato de que ante el *Volksgerichtshof* el abogado debía ser aprobado por el Presidente del Tribunal (RÜPING 1985, p. 988).

contenido impreciso se interpreten con arreglo a los principios del nazismo. Se pasó del sometimiento a la ley a la vinculación a valores, y se elimina con ello la interrelación, que el positivismo recalca, entre independencia judicial y sometimiento a la ley (MAUS 1983, p. 180-181). Esa sería la funcionalidad "antinormativa" de las cláusulas generales.

e) Todo ese autosabotaje del derecho³⁰ se sintetiza en lo que se ha denominado la "carencia planificada de estructura" (*geplante Strukturlosigkeit*) (SCHULTE 1985, p. 335). Prácticas como las reseñadas, o como la ausencia de un sistema definido y jerarquizado de fuentes del derecho, formando eso que Rottleuthner llama "masa amorfa de fuentes del derecho", entre las cuales la elección parece ser en cada caso arbitraria (ROTTLEUTHNER 1983b, p. 257), la no separación de poderes ni de funciones, el solapamiento personal, legal y competencial entre Administración pública y partido, etc., aparecen como medios para que la inseguridad consiguiente no permita a los ciudadanos ninguna expectativa fiable, y con ello, ninguna expectativa tampoco sobre la forma de cambiar el sistema o moverse dentro de él al margen de los círculos del partido y el poder.

¿Contravienen esos caracteres las notas estructurales que, según Fuller, todo ordenamiento ha de mantener en una cierta medida para que pueda ser coherentemente denominado jurídico? Tales notas serían ocho³¹: todo derecho ha de contener normas generales, las normas han de ser publicadas, los casos de retroactividad han de ser los menos posibles, las normas deben ser comprensibles, no han de ser contradictorias, no tienen que pedir lo imposible, no deben ser modificadas demasiado frecuentemente y debe existir congruencia entre el contenido de las normas y su administración pública, de modo que los ciudadanos puedan atenerse a ellas (FULLER 1967, p. 49).

Téngase en cuenta que la línea que apunta Fuller es crítica con el positivismo en cuanto que éste trata de mantener la separación conceptual entre derecho y moral, desconociendo la dimensión de moralidad constitutivamente interna a todo derecho. Pero coincide con el positivismo en la

30. Los personajes del régimen poseían una clara conciencia del alcance de sus tácticas jurídicas. Así, hablaba Freisler de la necesidad de "contrapesar la persistencia en el derecho legal por medio de la ley misma" (citado en MAUS 1983, p. 180).

31. Para PEREZ LUÑO (1991, p. 22) esas ocho condiciones que establece Fuller equivalen todas ellas a "exigencias de seguridad jurídica". El mismo autor sistematiza una serie similar de requisitos de la seguridad jurídica (ibid. pp. 23-27).

negativa a ver en un derecho natural³², por encima del derecho positivo, la solución para el dilema de la validez y obediencia del derecho aberrante³³. Igualmente, se muestra en desacuerdo con las apelaciones de Radbruch a un "derecho supralegal" (FULLER 1986, p. 101).

Para Fuller el "derecho nazi no perdió su condición de derecho por la razón principal de su injusticia material, sino por causa de incongruencia estructural; no por el atentado del contenido de sus normas contra principios materiales de justicia, sino contra las condiciones funcionales de posibilidad del derecho, contra su razón de ser, contra 'las condiciones indispensables para la existencia de derecho'. Un derecho que en su estructura misma (por secreto, por retroactivo, etc.) destruye las condiciones de su propia efectividad y función social de dirección de conductas, seguridad y ordenación de interrelaciones, es un derecho que deja de ser tal". A esas condiciones de posibilidad del derecho es a lo que denomina moral interna del derecho. En su vulneración caben grados, que son los mismos en cuya medida ese ordenamiento pierde la cualidad de derecho (FULLER 1967, p. 52).

Fuller, contrariamente a HART (1962, pp. 40 ss.), da por buena la imputación de responsabilidad al positivismo. Pero la idea de positivismo que maneja es indiferenciada, como muestra su afirmación de que era el movimiento jurídico claramente imperante en Alemania desde principios de siglo (FULLER 1986, p. 101). No distingue entre el positivismo estatalista y el jurídico formal. Y ya hemos visto que el primero, el realmente mayoritario, sí que puede verse, por su orientación autoritaria y mistificadora de la realidad estatal y la comunidad nacional, como caldo de cultivo de la doctrina y el derecho nazis. Fue el positivismo jurídico formal, en cambio, el que recibió los ataques tanto en Weimar, en el nazismo y tras 1945. Pero ese positivismo formalista es el que aquí he reivindicado como garantía frente a aberraciones jurídicas, y del que se ha dicho que, de haber predominado entre los juristas, no habría permitido otorgar validez, por inconstitucionales, a las normas básicas de aquel ordenamiento, ni habría originado sentencias ilegales, ni derecho secreto o retroactivo, etc. Y ese positivismo creo que es perfectamente compatible con las aseveraciones de Fuller.

32. Las acusaciones hacia Fuller por iusnaturalista han de matizarse. Fuller califica su doctrina, en la medida en que pueda entenderse como iusnaturalista, como iusnaturalismo procedimental, y no sustancial, que parte de la tesis de la cualidad moral de las formas jurídicas (Vid. NICHOLSON, p. 311).

33. Así, Fuller coincide con Hart expresamente en la defensa de la legalidad contra su vulneración en nombre de un derecho natural o en aras de la consideración subjetiva de la inmoralidad de su contenido (FULLER 1986, p. 100).

Así, la aplicación por los tribunales del derecho preestablecido, en lugar de violarlo para crear arbitrariamente las normas que sus inclinaciones morales o políticas les dicten para cada caso³⁴, es parte de la moral interna del derecho, es decir, de las notas estructurales de su razón de ser o sentido. Según Fuller, los más claros atentados contra la moral interna del derecho en la era de Hitler tuvieron lugar (además de por la existencia de derecho secreto y de derecho sancionador retroactivo) por la vía de la violación de las formas legales siempre que eran políticamente inconvenientes, lo cual ocurría principalmente mediante la violación del principio de legalidad por la judicatura, en aras de una jurisprudencia claramente política (FULLER 1986, p. 98). Y aunque Fuller no lo mencione, podemos resaltar que tanto o más determinante fue la violación de los controles formales de validez de las normas, principalmente mediante leyes inconstitucionales, cuya legitimidad y legalidad se quiso salvar, en el caso de las más importantes, mediante aquel engendro teórico denominado "revolución legal" (DANNEMANN 1985; MEYER-HESEMANN 1985).

Así, tenemos que la solución apuntada por Fuller, a la que Rottleuthner se acogía, nos presenta una nueva salida para el problema de la validez del derecho nacionalsocialista. Si cualquier apelación a la injusticia como razón de invalidez tropieza con la objeción del relativismo valorativo, esta propuesta de Fuller opera sobre terreno menos inestable. El derecho que hoy parece injusto pudo parecer justo ayer a una mayoría de ciudadanos o puede seguir pareciéndolo hoy a alguno, con la correspondiente dificultad de fundamentar la superioridad moral de uno u otro sistema de valores, dificultad típica del iusnaturalismo. Ahora bien, las razones que hacen absurdo un derecho no parecen tan dependientes del cambio de los tiempo o las opiniones. Si el derecho es algo más que mero ejercicio descarnado de la fuerza, si es poder sometido a un orden y no mero orden resultante de un poder entendido como fuerza³⁵, ha de guardar una cierta lógica interna, no puede incurrir en lo que, en términos importados de la ética discursiva,

34. Por esta vía resuelve Fuller la polémica de Hart con Radbruch a propósito del conocido caso de la denunciante (vid. RADBRUCH 1973b, pp. 347 ss.; HART 1962, p. 46 ss.). Para FULLER (1986, p. 99) al tiempo de injuiciar la conducta de los jueces que dictaron la condena de muerte hay que tener en cuenta que lo decisivo no es que vulneraran un derecho supralegal ni que actuaran dentro de la legalidad positiva, sino que violaban la legalidad positiva. La clave estriba en que los preceptos que aplicaron tipificaban manifestaciones públicas (mientras que las del condenado habían tenido lugar únicamente en la privacidad del matrimonio), y no preveían pena de muerte, sino de prisión. Y todo ello de modo tan claro que ni siquiera puede hablarse de uso de un margen de interpretación, sino de total vulneración de la norma legal.

35. Como siempre, la clave está en el concepto de derecho que se maneje. Al referirnos a Fuller no hay que perder de vista que parte de que el derecho es por definición un fenómeno moralmente positivo (vid. NICHOLSON 1973-74, pp. 316, 318-319, 322).

podemos denominar contradicción pragmática o performativa. Cuando el contenido moral externo del derecho, es decir, los contenidos valorativos de sus normas, o la disposición técnica de las mismas -antinomias, oscuridades...- contradicen esa "moral interna", impidiendo su operatividad, estaríamos ante la negación pragmática del derecho desde el derecho, ante su autodisolución. Ese sería el caso acontecido bajo el nazismo, caso distinto del de un derecho meramente injusto en sus normas, en su moral externa, el cual sigue siendo derecho, mantiene una función de orden que es más positiva que la inexistencia de derecho (NICHOLSON 1973-74 p. 321).

Si cualquiera que detente un dominio fáctico sobre nosotros puede hacer cualquier cosa de nuestra vida o nuestros bienes; si cualquier acto que hoy realicemos en la confianza de que nada nos lo prohíbe, puede conllevarnos mañana una condena por aplicación retroactiva de una norma; si cualquier vulneración de una norma que hoy nos protege puede ser mañana sanada por la acción gratuita del poderoso, etc., nos encontramos, por mucho que el poder y la dominación se disfracen de normas y se acojan a rituales, en la misma situación que si no tuviéramos derecho alguno en una tal sociedad. Si el derecho tiene un fundamento de existencia, si entre individuos racionales y autointeresados importa que haya normas jurídicas, no es para que exista cualquier forma de orden (pues para ello basta el mero ejercicio de la fuerza), sino para que exista esa forma de buen orden u orden mínimamente racional que se llama derecho, y que, en cuanto tal, genera un indispensable componente de previsibilidad de las conductas sociales, de garantías de seguridad personal y de pautas de actuación intersubjetiva³⁶. Un derecho sin todo ello es un derecho absurdo. Y seguir llamándolo derecho es tan incongruente como lo sería, por ejemplo, seguir llamando medicina a una práctica terapéutica consistente en sortear para cada paciente entre administrarle un fármaco, un veneno o someterlo al juego de la ruleta rusa. Un derecho con normas injustas sigue siendo derecho, del mismo modo que sigue siendo medicina una práctica terapéutica que se revele errónea o fracasada. Pero un derecho secreto o con normas no destinadas a cumplirse o con garantías que no se respetan, es un sinsentido. Y el derecho nacional-socialista tuvo seguramente una buena parte de ese sinsentido que hace difícil seguir denominándolo así, si se quiere mantener una mínima coherencia con lo que en la modernidad se entiende y se vive como tal³⁷.

36. Como dice REYNOLDS (1989, p. 15), glosando a Fuller, "una sociedad sin normas jurídicas no podría basarse en aquella reciprocidad que reconoce a cada uno de sus miembros una igual integridad o dignidad".

37. Ahí se sitúa el núcleo de la crítica de Fuller a la postura de Hart frente al derecho nazi. Para Hart habría sido derecho, aunque mal derecho. Para Fuller no habría sido derecho, pero no por razón de moralidad externa o injusticia valorativa, sino de incongruencia interna, de "moral interna". SOPER (1986, p. 32) sitúa el debate en el contexto adecuado cuando dice que

Que la ciencia jurídica y la filosofía del derecho lo avalasen significa bien poco al respecto: nos da testimonio de debilidades humanas y de lo descaminado de toda equiparación entre *status* académico, calidad intelectual e integridad moral.

REFERENCIAS

- ANDERBRUÜGGE, K. 1978 *Völkisches Rechtsdenken. zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin: Duncker & Humblot.
- BARATTA, A. 1968. "Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer 'naturrechtlichen' Apologie des Rechtspositivismus", en *ARSP* 54, pp. 325-350.
- BEHREND, O. 1989. "Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdenken", en R. DREIER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im 'Dritten Reich'*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 34-80.
- BOCK, M. 1984. "Naturrecht und Positivismus im Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus", en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 6, pp. 132-152.
- CRUZ VILLALÓN, P. 1987. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DANNEMANN, G. 1985. "Legale Revolution, Nationale Revolution. Die Staatsrechtslehre zum Umbruch von 1933", en E. W. BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Heidelberg: Müller, pp. 3-22.
- DENCKER, F. 1985. "Die strafrechtliche Beurteilung von NS-Rechtsprechungsakten", en P. SALJE (Hrsg.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster: Regensberg & Biermann, pp. 294-310.
- DICKHUTH-HARRACH, H-J. von. 1986. "Gerechtigkeit statt Formalismus". *Die Rechtskraft in der nationalsozialistischen Privatrechtspraxis*, Köln, etc.: Carl Heymann.
- DIESTELKAMP, B. 1986. "Die Justiz nach 1945 und ihr Umgang mit der eigenen Vergangenheit", en *Rechtshistorisches Journal*, 5, pp. 153-174.
- DWORKIN, R. 1990. "Retorno al Derecho 'natural'", trad. S. Iñiguez de Onzoño, en J. BETEGON, J. R. de PÁRAMO (dir. y coord.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel, pp. 23-45.

transcurre en el campo cognitivo más bien que en el moral. Una arriesgada interpretación en clave "trascendental" del hartiano "contenido mínimo de derecho natural" lleva a OST y VAN DE KERCHOVE (1988, pp. 179 ss.) a aproximar a Hart y Fuller en cuanto a la interpretación de las condiciones de posibilidad o de sentido de todo derecho. También LYONS (1986, p. 86) encuentra un paralelismo entre las tesis de Fuller y la afirmación por Hart de un principio de justicia formal implícito en el concepto de derecho.

- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A. 1988. *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel.
- FRANKENBERG, G. 1987. "Die NS-Justiz vor den Gerichten der Bundesrepublik. Eine Grosse Anfrage im Bundestag", en *Kritische Justiz*, 20, pp. 88-112.
- FRANSSEN, E. 1969. "Positivismus als juristische Strategie", *JZ*, pp. 766-775.
- FRIEDRICH, M. 1977. "Der Methoden-und Richtungsstreit", en *AÖR* 102, pp. 161-209.
- FROMMEL, M. 1981. "Die nationalsozialistische Machtergreifung im Spiegel der deutschen Rechts- und Sozialphilosophie", en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. V. México: UNAM, pp. 207-218.
- FULLER, L. L. 1967. *La moral del derecho*, México: Trillas, trad. F. Navarro.
- : 1986. "Positivism and Fidelity to Law -A Reply to Professor Hart", en J. FEINBERG, H. GROSS (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont: Wadsworth, 3ª ed., pp. 88-108.
- HANNOVER, H./HANNOVER-DRÜCK, E. 1987. *Politische Justiz 1918-1933*, Bornheim-Merten: Lamuv, (ed. original 1966).
- HART, H. L. A. 1962. "El positivismo y la separación entre el derecho y la moral", en EL MISMO, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires: Depalma, pp. 1-64.
- HATTENHAUER, H. 1984 "Von Weimar zu Hitler -'Machtergreifung', Verfassungsbruch und Kontinuität-", en *Jura*, pp. 281-295.
- : 1989. "Richterleitbilder im 19. und 20. Jahrhundert", en R. DREIDER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 9-33.
- HOESTER, N. 1986. "Zur Verteidigung des Rechtpositivismus", en *NJW*, pp. 2480-2482.
- JUST-DAHLMANN, B./ JUST, H. 1988. *Die Gehilfen. Ns-Verbrechen und die Justiz nach 1945*, Frankfurt M., Athenäum.
- KAUFMANN, Arthur. 1984. "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en EL MISMO, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, Köln, etc.: Carl Heymann, pp. 173-195.
- : 1987a. *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München/Zurich: Piper.
- : 1987b "Gustav Radbruch -Leben und Werk", en: Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Band 1 (Hr. Arthur Kaufmann), Heidelberg: C. F. Müller, 1987, pp. 7-88.
- KRAMER, H. 1983. "Aus der Vergangenheit gelernt? Zur Auseinandersetzung der Richterschaft mit der NS-Justiz", en *Justiz und Nationalsozialismus. Kein Thema für deutsche Richter? Fachkonferenz des Gustav*

Stresemann-Institut im Jahr 1983 -Tagungsdokumentation. Bergisch Glasbach, pp. 91-111.

KRIELE, M. 1983. "Staatsphilosophische Lehren aus dem Nationalsozialismus", en *ARSP* Bhf. 18 (*Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*), pp. 210-222.

LA TORRE, M. 1987. "Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista", en *RIFD* 64, pp. 594-658.

LANGNER, A. 1959. *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Bonn: H. Bouvier.

LUHMANN, N. 1981. "Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive", en EL MISMO, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 419-450.

LUTHARDT, W. 1983. "Unrechtsstaat oder Doppelstaat? Kritisch-theoretische Reflexionen über die Struktur des Nationalsozialismus aus der Sicht demokratischer Sozialisten" en *ARSP* Bhf. 18 (*Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*), pp. 197-209.

LYONS, D. 1986. *Etica y Derecho*, Barcelona: Ariel, trad. M. Serra.

MAJER, D. 1987. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*, Stuttgart, etc.: Kohlhammer.

MAUS, I. 1983. "Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus", en *ARSP* Bhf. 18 (*Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*), pp. 176-196.

-: 1986a. "Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats", en EL MISMO, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München: Fink, pp. 11-82.

-: 1986b. "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", en *Rechtstheorie* 20, pp. 191-210.

MEINCK, J. 1978. *Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus*, Frankfurt M./New York: Campus.

MEYER-HESEMANN, W. 1985. "Legalität und Revolution. Zur juristischen Verklärung der nationalsozialistischen Machtergreifung als 'legale Revolution'", en P. SALJE (Hrsg.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster: Regensberg & Biermann, pp. 110-136.

MÜLLER, I. 1979. "Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht. Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre", en *Leviathan*, 7, pp. 308-338.

-: 1989. *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München: Knaur.

NICHOLSON, P. P. 1973-74 "The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics", en *Ethics* 84, pp. 307-331.

OST, F./ VAN DE KERCHOVE, M. 1988. *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris: Presses Universitaires de France.

- OTT, W. 1976. *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage einer juristischen Pragmatismus*, Berlín: Duncker & Humblot.
- OTTE, G. 1979. "Was darf man vom Naturrecht erwarten?", en NEMBACH, Ulrich (Hrsg.), *Begründungen des Rechts*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, pp. 9-21.
- PÉREZ LUÑO, A. E. 1991. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.
- RADBRUCH, G. 1973a. *Rechtsphilosophie*, ed. de E. Wolf y H-P. Schneider, Stuttgart: Koehler, 8ª ed.
- : 1973b. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", recogido en RADBRUCH 1973a, pp. 339-350.
- Restoration im Recht*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988.
- REVERMANN, K. 1959. *Die stufenweise Durchbrechung des Verfassungssystems der Weimarer Republik in den Jahren 1930 bis 1933*, Münster: Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung.
- REYNOLDS, N. B. 1989. "Grounding the Rule of Law", en *Ratio Iuris* 2, pp. 1-16.
- RIDDER, H. 1983. "Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates", en Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), *Der Unrechts-Staat. Recht und Justiz im Dritten Reich*, Baden-Baden: Nomos, 2ª ed.
- ROSENBAUM, W. 1972. *Naturrecht und positives Recht*. Neuwied/Darmstadt: Luchterhand.
- ROTTLEUTHNER, H. 1983. "Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus", en *ARSP* Bhf. 18 (*Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*), pp. 20-35.
- : 1983b. "Leviathan oder Behemoth? Zur Hobbes-Rezeption im Nationalsozialismus -und ihrer Neuauflage", en *ARSP* 69, pp. 247-265.
- : 1987. "Rechtspositivismus und Nationalsozialismus", en *Demokratie und Recht*, 15, pp. 373-393.
- : 1989. "Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie im Nationalsozialismus", en R. DREIER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 295-322.
- RÜCKERL, A. 1984. *Ns-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, Heidelberg: C. F. Müller, 2ª ed.
- RÜPING, H. 1985. "Streng, aber gerecht. Schutz der Staatssicherheit durch den Volksgerichtshof", en *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, pp. 983-994.
- RÜTHERS, B. 1973 (1ª ed., Tübingen, 1968) *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt M.: Athenäum.
- : 1987. *Wir denken die Rechtsbegriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, Zürich: Interfrom.
- SCHEFOLD, D. 1984. "Kontinuitäten in der Staatsrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts", en *Justiz und Nationalsozialismus. Kein Thema für deutsche*

Richter? Fachkonferenz des Gustav Stresemann-Institut im Jahr 1983 - Tagungsdokumentation. Bergisch Glasbach, pp. 64-82.

SCHELAUSKE, H. D. 1968. *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Ueberblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Köln: Bachem.

SCHILD, W., "Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens", en *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983 pp. 437-454.

SCHNEIDER, H. 1961. *Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933*, Bonn: Bundeszentrale für Heimatdienst, 2ª ed.

SCHROEDER, F-Chr. 1988. "Der Umgang mit dem Umgang der Justiz nach 1945 mit ihrer eigenen Vergangenheit", en *Rechtshistorisches Journal*, 7, pp. 389-392.

SCHULTE, M. 1985. "Die Gesetzgebung im NS-Staat", en *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 331-335.

SIMON, D. 1985. "Waren die NS-Richter 'unabhängige Richter' im Sinne des 1 GVG?", en *Rechtshistorisches Journal*, 4, pp. 102-116.

SOPER, Ph. 1986. "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", en *Social Philosophy & Policy* 4, pp. 31-48.

SPENDEL, G. 1984. *Rechtsbugung durch Rechtsprechung. Sechs strafrechtliche Studien*, Berlin/New York: Walter de Gruyter.

-: 1985. "Unrechtsurteile der NS-Zeit", en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Berlín: Duncker & Humblot, pp. 179-198.

STAFF, I. (Hrsg). 1978. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. Frankfurt M.: Fischer Taschenbuch, 2ª ed.

TOPITSCH, E. 1963. "Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik", en *Juristenzeitung* pp. 1-7.

VEDEL, G. 1990. "Indéfinissable mais présent", en *Droits* 11, pp. 67-71.

WALTHER, M. 1989. "Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im 'Dritten Reich' wehrlos gemacht?", en R. DREIER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 323-354.

WEINRIB, E. J. 1988. "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", en *The Yale Law Journal* 97, pp. 949-1016.

WELZEL, H. 1962 "Naturrecht und Rechtspositivismus", en W. MAIHOFER (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 322-338.

WESEL, U. 1983. "Denn sie wussten nicht, was sie tun. Die innere Mechanik des Rechts bei der Arbeit von Juristen und ihrem Versagen im Dritten Reich", en *Vorgänge* 64-65, pp. 134-154.

Un orteguiano en la corte de la escolástica:
Salvador Lissarrague Novoa

Por BENJAMIN RIVAYA GARCIA
León

Sabido es que la historia devora a sus habitantes, como que esta trágica avidez es la que da de comer (dota de contenido, quiero decir) a la otra historia. En la filosofía del derecho, claro, pasa lo mismo. Pues bien,

Casi veinticinco años es tiempo más que suficiente para intentar paliar ignorancias y descuidos, aunque prescritos, imperdonables; pues me consta que hay, en las generaciones jóvenes, quien no le conoce, quien piensa que nada escribió y quien lo encerró hace ya tiempo en el baúl de los olvidos, donde reposan los restos de los autores llamados de "segunda fila".

Con la poca legitimidad académica que otorga el ser primerizo en las lides del pensamiento, me acogeré a la (más que dudosa) sentimental de ser hijo de quien fuera alumno suyo allá en la posguerra ovetense. Pertrechado de tal guisa, no otra cosa es esto, ni otro valor tiene que el que corresponde a una

Nota necrológica tardía

I. Los primeros pasos

Salvador Lissarrague Novoa nace -como él diría- en una ciudad y un tiempo concretos: una ciudad de Europa y de España, alejada del centro madrileño y enclavada en la Galicia casi feudal de comienzos de siglo, una ciudad universitaria, Santiago de Compostela; y en un determinado momento, el 25 de enero de 1910, poco después de la pérdida de las colonias y poco antes de que el general Primo de Rivera tomara las riendas

del país, a consecuencia de la crisis monárquico-alfonsina; poco antes, también, de la gran guerra.

De familia conservadora -hijo de militar y con antecedentes universitarios por parte de madre- de seguro recibió una educación esmerada que influiría en sus posteriores preocupaciones por el hombre y la sociedad, la patria y la religión o el derecho y el poder.

En 1927 se matricula en la Facultad de Derecho de la Universidad gallega, donde recibirá las primeras influencias inmediatas que conformarán sus pasiones intelectuales y que le harán optar más tarde por la carrera académica. La impresión que le causa el joven Recaséns, recién llegado de Viena¹, es honda, sumergiéndole en el clima de la filosofía continental más moderna² que, junto a la que el año siguiente le proporciona Carlos Ruiz del Castillo³, constituirá los cimientos de su pensamiento.

1. Castro Cid, B. de, *La filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*, Universidad de Salamanca, 1974, págs. 19-54.

2. *Primer ejercicio de las oposiciones a la cátedra de filosofía social de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid*, de S. Lissarrague Novoa, sin publicar, (1955), págs. 5 y 6 del original: "(...) casi mediado nuestro primer curso, llegó a la Facultad un profesor de Derecho Natural, recién votado catedrático, que en el primer día de clase nos presentó, de golpe y como en cascada, la perspectiva de toda la Filosofía contemporánea, la pura... Y la del Derecho. Es fácil imaginar lo que significó para quien tan sólo conocía obras como la estimable *Filosofía Elemental* de Balmes por los estudios de Bachillerato, el encuentro inesperado con ese caudal vivo de ideas concentrado en los nombres de Husserl, Max Scheller, Guardini, el P. Pryvara... Y, como si se tratara de un acontecimiento con fecha fija y con la misma contundencia con que suponemos que se habría anunciado años antes el fin de la guerra europea, se nos informó de que, gracias principalmente a Husserl y a su fenomenología, el positivismo y el neokantismo habían sido definitivamente vencidos. ¡Qué error creer que la pedagogía sólo puede operar de un modo paulatino! Animados por la cordialidad del joven maestro, recién llegado de Alemania, al terminar aquella su primera clase nos precipitamos a pedirle aclaraciones. Yo le pregunté en qué venían a consistir esos fenómenos del pensar que, con tanta fortuna, Husserl había de golpe aniquilado. Nos habló del positivismo, del neokantismo y de la fenomenología... Y nos habló de muchas cosas más: de Ortega, de dos pensadores católicos españoles, llamados Zaragüeta y Zubiri, que estaban renovando la filosofía tradicional en nuestra patria. Y nos habló del problema de España y de la generación del 98... Vaya desde aquí, a la distancia de los años y de los acontecimientos, mi recuerdo emocionado a la persona de D. Luis Recaséns y a aquel primer diálogo nuestro casi inverosímil".

3. Sobre el catedrático de Derecho Político, véase la obra de varios autores, *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1985, donde se encuentran todos sus datos biográficos y bibliográficos. Lo que más interesa resaltar es que se trata del primer traductor de Maurice Hauriou, de quien era discípulo: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Editorial Reus S.A., 1927. Para una historia de la traducción iusfilosófica en España, donde se contiene ese dato, el "Estudio Preliminar" del Gil Cremades J.J., en el libro de K. Engisch, por él traducido, *La idea de concreción en el Derecho y la Ciencia jurídica actuales*, Pamplona, EUNSA, 1968, págs. 12 y 13.

Con el bagaje intelectual que sus dos maestros le otorgaron, en un panorama en el que confluyen Scheller, Kelsen, Hauriou o Stammler, Ortega, Zubiri o Zaragüeta, cursa la carrera en tres años, a caballo entre la Universidad de Santiago y la de Madrid⁴, y, al fin, se traslada definitivamente a la capital, de donde sería catedrático el que toda su vida lo consideró discípulo predilecto⁵. Allí entrará en contacto no sólo con los filósofos españoles citados, también con Morente, Gaos y d'Ors. Allí decide profundizar, antes de seguir profesionalmente a Recaséns, y por espacio de tres años, en la filosofía pura y así dar el salto luego a la aplicada.

Es fácil imaginar lo que aquellos años supusieron en la vida del joven y entusiasta Lissarrague, no sólo por el estudio teórico que desarrolla (el pensamiento griego, Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, Descartes, Fichte, Husserl, Bergson o Heidegger, nos dice) sino por el contacto íntimo y continuado, más allá de los cursos que impartían, a los que asistía con asiduidad⁶, con los grandes maestros que estaban renovando el ambiente filosófico español.

No es seguro, pero parece que en los primeros momentos de aquella República daría muestras de sus inquietudes políticas⁷. De lo que no cabe duda es de su absoluta dedicación intelectual: el mismo Ortega le pide que desarrolle la temática de la realidad social en Hauriou (que junto con las enseñanzas de Ruiz del Castillo constituirá el germen de su futura tesis doctoral), para exponerlo posteriormente en una de aquellas frecuentes reuniones de pensadores. Además, comienza a publicar. Todo es sintomático: un brillante y esclarecedor artículo sobre Ortega, que enseña los presupuestos básicos de la obra de su maestro, y la crítica del libro de David Loth

4. El expediente académico de Lissarrague demuestra que se trata de un estudiante brillante que habitualmente obtiene sobresaliente. Matrícula de Honor le daría Recaséns en el "Curso de Derecho Natural".

5. Véase de Recaséns Siches, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, primer tomo, Ed. Porrúa S.A., México, 1963, págs. 344-347; también, del mismo autor, "Desenvolvimiento de la filosofía jurídica en España durante los últimos 50 años", en *Cuadernos para el Diálogo*, nº 8, mayo de 1964 págs. 12 y 13. Asimismo, en el libro de F. Puy, *La Filosofía del derecho en la Universidad de Santiago (1807-1975)*, Santiago, Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, nº 13, Imprenta Paredes, 1975, pág. 66.

6. Julián Marías, *Una vida presente. Memorias 1*, Madrid, Alianza Editorial, 1988-1989, págs. 179-180: "(...) asistía a cursos y seminarios Salvador Lissarrague, gallego, ayudante de Recaséns en Derecho, ingenuo y buenísima persona, algo mayor que nosotros, devotísimo de Ortega".

7. Marcelo Catalá, "Salvador Lissarrague desde la Escuela Social", en la *Revista de Trabajo*, nº 4, 1967, en homenaje a Salvador Lissarrague, pág. 40. Sobre el Frente Español y la importancia de otro orteguiano en su constitución, Alfonso García Valdecasas, véase de S.G. Payne, *Falange. Historia del Fascismo español*, Madrid, Sarpe, 1985, pág. 47.

sobre Felipe II, en la que nos muestra una afición, que nunca abandonará, por la historia; y en una revista donde se estaban dando cita los católicos más avanzados de la época, como Malraux, Maritain o Mounier, del lado francés, o Marías, Mendizábal o Bergamín, del español⁸.

Poco tiempo le quedaba a la República cuando acompaña a Heller en sus últimos días⁹ y se incorpora, en calidad de ayudante, junto con Manuel García Pelayo, a la cátedra de Recaséns.

Dedicado a la Universidad, la rebelión lo encuentra en Madrid. Si bien es casi seguro que su opción por los sublevados está decidida desde un principio (su padre es muerto a manos de los republicanos), no lo es tanto si ya militaba en las filas de F.E. de las J.O.N.S., aunque tuvo que haber anteriores contactos con los fundadores. En cualquier caso vivió el alto riesgo del Madrid republicano: “(...) después de correr checas y cárceles, en el Madrid combatiente de la guerra, llega a ser, con el también fallecido Antonio Luna, la máxima representación de las fuerzas clandestinas de la Falange en la zona roja”¹⁰, desempeñando un papel importante en aquella retaguardia¹¹.

II. La elaboración ideológica y la filosófica de la posguerra

8. Se trata, claro está, de *Cruz y Raya*, publicación que, aun de corta vida, tiene una importancia enorme en la historia del pensamiento español del siglo XX. Véase de R. Benítez Claros, *Cruz y Raya (Madrid, 1933-1936)*, Madrid, Instituto "Nicolás Antonio" del CSIC, 1947, donde se recogen todos los autores y títulos, número y fecha de la revista en que se publica cada colaboración. También, de J. Becarud, *Cruz y Raya 1933-1936*, Madrid, Taurus, 1969, y del mismo autor, junto con E. López Campillo, *Los intelectuales españoles durante la segunda República*, Madrid, Siglo XXI, 1978; así como el "Prólogo" y selección que J. Bergamín hace en *Cruz y Raya. Antología*, Turner, 1974.

9. Es interesante comprobar el contacto personal que tuvieron varios filósofos del derecho españoles con el expatriado alemán: Gómez Arboleya, Recaséns, Galán, Truyol y Lissarrague, entre otros.

10. Marcelo Catalá, "Salvador Lissarrague desde la Escuela Social", op. cit., pág. 40.

11. Es el mismo Lissarrague el que nos lo cuenta, en el *Primer ejercicio...*, op. cit., pág. 13 del original: "el haber cumplido durante la guerra, en Madrid, en unión, entre otros, de profesores ilustres de esta Universidad, una misión que Dios coronó con la fortuna, me llevó en 1939 a situaciones en evidente desequilibrio con mi edad, nombre y prestigio". En Madrid durante toda la contienda, salvo cuando es trasladado a Alicante en una de sus detenciones, colaboró en la reorganización de la Falange y en el SIMP, servicio de información en el que también se integraban Julio Palacios y Antonio de Luna.

Perteneciente a la intelectualidad de la Falange posbélica, debiera ser encuadrado Lissarrague en el ala más abierta del régimen, lo que se ha dado en llamar "falangismo liberal". Los elementos liberales de su formación no serían por sí solos suficientes para demostrarlo, pero existen algunos testimonios personales que prueban su talante crítico¹², lo que, junto a su conexión con *Escorial* y al contacto con el exilio¹³, deja constancia de ese encuadramiento, al margen de lo que pudiera concluirse de un análisis minucioso de su obra. En cualquier caso, el franquismo necesitaba hombres valiosos, adeptos al régimen, que colaboraran en su "institucionalización", y Lissarrague fue uno de ellos. Desde el Ateneo, la Delegación Provincial de Educación o el Servicio de Estudios y Publicaciones del Ministerio de Trabajo, impulsó proyectos de relieve.

En 1942, además de ingresar por oposición en el Cuerpo de Delegados de Trabajo (luego, Inspección de Trabajo), decide volver a la labor intelectual, aun cuando nunca la hubiera abandonado del todo, pues el año anterior publica distintos artículos y dirige e imparte las clases de algún curso del Instituto de Estudios Políticos¹⁴. Pero la decisión de retornar a los libros se traduce en su reingreso en la Universidad de Madrid, lo que hace como profesor auxiliar de José Gascón y Marín, encargándose al poco de la cátedra de "Estudios Superiores de Ciencia Política", hasta que la ocupe su antiguo maestro, Carlos Ruiz del Castillo.

Nótese, porque es importante en su evolución, como se encuentra Salvador Lissarrague entre varias corrientes que se entrecruzan: una iusfilosófica (representada por Recaséns) y otra iuspublicista (por Ruiz del

12. Julián Marías, *Una vida presente. Memorias I*, op. cit., pág. 276.

"(...) lo que le sucedió a Salvador Lisarrague; su padre, militar, había sido asesinado; mis denunciantes lo encontraron y le preguntaron: "¿Conoces la actuación de Marías durante la guerra?". Dijo que sí, y lo citaron como testigo. Tenía, por su relación con Falange y la muerte de su padre, prestigio político; el juez lo recibió y lo escuchó. Hizo los más fervientes elogios de mí. El capitán jurídico se iba poniendo nervioso; al fin, no pudo más y le preguntó: "¿Usted sabe que ha sido citado como testigo de cargo?". Lisarrague contestó: "Yo creía que había sido citado para decir la verdad". El juez se quedó sorprendido, y empezó a preguntarle, si era cierto lo que decía, a qué respondían las encarnizadas denuncias. Lisarrague contestó concisamente: "Envidia" (...)"

13. Lissarrague mantuvo contacto con Ortega y, seguramente, con Recaséns. Véase la obra citada de Julián Marías, págs. 348 y 349.

14. Lissarrague, dentro de la sección de ciencias políticas, imparte el monográfico de "Historia de las doctrinas políticas", en los Cursos que se inician en 1941. En la misma sección también trabajan García Valdecasas, Jordana de Pozas, Díez del Corral, Ollero, García Gallo o Beneyto; al margen de Areilza, Castiella o Luna, en otras. Véase el Programa de los "Cursos de Estudios Políticos", Instituto de Estudios Políticos, año primero, Madrid, 1941.

Castillo); una orteguiana (“devotísimo de Ortega”) y otra católica (católico sincero); una liberal (¡cuántos de los suyos se fueron al exilio!) y otra autoritaria (integrado en el proyecto político del Nuevo Estado). No es de recibo, sin embargo, identificar unas y otras corrientes entre sí, formando dos bloques antagónicos: ni todo lo iusfilosófico era orteguiano, ni todo lo orteguiano liberal, ni todo lo católico reaccionario. Eso sí, su pensamiento siguió, en esencia, al de Ortega, tratando a toda costa que el nuevo sistema político tolerara a quien él tanto admiraba, y coadyuvando a un tiempo a la sustentación del régimen; pero también trató, es cierto, de asumir críticamente las fuentes de la filosofía escolástica y de la “filosofía cristiana” en general.

La incidencia del orteguismo en aquellos primeros años, tras la guerra, tiene enorme interés. El filósofo había sido el mayor revulsivo cultural de los últimos tiempos, lo que producía cierta admiración y respeto entre lo menos ultramontano del régimen. A la vez, se trataba de una personalidad que se había significado en la causa republicana, optado por el exilio, aunque fuera al comienzo de la contienda, y alejado del estado de cosas que se imponía; a más, su sistema de pensamiento se enfrentaba, en esenciales aspectos, con una filosofía intransigente que, desde el comienzo, se oficializó. Frente al entusiasmo de algunos jóvenes falangistas, como Lissarrague, se le anatematizó por los (por entonces abundantes) defensores a ultranza de la ortodoxia. Lo que se llamó “pensamiento español”, en su vertiente más simplificada (que también hubo estudios de elevada altura intelectual), se enfrentó a un raciovitalismo demasiado europeo, elaborado por un pensador “del otro bando”¹⁵.

En los primeros cuarenta se extendió una campaña anti-Ortega¹⁶, sobre todo, desde sectores del clero, frente a la que reaccionará con valor e ironía el que se reconocía su discípulo: quienes han seguido su producción -dirá- “se van dando cuenta de las verdaderas dimensiones y auténtico sentido del mismo ante las muestras palpables -con el intelecto, desde luego- de la fase más reciente de la producción de Ortega, madura de precisiones filosóficas. Por mucho que nos ilusionemos en empeñarnos en lo contrario, nuestra generación despertó bajo el signo de Ortega y Gasset -según justa expresión de José Antonio-, y desde entonces nada ha acontecido, por fortuna, a la vez que por desgracia, que nos permita asistir a la clausura de la vigencia intelectual del ilustre escritor” (1943, 12, pág. 431). De nuestra asignatura

15. Es muy representativo el libro de Iriarte J., *Ortega y Gasset. Su persona y su doctrina*, Madrid, Razón y Fe, 1942.

16. Julián Marías, *Una vida presente. Memorias I*, op. cit., págs. 288-291.

Lisarrague fue el más orteguiano, seguido de Legaz, menos militante en su defensa; aun cuando otros lo reconocieran y respetaran, aunque no le siguieran, como Ruiz-Giménez y Galán y Gutiérrez, por ejemplo. Pero también tuvo sus acérrimos detractores¹⁷.

Cuestión unida a la anterior es la de la elaboración ideológica de nuestro autor, pues precisamente su posicionamiento doctrinal trae consigo una fundamentación del franquismo diversa a la que desde otros ámbitos se estaba llevando a cabo. Destáquese la evolución, paralela a la de la guerra mundial, que culmina en la negación del totalitarismo (1945, 20). Pero ni que decir tiene que su concepción de España, el Estado o el destino¹⁸ (1941, 7, pág. 22 / 1943, 11, págs. 172-173 / 1944, 16, pág. 403 / 1945, 22, págs. 63, 64, 69, 130-134 y 168) poco tenían que ver con la mayoritaria. Especial interés presenta su teoría de la historia¹⁹ (1943, 12) y, dentro de ésta, la de la sociedad, el poder y el derecho. Así, de nuevo en Lisarrague, como en otros de sus colegas, se observan imbricados al filósofo y al ideólogo. Me detendré, por ser aquí donde hubiera posido separarse perfectamente al uno del otro, en su institucionalismo.

La teoría de la institución que desarrolla el discípulo de Ortega es la de Hariou²⁰, si bien recibida de las manos de Ruiz del Castillo y conformada por el pensamiento del mismo Ortega y de Recaséns, lo que no obsta para que se entremezcle con factores políticos evidentes. No se trata de que la teoría institucional, en una de sus vertientes, fuera la ideología del franquismo; aunque, sospechosamente, eso sí, se utilizara el mismo término para designar la meta perseguida por el sistema nacido del 18 de julio²¹ y una corriente filosófica con gran predicamento en aquel entonces. Se buscaba

17. Quien mejor representa a este sector es, sin duda, Elías de Tejada. Al margen de referencias en sus primeras obras, sistematiza las críticas en "Ortega y Gasset ante la filosofía del derecho", en el libro de varios autores, *Homenaje al profesor Giménez Fernández*, vol. I, Sevilla, Facultad de Derecho, 1967, págs. 373-389, y en "El concepto de Derecho en José Ortega y Gasset", en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1966, págs. 37-52. No deja de ser extraña, sin embargo, crítica tan radical al lado de su respetuosa consideración por Recaséns.

18. Mantiene Lisarrague una concepción "constructivista" de la Nación y del Estado, negadora de la identificación, tan frecuente en aquellos años, entre Hispanidad y Catolicidad.

19. Hoy valdría de respuesta a la polémica tesis de F. Fukuyama: "¿El fin de la historia?", en *Claves de la Razón Práctica*, nº 1, págs. 85-96.

20. Eso no quiere decir que se ahorre Lisarrague críticas a Hariou; al contrario, fundadas además en el positivismo durkheimiano o en el raciovitalismo español: 1941, 3, pág. 31 / 1941, 5, págs. 248, 249 y 252. Aunque, al fin, el juicio sea favorable: 1941, 5, pág. 253 / 1944, 19, págs. 107 ss.

21. Por ejemplo, aunque algo más tarde, José Luis Arrese, *Hacia una meta institucional*, Madrid, Ediciones del Movimiento, 1956.

una concepción institucional del derecho, del poder político y la sociedad, a la vez que la institucionalización del nuevo proyecto político.

Que los estudios de Hauriou, desarrollados por Renard y otros, no tenían como objetivo -¡claro está!- la pervivencia del Estado de Franco es tan evidente que no necesita siquiera decirse que ya en tiempos republicanos Corts Grau introdujo a Renard²², o que hubo antifranquistas, en mayor y menor grado, seguidores de las tesis de la institución, o que el mismo Lissarrague ya era buen conocedor de Hauriou antes de la guerra. Defender lo contrario no es de recibo, desde ningún punto de vista. Ahora bien, sí hubo una manipulación de tales teorías que, aunque sólo fuera en su vertiente estética y terminológica, expuestas en una retórica muy de aquellos años (recuérdese la consigna de "familia, municipio y sindicato", tan extendida), buscaba otorgar legitimidad a una España que en breve sufriría la deslegitimación internacional (1942, 8). El mando se explicaba institucionalmente, la participación del pueblo en el Estado también, así como el mismo ordenamiento jurídico, la limitación del poder o la organización de la sociedad española y la organización política (1942, 8, págs. 669 y 670, 820, 821 y 824). Ya está referida, por otra parte, la ideología laboral que segrega el institucionalismo lissarraguiano²³. El término "institución" se convirtió en tópico utilizando por filósofos, políticos, religiosos y el mismo legislador, pero ¿con qué finalidad?

El institucionalismo era perfectamente funcionalizable en semejante coyuntura: a) por un lado, se trataba de lograr una realidad armónica, frente al caos y a los enfrentamientos habidos en momentos no muy lejanos de la historia española, siendo entonces atractiva una construcción teórica que superase el individualismo liberal y que concibiese a los grupos sociales no como "meros conjuntos de individuos, sino modos de la vida común de éstos, en cuanto están encauzados en su actividad, conjunto por una idea o finalidad que engloba unitariamente sus actos" (1944, 16, p. 400); b) por otro, se lograba de esta forma, sobre todo en el problemático mundo laboral, una base doctrinal que pudiera distorsionarse a favor de quien tanto lo necesitaba, presentando la solidaridad como principio rector de las relaciones sociales frente a cualquier visión de éstas como enfrentamiento entre individuos, sectores o clases; c) además, había cierta originalidad frente a las elaboraciones corporativistas de corte fascista, de las que había que

22. Corts Grau, J., "Georges Renard y su doctrina de la institución", en la *Revista de Derecho Público*, nº28, 1934, págs. 97-108.

23. A.V. Sempere Navarro, *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo (La doctrina nacionalsindicalista de la "relación de trabajo" y sus bases ideológicas)*, Madrid, Akal/Universitaria, 1982, págs. 71, 152 y 163.

distanciarse (1942, 8, págs. 672, 822, 823 y 824)²⁴, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter confesional del Estado Español, que determinará, en gran medida, el pensamiento de estos y los siguientes años²⁵, y las malas relaciones de la Santa Sede con las potencias del Eje, especialmente con el hitlerismo, lo que ocasionaría más de un quebradero de cabeza a las autoridades políticas españolas de aquel tiempo, y d) por fin, el contenido que se le diera a la institución en general, o a una u otra concreta institución, quedaba en manos del autor que utilizara dicha terminología, pues se trataba de un *topos* muy manejado, pero del que no estaba claro cuál era el significado que tuviera (1944, 16, pág. 401)²⁶, aunque habían transcurrido bastantes años desde que se formularan las primeras construcciones. Si a esto se añade que el institucionalismo que se estudiaba era el francés, mucho más escolástico que el italiano, se lograba un lenguaje que presentaba como nuevo aquello que tenía siglos de vida, ya que lo nuevo no era otra cosa que “una vigorosa actualización de lo antiguo, de lo que significaron aquellas construcciones gloriosas que desde el siglo XII hasta el XVIII cooperaron con la Corona a la edificación y engrandecimiento de la Nación española” (1942, 8, pág. 825).

Porque es cierto que tampoco Lissarrague se libró de los vientos escolásticos que soplaban y, aunque no se le pueda llamar de tal forma, sí trató de conjugar su forma de entender el derecho y la realidad social con la que podríamos llamar “oficial”.

Pero volviendo a lo anterior, la elaboración ideológica, mediata e inmediata, del primer Lissarrague oculta, tras un pretendido Estado integrador en el que participarían todos los españoles (1944, 19, pág. 140 / 1945, 21, pág. 321), la realidad de la España de aquellos años, y si bien lo hace desde postulados de corte aristocrático, como le correspondía a un falangista orteguiano (1942, 8, págs. 669 y 670 / 1943, 13, pág. 520), a veces antidemocráticos (1942, 8, págs. 822-825 / 1943, 9, págs. 291-293 /

24. El hecho de que se delimite al nuevo sistema político frente a los de estos países y no frente a los de los aliados, con los que no se quería tener nada en común, ya nos dice de las analogías existentes. Al fin y al cabo, con unos no había nada que comparar, pues se trataba de Estados liberales o socialistas, precisamente aquellos frente a los que el franquismo cobraba una identidad propia, pero sí con los otros, con los que se compartían, en aquellos primeros años, no pocos caracteres.

25. Con respecto a la filosofía del derecho, esta lectura hace J. J. Gil Cremades, en “Filosofía del derecho en España (1960-1985)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 25, 1985, pág. 231.

26. En el mismo sentido, J. Corts Grau, “Georges Renard y su teoría de la institución”, op. cit., pág. 102; y J. Ruiz-Giménez Cortés, *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, págs. 365 y 366.

1945, 22, págs. 279-291), siempre marcó distancias (menos, en los primeros tiempos) de los regímenes nazi y fascista y su pensamiento, lo que no le priva de -en ocasiones- un tono totalitario (1942, 8, pág. 821) que pronto rechazará (p.e. 1943, 14, págs. 136-137).

Pero en estos primeros años de la posguerra su actividad es incesante: elabora la tesis doctoral, profundiza en los clásicos, se adentra en los problemas teológicos y religiosos (lo que demuestra bien en su "Prólogo" al *Lutero*, de Brentano) y analiza con detenimiento la filosofía moderna y la sociología general, que ya no abandonará. Además, como miembro del Instituto de Estudios Políticos, forma parte de la comisión, junto con otros filósofos del derecho (al menos, Galán y Gutiérrez y Ruiz-Giménez), que se encargará de redactar el texto que se convertirá en el *Fuero de los españoles*.

Antes de publicarse su estudio en torno a Hariou, su producción ve la luz en la *Revista de Trabajo* y la *Revista de Estudios Políticos*. Ambas publicaciones aparecen al poco de concluida la guerra civil, siendo fácil observar la evolución del régimen, en estos años, en sus páginas: la ideologización del discurso irá dulcificándose con el paso del tiempo. La primera de las revistas citadas, la primera en aparecer, surge de la "preocupación" y el "miedo" que al franquismo le producía, por motivos evidentes, el mundo del trabajo, donde con más facilidad que en otros podrían incrustarse elementos subversivos, y el tono va de la apología "azul" del inicio a la tecnificación, como correspondía a una revista de trabajo²⁷. Repárese en quiénes son los representantes iusfilosóficos en sus páginas: Legaz y Lissarrague. En cuanto a la *Revista de Estudios Políticos*, habría varias maneras de analizarla en sus comienzos, baste constatar la bibliografía que se cita en los primeros números (fundamentalmente española, alemana e italiana) y la que se cita hacia 1945 (inglesa y norteamericana, sobre todo)²⁸. En ésta, la filosofía del derecho se ve representada por Corts Grau, Gómez Arboleya, Antonio de Luna (si bien ya en "Internacional Público", nunca dejó de interesarse por las cuestiones de

27. A.V. Sempere Navarro, *Naconalsindicalismo y relación de trabajo*, cit., pág. 144.

28. J.A. Portero, "La Revista de Estudios Políticos (1941-1945)", en el libro colectivo dirigido por M. Ramírez Jiménez, *Las fuentes ideológicas de un régimen (España 1939-1975)*, Zaragoza, ed. Libros Políticos, 1978, págs. 29 y ss. Elías Díaz, *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, Madrid, Ed., Tecnos, 1983, págs. 28 y ss. J.C. Mainer, "Introducción" a *Falange y literatura. Antología*, Barcelona, Labor, 1971, págs. 58-60.

fundamentación) y Lissarrague. Sin embargo, también aparecerán en *Escorial*²⁹, por ser ésta la revista más adecuada, algunos artículos.

En 1944, el Instituto de Estudios Políticos, que también funcionaba como editorial, publica la que le valdrá insultantes críticas³⁰, su tesis doctoral, bajo el título *El poder político y la sociedad*; pero ese mismo año obtiene la cátedra de filosofía del derecho en unas conocidas oposiciones, junto con Galán y Ruiz-Giménez.

Integrante de una de las familias del franquismo, y esto es fundamental para comprender su pensamiento de posguerra y su acceso a la cátedra³¹, pero con presupuestos filosóficos diversos a los mayoritariamente asumidos, la figura de Salvador Lissarrague, en aquel tiempo (frente y al lado de la de Legaz, con el que comparte no pocos planteamientos), es la de "un orteguiano en la corte de la escolástica" pretendidamente ortodoxa.

La situación de Lissarrague no fue cómoda. Sabemos que militó en Falange, que admiraba fervientemente a Ortega, y que la Falange bebió de la fuente del filósofo³², pero también que las cátedras de la asignatura

29. Manuel Contreras, "Ideología y cultura: la revista *Escorial* (1940-1950)", en el libro cit. *Las fuentes ideológicas de un régimen (España, 1939-1975)*. Elías Díaz, *Pensamiento español en la era de Franco 1939-1975*, cit., págs. 26 y ss. J.C. Mainer, "Introducción" a *Falange y literatura. Antología*, cit., págs. 52-55.

30. Véase el tono que utiliza A. Perpiñá Rodríguez para recensionar el primer libro de Lissarrague, en la *Revista Internacional de Sociología*, abril-junio, 1945, nº 10, págs. 547-550. La reacción (no frente a esa crítica, sino frente al reproche general que sufre Lissarrague) es de Legaz, en la conferencia que pronuncia en Coimbra en 1945, "Situación presente de la filosofía jurídica en España", en *Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, BOSCH, 1947, págs. 366 y 367; también en la "recensión de S. Lissarrague Novoa: *Introducción a los temas centrales de la filosofía del derecho*", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 37 y 38, enero-febrero y marzo-abril, 1948, pág. 317. Positivamente, defendía Legaz la inocencia de su amigo; negativamente, le indicaba que había ciertas fronteras que no debían ser traspasadas. En síntesis, que había una filosofía oficial y debía ser respetada.

31. Constatar el hecho de que Salvador Lissarrague perteneciera a los sectores falangistas y que ese sea un dato a tener en cuenta a la hora de estudiar su carrera académica, ni mucho menos debe interpretarse en perjuicio de su alta calidad intelectual, como bien demostró a lo largo de tres décadas de trabajo. Sabido es, sin embargo, que en el *currículum* del opositor casi siempre eran hipervalorados, en aquellos años, los "méritos patrióticos" y, en honor a la verdad, este dato no debe ocultarse. También ha de tenerse en cuenta que alguno de los miembros del tribunal ya había anatematizado públicamente a Ortega, cuando todos conocían que Lissarrague era su discípulo.

32. Tanto Primo de Rivera como Ramos y Redondo frecuentaban los círculos orteguianos en el Madrid anterior a la guerra. José Antonio, en concreto, se refirió en varias ocasiones al filósofo: "Homenaje y reproche. La política y el intelectual" (en otros lugares aparece como "Homenaje y reproche a don José Ortega y Gasset"), págs. 745-749; "Juventudes a la

fueron dominadas por aquel sector que bien pudiéramos denominar, y más en estos años, "nacional-católico" y afines a éste, imponiendo un pensamiento clásico, en líneas generales, "un yusnaturalismo neoescolático, escolar y no polémico"³³, y si no véase cuál fue la organización político-religiosa dominante en el campo de la filosofía del derecho³⁴.

A mediados de 1945, ya como catedrático, se incorpora a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo y "revolucion" la asignatura con la cantidad de ideas que exponía en el tiempo de una clase³⁵. Sin embargo, sus ocupaciones fuera de Asturias le hacen viajar con frecuencia y, tras algunos cursos allí, regresa definitivamente a Madrid, como agregado en la nueva Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, de donde luego será catedrático.

intemperie", págs. 687-692; "Los intelectuales y la Dictadura", pág. 9; en *Textos de doctrina política*, Madrid, Delegación Nacional de la Sección Femenina del Movimiento, 1971.

33. J. Delgado Pinto, "Semblanza del Prof. D. Agustín de Asís Garrote", en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, págs. 347-348.

34. Se trata de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas. Cuando en 1945 se copan todas las cátedras de filosofía del derecho (Felipe González Vicén vuelve al año siguiente de Alemania), la asignatura, vista desde la perspectiva del cuerpo de catedráticos, queda completamente estabilizada y controlada. Tanto es así que hasta 1957 no habrá un nuevo catedrático de filosofía del derecho y derecho natural, Agustín de Asís Garrote. Del conjunto de catedráticos que ocupaban las plazas en 1945 casi la mitad pertenecen a la A.C.N. de P. Véase al respecto a R. Montoro Romero, *La Universidad en la España de Franco (1939-1970). (Un análisis sociológico)*, Madrid, C.I.S., 1981, págs. 187-192. También de A. Sáez Alba, *La Asociación Católica Nacional de Propagandistas*, Ruedo Ibérico, 1974, págs. 293 y ss.

35. Muy interesante el artículo periodístico que Julio Ruymal escribe, "La gabardina y el sombrero de Salvador Lissarrague", en *La Voz de Asturias* del 16 de marzo de 1967, con motivo del fallecimiento del que fuera catedrático en Oviedo: "Todos aquellos que en la Universidad ovetense cursaron la carrera de Leyes en los años de 1945 a 1950 recordarán todavía a don Salvador de Lissarrague, más bien bajo, nervioso, con aire distraído, siempre con el sombrero en la mano, como si el sombrero fuese una prenda de usar como un abanico y no para cubrir una testa que en el señor Lissarrague era algo más que una cabeza: era un volcán en ebullición, un alambique en el que se cocían las más extraordinarias teorías (...) tenía agudas y desconcertantes ideas propias, y a la hora de los exámenes en el Aula Magna (...) él exigía a sus alumnos ideas propias, y este es un detalle que ya dice mucho de su calidad de maestro (...) llegaba a las nueve menos diez en punto, entrando como una tromba en el patio, agitando el sombrero gris en la mano, con una cartera inmensa en la otra y arrastrando descuidadamente la gabardina, que tampoco se vestía nunca, como si también la gabardina hubiera sido hecha para ser llevada bajo el brazo (...) siempre inquieto, sin sentarse jamás, nos hablaba de Emmanuel Kant, de Hobbes, de Malebranche, de Federico Nietzsche y de Descartes. Convertía la aridez de la Filosofía del Derecho en una materia digerible para estudiantes aún medio dormidos, en una disciplina fantástica llena de sugerencias y de esas ideas propias que él quería ver reproducirse, como en una explosión en cadena, en la mente de sus discípulos. Fue uno de los maestros más inteligentes que hemos conocido, uno de los espíritus más inquietos y desconcertantes (...)".

III. La madurez

También durante estos años desempeña una labor incansable: publica en 1947 su libro sobre Vitoria, siguiendo la costumbre, muy de aquellos años, de especializarse en algún clásico; y en 1948 se pone a la venta la *Introducción a los temas centrales de la filosofía del derecho*, su obra cumbre, a mi juicio, y más claramente dedicada al fenómeno jurídico, siempre desde una perspectiva sociologista. Dejando a un lado los libros de contenido historiográfico y salvando las distancias, constituye esta *Introducción*, al lado de la otra de Legaz, uno de los hitos iusfilosóficos de la década de los cuarenta. A partir de entonces, poco a poco, se irá alejando de la filosofía del derecho.

Más debo avanzar aquí alguna noticia de su reflexión jurídica; sobre todo para comprender lo que mantengo, su peculiaridad en el marco iusfilosófico dominante. Sus premisas no son otras que la que afirma el origen social del derecho y la que defiende que es el Estado quien otorga a aquél su condición. Aunque participen otras instancias sociales en la creación de ese ordenamiento que también es, como otros, “-con expresión de Recaséns inspirada en Ortega- vida humana objetivada” que trata de conformar las vidas de los individuos y, por tanto, además, “activamente objetivamente” (1948, 26, pág. 65), siempre necesitará del respaldo estatal para lograr la seguridad que toda sociedad demanda (1948, 26, págs. 66 y 86). Así, el dato jurídico intrínseco es la coacción. Compárese con la “metafísica” visión mayoritaria.

Pudiera pensarse que no deja de ser la fuerza la que caracteriza también a las otras normas sociales, y es cierto. Pero la coacción jurídica lograba lo que no conseguían esas otras, una organización de la violencia a la que “-formalmente, se entiende-” no es posible sustraerse. Por eso el jurídico, frente a otros órdenes, “es esencialmente incluyente” (1948, 26, pág. 69), y por eso la coacción propia del derecho es “una constricción terminante, absoluta” (1941, 3, pág. 28), con la que el grupo político, el Estado, ampara a ciertas normas convirtiéndolas en jurídicas. Es -téngase en cuenta- el único grupo que podría hacerlo, pues ningún otro es titular de fuerza semejante (1944, 19, pág. 141).

No es de extrañar entonces (por estas y otras razones) que antes de dejar atrás la etapa iusfilosófica, aún tenga que sufrir, tras el reconocimiento y

defensa que Legaz hace de su persona y obra, la crítica de quien ya se alzaba con el control de la asignatura³⁶.

El tránsito que Lissarrague inicia a fines de los cuarenta, inicios de los cincuenta, es de esos caminos que transforman una existencia, al cambiar unos elementos vitales por otros nuevos: de ser catedrático de filosofía del derecho en provincias, regresa como auxiliar a Madrid, atraído irremediablemente por la sociología³⁷; de la explicación de lo preceptivo, acude ahora a explicar la realidad; de ser un "afecto" al régimen, comienza a distanciarse; de la vuelta de Ortega, a su fallecimiento.

Sólo dos datos. Primero: en 1953 se homenajea a Ortega, al cumplir setenta años, con unos cursos en los que participan algunos de los mejores intelectuales del país. Únicamente un filósofo del derecho, que pronto dejaría de serlo, acude, Salvador Lissarrague³⁸. Segundo: también en 1953 la revista *Alcalá* publica el libro *Homenaje a Xavier Zubiri* (1953, 34), donde otra vez participa gran parte de la "crema" intelectual hispana; son dos, en este caso, los filósofos del derecho que participan, y los dos dejarían de serlo en breve, Enrique Gómez Arboleya y, de nuevo, Salvador Lissarrague³⁹.

36. F. Elías de Tejada, "Panorama de la filosofía del derecho en la España actual", en la separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* titulada "La filosofía jurídica en la España actual", 1949, pág. 26.

37. Conscientemente utilicé el término "sociología", aun cuando haya quien no esté de acuerdo con tal uso, prefiriendo hablar de "filosofía social" o "teoría de la sociedad". Se trata, en cualquier caso, de un estudioso de la sociedad en perspectiva filosófica (punto de vista que, por principio, no se puede evitar), y a eso me refiero. Son, además, los propios sociólogos los que le llaman así, p.e. Amando de Miguel, *Sociología o subversión*, Barcelona, col. "Testigos de España", Plaza y Janés, 1974, pág. 43.

38. Julián Marías, *Una vida presente. Memorias 2*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, págs. 55-58. En el curso-homenaje a Ortega participaron Laín Entralgo, Emilio García Gómez, Antonio Tovar, la Condesa de Campo Alegre, Paulino Garagorri, Tomás R. Bachiller, Domingo Ortega, Guillermo Díaz-Plaja, García Valdecasas, Díez del Corral, Enrique Lafuente Ferrari, Miguel Cruz, Luis Rosales, Rodrigo Fernández Carbajal, Luis Calvo, Victoriano García Martí, Joaquín Gurruchaga, José Luis Arangueren, Salvador Lissarrague, Fernando Vela, Valentín Andrés Álvarez, Salvador Fernández Ramírez, Francisco Javier Sánchez Cantón y Julián Marías.

39. Ahora que aparecen juntos los nombres de Lissarrague y Arboleya no puedo dejar de referirme al enorme paralelismo que se da entre sus vidas. Ciertamente hay diferencias de relieve, precisamente las que marcan la distancia entre dos líneas vitales que nunca llegaron a coincidir, aun cuando se conocían lo suficiente y tenían muchos amigos comunes, como Zubiri, Luna o Truyol, por sólo citar a algunos. Por qué en un mismo momento histórico surgen dos personalidades con tantas coincidencias, y más en un desarrollo intelectual, es una pregunta para dar respuesta en un trabajo de investigación minuciosa.

En 1955 adquiere la cátedra de Filosofía Social, en dura pugna -según señalan los diarios de la época, sin nombrar al opositor- con Jesús Fueyo Álvarez, ya catedrático de Derecho Político en esa fecha. La nueva cátedra marcará la frontera, en el plano académico, de lo que fue su evolución en el plano doctrinal; pues, en el conjunto de su obra, *Las formas de convivencia y los conjuntos humanos* (1956) señala el final de una etapa, al margen de la indiscutible continuidad que existe entre ambas, y el comienzo de otra⁴¹.

A la vez que impulsa interesantes proyectos universitarios, continúa investigando, centrado ahora en cuestiones de teoría de la sociedad y microsociología. Pero sus nuevos trabajos buscarán nuevas ubicaciones: aun cuando en 1944 abandona la *Revista de Trabajo*, continua imprimiendo sus investigaciones en la *Revista de Estudios Políticos*, y algunas de los *Cuadernos de Laín* y el *Boletín de Tierno*⁴²; pero en el 59 se recogerá su último artículo en la revista del Instituto de Estudios Políticos, cortándose una dilatada colaboración, tras el alejamiento que se produce entre Javier Conde y él. Ahora, las publicaciones que utiliza son la *Revista Internacional de Sociología* y los libros colectivos, para cuestiones sociológicas; y *Cuadernos para el Diálogo*, y también algún libro colectivo, para las cuestiones religiosas con lectura política⁴³.

Ya en la década de los sesenta, dedicará todo su tiempo a la sociología, no sólo porque haya quedado delimitado su campo de estudio, sino porque también colabora e impulsa los proyectos de "estabilización" de esta disciplina⁴⁴.

41. Véase la recensión del libro citado, de J. Tobío, en la *Revista Internacional de Sociología*, nº 62, abril-junio, 1958, págs. 364 y 365.

42. La opinión de Tierno sobre Lissarrague está contenida en su libro autobiográfico *Cabos Suelto*, Barcelona, Bruguera, 1981, pág. 156: "(...) había llegado a tener conmigo una relación de amistad, yo diría que profunda, pero no por coincidencia de caracteres, aficiones o de región, sino por gusto intelectual de criticar lo nuevo y ver lo nuevo en lo viejo, era Salvador Lissarrague, quien me ayudó desde el primer momento con su influencia en lo que llamaré sector azul". La opinión de Lissarrague se contiene en el *Primer ejercicio...*, pág. 28 del original, donde dice de Tierno que unía "a la inquietud actualísima de us mente, la firmeza caballerosa de su vieja estirpe castellana".

43. Me refiero, en particular, a su artículo aparecido en el primer número de *Cuadernos para el Diálogo*, "Hombre Nuevo", (1963), que termina diciendo: "Juan Montini no ha muerto. ¡Viva Pablo VI!", cuando en la España Oficial no fue muy bien recibido, por razones que a nadie se le ocultan, el nuevo Papa.

44. Promovió Salvador Lissarrague la creación, por ejemplo, de la "Asociación española de Sociología", ocupando una vicepresidencia hasta su muerte, e impartió clases en los cursos de Sociología que perviven de 1963 a 1966, en Madrid. Véase de Elías Díaz, *Filosofía y Sociología del Derecho*, Madrid, Taurus, 1974, pág. 176, nota pie pág. nº 70. De la importancia

El salto de la iusfilosofía a la sociología no es únicamente Lissarrague el que lo da. De hecho, al que siempre suele citarse como paradigma de este tránsito es a Gómez Arboleya, figura enormemente atractiva y de una seriedad intelectual difícilmente superable⁴⁵. Pero también Legaz, aun cuando permanezca encuadrado en la filosofía del derecho, se interesará por los estudios sociológicos desde el comienzo; y no hay que olvidar a Recaséns Siches y Medina Echevarría, que trabajan en el exilio. Al margen, claro está, de otros autores que también tendrán una preocupación sociológica, como Galán o Truyol, en España, y Mendizábal, fuera.

Evidente, pues, el papel que los filósofos del derecho juegan en la promoción de los estudios sociales. ¿Por qué? No se puede pretender que esta preocupación sea debida a un imaginado auge positivista que no existió en España. Aquí lo que hubo fue un predominio cuasimonopolístico del pensamiento escolástico y, por tanto, de lo que se pasó fue "del derecho natural a la sociología", esto es, de construcciones ideales a la realidad social, al constatar que ésta explicaba más cosas de lo que en un principio pudiera pensarse. No se trataba de convertirse al neopositivismo, sino de partir de lo que estaba ahí.

Aunque tampoco está de más percatarse de quiénes son los que no sienten ningún interés por la sociología; si esto es así, no son de extrañar las características de aquellos que se dedican al análisis social. Hay una nota común, al menos; se trata de profesores liberales. Es cierto, pudiera oponerse, que Legaz o Lissarrague jugaron un papel, sobre todo el primero⁴⁶, nada desdeñable en la cimentación teórica del franquismo; pero también lo es que esa función fue realizada solamente durante unos concretos años, abandonándola después, y que los inicios de ambos fueron

de Lissarrague en el panorama sociológico español también se hace eco el mismo autor en "La enseñanza de la sociología jurídica en España", en los *Anales de la cátedra "Francisco Suárez"*, 1973, nº 13, fasc. 2. De Amando de Miguel pueden verse múltiples referencias a Lissarrague en *Sociología o subversión*, cit.; también en "Para una sociología de la sociología española", en el libro colectivo *Sociología española en los años 70*, Madrid, Confederación española de Cajas de Ahorro, 1971, pág. 19.

45. Muchos de los trabajos de Gómez Arboleya se recogen en *Estudios de teoría de la sociedad y del estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982. Por lo demás, es impresionante el libro de varios autores, cuya edición corrió a cargo de Julio Iglesias de Ussel, *Homenaje a Enrique Gómez Arboleya. 1910-1959*, editado por el Ayuntamiento de Granada en colaboración con el departamento de Sociología y Psicología Social de la Universidad de Granada, en 1988.

46. Tuñón de Lara dice de Legaz que es uno de los que, en el primerísimo franquismo, "toman las riendas de una operación ideológica", en su *Historia de España*, Barcelona, Labor, 1988, vo. 10, pág. 436.

liberal-conservadores. Provenientes todos ellos de la cultura que hizo germinar Ortega, los que cumplieron una función ideológica lo hicieron eliminando del discurso doctrinal los elementos avanzados que pudieran existir. En cualquier caso, en el origen de ese interés se encuentra Ortega. Hay que añadir, además, que juega Zubiri un papel importante, muy influyente, al menos, sobre los tres citados que permanecieron aquí, estableciendo las bases de un personalismo español que se plasma claramente en las obras de Arboleya, Legaz y Lissarrague⁴⁷. Será anecdótico, pero ninguno de los tres pertenecía al sector académico dominante.

En el caso de Lissarrague, el cambio trajo consigo cierta síntesis entre el pensamiento clásico, el alemán contemporáneo y el orteguiano y zubiriano, con el más específicamente sociológico anglosajón, sobre todo norteamericano, que le impresionará, aun cuando asuma críticamente ese impacto. Eso sí, en el plano de la teoría sociológica o filosofía social.

Un año antes de su fallecimiento, publica el *Bosquejo de teoría social*, obra máxima de su pensamiento sociológico, donde muestra todas las influencias doctrinales referidas⁴⁸; y el mismo año de su muerte, se tira a multicopia otro libro suyo, *El área de las ciencias sociales*, trabajo inacabado donde se aunan, en el estudio del método, las investigaciones norteamericanas y alemanas⁴⁹.

El 14 de marzo de 1967, inesperadamente, se produce su muerte. Desaparecía así una gran figura de las ciencias sociales españolas, lo suficientemente cultivada y peculiar como para haberla tenido en cuenta más de lo que se la tuvo, sin duda. Es más: si aceptamos que Recaséns es a la filosofía del derecho española, lo mismo que Ortega a la general, Salvador Lissarrague es un producto de ambos y, por tanto, "primera línea iusfilosófica". Sirva este trabajo de merecido homenaje a su recuerdo.

IV. Obra escrita de Salvador Lissarrague Novoa (excluidos los artículos periodísticos y literarios):

47. De Arboleya véase su "Sociología en España", publicado en varios lugares, aquí se cita de los *Estudios de teoría de la sociedad y del estado*, op. cit., en concreto págs. 693-701.

48. Es recomendable, para quien quiera conocer la teoría de la sociedad más acabada de Lissarrague, el artículo de su discípulo, E. Martín López, "La obra científica de Salvador Lissarrague. Su pensamiento filosófico-social", en la *Revista de Trabajo* cit., págs. 9-32.

49. Véase la voz "Lissarrague Novoa, Salvador", en *Internationales Soziologenlexikon. Band 2: Beiträge über lebende oder nach 1969 verstorbene Soziologen*, Ferdinand Enke Verlag Stuttgart, 1984, pág. 501, que aparece firmado por S. del Campo.

1933

1. "Ortega y la circunstancialidad de su obra", en *Cruz y Raya*, nº 2, de mayo, págs. 164-171.

1934

2. "En la encrucijada de la historia moderna (David Loth: *The Master of the Armada. Philip II of Spain*)", en *Cruz y Raya*, nº 12, de marzo, págs. 115-122.

1941

3. "Consideración filosófica sobre el hecho y el grupo social" en la *Revista de Trabajo*, nº 21-22, de julio-agosto, págs. 23-31.

4. "El concepto de Institución en el Derecho Público de Hauriou. Su alcance filosófico-social", *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, nº 6-7, de julio-diciembre, págs. 197-219 (cit. en J. García Fernández, *Bibliografía española de Derecho Político (1939-1981)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982).

5. "El hombre y lo social en el pensamiento de Hauriou. Su teoría sobre el hecho y el grupo social", en la *Revista de Trabajo*, nº 23, de septiembre, págs. 247-253.

6. "Un texto de Francisco de Vitoria sobre la potestad política", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 2, págs. 315-325 (este artículo se integró en su libro *El poder político y la sociedad*).

7. "Prólogo" a la edición española de la obra de F. Funck-Brentano, *Lutero*, Iberia-Joaquín Gil Editor, Barcelona, págs. 11-22.

1942

8. "La ley creadora de las Cortes", en la *Revista de Trabajo*, nº 33, de julio, págs. 669-676, y en la misma revista, nº 34, de agosto, págs. 820-825.

1943

9. "La persona y la comunidad nacional (Al margen de *La filosofía contemporánea del derecho y el estado*, de Larenz)", en *Escorial*, nº 28, de febrero, págs. 291-299.

10. "El sentido de la realidad en *El Quijote*", en *Escorial*, nº 31, de mayo, págs. 191-211.

11. "Sentido de la Hispanidad", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 9, de mayo-junio, vol. V, págs. 167-173.

12. "Reflexiones sobre un opúsculo filosófico: el prólogo a la *Historia de la filosofía*, de Brehier, en castellano, de José Ortega y Gasset", en *Escorial*, nº 32, de junio, págs. 431-434.

13. "La Ley de Ordenación de la Universidad española", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 10, vol. V, de julio-agosto, págs. 519-534.

14. "Las obras completas de Eugenio Montes", en *Escorial*, de noviembre-diciembre, págs. 135-137.

15. Recensión de Hector del Valle, *Talleyrand*, Vidas, Ed. Atlas, 1943, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 12, vol. VI, noviembre-diciembre, págs. 614-618.

1944

16. "Hacia la madurez de una teoría de la sociedad (*La Philosophie de l'Institution* de Renard y su importancia para el Derecho del Trabajo)", en la *Revista de Trabajo*, nº 4, de abril, págs. 400-405.

17. Recensión de Jesús Pabón, *Las ideas y el sistema napoleónico*, Instituto de Estudios Políticos, 1944, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 15, vol. VIII, de mayo-junio, págs. 258-260.

18. "Sobre la posibilidad de la Justicia Social", en la *Revista de Trabajo*, nº 10, de octubre, págs. 1.217-1.220.

19. *El poder político y la sociedad*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 313 págs.

1945

20. Recensión de José Luis Arrese, *El Estado totalitario en el pensamiento de José Antonio*, ed. de la Vicesecretaría de Educación Popular, Madrid, 1945, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 19-20, vol. X, de enero-abril, págs. 331-341.

21. Recensión de Corts Grau, J., *Principios de Derecho Natural*, Ed. Nacional, 1944, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 21, de mayo-junio, págs. 318-322.

22. Junto con Luis de Sosa y P. Andrés María Mateo, *La esencia de lo español, su olvido y su recuperación (Curso de formación política)*, Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, SEU, Gráficas Ibarra, 292 págs.

1946

23. Recensión de Carmen Muñoz Roca Tallada, *Juana Enriquez la madre del Rey Católico*, Ed. Nacional, Madrid, 1945, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 25-26, vol. XIV, de enero-abril, págs. 330-336.

1947

24. "La titularidad regia y popular del poder en Francisco de Vitoria", en el libro de varios autores (C. Barcia Trelles, A. D'Ors, A. Fuenmayor, L. López Rodó, S. Lissarrague, P. Pedret Casado, L. Legaz y Lacambra), *Francisco de Vitoria (MDXLVI-MCMXLVI)*, Universidad de Santiago, págs. 147-270.

25. *La teoría del poder en Francisco de Vitoria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 126 págs.

1948

26. *Introducción a los temas centrales de la filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 136 págs.

1950

27. "Sobre el primer principio de la filosofía", en la *Revista de Filosofía*, julio-sept. 1950, nº 34, págs. 495-501.

28. "Gustav Radbruch", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 49, de enero-febrero, vol. XXIX, págs. 211-215.

29. Recensión de Carlos Ollero, *Derecho constitucional de la posguerra (Apuntes para su estudio)*, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 52, vol. XXXII, de julio-agosto, págs. 253-260.

30. Recensión de "Edmond Privat, *El canciller decapitado. Santo Tomás Moro y Enrique VIII*", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 54, vol. XXXIV, de noviembre-diciembre, págs. 209-211.

1951

31. "Cristianismo y cultura europea", en *Cuadernos Hispanoamericanos*, nº 19, de enero-febrero, págs. 89-97.

31. "El acto social", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, vol. XXXVI, de marzo-abril, págs. 27-42.

1952

32. "En torno a la polémica suscitada por Jacques Maritain", en los *Cuadernos Hispanoamericanos*, nº 30, de junio, págs. 243-256.

1953

33. "Considerations sur le caractere et les modes de l'acte du pouvoir", Actas del XV Congreso Internacional de Sociología, Estambul (cit. en J. García Fernández, op. cit.).

34. "El magisterio decisivo de Zubiri", en el libro de varios autores (J.L. Aranguren, A. del Campo, M. Cardenal, F.J. Conde, L. Díez del Corral, F. Grande Covián, A. García Valdecasas, J. Garrigues, E. Gómez Arboleya, P. Laín Entralgo, S. Lissarrague, J.J. López Ibor, J. Marías, A.A. Ortega, J. Palacios, D. Ridruejo, J. Rof Carballo, L. Rosales, A. Tovar, L.F. Vivanco, J. Zaragüeta), *Homenaje a Xavier Zubiri*, Madrid, Revista Alcalá, págs. 153-158.

1955

35. "El poder social", en el *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, nº 3 de marzo-abril, págs. 11-34.

1956

36. *Las formas de convivencia y los conjuntos humanos*, Universidad de Madrid, 37 págs. (este mismo estudio se publicará en la *Revista de Trabajo*, nº 4 de 1967, con motivo de su muerte, págs. 149-167).

1959

37. "La consistencia de la sociedad", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 107, vol. LXVI, de septiembre-octubre, págs. 5-44.

1960

38. "La trama de lo social", en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra*, vol. II, Universidad de Santiago de Compostela, págs. 263-286.

39. "Prólogo" al libro de Jacques Leclercq, *Del Derecho Natural a la Sociología*, Madrid, Ediciones Morata, págs. 7-10.

1961

40. "La comunidad", en la *Revista Internacional de Sociología*, nº 73, de enero-marzo, págs. 5-52.

41. "Durkheim y el problema del colectivismo", en *Estudios Sociológicos Internacionales*, (C. Viñas y Mey, J. Bernard, L.H. Ad. Geck, F. Govaerts Marqués Pereira, M. Fraga Iribarne, L. Legaz Lacambra, G. Meganazzi, A. Miroglio, N. Mauzel, W. Fielding Ogburn, A. Perpiñá Rodríguez, E. Sicard, A. Sorokin, C.C. Zimmermann, H. Becker, P. de Bie, E. de Figueroa, H. Freyer, I. Ganón, C. Gini, M. Lins, S. Lissarrague, L. Livi, P. Lucas Verdú, G. Meguenazzi, M.F. Nimkoff, R. Riccardi, S. Samele Acquaviva, N.S. Timasheff, F. Znaniecki), vol. II, Instituto Balmes de Sociología, CSIC, Madrid, págs. 263-286.

1962

42. "El perfil de la convivencia en Bergson", en la *Revista Internacional de Sociología*, nº 78, de abril-junio, págs. 149-157.

1963

43. "Hombre nuevo", en *Cuadernos para el Diálogo*, nº 1, de octubre, pág. 21.

1964

44. "La novedad de Juan XXIII", en *Cuadernos para el Diálogo*, nº 10-11, de julio-agosto, pág. 36.

45. "El mensaje social de Juan XXIII", en el libro colectivo (J.A. Maravall, M. Giménez Fernández, P. Lucas Verdú, M. Jiménez de Parga, M. Díez de Velasco, J.A. Carrillo, M. Aguilar Navarro, A. Truyol Serra, M. Alonso García, S. Lissarrague Novoa, J. Echevarría Garagoiti, A. Bernardez Cantón y J. Ezquerro Ramírez), *Comentarios Universitarios a la "Pacem in Terris"*, Madrid, Tecnos, págs. 367-376.

46. *Bosquejo de teoría social*, Madrid, IMNASA, 247 págs.

47. "Palabras previas" a la obra de Martín López E., *Sociología General*, Madrid, Gráficas Zagor, págs. III-VIII.

48. *El área de las ciencias sociales* (multicopiado), Madrid.

3. DERECHOS HUMANOS

Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto

Por JOSE GARCIA AÑON
Valencia

La tesis que voy a sostener en el presente estudio es que aunque las teorías que definen los derechos humanos como derechos morales presentan una variedad de problemas de los que voy a tratar, (por ejem. la confusión concepto-fundamento), suponen el enfoque de otros desde una perspectiva que solventa las carencias y complicaciones que podrían surgir con su omisión (por ejem. la diferenciación concepto-validez).

Me centraré en los comunes problemas de concepto que suscitan las diferentes concepciones de derechos morales y si a ellos se les ha dado alguna solución por parte de los autores que sustentan tales teorías. Dejaré para posteriores trabajos los problemas de fundamento y validez.

A) LA CONFUSIÓN DEL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO

Las críticas que se hacen a los derechos morales en relación a la confusión entre el concepto y el fundamento se centran: a) metodológicamente, en incurrir en la falacia naturalista; b) sistemáticamente, en ser consideradas como teorías monistas y por consiguiente, c) en sostener presupuestos iusnaturalistas. Trataré de argumentar que, si bien son teorías monistas, ello no desmerece su cometido ya que intentan recuperar la conexión entre el derecho y la moral; que el método utilizado no incurre la falacia naturalista; y que algunos de los presupuestos iusnaturalistas de los que parten surgen de la consideración histórica que tuvieron en su origen las declaraciones de derechos humanos. Para terminar argumentaré que las

posturas críticas de los derechos morales manifiestan un prejuicio que les lleva a confundir el concepto de derecho con su validez.

a) La falacia naturalista

Un problema que puede plantear la fundamentación de los *moral rights* sería el de utilizar un método que nos llevase a la "falacia naturalista"¹. Esta primera crítica la podemos observar en Bentham, que dice que de esta forma se formulan los derechos humanos en términos descriptivos, pero con función prescriptiva. "A juicio de Bentham -tal como explica Pérez Luño- existe una confusión entre realidad y deseo. Las buenas razones para desear que existan los derechos del hombre no son derechos, las necesidades no son los remedios, el hambre no es el pan. (*But reasons for wishing there were such things as rights, are not rights- a reason for wishing that a certain right were established, is not that right, want is not supply-, hunger is not bread.*)² La falacia más común en el lenguaje de los derechos humanos consiste en la confusión entre los niveles descriptivo y prescriptivo. (...) Resulta evidente, para Bentham, la contradicción que existe entre la realidad práctica y esas supuestas facultades de libertad e igualdad que aparecen formuladas en términos descriptivos, como un hecho, cuando no constituyen más que objetivos situados en el plano del 'deber ser'."³

Por tanto al considerar los derechos humanos como derechos morales se incurriría en la falacia naturalista, al hacer desprender de las necesidades, bienes o intereses (proposiciones de hecho) consecuencias jurídicas o morales (proposiciones valorativas). Como dice Searle: "no se puede definir una palabra valorativa en términos de las descriptivas, pues si ello fuera posible no se podría emplear ya la palabra valorativa para prescribir, sino sólo para describir. Dicho todavía de otro modo, todo intento de derivar un *debe* de un *es* ha de ser pérdida de tiempo, pues todo lo que podría mostrar, supuesto caso que lo lograra, sería que el *es* no era un verdadero *es*, sino un

1. Puede verse la formulación del problema en HUME D., *A Treatise on Human Nature* (1793), Libro III, parte I, sección I (trad. castellana F. Duque, Editora Nacional, Madrid 1977, pp. 671-690).

2. BENTHAM, J., "Anarchical Fallacies: being and examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution" en *the Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring, Edinburg, William Tait, vol. II, p. 501 y vol. III, p. 221.

3. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 1986 (la 1ª ed. es de 1984), p. 27.

debe disfrazado o, en todo caso, que el *debe* no era un verdadero *debe*, sino un *es solapado*'⁴.

Sin embargo, el problema de la "falacia naturalista" en relación a los derechos morales no es tal. Las necesidades, los bienes, o los intereses de los que hablan las teorías de los derechos morales no sólo encierran aspectos descriptivos sino valorativos: son necesidades que se tienen en cuenta en la medida en que recogen valores del ser humano que deben ser protegidos para que éste pueda desarrollarse como tal. No son hechos en el sentido estricto del término sino que encierran valoraciones morales. Searle lo explica diciendo que si a un hecho le añadimos una institución, de tal manera que genere hechos institucionales, nos da como consecuencia que heste hecho produce una obligación. Esto es así porque junto al hecho se han añadido unas "reglas constitutivas" (en el lenguaje de Kant) a las que está sometido el hecho y que comportan obligaciones, compromisos y responsabilidades. De esto se desprende que hay proposiciones que son al mismo tiempo descriptivas y valorativas⁵. El *debe* está contenido en el *es*⁶. Cuando decimos que "las necesidades fundamentales del ser humano deben ser respetadas" tendríamos que preguntarnos por qué "deben ser respetadas"; qué razón hace que algo que podría calificarse de término fáctico se convierte en prescriptivo, esto es, tiene la posibilidad de obligar a otros. La razón es que estamos estableciendo una cierta protección moral o jurídica porque dichas condiciones tienen un valor tal que merecen un tratamiento especial. Este tipo de "hechos" (p. e. las necesidades) no son simplemente hechos naturales que nosotros descubrimos (como preconizan p. e. las teorías del derecho natural) ni artefactos inventados provenientes de nuestra creación intelectual o consensuada (como dirían las teorías contractualistas), sino que son hechos que nosotros consideramos valiosos por unas determinadas "razones", que podemos llamar "razones morales"⁷ y que por lo tanto, tenemos que considerar estos "hechos" como prescripciones⁸. Por ejemplo,

4. Así lo expresa SEARLE, J. R., al describir el punto de vista de sus oponentes en "How to derive *Ought* from *Is*" en *Theories of ethics*, Ed. P. Foot, London, Oxford University Press, 1967. (Traducción castellana por M. Arbolí, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 164. Las citas posteriores seguirán esta edición).

5. Cfr. SEARLE, J. R.; op. cit. pp. 167-69.

6. Desde un punto de vista ontológico, *deber ser* y *ser* no son incompatibles; aunque desde un punto de vista empírico sí. Vid BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 85-90.

7. Vid. este concepto desarrollado en LAPORTA, F. J., "Sobre el concepto de derechos humanos, *Doxa*, 4, 1987, p. 30 y ss.

8. Una postura crítica puede encontrarse en DE LUCAS, J. y AÑÓN, M^a J., "Necesidades, Razones, Derechos", *Doxa*, 7, pp. 70-71, 74-75 y 80-81. Siguiendo a G. THOMSON argumentan que las necesidades pueden constituir razones, pero no "razones concluyentes". Esto es, que el

las necesidades humanas tendrían por sí mismas un elemento *intrínseco* que las haría ser dignas de protección⁹. Por tanto, sí que podemos hablar y hacer que se sigan de proposiciones valorativas consecuencias valorativas. Consiguientemente, no caeríamos en la "falacia naturalista"¹⁰.

b) ¿Teorías monistas o dualistas?

Se las critica a las teorías de los derechos morales que parecen unas teorías monistas, ya que dan una misma respuesta a cuestiones de concepto y fundamento, aunque al final sean tan sólo unas teorías relativas al fundamento que se remiten a valores de otras teorías: necesidades, bienes básicos, intereses...¹¹

Las teorías de los *moral rights* surgen como unas teorías que pretenden explicar el concepto de Justicia y por tanto de lo que significa el concepto de derecho. El punto de partida a considerar es si se puede configurar como unas teorías monistas o dualistas. Esto es, si el concepto de derecho y su fundamento tienen una explicación común o diferenciada.

Desde mi punto de vista, si tenemos que realizar una adscripción según la distinción apuntada, tendremos que decir que las teorías de los derechos

paso a su satisfacción no puede explicarse de forma prescriptiva. Las necesidades serían razones *prima facie* para la acción.

9. Sin embargo, hay que señalar que sobre esta cuestión existe un amplio debate doctrinal y no existe acuerdo sobre el carácter normativo de las necesidades. Entre quienes discuten este carácter normativo están, FITZGERALD, R., "The Ambiguity and Rhetoric of Need", *Human Needs and Politics*, Pergamon, Siney; y SPRINGBORG, P., *The problems of Human Needs and the critique of Civilisation*, George Allen and Unwin, 1981. Para un análisis de las diversas teorías sobre las necesidades y los problemas que plantea su relación con los derechos vid. la tesis doctoral de M^a J. AÑÓN, *Teorías sobre las Necesidades y su Proyección en Teoría de Derechos. Especial atención al modelo de Agnes Heller*, Universitat de València, julio 1988, en prensa.

10. La solución a la crítica de que no se pueden deducir proposiciones éticas de proposiciones no éticas se puede subsanar -como hemos visto- introduciendo definiciones éticas en términos no-éticos. Sin embargo, las críticas de los intuicionistas (G. E. MOORE, J. LAIRD...) van más allá: los valores son irreducibles a no-valores. Este interesante análisis puede verse en FRANKENA, W. K., "La falacia naturalista", en *Theories of Ethics*, op. cit., p. 84.

11. Cfr. DE LUCAS, J., "Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la utilidad del concepto de derechos morales)", *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento y Sujetos*. Madrid, Tecnos 1992.

humanos como derechos morales son unas teorías monistas¹². El concepto se define en referencia a los bienes o necesidades del ser humano que son dignos de ser protegidos, y que pueden ser exigidos al resto de la sociedad por esa razón. Por tanto en el concepto podríamos encontrar los siguientes elementos: a) el sujeto a que se refieren los "moral rights" es el ser humano; b) Lo que podríamos llamar el objeto protegible, serían aquellos bienes o necesidades del ser humano, sin los cuales podría causársele un perjuicio para su desarrollo; c) el contenido sería la exigencia de esta protección que se hace a la sociedad o a la comunidad en donde el sujeto se encuentra. Sin estos elementos sería difícil construir un concepto de *moral rights*, ya que su exigencia proviene o tiene su razón de ser en el propio concepto de necesidades, bienes o intereses fundamentales. Por lo que, la protección y exigencia de esos bienes o necesidades fundamentales del ser humano resultan como elementos definitorios del concepto de *moral rights* como derechos humanos.

El fundamento de los *moral rights*, el carácter que le proporciona especial importancia y por tanto, le hace merecedor de la característica de proteccionabilidad, elemento que no puede separarse del contenido del concepto, es el de la existencia de unas necesidades o bienes básicos fundamentales. Serían aquellos bienes o necesidades básicas para el desarrollo del ser humano que se encuentran en el propio subsuelo de su existencia como formas básicas de realizarse el ser mismo¹³.

Por consiguiente, las teorías de los derechos morales habría que considerarlas como las teorías monistas en la medida en que concepto y fundamento vienen definidos a partir de bienes, intereses o necesidades humanas básicas. Como veremos más adelante, esta consideración que subrayaría la conexión entre el derecho y la moral, tiene además la ventaja de que no reduce el concepto de derecho a su validez, proporcionando una visión completa de los derechos, incluso en aquellas situaciones en las que

12. M^a J. AÑÓN, afirma que "alguna nota o algún criterio que se da en la justificación tendrá que darse también en el concepto, si se quiere definir los derechos coherentemente con su fundamento", aunque piensa que las necesidades básicas tienen su lugar en el terreno de la fundamentación y no del concepto, vid. "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento y Sujetos*; Madrid, Tecnos, 1992.

13. MILL, J. S., *Utilitarianism*, Chapt. V, *Collected Works* (a partir de ahora CW), *Essays on Ethics, Religion and Society*, vol. X, University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, p. 251 (trad. castellana E. Guisán, Alianza Editorial, Madrid 1984, p. 119). "Which indicate the basic forms of human flourishing", Cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 23.

no estén reconocidos por el ordenamiento jurídico o hayan sido reconocidos defectuosamente¹⁴.

c) Las teorías de los derechos morales son unas teorías iusnaturalistas

Esta es la principal crítica a estos autores por considerar a los derechos como pre-institucionales¹⁵, ya que resulta ser como iusnaturalista cualquier postura que defina los derechos independientemente de instituciones sociales o jurídicas, e incluso antes de que estén éstas definidas. Igualmente, esta calificación también les viene al no separar convenientemente el derecho de la moral¹⁶. Sin embargo, estas aseveraciones son matizadas en el sentido de que se trataría de un "iusnaturalismo atípico"¹⁷ o de una "fundamenta-

14. FERNÁNDEZ, E., "Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos", *El Fundamento de los Derechos Humanos*, VVAA, Madrid, Debate, 1989, p. 157.

15. Cfr. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978 (trad. castellana de M. Guastavino, Barcelona, Ariel 1984, pp. 38 y 267-268). Vid. tb. FEINBERG, J., *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973, p. 84 LYONS, D., "Utility and Rights", *NOMOS XXIV Ethics, Economics and the Law*, New York University Press, 1982, pp. 108-109. PANICHAS, G. E., "The Structure of Basic Human Rights", *Law and Philosophy*, vol. 4, nº 3, 1985, pp. 343-75, trad. castellana M. Gascón en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 7, 1990, pp. 113-114 y 136; Vid. de FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984, pp. 107 y 221 y *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 173 y 176-77. NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 3ª Ed., Barcelona, Ariel 1987, pp. 196-7; y *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel 1989, capt. I. Entre otros vid. las críticas de PECES-BARBA, G., *Escritos sobre los Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 230 y en *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 110; y de PRIETO, L., "Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año V, nº 14, mayo-agosto 1985, pp. 353-377, vid. tb. "Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas", *Anuario de Derechos Humanos*, 4, Madrid 1987, p. 301.

16. "Hablar de derechos humanos al igual que de derechos morales, como se hace, supone ampliar el sentido de lo jurídico identificándolo con la moralidad, sin distinguir ambos momentos y sin reservar el concepto a las normas válidas. Por supuesto que los derechos fundamentales son la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores de libertad e igualdad como cauces para alcanzarla. Pero es igualmente cierto que no se puede emplear el término Derecho con propiedad, ni hablar de derechos humanos ni de derechos fundamentales, si esa moralidad no forma parte del derecho Positivo". Cfr. PECES-BARBA, G., *Escritos sobre los Derechos fundamentales*, op. cit., p. 234. "Si con la expresión 'derechos morales' se quiere significar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace en el fondo, es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo". Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., op. cit., p. 179.

17. Cfr. PRIETO SANCHIS, L., "Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin", op. cit., p. 355; PINTORE, A., *Norme e Principi. Una Crítica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 71; PORRAS DEL CORRAL, M., *Derecho, Igualdad y Dignidad. En torno al pensamiento de R. Dworkin*, Universidad de Córdoba, 1989, p. 125.

ción iusnaturalista de tipo deontológico”¹⁸ ya que su justificación en general no suele basarse en la naturaleza humana sino en otras razones. En realidad, lo que pretenden estos autores es enfatizar que la existencia que la existencia de los derechos no depende de decisiones comunitarias, prácticas sociales o de la legislación existente¹⁹ para evitar reducir el concepto de derechos humanos a una época histórica, una sociedad concreta o a un ordenamiento jurídico subrayando, su carácter universal. Este tipo de iusnaturalismo sería el que Sumner califica de “derecho natural en sentido amplio”²⁰ o que podríamos denominar “iusnaturalismo débil” y que no sería incompatible (a primera vista) con el concepto de derechos morales, a diferencia del iusnaturalismo que hemos calificado de “ontológico”.

Podemos cifrar el origen de la reducción de los derechos morales al iusnaturalismo, no en el momento histórico en el que se produjeron las declaraciones de derechos humanos impregnadas de un iusnaturalismo de corte racionalista, sino en los posteriores desarrollos doctrinales críticos de algunos autores, entre ellos Bentham²¹, que no diferenciaron convenientemente derechos naturales y derechos morales. Es clara la influencia iusnaturalista de las declaraciones de derechos humanos del dieciocho²², las rémoras de estas concepciones y los intentos de superación de estos inconvenientes, siendo las teorías de los derechos morales una muestra de ello. Por ello no habría que mostrar escándalo en la aparición de concepciones que intentan superar los problemas de las anteriores, sobre todo en

18. Cfr. FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al derecho*, op. cit., p. 178-79; PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., p. 177 y ss. y *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 48 y ss. Esta fundamentación iusnaturalista se referiría a aquellos valores a los que habría que aspirar como una fundamentación de tipo ideal o crítico. Se trataría de un iusnaturalismo en sentido débil frente al iusnaturalismo ontológico, en sentido fuerte, en el que la justicia que preconiza es lo que “debe ser”.

19. FREY, R. G., “Act Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights” en *Utility and Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, p. 63.

20. Vid, por ejemplo SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford 1989, p. 140. La versión de SUMNER de los derechos morales la adopta de MILL y nos dice que alguien tiene un derecho moral sólo en el caso de que su posesión del correspondiente derecho convencional esté moralmente justificada. Cfr. pág. 142.

21. Conocida es su crítica en varios de sus escritos. Entre ellos podemos destacar “View of a Complete Code of Law” y “Pannomial Fragments” en *The Works of Jeremy Bentham*, op. cit., vol. III; y “Supply Without Burden” en *Jeremy Bentham’s Economic Writings*, 3 vols., ed. W. Stark, London, George Allen & Unwin, 1952-4, vol. I.

22. “cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, es decir, preliminar y básico respecto a éste, se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista. Lo cual, lejos de ser una rémora teórica, permite insertar el fundamento de los derechos humanos en el contexto histórico-doctrinal en que se produjo su génesis y ulterior desenvolvimiento.” Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., p. 179.

cuestiones ontológicas y epistemológicas²³, y que no se enmarcarían sino en el devenir de un desarrollo de la historia de las ideas.

Se ha discutido si la oposición de Bentham a los derechos naturales le lleva también a negar los derechos morales²⁴. Independientemente que Bentham estuviese o no a favor de los mismos lo que es claro es que Bentham no diferenciaba los derechos morales de los derechos naturales, como hacía Mill y esta postura es la que puede explicar la aparente negación de los mismos²⁵. La cuestión a dilucidar es, si Bentham y Mill compartían una teoría moral consecuencialista y una concepción de lo que son los derechos como intereses protegidos, no se entiende por qué tenían una actitud diferente hacia los derechos morales²⁶. Es más, en principio, las intenciones de fundamentar las llamadas reglas de la justicia en la "utilidad general" parecen ser las mismas, al igual que los paralelismos con la versión de Mill de los derechos morales²⁷.

Una primera respuesta a la no aceptación de los derechos morales por Bentham puede encontrarse en el hecho de que Bentham, a diferencia de Mill, nunca distinguió entre derechos morales y derechos naturales, o entre los dos sentidos en que puede ser entendido un derecho como natural, según hemos explicado anteriormente. Como los derechos naturales en sentido fuerte hacen referencia a una teoría de los derechos naturales ontológica, la aceptación de su existencia está fuera del planteamiento de cualquier consecuencialista. Sin embargo, lo que llamaríamos "derechos naturales en sentido amplio" que corresponderían a una teoría de los derechos naturales deontológica o crítica, no serían incompatibles con un esquema consecuen-

23. Cfr. FEINBERG, J., *Social Philosophy*, op. cit., p. 85.

24. Entre los autores que piensan que Bentham no se opone a los derechos morales vid. SUMNER, L. W., en "Rights Denaturalized", *Utility and Rights*, op. cit. recopilada en el capítulo IV de *The Moral Foundation of Rights*, op. cit. Vide tb. en el capt. V; y HART, H. L. A.; "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", en *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Chapt. IV, Oxford, Clarendon Press, 1982 (trad. cast. de J. R. de Páramo, *Anuario de Derechos Humanos*, 3, Universidad Complutense, Madrid 1985, pp. 137-161. (Las citas posteriores seguirán esta edición). La postura contraria puede verse entre otros en FREY, R. G., "Act'Utilitarianism, Consequentialism, and Moral rights", op. cit.; y LYONS, D.: "Mill's Theory of Justice", en *Values and Morals*, A. I. Goldman y J. Kim (eds.), Dordrecht (Holland), D. Reidel; 1978 pp. 1-20.

25. Voy a seguir en esta argumentación a SUMNER, L. W., en *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., pp. 139-40.

26. Un intento de resolver esta cuestión puede verse en HART, H. L. A.; "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", op. cit.

27. SUMNER apoya su argumentación citando dos textos de BENTHAM, J.: "Supply Without Burden", *Jeremy Bentham's Economic Writings*, op. cit., vol. I, 336 n; y "Pannomial Fragments", *The Works of Jeremy Bentham*, op. cit., vol. III, p. 218.

cialista (como el que propugna, por ejemplo, Mill). Por lo que, con esta interpretación, podrían caber en una teoría consecuencialista tanto los derechos morales como los derechos naturales. Por esto, cabría pensar que el rechazo de Bentham tanto a los derechos naturales como a los derechos morales se enmarcaría en el contexto jurídico y político de su tiempo, y en ese sentido, se entendería como un rechazo de la "retórica política" de las declaraciones de derechos. El rechazo de Bentham de este tipo de derechos naturales le llevó a rechazar la idea de derecho natural en cualquier sentido y por consiguiente la propia idea de derecho moral. En cambio, posteriormente, en la época de Mill, ya había disminuido bastante la tendencia, retórica del iusnaturalismo racionalista y "había menos peligro en que la rehabilitación de la noción de derecho moral ayudara y apoyara al enemigo. De esta forma Mill podía admitir explícitamente lo que (en su análisis) Bentham al menos admitía implícitamente, esto es, que los individuos tienen tales derechos."²⁸

En segundo lugar, y en conexión con la anterior, habría que apuntar que aunque Mill y Bentham compartían una teoría de los derechos como intereses protegidos (*benefit theory*), podríamos decir que no existe la misma identidad en el desarrollo de la misma y en su conexión con la moral. Para Bentham los derechos no son factores morales independientes sino que son considerados como hechos que contribuyen a determinar la utilidad de un estado de cosas determinado. En cambio, para Mill existe una conexión entre derechos y utilidad por medio de la justicia, con lo cual los derechos adquieren cierta independencia del cálculo utilitarista²⁹.

Llegados a este punto puede ser útil analizar las coincidencias y diferencias que encontramos entre lo que sería una teoría de los derechos naturales y las llamadas teorías de los derechos morales (para simplificar en ellas vamos a incluir tan sólo las teorías contractualistas, las consecuencialistas, y las propias iusnaturalistas), que recogen concepciones muy diferentes del concepto de derecho. De esta forma podremos comprobar cómo algunos requisitos de una teoría de derecho natural coinciden con algunos elementos de otras teorías de los derechos morales; pero otros hacen imposible su

28. Cfr. SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 140.

29. Vid. entre otros PASTORE, B., "Diritti e paradigma utilitarista: rileggendo J. Bentham e J. S. Mill", *R.I.F.D.*, 1988, pp. 74-107. En este sentido vid. HART, H. L. A.; "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", op. cit., *A.D.H.*, p. 148: "Ahora bien, en lugar de desaprobado, como Bentham hace, el sentido dado a la noción de un derecho no jurídico al considerarlo como una fuente de confusión, Mill considera este concepto como un elemento esencial de su teoría de la justicia en la medida en que es diferente del resto de la moralidad, ya que una acción injusta se distingue de las acciones que son moralmente incorrectas por el hecho de que infringe el derecho moral de algún individuo 'identificado'."

identidad. Con ello llegaremos a la conclusión de que el concepto de derecho moral no forma parte de una teoría autónoma y diferenciada de derechos, sino que es un elemento que intenta explicar el concepto y la función del derecho en cualquier teoría. Es decir, lo que trataríamos es de demostrar que los derechos morales son compatibles con estructuras iusnaturalistas, contractualistas y consecuencialistas (aunque habría que decir que en cualquiera de estos esquemas funcionan no exentos de problemas).

Según las teorías de los derechos naturales, "los derechos morales son los productos de un sistema de reglas morales naturales, de tal forma que los derechos morales son derechos naturales."³⁰ Consideramos una teoría de los derechos naturales como aquella teoría moral que satisface las cuatro condiciones siguientes: 1) contiene algunos derechos, 2) trata sus derechos como moralmente básicos, 3) conecta la posesión de sus derechos con la posesión de alguna propiedad moral natural y 4) acepta alguna forma de epistemología moral realista.

La primera condición, que es conceptual, coincidiría en las teorías de los derechos morales: las teorías de los derechos naturales tienen que emplear alguna concepción de derecho, lo cual no quiere decir que empleen la misma. De lo que se trata es de subrayar la preponderancia de los derechos sobre otros elementos de la estructura normativa. En el mismo sentido las teorías de los derechos morales subrayan la primacía de los derechos, frente por ejemplo los deberes, u otros medios de protección normativa³¹.

La segunda condición se refiere al fundamento: trata a los derechos como moralmente básicos y lo hace si todos sus principios básicos o categorías morales fundamentales son derechos. Esta condición requiere que una teoría de los derechos naturales sea una teoría basada en derechos (*right-based theory*) ya que afirma la existencia de derechos morales y toma esta categoría moral como básica derivando otras categorías morales, si las hay, de ella³². Este requisito, por ejemplo, no sería cumplido por las teorías consecuencialistas, que habría que considerarlas "goal-based theories", pero sí por las teorías contractualistas.

30. Cfr. SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 92. "Una teoría de los derechos naturales es cualquier teoría moral que asigna algún conjunto de derechos básicos a los individuos en virtud de la posesión de alguna propiedad natural y que trata la existencia de estos derechos como una realidad fáctica." Cfr., "Rights Denaturalized", op. cit., p. 26.

31. Vid. por ejemplo MACCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", *Archiv für Recht-und Sozialphilosophie*, LXII, 1976, p. 312; recopilado en *Legal rights and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford 1986; trad. castellana de M. Carreras y A. L. Martínez-Pujalte, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid 1988, p. 300.

32. SUMNER, L. W., "Rights Denaturalized", op. cit., pp. 23-25.

El tercer requisito se refiere a que una teoría de los derechos naturales debe asignar sus derechos básicos a los individuos en virtud de su posesión de alguna propiedad natural. Pero, ¿Qué requeriría una propiedad para ser natural? La posesión de la propiedad por un individuo debería ser cognoscible empíricamente, no requeriría la existencia de ninguna institución particular o convención, y sería independiente de la existencia de instituciones o convenciones sociales³³. Entiendo que este requisito se puede referir, como ya hemos visto al comienzo de este apartado³⁴, a *natural* en contraposición a *artificial* o creado y no en relación a propiedades naturales o innatas. Con lo que el espectro de compatibilidad con las heterogéneas teorías de los derechos morales quedaría abierto.

El cuarto presupuesto es metodológico: el método que utilizan estas teorías es una epistemología moral realista³⁵. Las teorías consecuencialistas también pueden utilizar este método y ser compatibles con los derechos morales³⁶; pero no tratan a sus derechos como moralmente básicos sino que los establecen en un nivel derivativo más que en un nivel básico en su estructura moral. Las teorías contractualistas, en cambio, aunque pueden tener la misma base moral que una teoría de los derechos naturales, esto es consideran que algunos derechos son moralmente básicos, utilizan un método no realista o constructivista de los derechos mediante un procedimiento de elección colectiva.

No he tratado de demostrar que alguna de estas teorías tenga méritos suficientes para ser irrefutable; no es éste el lugar, sino que la comparación de las mismas con los presupuestos de una teoría iusnaturalista nos puede llevar a la conclusión de que podemos hablar de derechos morales sin tener que ser considerados como iusnaturalistas.

Podríamos concluir este apartado recopilando las ideas que en él hemos expuesto:

1. Que el concepto de derecho moral es **autónomo** de cualquier tipo de teorías, ya que no forma parte de teorías alternativas diferenciadas a las

33. Cfr. SUMNER, L. W., "Rights Denaturalized", op. cit., pp. 25-26.

34. Vid. nota 15.

35. SUMNER, L. W., "Rights Denaturalized", op. cit., pp. 26-27.

36. Vid. entre otros J. S. MILL en su *Utilitarianism*, op. cit.; y por ejemplo una "teoría utilitarista cualificada", así calificada por PANICHAS, G. E., en "The Structure of Basic Human Rights" op. cit., como es la de LYONS, D., "Utility and Rights", *NOMOS XXIV Ethics, Economics and the Law*, New York University Press, 1982; y el propio SUMNER, L. W. en la ya citada *The Moral Foundation of Rights*.

teorías de los derechos existentes, sino que es un elemento que forma parte de las mismas y que de alguna manera intenta servir como instrumento que las explique mejor.

2. Esto es, no pretenden ser una teoría del derecho global sino explicar lo que puede ser el concepto de derecho desde un **punto de vista moral**. "Es importante enfatizar que la versión de Mill de la naturaleza de los derechos morales es **una pieza de su análisis conceptual** y es, por consiguiente independiente de su teoría moral sustantiva."³⁷

3. La reducción de los derechos morales a los derechos naturales es debida a la confusión que hizo Bentham de los mismos y a su crítica a las declaraciones de derechos humanos.

4. Sin embargo en la actualidad pueden ser entendidas como teorías autónomas por la polémica que crea su difusión y al querer ser presentados dentro de teorías alternativas a la discusión positivismo-iusnaturalismo.

B) LA CONEXIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

a) Los teóricos de los derechos morales nos ofrecen algunas razones de la conexión:

1. La validez de una norma depende de su conexión con principios morales sólidos³⁸: partiendo de que no existen normas jurídicas sin contenido valorativo. "Los principios jurídicos no tienen que ser identificados por la regla de reconocimiento social de Hart, que está constituida por prácticas sociales contingentes, sino por una teoría normativa sólida, la cual debe fijar las normas del derecho reguladas a muy alto nivel, y, sujetas a tal

37. Cfr. SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 137. Esta interpretación la toma de LYONS, D en "Mill's Theory of Morality", *Nous*, 1976, 10, I; y en "Human Rights and the General Welfare", *Philosophy & Public Affairs*, 1977, 6, 2. (La negrita es nuestra.)

38. Podemos distinguir tres tipos de validez: a) sistemáticas (*systemic validity*) o de pertenencia al sistema, b) factual (*factual validity o efficacy*) o como vigencia social de las normas jurídicas, y c) axiológica o aceptabilidad (*axiological validity o acceptability*) como vinculatoriedad o validez en sentido normativo estricto. En este caso nos referimos a la validez axiológica, en la que "nos hallamos frente a la conclusión de un razonamiento práctico de naturaleza deontica o valorativa en sentido estricto." Es decir, se tratarían de enunciados "valorativos en sentido fuerte" o con "pretensión de obligar". Vid LAPORTA, F. J.: "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", *El Fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 203 y ss.; A. ARNIO, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, Reidel 1987, pp. 33-46.

límite, también les da a las normas la mejor justificación moral. Aunque el propio requisito limita el tipo de consideraciones morales que pueden ser incluidas en el derecho, la teoría de Dworkin parece conducir a establecer una conexión entre derecho y principios morales sólidos. (...) Si la validez jurídica de una norma depende simplemente de si la norma es consistente con principios morales sólidos, entonces el derecho es un asunto de argumentación moral, sin tener en cuenta las prácticas sociales de una sociedad concreta (...) El mérito moral, y sólo el mérito moral, determina la relevancia jurídica de un modelo moral. Si el derecho es un asunto de argumentación moral en este primer sentido entonces ciertamente no existe separación conceptual entre el derecho y la moral.”³⁹ En relación con lo anterior habría que hacer algunas precisiones. En primer lugar, que “la no existencia de separación conceptual” no significa confusión entre la moral y el derecho, sino que intenta resaltar su conexión. Una segunda precisión se refiere a que “no toda norma moral es, por serlo, norma jurídica. Para ser norma jurídica necesita cumplir con ciertos requisitos de identificación que no le suministra su condición de norma moral.”⁴⁰ Y en tercer lugar, sólo serían válidas aquellas normas jurídicas cuyo “contenido sea moralmente vinculante”⁴¹. El derecho válido depende de la satisfacción de estas “bien fundadas” normas morales, y por tanto el derecho para que pueda considerarse “justo” depende de lo que algunos autores han llamado la ‘verdad moral’⁴². En caso contrario, si el ordenamiento jurídico no recogiera estos principios morales sólidos, sería moralmente deficiente⁴³.

2. La especial importancia moral de los derechos humanos: la confusión entre lo que es el derecho y su fundamento se entiende que sería el pago de un alto precio para evitar la confusión entre el concepto y sus técnicas de protección⁴⁴. Sin embargo, los derechos humanos como derechos morales,

39. Ten, C. L., "Moral Rights and Duties in Wicked Legal Systems", *Utilitas*, vol. 1, nº 1, 1989, pp. 136-137.

40. Cfr. LAPORTA, F. J.; "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", op. cit., p. 206.

41. Cfr. LAPORTA, F. J.; "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", op. cit., p. 206. en el mismo sentido puede verse SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 142.

42. LYONS, D., *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 1985, p. 62 (trad. cast. Ariel, Barcelona, 1986).

43. MACCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", op. cit. p. 306.

44. Sin embargo, otros autores piensan que no existen consecuencias prácticas negativas de la conexión derecho y moral. Cfr. SOPER, P., "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", *Social Philosophy and Policy*, vol. 4, nº 1, pp. 31-48. Trad. castellana. J. R. de Páramo, *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*, Barcelona, Ariel 1990, p. 48.

por el contenido que protegen, tienen que recoger en el concepto un conjunto de aspectos morales⁴⁵ (que también formarían parte del fundamento) que si se tratase de otro tipo de derechos no tendrían porqué contemplarse de esta forma, ya que podrían ser modificados arbitrariamente por otros valores, por la moral social, por el consenso... Sin embargo, en los derechos de los que estamos hablando dichas modificaciones supondrían ir contra la propia significación de los mismos: los mínimos que el ser humano debe tener protegidos para que pueda desarrollarse en libertad⁴⁶. De esta manera, los autores que utilizan el concepto de derechos morales en su argumentación conectan los aspectos de concepto y fundamento (las nociones jurídicas y morales) ya que en estos casos el concepto tiene que recoger nociones valorativas no neutrales⁴⁷.

3. Los derechos y las obligaciones morales no dependen fundamentalmente del derecho positivo, sino que también hay que tener en cuenta consideraciones morales⁴⁸. En este sentido habría que considerar las formas

45. "Si los enunciados jurídicos que reconocen u otorgan derechos humanos son vinculantes ello se debe a que son conclusiones de un razonamiento práctico cuyas premisas prácticas o valorativas son extrajurídicas. (...) Me parece que es ineludible mantener que, si aceptamos que 'validez' significa obligatoriedad o fuerza vinculante, tales enunciados han de ser de naturaleza moral, puesto que sólo los enunciados morales tienen tal pretensión de obligatoriedad." (...) "son 'bienes' *constitutivos* del ser humano como agente moral, bienes básicos desde el punto de vista moral, en el sentido de que forman parte de las presuposiciones implícitas en todo lenguaje moral y en toda conducta que pueda ser calificada de moral." Cfr. LAPORTA, F. J.; "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", op. cit., p. 205 y p. 207. Según NINO, C. S., "Los derechos humanos son *derechos establecidos por principios morales*", vid. como los caracteriza en *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 19-20.

46. "...no es posible creer en la categoría de los 'derechos morales' a menos que se acepte de alguna manera el principio de que los seres racionales deben ser respetados como fines en sí mismos. Estoy de acuerdo. La creencia en el respeto en la persona es, en efecto, una condición esencial previa a la creencia en los derechos morales. Y el respeto a los demás es un principio moral fundamental y básico." MACCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", op. cit., p. 311, A. F. D. p. 300. Puede verse un análisis de la relación entre moral y derecho en el capítulo III de D. LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, op. cit.

47. "La idea que tenemos, por consiguiente, de que podemos exigir a nuestros semejantes que nos ayuden a asegurarnos el propio subsuelo de nuestra existencia, genera sentimientos en torno a ella de una intensidad tan superior a la que se da en cualquiera de los demás casos más frecuentes de utilidad, que la diferencia de grado (como ocurre a menudo en psicología) se convierte en una auténtica diferencia de calidad." MILL, J. S., *Utilitarianism*, Chapt V, CW, vol. X p. 251; Alianza p. 119.

48. "Una persona puede perder sus derechos morales si daña deliberadamente los de otros, y la ley puede hacer efectiva esta pérdida clasificando los delitos e imponiendo castigos. Lo que no puede (moralmente) hacer, según la teoría, es privar a una persona de sus derechos morales por razones no morales. Todas estas consideraciones reiteran que los derechos y las obligaciones morales no dependen del derecho, y que las obligaciones legales han de depender de razones

en las que el derecho se puede pensar que tiene una dimensión moral, y es claro que en este espectro de casos entrarían los derechos humanos. Al resaltar la conexión entre derecho y moral⁴⁹ se distingue entre el concepto y la validez de los derechos, evitando los problemas que analizaremos en el siguiente apartado.

b) Estas afirmaciones de los teóricos de los derechos morales plantean algunos problemas:

1. El problema de la legitimidad de los valores morales y de su método: En este sentido, como dice Lyons, "no nos hallamos en condiciones de decidir si hay relaciones trascendentes entre el derecho y la moral a menos que sepamos establecer qué valores han de servirnos para juzgar como es debido el derecho."⁵⁰, lo cual nos llevaría a la cuestión de la legitimidad o validez de los derechos morales⁵¹. La negación de la existencia de un "código de valores morales" como excusa de que no es necesario para la realización de una ciencia jurídica no es posible, ya que no podemos negar ni su relación con la moral ni establecer las relaciones derecho-moral sin acudir a juicios morales o teorías morales⁵².

2. La confusión fundamento-validez: Posiblemente esto pudiera resultar criticable por las connotaciones de autoritarismo y dogmatismo político que conlleva, aunque para algún autor resulta más perniciosa su distinción⁵³.

morales para ser moralmente aceptables." Cfr. RAPHAEL, D. D., *Problems of Political Philosophy*, London, The Macmillan Press, 1970 y 1976; trad. castellana de M^a D. González Soler, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 116-17.

49. "...el valor y la fuerza de los derechos humanos no depende de su eficacia o ineficacia, sino de su justificación e intensidad moral, que podrían resultar infravaloradas por la sobrevaloración de lo jurídico." Cfr. RUIZ MIGUEL, A. "Los Derechos Humanos como Derechos Morales, ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?" en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 325.

50. D. LYONS, *Ética y Derecho*, op. cit., p. 76.

51. El problema de la legitimidad y sus conexiones con los de fundamento y validez son cuestiones que me propongo desarrollar separadamente en próximos trabajos.

52. "El concepto de derecho se define con referencia a un tipo específico de principio moral. Principios de un tipo relevante identifican bienes que son susceptibles de disfrute por varios individuos y dichos bienes podrían ser garantizados a cada individuo de una determinada clase. (...) La irresoluble controversia entre los derechos que la gente tiene y los que podrían ser acordados es una consecuencia lógica del carácter controvertido de los principios sustantivos morales y políticos. No es una consecuencia de la vaciedad del concepto de 'derecho' ni menos de su exclusiva apropiación de una particular escuela de filosofía jurídica y política o de una ideología." Cfr. MACCORMICK, N., "Law, Obligation, and consent: Reflections on Stair and Locke", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXV, 1979, p. 387-410; recopilado en *Legal rights and Social Democracy*, op. cit. p. 78.

53. SOPER, P., "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", op. cit., p. 49.

Pero ¿son suficientes para la legitimidad y conceptualización del derecho su “justificación” e “intensidad moral”? ¿esta intensidad les proporciona el valor jurídico o necesitan de la validez o eficacia para su juridicidad? O con esta “sólida justificación” ¿resultan ser tan sólo “condiciones de posibilidad”, pero sin llegar a ser completamente “jurídicos”?

C) LA CONFUSIÓN DEL CONCEPTO CON LA VALIDEZ

La extendida idea de que los derechos forman parte tan sólo de los sistemas jurídico-positivos y no de otros sistemas normativos, proviene de la confusión entre derechos y técnicas de protección⁵⁴. Esta confusión lleva consigo que sólo se reconozca como tal el derecho válidamente establecido en un sistema jurídico determinado. Sin embargo, el reconocimiento jurídico-positivo de los derechos, no es problema crucial respecto al concepto y menos en relación al fundamento, es un problema de validez⁵⁵.

La teoría dualista que diferencia lo que es el concepto (para salvar el escollo de la temporalidad, la localidad y la conexión derecho-moral) de lo que es el fundamento (que recoge razones éticas de mayor o menor objetividad), supone una reducción del concepto del derecho al identificarlo con el derecho positivo. En definitiva, el problema que plantea la tesis dualista sería el de identificación del derecho con lo que es el sistema de protección del derecho. Eso sí, con un corrector ético, pero que no contempla, por ejemplo, aquellos sistemas en que no existe esta coincidencia. Esto es, el derecho válido puede no recoger estos valores morales e incluso ir contra ellos. Sin embargo, la teoría de los *moral rights* sí que tendría aplicación en estas situaciones en las que existiese una norma injusta. Para evitar el confusionismo, siguiendo a Laporta⁵⁶, habría que distinguir los tres planos de la discusión: 1. concepto, 2. fundamento y 3. protección. Como hemos visto la conexión entre el concepto y el fundamento suscita menos inconvenientes de los que se dicen. La teoría de los derechos morales no es una teoría de fundamentación disfrazada. La teoría de los *moral rights* es una teoría de fundamentación que utiliza para ello el concepto de necesidades, bienes, intereses u otros. Pero el concepto de necesidades no

54. MCCLOSKEY, H. J., "Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good", *Utility and Rights*, op. cit., pp. 124-25; LAPORTA, F. J.; "Sobre el concepto de derechos humanos", op. cit., p. 28.

55. "So far from its being the case that the remedial provision is constitutive of the right, the fact is rather that recognition of the right justifies the imposition of the remedial provision", MacCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", op. cit. p. 309.

56. Cfr. LAPORTA, F. J., "Sobre el concepto de derechos humanos", op. cit., pp. 23-46.

sólo sirve de fundamento, sino que también es un elemento que sirve para la estructura conceptual de lo que es el derecho. Su interconexión es evidente, y querer hurtar el matiz conceptual supone confundir los dos planos de la teoría reduciéndola al plano de la fundamentación. La razón de esta reducción se basa en la confusión del plano del derecho con el plano de la protección del derecho. Los dos primeros planos se situarían en el plano de la razón práctica y el tercero tendría en cuenta las circunstancias histórico-políticas de un tiempo y lugar determinados.

Podemos apuntar varias razones y diversos aspectos⁵⁷ en los que se origina esta confusión:

a) Aspectos de contenido: En sus orígenes históricos, la necesidad de la certeza o **seguridad** de la ley por medio de su codificación y publicación a través de los órganos legítimos para ello condujo a la identificación de legitimidad y legalidad. Esto es, se pretendía la **certeza de la legitimidad** o la necesidad de centralizar los orígenes de emanación de lo jurídico al convertirse la ley en el pilar del estado soberano. Con ello se propició la confusión de lo jurídico con lo codificado. El concepto del derecho puede prescindir del elemento de la seguridad; pero ¿se puede evitar el énfasis en la certeza legitimadora? ¿Depende de ella el concepto de derecho? Las tesis próximas al positivismo sostienen la imposibilidad de la existencia de un derecho sin que exista una fuente válida de legitimación que le de valor. En el caso de los derechos morales supone tener que reducirlos a lo que sería el derecho convencional en sentido amplio, con lo que se confunde el plano conceptual del derecho con el plano de la validez.

b) Aspectos formales o estructurales: La **protección institucionalizada**: Como dice Laporta: “en la tradición teórica en que se originan los derechos

57. "Esta idea de que los derechos humanos o morales no son propiamente 'derechos' en tanto que no vienen a ser reconocidos por un conjunto normativo positivo, puede tener dos orígenes: por un lado, la reducción de la noción de tener un derecho a un tipo de reclamaciones o exigencias ejercibles mediante la coacción institucionalizada, donde tener un derecho equivale a tener una potestad de reclamación jurídica efectiva, en especial ante los tribunales; por otro lado, la reducción de esa noción de tener un derecho a un tipo de reclamaciones cuyo contenido viene expresado en pautas no necesariamente coactivas ni jurídicas, pero sí socialmente vigentes como obligatorias, según ocurre en las reglas sociales no institucionalizadas. Mientras la primera conceptualización se fija sobre todo en determinados aspectos formales o estructurales del concepto de 'tener un derecho', como la presencia de la coactividad y la eficacia, la segunda se fija sobre todo en determinados aspectos de contenido y, en particular, en su precisión definitoria", Cfr. RUIZ MIGUEL, A., "Los Derechos Humanos como Derechos Morales, ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?" en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 325. La versión que recojo aquí es la ampliada en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 6, 1990, p. 156, que incluye algunas modificaciones.

humanos el Estado es concebido como el garante típico de los derechos en virtud de su titularidad del monopolio de la fuerza y aquí viene la reflexión: Sugiero que ha sido la aceptación acrítica de esta tradición la que puede haber determinado la expansión de la idea 'legalista' de los derechos humanos, es decir, de aquella idea que mantiene que sólo puede hablarse de derechos humanos cuando estamos en presencia de un dispositivo estatal-legal de protección institucionalizada de tales derechos. Pero lo que tratan de transmitirnos los primeros teóricos de los derechos humanos no es esto, sino precisamente lo contrario, es decir, tratan de sugerir fuertemente que cuando estamos en presencia de derechos humanos o naturales es *cuando* el funcionamiento de un aparato institucional de violencia como es el sistema jurídico recupera su justificación cabal."⁵⁸

58. LAPORTA, F. J., "Sobre el concepto de derechos humanos", *op. cit.*, p. 38. Vid. Tb. NINO, C. S., "Sobre los derechos morales", *Doxa*, 7, 1990, p. 313-15. "Tal vez la vinculación de los derechos subjetivos morales con el respaldo a través de sanciones se justifique como una forma indirecta de decir que para que una relación normativa sea constitutiva de un derecho debe tener *efectividad*, vigencia, debe *gozar de reconocimiento*. Cuando ello ocurre la norma que subyace al derecho en cuestión se convierte en una norma social y aun -regla de reconocimiento mediante- en una norma jurídica (pienso que también supone una confusión del concepto del derecho en su eficacia). (...) Pero salvo que se identifique la existencia de las normas morales con esa vigencia (con lo que se aceptaría una posición convencionalista) no se ve por qué no se podrían invocar derechos precisamente para obtener su reconocimiento. El discurso habitual en términos de derechos morales -y centralmente el que alude a derechos humanos- no es un discurso constatativo de lo que generalmente se da; es un discurso de reforma y de brega; es un discurso dirigido a adecuar la realidad a ciertos ideales."

“Precursores” en la defensa de los derechos de las mujeres

Por M^a ENCARNACION FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ

Valencia

El presente año se cumple el segundo centenario de la *Déclaration des droits de la femme et la citoyenne*, escrita en septiembre de 1791 por Olympe de Gouges, una de los principales precursores, al lado de Condorcet y de Mary Wollstonecraft, en la reivindicación de los derechos de las mujeres. La ocasión parece adecuada para llevar a cabo un estudio sobre la aportación de dichos precursores a la defensa de los derechos de las mujeres y sobre el contexto en el que nacen sus reivindicaciones que es precisamente el de la situación de discriminación de las mujeres en la modernidad. Por esta razón hemos dividido nuestro trabajo en dos apartados. El primero se dedica al análisis de los caracteres de la discriminación de las mujeres en la modernidad, con especial referencia a las posturas doctrinales de Rousseau, Kant y Hegel sobre el particular. Por su parte, el segundo apartado se consagra a examinar las posiciones de aquellos autores y autoras que pueden ser considerados como los y las “precursores/as” en la defensa de los derechos de las mujeres, ya a finales del siglo XVIII, concretamente las aportaciones de Condorcet, Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft.

I. CARACTERES DE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES EN LA MODERNIDAD

La modernidad política, que se caracteriza por haber desarrollado la idea de los derechos humanos, cristaliza en el último cuarto del s. XVIII con las revoluciones americana y francesa en el contexto de las cuales se producen las grandes declaraciones de derechos: las americanas y la francesa de 1789. Ahora bien, la modernidad política en un primer momento no reconoce, ni siquiera formalmente, los derechos de participación política de las mujeres, en particular su derecho al sufragio, al igual que sucede con otros sectores de la población, en concreto los no propietarios, los trabajadores por cuenta

ajena. Si, como subraya Ballesteros, "la grandeza mayor de la reflexión y praxis política de la Modernidad ha residido en el esfuerzo por extender universalmente el debate y la discusión de los problemas políticos, en que consistió 'la libertad de los antiguos'"¹, lo cierto es que la generalización de los derechos humanos (en especial los de participación política) a través de la igualdad en la titularidad de los mismos no se conseguirá en un primer momento ni para los varones no propietarios, ni para las mujeres. La única excepción a este no reconocimiento inicial de los derechos políticos de las mujeres la constituye la admisión del sufragio femenino en 1776 en el Estado de Nueva Jersey no sólo para las elecciones municipales sino también para las nacionales, aunque extensivo únicamente a las que fueran propietarias².

Esta exclusión de las mujeres de la participación en la vida política es defendida por autores tan representativos de la modernidad como Kant y Hegel.

Kant en una muy breve referencia a la mujer en su "Respuesta a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?" parece incluirla en lo que él llama "autoculpable minoría de edad (*Unmündigkeit*)"³ y en diversos pasajes de su obra la priva expresamente del derecho al voto equiparándola con el niño, pues, además de defender el voto censitario, exige para tener derecho al voto, esto es, para ser ciudadano activo, para poder ser colegislador, la cualidad *natural* de no ser niño ni mujer⁴.

1. Vide BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 69.

2. Cfr. MARSA VANCELLS, P., *La mujer en el derecho político*, Pamplona, EUNSA, 1970, p. 55.

3. KANT, I., "Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?", en AA.VV., *¿Qué es la Ilustración?*, trad. de A. Maestre y J. Romagosa, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 9-10.

4. KANT, I., "En torno al tópico: Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica", trad. de M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en *Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 34 y *La Metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1984, p. 314.

En un interesante trabajo titulado "Por una Ilustración feminista", Adela Cortina sugiere, apoyándose sobre todo en los análisis kantianos en las *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime* considerados además a la luz de la *Crítica del Juicio estético*, que en la base de la discriminación jurídico-política de las mujeres en el pensamiento de Kant "se encuentra la inconfesada convicción de que las mujeres son realmente incapaces de vida moral" (CORTINA, A., "Por una Ilustración feminista", en *Leviatán* 35, primavera 1989, pp. 101-111. La cita está tomada de la p. 105). En parecido sentido, OKIN, S. M., "Reason and Feeling in Thinking about Justice", en *Ethics*, vol. 99, n. 2, pp. 229 y ss.

Por su parte Hegel en el párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*⁵ "niega radicalmente -como subraya Ballesteros⁶- la posibilidad de acceso de las mujeres a las tres actividades modernas hegemónicas (ciencia, Estado y economía)", reduciendo el puesto de la mujer al ámbito de la familia y ello en base a los siguientes argumentos. En primer lugar, porque mientras que el varón representa la universalidad y la objetividad de la razón, la mujer encarna el sentimiento. En segundo lugar y como consecuencia del anterior, porque en relación con el mundo exterior el varón representa la fortaleza y la actividad y la mujer la pasividad y la subjetividad. En base a estos mismos argumentos Hegel considera en particular peligrosa para el Estado la participación política de las mujeres. "El Estado correría peligro -declara en la nota del citado párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*- si hubiera mujeres a la cabeza del gobierno, porque no actúan según exigencias de la universalidad sino siguiendo opiniones e inclinaciones contingentes".

Ese mismo alegato, junto con otros, había sido utilizado en Francia en la época de la Convención para justificar la disolución de los clubes femeninos decretada el 20 de octubre de 1793. En efecto, en el informe⁷ que días antes había presentado a la Convención Amar, en nombre del *Comité de sûreté générale*, se pedía la disolución argumentando, entre otras cosas, que las asociaciones de mujeres en cuanto que suponían una participación activa de éstas en política, resultaban peligrosas para los asuntos públicos pues las mujeres están más expuestas al error y a la seducción y tienen una mayor tendencia a la exaltación.

Por otra parte, de acuerdo con la teoría del reconocimiento de Hegel, el individuo logra su pleno reconocimiento en el Estado, en cuanto está

5. HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, trad. de J. L. Verma, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1975, párrafo 166, pp. 212-213.

6. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, cit., p. 129.

7. Citado por DUHET, P.-M., *Les Femmes et la Révolution (1789-1794)*, Paris, Julliard, 1971, pp. 150 *in fine*- 158, en particular p. 157.

Y. Bessières y P. Niedrwiecki, en su trabajo *Las mujeres en la Revolución francesa. 1789. Bibliografía*. Cuadernos de Mujeres de Europa. n° 33. Comisión de las Comunidades Europeas, enero de 1991, subrayan cómo la decisión de la Convención de disolver los clubes femeninos instauró la "muerte política" de las mujeres, mientras que el Code Civil consagró su "muerte civil" (Cfr. *op. cit.*, p. 9).

dispuesto a sacrificarse, a morir y/o matar por el Estado⁸, lo cual explica la primacía del sexo masculino sobre el femenino.

Junto a esta exclusión de la participación en la vida política, las mujeres se vieron también excluidas en la modernidad de la participación en la vida económica y cultural.

En relación con el primero de los aspectos señalados, Ivan Illich⁹ subraya cómo en el s. XIX, paralelamente a la implantación en el mundo occidental de una economía basada en el trabajo asalariado que sustituía a la anterior economía de subsistencia en la que la mayoría de las personas creaban su subsistencia gracias a actividades múltiples al margen de todo intercambio monetario, las mujeres fueron excluidas del trabajo asalariado o, a lo sumo, relegadas a trabajos asalariados de segunda categoría -primero en la máquina de coser, después en la máquina de escribir y finalmente en el standard o en la terminal informática- y, sobre todo, fueron excluidas de toda contribución a la subsistencia familiar al ser confinadas en el hogar como amas de casa económicamente dependientes, por primera vez, improductivas y reducidas a realizar lo que Ivan Illich llama el "trabajo fantasma" (*shadow-work, Schattenarbeit, travail fantôme*) dentro del hogar.

El trabajo fantasma -del que el trabajo del ama de casa no es para Illich la única manifestación, aunque sí el prototipo- representa según el citado autor la forma de discriminación más característica de las sociedades industriales avanzadas actuales.

Por su parte la exclusión de las mujeres de la participación en la vida cultural, así como la discriminación educativa son abiertamente justificadas por Rousseau y por Hegel.

En el libro quinto de *El Emilio* titulado "Sofía o la mujer", Rousseau traza un programa completo de educación femenina partiendo de dos principios básicos.

El primero de ellos es formulado en los siguientes términos: "Una vez que se ha demostrado que el hombre y la mujer no están ni deben estar

8. HEGEL, G. W. F., *op. cit.*, párrafos 325, 326, 327 y 328.

Sobre las implicaciones de la teoría del reconocimiento de Hegel en otro orden de cosas, concretamente en relación con la sacralización de la defensa que se considera como el mayor riesgo para la paz porque conduce necesariamente a la aceptación de la guerra, ver DE LUCAS MARTIN, F. J., "La noción de defensa y la crisis de legitimidad. ¿Qué significa defensa?", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. II, 1985, pp. 77 y ss., concretamente, pp. 80-81 y 86.

9. ILLICH, I., *Le travail fantôme*, Paris, Seuil, 1981, pp. 117-139 *passim*.

constituidos del mismo modo, de carácter ni de temperamento, se desprende que no deben tener la misma educación"¹⁰. Cultivar en las mujeres las cualidades del hombre -escribe- y descuidar aquéllas que les son propias, perjudicaría a las mismas mujeres. Ello no significa -continúa- que las mujeres deban ser educadas en la ignorancia. La naturaleza quiere que piensen, que juzguen, que amen, que conozcan, que cultiven su espíritu como su rostro. "Ellas deben aprender muchas cosas, pero solamente -concluye- aquéllas que les conviene saber"¹¹.

El segundo principio del que parte Rousseau es el de que "toda la educación de las mujeres debe ser relativa a los hombres. Complacerles, serles útiles, hacerse amar y honrar por ellos, educarlos de jóvenes, cuidarlos de mayores, aconsejarles, consolarles, hacerles la vida agradable y dulce: he aquí los deberes de las mujeres en todos los tiempos y lo que debe enseñárseles desde su infancia"¹².

De conformidad con estos principios el modelo rousseauiano de educación femenina incluye la costura, el bordado, el encaje, el dibujo¹³; el canto, la danza y, en general, las artes agradables, entre las que ocupa un lugar de primer rango el arte de hablar agradablemente¹⁴. Aunque admite que se enseñe a las mujeres a leer y a escribir, no le parece conveniente que se las apremie a aprender en su temprana edad. "Después de todo, ¿escribiste-¿qué necesidad hay de que una muchacha sepa leer y escribir tan pronto? ¿Tendrá inmediatamente un hogar que regir? Hay muy pocas que no hagan mayor abuso que uso de esta fatal ciencia; y todas son demasiado curiosas para aprender sin que se les fuerce a ello, cuando tengan tiempo y ocasión"¹⁵. Considera, en cambio, que deben aprender pronto a contar¹⁶.

En cuanto a la formación moral, las cualidades que desde muy pronto deben inculcarse a las jóvenes son la laboriosidad¹⁷; la docilidad y la

10. ROUSSEAU, J. -J., *Emile ou de l'éducation*, en *Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, vol. IV, Paris, Gallimard, 1969, p. 700.

11. Cfr. *Ibid*, pp. 701-702.

12. Vide *Ibid*, p. 703.

13. Cfr. *Ibid*, pp. 706-707.

14. Cfr. *Ibid*, pp. 715-720.

15. Vide *Ibid*, p. 708.

16. Cfr. *Ibid*, p. 708.

17. Cfr. *Ibid*, p. 709.

dulzura¹⁸; la estima por los cuidados de su sexo, que sepan velar por su hogar y ocuparse de su casa¹⁹ y el pudor, la modestia y la honestidad²⁰.

Por lo demás, para Rousseau el cultivo de la razón que conviene al espíritu de las mujeres se circunscribe a objetos muy limitados. Importa a las mujeres cultivar la razón en cuanto que las conduce a conocer sus deberes y a amarlos por la consideración de sus ventajas. Aparte de estas reflexiones que inciden inmediatamente en sus deberes, las reflexiones de las mujeres deben tender al estudio del alma de los hombres (pero no, por abstracción, del espíritu del hombre en general, sino del espíritu de los hombres que las rodean y a los que están sometidas, sea por la ley, sea por estar sujetas a su juicio, a su opinión) o a los conocimientos agradables que sólo tienen el gusto por objeto²¹.

Rousseau justifica inequívocamente la exclusión de las mujeres de la participación en la vida cultural. “La investigación de las verdades abstractas y especulativas, de los principios, de los axiomas en las ciencias, todo cuanto tiende a generalizar las ideas -declara- no es de la incumbencia de las mujeres, cuyos estudios deben relacionarse todos con la práctica”²². Las obras de talento -continúa diciendo- exceden de sus capacidades. Y carecen asimismo de las cualidades necesarias para las ciencias exactas y los conocimientos físicos²³.

En parecido sentido, Hegel, en la nota del párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*, declara: “Las mujeres pueden por supuesto ser cultas, pero no están hechas para las ciencias más elevadas, para la filosofía y para ciertas producciones del arte que exigen un universal. Pueden tener ocurrencias, gusto y gracia, pero no poseen lo ideal”.

Por lo demás, Hegel consagra asimismo en lo referente a la educación de las mujeres los estereotipos sexistas, al declarar, también en la nota del citado párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*: “Sin que se sepa por qué la educación de las mujeres tiene lugar de algún modo a través de la atmósfera de la representación, más por medio de la vida que por la adquisición de conocimientos, mientras que el hombre sólo alcanza su

18. Cfr. *Ibid*, pp. 709-711.

19. Cfr. *Ibid*, p. 715.

20. Cfr. *Ibid*, pp. 737 *in fine*- 745.

21. Cfr. *Ibid*, pp. 730-737.

22. Vide *Ibid*, p. 736.

23. Cfr. *Ibid*, p. 737.

posición por el progreso del pensamiento y por medio de muchos esfuerzos técnicos''²⁴.

En relación con esta exclusión de las mujeres en la modernidad de la participación en la vida política, económica y cultural, se ha hecho una lectura en clave feminista de la ya clásica crítica de Adorno y Horkheimer de la razón ilustrada en cuanto "razón instrumental" que, al tiempo que subyuga la naturaleza, se erige en dominadora del hombre por el hombre²⁵, y se ha sostenido que, aunque el proyecto ilustrado, el proyecto de la modernidad, se presenta como un proyecto de liberación, de emancipación humana, razón por la cual representa en principio una promesa de liberación para las mujeres -de hecho, como luego veremos, las primeras reivindicaciones de los derechos de las mujeres, objeto central de nuestro trabajo, se sitúan en el contexto del movimiento ilustrado, e incluso en el marco de la Revolución francesa-, ello no obstante, "La Ilustración no cumplió sus promesas en lo que a la mujer se refiere, quedando lo femenino como aquel reducto que Las Luces no supieron o no quisieron iluminar, abandonando, por tanto, a la mitad de la especie en aquel ángulo sombrío de la 'pasión', la 'naturaleza' o 'lo privado'". "La razón ilustrada, que en un principio representa una promesa de liberación para la mujer, se trastueca en su opuesto -continúa diciéndose- justificando y consumando la sujeción de la mujer, una vez definido lo femenino como 'naturaleza'", porque la imagen ilustrada de la mujer ve a ésta como naturaleza-objeto, susceptible, por tanto, de dominación frente a la única subjetividad activa que es el varón. Se sostiene además que la crisis del proyecto ilustrado ha tenido mucho que ver con esta no asunción por parte de la Ilustración del programa feminista, pues no pudo ser posible una promesa de emancipación general basada en la sujeción de la mitad de la especie y se concluye que no puede hablarse hoy seriamente de una recuperación del proyecto ilustrado sin hacer referencia al feminismo²⁶.

24. Vide HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho...*, cit., parágrafo 166, nota, p. 213.

25. ADORNO, T.- HORKHEIMER, M., *Dialéctica del iluminismo*, trad. de H. A. Murena, Buenos Aires, Sur, 1969.

26. MOLINA PETIT, C., "El feminismo en la crisis del proyecto ilustrado", en *Sistema* 99, nov. 1990, pp. 135-142 *passim*. Las citas están tomadas de las páginas 135 y 137, respectivamente.

II. LOS PRECURSORES EN LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Los presupuestos doctrinales para la reivindicación de los derechos de las mujeres fueron establecidos ya, según ha puesto de manifiesto María Corrias Corona²⁷, en el último tercio del siglo XVII por el racionalista Poullain de la Barre en sus obras *De l'égalité des deux sexes* (1673), *De l'éducation des dames* (1674) y *De l'excellence des hommes contre l'égalité des sexes* (1675).

Aplicando el método cartesiano a la cuestión femenina, Poullain de la Barre denuncia el "prejuicio" de la inferioridad natural de la mujer -el error consiste en atribuir a la naturaleza lo que no es sino fruto de la costumbre- y sostiene la igualdad natural entre los sexos, en particular, en el plano racional e intelectual. "L'esprit -escribe- n'a point de sexe"²⁸. En consecuencia, se muestra partidario de una identidad de formación para varones y mujeres y del acceso de éstas a todas las funciones sociales.

Pero habrá que esperar más de un siglo, hasta la época de la Revolución francesa con su proclamación de los derechos del hombre y del principio de igualdad de derechos, para que la tesis de la igualdad natural entre los sexos se traduzca en el plano jurídico en una reivindicación de los derechos de las mujeres.

En efecto, la discriminación de las mujeres y, en particular, el no reconocimiento de su derecho a la participación política implicaba una contradicción evidente con los principios revolucionarios y, en especial, con el principio de igualdad de derechos. Contradicción implícita también por lo demás en el sistema de sufragio censitario.

La contradicción que suponía la exclusión de las mujeres de los derechos políticos fue puesta de relieve muy pronto por autores vinculados de uno u otro modo al movimiento revolucionario: por Condorcet en su *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité* publicado el 3 de julio de 1790 en el n.º V del *Journal de la société de 1789* y por Olympe de Gouges en su *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* escrita en septiembre

27. CORONA, M. C., "Alle radici del femminismo emancipacionista", en *Sociologia del diritto*, n. 3, 1988, pp. 29-39. Sobre el feminismo de Poullain de la Barre, ver también ALBISTUR, M. y ARMOGATHE, D., *Histoire du féminisme français*, Paris, Editions des femmes, 1977, T.1, pp. 225-247.

28. POUILLAIN DE LA BARRE, F., *De l'égalité des deux sexes*, Paris, Fayard, 1984 (reedición), p. 59 y *passim*.

de 1791, textos que han sido calificados como los dos grandes manifiestos feministas de la época de la Asamblea Nacional Constituyente²⁹; y, fuera del ámbito francés, por Mary Wollstonecraft³⁰, considerada como la pionera del feminismo británico, en su obra *A Vindication of the Rights of Woman* publicada a principios de 1792.

Condorcet es -en palabras de Benoîte Groult³¹- "el único feminista de la Revolución". Su defensa de las mujeres -subraya P. M. Duhet³²- es consecuencia de una rigurosa honestidad intelectual. Condorcet -escribe la citada autora- "reclama con firmeza... el derecho a la igualdad civil para los protestantes, la abolición de la esclavitud para los negros y el derecho de ciudadanía para las mujeres, conocedor de que todas las opresiones son semejantes entre sí".

En su *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité*³³ Condorcet subraya que al excluir a las mujeres de los derechos políticos, al privar tranquilamente a la mitad del género humano del derecho a participar en la formación de las leyes, los legisladores violaban los principios de 1789 y, en particular, el principio de igualdad de derechos.

Ya con anterioridad Condorcet había tomado posición abiertamente en favor de la igualdad de los derechos naturales de ambos sexos y del reconocimiento a las mujeres de los derechos políticos, en dos ocasiones: en 1787 en sus *Lettres d'un bourgeois de New Haven à un citoyen de Virginie* y en 1788 en su *Essai sur la constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*. Concretamente en la segunda de sus *Lettres d'un bourgeois de New Haven à un citoyen de Virginie*, declaraba lo siguiente: "¿No es en su cualidad de seres sensibles, capaces de razonar, con ideas morales, como los hombres reciben sus derechos? Las mujeres deben tener absolutamente los mismos y sin embargo, jamás, en ninguna constitución, aun de las llamadas

29. Cfr. DUHET, P. -M., *Les femmes et la Révolution, 1789-1794*, cit., pp. 54 y 57.

30. Acerca de la figura de Mary Wollstonecraft, de su vinculación a los círculos liberales británicos y a los principios de la Revolución francesa, de su feminismo, etc... ver CACHIN, M.-F., "Préface" de WOLLSTONECRAFT, M., *Défense des droits de la femme*, Paris, Payot, 1976, pp. 5-23.

31. GROULT, B., "Introduction" a DE GOUGES, O., *Oeuvres*, Paris, Mercure de France, 1986, p. 36.

32. DUHET, P. -M., *Les femmes et la Révolution...*, cit., pp. 57-58. Un buen estudio crítico del feminismo de Condorcet lo encontramos en la obra de ALBISTUR, M. y ARMOGATHE, D., *Histoire du féminisme français*, cit., T. 1, pp. 308-322.

33. CONDORCET, Marquis de, *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité*, citado por DUHET, P.-M., *Les femmes et la Révolution*, cit. p. 57-67.

libres, las mujeres ejercieron los derechos de ciudadano”³⁴ y que “la justicia exige que no (se) continúe excluyendo del derecho de ciudadanía a las mujeres”³⁵. En su ensayo de 1790 sobre las mujeres insiste en esta igualdad de los sexos en términos casi idénticos a los anteriores: “los derechos de los hombres -escribe- resultan únicamente de que son seres sensibles, susceptibles de adquirir ideas morales, y de razonar sobre estas ideas. De este modo, puesto que las mujeres poseen estas mismas cualidades, tienen necesariamente derechos iguales. O ningún individuo del género humano tiene auténticos derechos, o todos tienen los mismos; y aquél que vota contra el derecho de otro, cualesquiera que sean su religión, su color o su sexo, ha abjurado por ello mismo los suyos”.

Además, en su ensayo sobre las mujeres Condorcet refuta los diversos argumentos invocados para sostener la incapacidad de éstas para ejercer adecuadamente los derechos políticos, argumentos tales como la fragilidad natural de la mujer, su inferioridad intelectual y su ausencia de talento, su tendencia a dejarse llevar por los sentimientos más que por la razón.

Ello no obstante, el planteamiento de Condorcet adolece de dos graves limitaciones puestas de relieve por P. M. Duhet³⁶: la exclusión indirecta de las mujeres de la elegibilidad y la demanda del voto tan sólo para las propietarias.

Por lo que respecta a la primera de las limitaciones apuntadas, aunque Condorcet rechaza el pretexto según el cual la concesión a las mujeres de los derechos políticos (sufragio activo y pasivo) las llevaría a abandonar “sus obligaciones familiares y domésticas”, entiende sin embargo que precisamente a causa de estas obligaciones no son las más adecuadas para ocuparse de los asuntos públicos. Pero “esto puede ser un motivo -concluye- para no preferirlas en las elecciones, pero no puede ser el fundamento de una exclusión legal”. Vemos pues a Condorcet “resignarse finalmente -escribe P. -M. Duhet- al principio de una medio admisión al derecho de ciudadanía, aceptando mediante un rodeo -¡ya sabemos lo que pesan las razones para no preferirlas!- la exclusión de las mujeres de la elegibili-

34. Vide CONDORCET, “Cartas de un burgués de Nueva Hampshire a un ciudadano de Virginia sobre la inutilidad de dividir el poder legislativo en varios cuerpos”, en *Influencia de la revolución de América sobre Europa*, trad. de T. Ruiz Ibarlucea, prólogo de A. Palcos, Buenos Aires, Elevación, 1945, p. 139.

35. Vide *Ibid.*; p. 141.

36. Cfr. DUHET, P-M, *Les femmes et la Révolution...*, cit. pp. 64-67.

dad''³⁷. En suma, en lo que respecta a la elegibilidad, rechaza la exclusión *de iure*, pero admite e incluso justifica la exclusión *de facto*.

La segunda de las limitaciones señaladas viene dada por el hecho de que Condorcet no extrae de sus muy exactas afirmaciones sobre la igualdad de derechos de todos los seres humanos, la consecuencia que en buena lógica se deriva de ellas: el sufragio universal, sino que, como es sabido, defiende el sufragio censitario³⁸. Congruentemente con ello, en su ensayo sobre las mujeres sólo reclama el derecho de voto para las mujeres que poseen propiedades. "Vemos surgir -escribe P. -M. Duhet- esa modalidad de reivindicación feminista que practicarán las sufragistas en Inglaterra un siglo después: la extensión a las mujeres del voto censitario antes incluso de obtener el sufragio universal masculino que los socialistas reclamarán prioritariamente''³⁹.

Por lo demás, en su *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* -amplia revisión de todas sus ideas, que redactó poco antes de morir- Condorcet tomó posición una vez más en favor de la igualdad de derechos entre los sexos, abogando por "la total destrucción de los prejuicios que han establecido entre los dos sexos una desigualdad de derechos, funesta incluso para el sexo al cual favorece''⁴⁰.

Las dos limitaciones constatadas en el ensayo de Condorcet sobre los derechos políticos de las mujeres son claramente superadas en la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* de Olympe de Gouges, posterior en algo más de un año al texto de aquél⁴¹.

Olympe de Gouges fue una ferviente y activa revolucionaria, aunque moderada -estaba vinculada, sobre todo, a los girondinos- y expresamente enemiga de la violencia. Se ofreció para defender a Luis XVI y se declaró contraria a la pena de muerte para él. Ello, junto con otros factores -su toma de posición pública contra Robespierre y Marat y su escrito *Les trois urnes*

37. Vide *Ibid*, pp. 65 *in fine*- 66.

38. En este sentido, CONDORCET, "Cartas de un burgués de Nuevo Hampshire...", cit., pp. 136-139.

39. Vide DUHET, P.-M., *Les femmes et la Révolution...*, cit., p. 66.

40. Vide CONDORCET, Marqués de, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, trad. de M. Suárez, con introducción de A. Torres del Moral, Editora Nacional, 1980, p. 241.

41. Según se desprende de una postdata que permite situar la obra con bastante precisión, la *Déclaration* de Olympe de Gouges fue escrita unos días antes de que el rey aceptase la Constitución el 13 de septiembre de 1791 (Sobre este particular, DUHET, P.-M., *Les femmes et la Révolution...*, cit. p. 67 y nota 28.

ou le salut de la Patrie de 1793 que fue considerado como subversivo-, contribuyó a su condena, siendo guillotinado el 3 de noviembre de 1793⁴².

En su *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*⁴³ Olympe de Gouges proclama la igualdad de los sexos fundamentándola en la Naturaleza y en la Razón y constata que sin embargo las mujeres, a pesar de haber colaborado con los hombres en la Revolución⁴⁴, no habían obtenido de ella ventaja alguna, subrayando que el no reconocimiento de la igualdad de la mujer por parte de los legisladores revolucionarios representaba una inconsecuencia en contradicción con sus mismos principios.

Sobre la base de estas convicciones, la *Déclaration* consitituye un intento de hacer partícipes a las mujeres de las conquistas de la Revolución, en particular, de los derechos y libertades civiles y políticos proclamados en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, de la que la *Déclaration* de Olympe de Gouges es el correlato casi exacto, con la variante de las constantes y expresas referencias a la mujer como sujeto de los diversos derechos proclamados.

Especial atención merece su artículo sexto, de acuerdo con el cual "La Ley debe ser la expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y Ciudadanos deben participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación ... todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades, y sin otras distinciones que las de sus virtudes y sus talentos". Exige pues el sufragio tanto activo como pasivo para *todas* las mujeres, superando con ello la doble limitación de que adolecía el ensayo de Condorcet sobre los derechos políticos de las mujeres. Además, exigiendo el sufragio universal de varones y mujeres, Mme de Gouges -subraya P. -M. Duhet⁴⁵- se anticipa a la Constitución de 1793 y la supera, pues ésta reconocía el sufragio universal, pero sólo para los varones.

42. Sobre la figura de Olympe de Gouges ver DUHET, P-M, *Les femmes et la Révolution....*, cit. pp. 83-86 y GROULT, B., "Introduction" a DE GOUGES, O., *Oeuvres*, cit., pp. 11-64.

43. DE GOUGES, O., *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, en *Oeuvres*, cit., pp. 99-112.

44. Sobre el papel desempeñado por las mujeres en la Revolución francesa existe una amplia bibliografía. Sobre todo se han publicado numerosos trabajos con ocasión de la celebración del Bicentenario de la Revolución francesa. De entre la abundante bibliografía destacaremos el reciente trabajo de Y. Bessières y P. Niedzwiecki, *Las mujeres en la Revolución francesa. 1789. Bibliografía*. Cuadernos de Mujeres de Europa. nº 33, cit., que recoge además una amplia selección bibliográfica de lo publicado sobre el particular.

45. Cfr. DUHET, P-M, *Les femmes et la Révolution....*, cit. p. 70.

Por lo demás, la *Déclaration* de Olympe de Gouges no se limita a reclamar para las mujeres la plenitud de derechos civiles y políticos, sino que toca también otras cuestiones, concretamente relativas al derecho de familia. Así, se muestra partidaria de la libre investigación de la paternidad y de la equiparación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, anticipándose de este modo a conquistas jurídicas que no han sido obtenidas sino muy recientemente.

Pocos meses después de la aparición de la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* de Olympe de Gouges se publicaba en Londres a principios de 1792 otro gran texto feminista: *A Vindication of the Rights of Woman*⁴⁶ de Mary Wollstonecraft.

El interés de Mary Wollstonecraft por la educación y por la situación de las mujeres en la sociedad se había manifestado ya en diversas ocasiones en sus escritos. Por ello, animada por Paine y por Johnson, su editor, decidió consagrar una obra íntegramente a estas cuestiones, fruto de lo cual es *A Vindication of the Rights of Woman*.

El punto de partida básico de esta obra de Mary Wollstonecraft reside en su defensa de la igualdad de los sexos, en particular, en lo que se refiere a sus facultades intelectuales. Sobre esa base se opone a la triple discriminación de las mujeres en las esferas política, económica y educativa.

En lo que respecta a la primera de ellas, en la dedicatoria de su obra a Talleyrand pone de manifiesto que, habida cuenta de que las mujeres son, al igual que los varones, seres racionales, su exclusión de los derechos civiles y políticos es injusta e inconsecuente con los ideales revolucionarios.

En segundo lugar, en lo tocante a la esfera económica, sostiene que las mujeres no pueden ser confinadas por la fuerza en las tareas domésticas.

Pero es al tema de la educación de las mujeres al que la autora británica presta mayor atención en su obra. Mary Wollstonecraft critica expresamente la postura de aquellos autores que conciben la educación de las mujeres a partir de una visión de éstas como seres destinados a complacer al hombre y a estarle sometidas y muy especialmente las tesis de Rousseau en el libro V de *El Emilio*. En la misma línea de las ideas expresadas por Catherine Macaulay en sus *Cartas sobre la educación* (1790) cuya influencia reconoce explícitamente, Mary Wollstonecraft entiende que una adecuada educación

46. WOLLSTONECRAFT, M., *A Vindication of the Rights of Woman*, London, J-M Dent-New York, Dutton, 1965 (reedición), passim.

de las mujeres exige que se cultive su inteligencia y no sólo sus atractivos personales y los caracteres considerados como propios de su sexo: la docilidad, la dulzura, la obediencia. Sostiene que ello redundará en beneficio de las buenas costumbres y pondrá a las mujeres en condiciones de contribuir al progreso del saber y de la virtud. Además, desde su punto de vista, las mujeres sólo podrán defender sus derechos si la educación les permite cultivar su inteligencia y prepararse para ganarse la vida.

Para finalizar sólo nos resta hacer una última precisión acerca del significado de los autores a los que acabamos de referirnos en la historia de los esfuerzos por mejorar la situación social de las mujeres. Estos autores - Condorcet, Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft-, en los que hemos centrado nuestro trabajo, fueron "precursores"⁴⁷, a finales del s. XVIII, en la reivindicación de los derechos de las mujeres.

En cambio, el feminismo como movimiento, como fenómeno colectivo - si bien es importante aclarar que el feminismo no fue nunca, como tampoco lo es ahora, un movimiento unitario sino que abarca una infinidad de grupos, asociaciones, etc..., diversos entre sí- no surgirá hasta mediados del s. XIX con dos focos principales: Estados Unidos e Inglaterra desde donde se extenderá a otros países europeos, a Australia y a Nueva Zelanda⁴⁸. Si bien las primeras reivindicaciones de las feministas fueron educativas, económicas, participación en campañas de moralidad, etc..., el movimiento se aglutinará fundamentalmente, sobre todo a partir de comienzos de nuestro siglo, en torno a la demanda del voto -de ahí el calificativo de "sufragismo" con el que se conoce a los movimientos feministas de esta primera etapa-. El sufragismo estuvo sustentado básicamente por las mujeres de clase media y vinculado de uno u otro modo al liberalismo. En este sentido es significativa la conexión del sufragismo británico con John Stuart Mill, autor de un importante texto feminista: *The Subjection of Women* aparecido en 1869⁴⁹. También hubo en esta primera etapa de los movimientos feministas, un feminismo de inspiración socialista que se desarrolló sobre todo en Francia y Alemania y que ponía el acento de forma prioritaria en las reivindicaciones educativas y de mejora de las condiciones de trabajo. Esta primera etapa de

47. Como "precursores" los califica A. MARTIN-GAMERO en su *Antología del feminismo. Introducción y comentarios*, Madrid, Alianza Editorial, 1975, pp. 16-17, 41-48 y 243-245.

48. Concretamente, el origen del feminismo como movimiento, como fenómeno colectivo, suele situarse en 1848, en la Convención celebrada en la capilla wesleyana de Seneca Fall, Estado de Nueva York, en la que se aprobó un documento conocido como "Declaración de Seneca Fall" y en el que se reclamaba para la mujer la igualdad de derechos, entre ellos, el derecho de voto (En este sentido, A. MARTIN-GAMERO, *op. cit.*, pp. 17 y 51-57).

49. MILL, J. S., *The Subjection of Women*, London, J. M. Dent-New York, Dutton, 1965 (reedición).

los movimientos feministas se cierra cuando el feminismo empieza a remitir en torno a los años 20 o 30, según los países.

El feminismo resurgirá en los países occidentales en la década de los sesenta bajo el nombre genérico de "Movimientos de liberación de la mujer" con unos objetivos más amplios, ambiciosos y complejos que los de sus antecesoras las "sufragistas"⁵⁰.

50. Sobre el desarrollo de los movimientos feministas, sus diversas formas, objetivos, etc... puede verse ASTELARRA, J., "Estado, democracia y feminismo", en *Zona Abierta*, n° 27 (enero-marzo de 1983), pp. 133-151; MICHEL, A., *El feminismo*, trad. de J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 87 al final; NAVARRO FERRER, A. M^a, *Feminismo, familia, mujer*, Pamplona, Eunsa, 1982, cap. I, pp. 21-49. En particular, sobre la primera etapa de los movimientos feministas (desde mediados del s. XIX hasta los años 20 o 30), DOMENECH, A., *El voto femenino*, Cuadernos historia 16, n° 163 (monográfico); EVANS, R. J., *Las feministas: Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australasia, 1840-1920*, trad. de B. McShane y J. Alfaya, Madrid, Siglo XXI, 1980, 314 pp.; MARTIN-GAMERO, A., *Antología del feminismo...*, cit. pp. 49-90. Y sobre los movimientos de liberación de la mujer, MITCHELL, J., *La condición de la mujer*, trad. de J. Diéguez Garza, Barcelona, Anagrama, 1977. También sobre la segunda etapa de los movimientos feministas, su origen, desarrollo y situación actual en Europa Occidental en general y en Alemania, Italia y España, en particular, ver, respectivamente, en *Debats*, n° 27, marzo 1989, los artículos de F. HAUG, "Algunas enseñanzas del movimiento feminista de Europa occidental", pp. 28-32 y "Perspectivas de un feminismo socialista", pp. 33-44; de GRAMAGLIA, M., "Del feminismo a la solidaridad. El caso italiano", pp. 46-51 y de AMORÓS, C., "Del feminismo al feminismo", pp. 52-60.

4. FILOSOFIA POLITICA

Notas sobre el concepto de violencia política

Por RAFAEL HERRANZ CASTILLO

Madrid

La cuestión fundamental con respecto a la violencia política parece ser, ante todo, si su empleo está o no moralmente justificado, y si lo está, en qué circunstancias. Sin embargo, lo que pretendo discutir en este estudio son algunas ideas previas de carácter conceptual: en primer lugar, ver si el problema de la violencia tiene un papel que jugar dentro de la Filosofía Jurídica y Política; en segundo lugar, ofrecer una definición válida y útil de 'violencia'; finalmente, caracterizar los rasgos de la violencia política relevantes en el ámbito de la Filosofía Jurídica y Política. Intentaré exponer analíticamente algunas nociones básicas que sirvan de soporte para un tratamiento posterior más profundo de la materia.

I

El primer punto arriba esbozado es, en mi opinión, el de más pronta y fácil respuesta: la noción de 'violencia' ocupa un lugar central en el saber político. Se ha afirmado a menudo que el problema de la violencia es el problema primario que debe estudiar la Filosofía Política; o bien que el Estado moderno, como asociación política, es definible sólo por referencia a un medio específico, que es la violencia física (WEBER, 1984, 83). El Estado es la única fuente del derecho al uso de la violencia: es una relación de dominación entre seres humanos que se sostiene por medio de la fuerza. En última instancia, "Política" no es más que la distribución de la fuerza entre distintos grupos de individuos (WEBER, 1984, 84).

Hannah Arendt ha señalado también que "nadie consagrado a pensar sobre la política puede permanecer ignorante del enorme papel que la violencia ha desempeñado siempre en los asuntos humanos", a la vez que expresaba su sorpresa por la escasa atención que la comunidad científica ha

prestado al tema (ARENDR, 1973, 116). La solución más plausible, en su opinión, es que "nadie pone en tela de juicio ni examina lo que resulta completamente obvio".

En todas las épocas lo que se ha considerado inalterable, parte del "orden natural", no se ha calificado nunca como violencia. Lo que cuenta como 'violento', en un momento dado, es consecuencia de la posición y de la perspectiva de ciertos grupos sociales, por lo que diferentes grupos definirán 'violencia' desde diferentes puntos de vista. Tradicionalmente, el término 'violencia' podía reservarse para las acciones agresivas de ciertos colectivos contra el poder establecido, con el fin de derribarlo o de transformarlo. La violencia política suponía una alteración de la "normalidad", por muy injusta e ilegítima que ésta fuera; una alteración de la vida política cotidiana provocada por la reacción de algunos grupos contra las autoridades. En los tiempos que corren, esta visión debe ser enriquecida con nuevos elementos: de entre ellos, dos me parecen especialmente remarcables. Uno es la consideración de ciertas actuaciones del Estado como 'violencia' ejercida de forma continua y sistemática. Otro es la creciente participación de masas, de amplios sectores sociales, e incluso de ciudadanos conscientes y responsables, en la comisión de demostraciones y actos violentos (CAMERON, 1970; y WELLS, 1970).

Este último dato resulta especialmente destacable. La incorporación de la "ciudadanía respetable" a manifestaciones ilegales más o menos agresivas es relativamente nuevo, y forma parte de nuestra cultura política. Algunas personas, y algunos filósofos, se expresan como si la violencia ejercida por los ciudadanos fuera cualitativamente superior a la del Estado, al carecer éste de entidad moral propia. Francisco Laporta rechazó enérgicamente la tesis de que la violencia "privada" tenía un valor moral superior a la violencia pública e impersonal del Estado (LAPORTA, 1980, 115 y ss.).

En todo caso, no es éste el tema que nos interesa. Sólo queríamos apuntar la centralidad de la cuestión de la violencia para la Filosofía Política, a la vez que su complejidad: no existe un único comportamiento etiquetable como 'violento', pues, como veremos, el término admite muchos usos.

II

El problema de encontrar un concepto válido de violencia debe plantearse reconociendo la enorme variedad de definiciones propuestas. Una definición usual, estándar, la caracteriza como la utilización de fuerza desproporcionada, y un acto violento es el que se realiza con extraordinaria brusquedad. Se define también como acción furiosa, intensa, o turbulenta,

alteración del orden, o expresión agitada y destructiva (LAWRENCE, 1970, 31). Todos estos usos del término 'violencia' son descriptivos, no-morales; sin embargo, o quizá por ello, nos interesan muy poco para la esfera política. La mayor parte de los filósofos políticos maneja un concepto de violencia con rasgos evaluativos.

Uno de los autores que han expuesto con más claridad el dilema es Robert Paul Wolff, que, en un influyente artículo, optó explícitamente por un concepto evaluativo de 'violencia'. Rechazaba así cualquier aproximación puramente descriptiva o neutra, estableciendo una conexión directa entre violencia e ilegitimidad (WOLFF, 1969). Voy a defender la postura de Wolff mostrando, en lo posible, la implausibilidad de la tesis contraria.

En efecto, del debate originado en torno al artículo de Wolff resultó claro que una noción pura y estrictamente descriptiva de 'violencia' no era de utilidad para la Filosofía Política. Críticos de Wolff, como Bernard Gert (GERT, 1969) y Francis Wade (WADE, 1971) sostuvieron la necesidad de conservar el carácter normativo del concepto de violencia, por insuficiencia del elemento que llamábamos natural o neutral. Todos reconocieron la distinción entre ambos planos o usos del término, considerando que el análisis político había de centrarse sólo en los aspectos normativos (LAWRENCE, 1970, 31-32).

Contra un concepto neutro-descriptivo de 'violencia' pueden hacerse diversas críticas. En primer lugar, defenderlo nos obligaría a ser muy cuidadosos: no puede existir *ninguna* referencia de carácter valorativo; tenemos que definir 'violencia' de una forma estrictamente "conductista", por relación a un mero hecho físico del exterior, a una conducta considerada en sus aspectos externos. Pero una conducta que responda a tal definición no tiene por qué constituir violencia; y menos, violencia política. Para que ésta surja debemos conectarla con nociones como Poder, Autoridad, Legitimidad... No cabría definirla de forma totalmente neutral, al necesitar una referencia permanente a estas nociones.

Las conductas agresivas que se dan en el contexto de ciertos deportes (piénsese en el boxeo, la lucha, el rugby...), o los efectos producidos por una intervención quirúrgica, etc., no suelen calificarse de 'violentos' porque están sometidos a sus propias normas reguladoras, que definen, en el marco de esa actividad, lo que debe entenderse por "excesivo" o "ilícito". Desde la perspectiva que nos interesa, podemos afirmar que la violencia política surge siempre dentro de unas relaciones de poder, alterando o violando las reglas que rigen en la esfera política, en un marco que proporciona pautas y criterios valorativos.

Robert Holmes, otro crítico de Wolff, ha reconocido tanto la posibilidad de ofrecer definiciones descriptivas de violencia, como la superioridad y mayor utilidad de las definiciones normativas. En concreto, ha distinguido tres usos del término: los que llama “centrales”, “ampliados”, y “periféricos”. Los primeros son los que se ajustan mejor a nuestro objetivo: los usos centrales abarcan todos aquellos casos en que la presencia de violencia parece indiscutible para todos, atendiendo a nuestro sentido común y al lenguaje habitual (HOLMES, 1973, 395-97). Estos usos son preferentemente normativos, y giran en torno a esta idea: cuando decimos que alguien realiza un acto de violencia estamos diciendo algo sobre aquello que está haciendo, pero no sobre *cómo* lo hace. En el primer caso sí estamos ante un uso central de ‘violencia’: ésta no califica ni modaliza acciones, sino que está (o no) en su propio carácter, en su contenido.

Holmes apunta que no todas las acciones realizadas “violentamente” son actos de violencia en sentido estricto. Estos últimos se encontrarían al extremo final de una escala de comportamiento agitado o agresivo (HOLMES, 1973, 398-99). El uso de la fuerza física, por sí mismo, no siempre constituye violencia. También distingue Holmes entre la violencia ‘primaria’, ejercida directamente sobre las personas, y la violencia ‘secundaria’, ejercida sobre bienes y cosas (HOLMES, 1973, 394 y ss).

Aquí podemos ver ya adónde nos conduce el concepto no-descriptivo de violencia. Para que pueda hablarse de ella con propiedad (y muy especialmente de violencia ‘primaria’), se requiere la presencia de una específica intención de dañar, agredir o destruir. Un acto de violencia es un acto de fuerza excesiva y brutal realizado con esta específica voluntad de dañar (HOLMES, 1973, 403). La propia definición de violencia se integra con un elemento normativo, cual es la noción de daño (“harm” o “injury”); es un elemento normativo porque hace referencia a una violación de derechos de terceros o, en otro caso, a la violación de un deber (“neminem laedere”, según el adagio latino).

Casi todos los autores consultados se inclinan por esta postura, y definen la violencia política como “una violación de derechos” (WADE, 1971; y PERRY, 1970, 9), como una “violación de la personalidad” (GARVER, 1968), o como una “violación intencionada de ciertas reglas morales” (GERT, 1969). J. M. Cameron establece también una conexión necesaria y estable entre violencia y daño: “un visitante de Marte sería incapaz de entender la violencia si la considerase un término neutral descriptivo; sería incapaz de distinguir la tortura física de una operación quirúrgica” (CAMERON, 1970, 24). John Lawrence define la violencia como “la clase de acciones que resultan, o se pretende que resulten, en serio daño a la vida o a sus condiciones materiales”; en esta conceptualización, el significado de

'daño' depende de un juicio normativo sobre qué es el bienestar de otra persona (LAWRENCE, 1970, 35).

Otro rasgo típico de la violencia, que dificulta la tarea de definirla descriptivamente, es su carácter instrumental. La violencia política es un medio, y nunca un fin en sí mismo. Es ejercida en un contexto concreto, para acelerar la obtención de fines determinados. Ted Honderich considera que un elemento definitorio de la violencia es el de estar dirigida a conseguir un cambio en las políticas o sistemas de gobierno ("policies") (HONDERICH, 1973, 197). Si bien es comúnmente aceptado que las tácticas violentas son eficaces sólo para conseguir un objetivo inmediato, a corto plazo, y que la simple amenaza no puede por sí misma alcanzar objetivos fundamentales (MACFARLANE, 1977, 149).

También Hannah Arendt ha remarcado el carácter instrumental de la violencia política: precisa siempre de una guía, de una justificación; y de otra parte, su grado o intensidad depende únicamente de sus instrumentos, de artefactos, cuya eficacia destructiva aumenta según se desarrolla la tecnología y crece la distancia que separa a los oponentes. El recurso descarnado a la violencia entra en juego allí donde se está perdiendo autoridad y el poder es más débil (ARENDR, 1973, 153-55).

III

Estableciendo el carácter normativo del concepto de violencia no hemos avanzado demasiado. ¿En qué sentido preciso decimos que la noción de violencia política es una noción normativa? Propongo distinguir cuatro posibles soluciones, o significados de "normativo", en la línea que estamos siguiendo.

A) La primera posible solución es la más obvia, y también la menos plausible. Afirmar el carácter normativo del concepto de violencia implica reconocer que es un curso de acción "que debe ser seguido y practicado", que es un fenómeno a valorar positivamente, en suma, que la violencia es un bien por sí misma.

Esta posición no es nueva. Los apologistas de la violencia han abundado a través de los tiempos. A principios de siglo, Georges Sorel resaltaba cómo la violencia no llevaba camino de desaparecer, sino, al contrario, y debido a su prodigiosa eficacia, era "el gran hecho social de la hora presente", por lo que todo intento de eliminarla o de suavizarla estaba condenado al fracaso (SOREL, 1976, 123-124).

Es conocida su tesis, según la cual la violencia era una manifestación natural del ser humano, expresión de su energía interior; la violencia proletaria, en forma de huelga general o de revolución sindicalista, era el fundamento del mundo futuro, “el único medio de que disponen las naciones europeas, embotadas por el humanitarismo, para recuperar su antigua energía”. Pero esta violencia proletaria necesitaba un antagonista de similar magnitud: una burguesía fuerte, radical, dispuesta a luchar por la conservación del orden capitalista con todas sus fuerzas (SOREL, 1976, 139-43).

La visión de la violencia como una “catarsis colectiva”, tan deseable como necesaria, no es exclusiva de un profeta errático como Sorel (repudiado por izquierda y derecha, incatalogable, asistemático). En tiempos más recientes, Franz Fanon y el mismo Jean-Paul Sartre, junto a otros pensadores representativos de la Nueva Izquierda, revalorizaron el recurso a la violencia, otorgando a ésta una importancia esencial en todo proceso de cambio político. Las consecuencias de estas posturas son enormemente desestabilizadoras para la vida social, y conocemos bien el coste en vidas y en libertades que conllevan (ARENDDT, 1973, 167 y ss.; CAMERON, 1970, 26-27). Pero es que, además, sus presupuestos son erróneos, y sólo pueden mantenerse desde un estricto “aislacionismo”, desde el exterior del sistema social, y el rechazo a toda negociación y diálogo. Los violentos se limitan a proponer un gobierno del terror sin razones ni discusión.

B) Si caracterizar a la violencia por su bondad o virtud es inadmisibile, podemos caer en la tentación de ir al extremo opuesto. Podríamos sugerir que el elemento normativo presente en la definición de violencia implica que ésta es mala y perversa por definición, que es siempre reprobable, y debe ser evitada a toda costa. Esta postura cuenta con muchos más seguidores que la anterior, y parece encajar mejor con nuestras convenciones morales.

Los autores que definían la violencia por referencia a la idea de ‘daño’ introducían, habitualmente, este elemento de reprobación en su análisis, haciendo que el concepto de violencia resultara valorativamente “cargado”. Así lo hacían Bernard Gert y C. Perry. Harold Lief la define como un comportamiento extremadamente agresivo, caracterizado por el uso de fuerza incontrolada, y por su naturaleza irracional, que la inhabilita para servir a fines loables (LIEF, 1963, 57). Raziel Abelson indicó que “aplicar el término ‘violencia’ a algunas acciones, y no a otras, es condenar a las primeras, y excusar las segundas. El status axiológico de la violencia es único y negativo” (ABELSON, 1969, 38).

La práctica de la violencia, por los daños y agravios que produce a terceras personas, necesita una especial justificación. Toda violación de

derechos requiere buenas razones que la justifiquen (no sólo que la expliquen causalmente). En algún sentido, todo acto que hiere, lesiona o incapacita a un ser humano es malo e injusto, y requeriría cumplida justificación ética. Es absurdo abogar, sin más, por el daño a otros. Pero parece posible argumentar, en supuestos concretos, que el mal producido es menor que el mal previsible y evitado, por lo que la violencia era necesaria. Esta violencia se configuraría, entonces, como una actividad *prima facie* mala, o reprobable, pero justificable en última instancia una vez considerados todos los factores. Con esto queremos decir que, si no existen razones morales poderosas que justifiquen el uso de medios violentos, éstos deben evitarse cuidadosamente. De este modo, no estamos definiendo violencia como algo diabólico y perverso por sí mismo, como “algo que rechazamos”, sino que establecemos un criterio de aproximación analítico. Es el camino seguido por Robert Holmes: “si la violencia no es mala por definición, sí lo es *prima facie*, por el hecho de que está *prima facie* mal dañar a las personas” (HOLMES, 1973, 403-04). Esta conexión puede ser contingente o necesaria (no entramos en ello), pero de ella se sigue, en todo caso, el carácter decididamente normativo del concepto de violencia, sin prejuzgar la valoración moral última que puede recibir un acto específico de violencia.

Este acercamiento es, sin duda, el más fructífero. El análisis del concepto de violencia no debe partir de su enjuiciamiento *a priori* como mala, inmoral o injusta. Deben permanecer abiertas algunas instancias de justificación, que den cuenta del valor moral positivo que algunos actos de violencia pueden tener (WELLS, 1970, 27-28). Una definición neutral emerge con más fuerza, como más válida y útil para la Filosofía Política. Las discusiones que descalifican de principio cualquier forma o tipo de violencia cierran la discusión de problemas importantes, excluyen el diálogo sobre estas cuestiones, y dejan sin posible sentido análisis posteriores (por ejemplo, sobre la legitimidad de la violencia, o el de su clasificación). Si los sentimientos de la gente hacia la violencia fueran uniformes y simplemente negativos el argumento Abelson/Lief sería más sólido. Pero muchas personas desean distinguir entre buena y mala violencia: y esta distinción sólo es posible si partimos de un uso neutral del término, no “volcado” valorativamente. Una definición neutral y aséptica de violencia presenta una poderosa ventaja: facilitar un planteamiento claro de las cuestiones. Por ejemplo, podría dar mejor cuenta de la existencia de ciertos grupos profesionales cuya función es infligir daños a otras personas en ciertas circunstancias (policías, vigilantes, soldados, verdugos...) (LAWRENCE, 1970, 33).

C) Hemos indicado que el carácter normativo del concepto de violencia no supone una predisposición larvada, no implica que ese concepto exprese por sí mismo un conjunto de convicciones sobre lo que está bien o mal. Con

ello queremos evitar la asunción de un juicio de valor final sobre el significado de la violencia, y defender que dicho juicio (en el plano de la justificación moral de los actos) debe ser independiente del análisis del concepto de violencia. Entonces, ¿qué sentido tiene seguir hablando de un concepto normativo de violencia?

Proponemos esta interpretación alternativa: la correcta definición del concepto de 'violencia' implica, por la naturaleza de ésta, la presencia o introducción de elementos de carácter normativo sin los cuales no se comprende este fenómeno. La violencia no sería buena ni mala por definición (con las salvedades apuntadas, *prima facie*, etc.), pero para caracterizarla y determinar su significado necesitamos recurrir a datos y nociones con alcance normativo, y no meramente descriptivo.

El concepto de violencia se conecta, como dijimos, con el concepto de daño. Los actos de violencia se encaminan a la causación de daños o agravios a otras personas. Por tanto, una definición operativa de violencia, además de neutral, habrá de asumir la amplitud y vaguedad del concepto: deberá reflejar toda la amplia gama de daños y atropellos que las personas sufren realmente, causados por otras personas, así como el vasto abanico de medios a través de los cuales se ejerce la violencia (LAWRENCE, 1970, 35). Así, nos interesa fijarnos más en los resultados de la violencia que en sus técnicas, o que en sus cualidades físicas. La violencia política es consecuencia de un proceso, intencionalmente dirigido y guiado, en busca de un fin político-social más o menos inmediato. Lo que es común a los diversos tipos de violencia política es, a mi juicio, una intencionalidad de causar daño, una voluntad de agredir, un resultado lesivo para los derechos o intereses de terceras personas, todo ello provocado en aras a la consecución de objetivos políticos particulares (LAWRENCE, 1970, 34).

Siempre que hablamos de violencia contra seres humanos ("violencia primaria") la noción de daño es decisiva. Sea por referencia a un agente externo personalizado que inflige dolor, sufrimiento, angustia o ansiedad; sea por referencia a una fuerza coactiva o a una institución que actúa en violación de derechos humanos fundamentales; sea por referencia a un empeoramiento con respecto a su situación anterior, la idea de 'daño' está siempre presente. Y no sólo se requiere que alguien resulte dañado o perjudicado, sino que este daño resulte de acciones humanas intencionadas (HOLMES, 1973, 400-01). Estos propósitos o expectativas, dirigidos a la producción de un daño, distinguen un acto típico de violencia de otros usos marginales o accidentales de fuerza destructiva.

De esto se deduce que ninguna modalidad de violencia política puede ser entendida en términos estrictamente descriptivos o "factuales". Los actos

de violencia que analizamos no están entre los hechos que pudiéramos llamar “primitivos” o “brutos” del mundo: los usos centrales del concepto sugieren, más bien, una vinculación inmediata con otros términos y conceptos de carácter normativo y evaluativo (HOLMES, 1973, 402).

D) La última interpretación que deseo comentar es aquella que liga directamente las nociones de ‘violencia’ y ‘legitimidad’. Según esta tesis, la violencia se definiría como “el uso ilegítimo o no autorizado de la fuerza para producir decisiones contra la voluntad de otros” o como “el empleo político de la fuerza física en formas proscritas por un gobierno legítimo” (WOLFF, 1969, 606 y 610).

El carácter normativo de estas definiciones queda fuera de toda duda. La violencia se conceptualiza aquí como ilegítima por definición, desautorizada, injustificada. Obsérvese que no hay referencia a que la prohibición de la violencia “sea hecha por aquéllos generalmente aceptados como autoridades legítimas”, sino que la conexión es directamente normativa: violencia -uso ilegítimo de la fuerza. Robert Paul Wolff, que propuso esta definición, señaló que recurrir a otras vías, como la producción de un daño físico, la interferencia corporal, o la agresión personal directa, para definir la violencia, “sirve habitualmente un propósito ideológico, cual es rechazar o descalificar, como inmoral e ilegítimo, el único instrumento de poder accesible a ciertas clases sociales” (WOLFF, 1969, 606-08).

Esta forma de caracterizar la violencia cuenta con una importante tradición doctrinal en su favor. Hannah Arendt afirmó que “la violencia puede ser justificable, pero nunca será legítima” (ARENDR, 1973, 154). Mientras que el poder político no necesitaría de justificación, pero sí de legitimidad, la violencia no puede ser calificada como ‘legítima’, aunque quepa justificarla en casos concretos. Leslie MacFarlane siguió un camino similar, para concluir que “la violencia es la capacidad o el acto de imponer la voluntad de un sujeto sobre otro, cuando la imposición se considera ilegítima” (MACFARLANE, 1977, 69-70). Según esta definición, la existencia o no de violencia política dependerá de la atribución efectiva de legitimidad o ilegitimidad hecha por los miembros del grupo social. De modo que no se prejuzga, de antemano, qué tipo de conductas o acciones han de ser calificadas de ‘violentas’: serían los propios ciudadanos los que terminan de definir los límites de lo que entienden por ‘violencia’. MacFarlane emplea este análisis para criticar la postura de Wolff, que concluía considerando incoherente o sin sentido el propio concepto de violencia política.

Wolff rechaza, en efecto, cualquier acepción de ‘violencia’ que la identifique con usos reprobables, por sí mismos, de la fuerza física, que

requieran una justificación especial: una tal definición sería, dice, un mecanismo retórico para preservar esas utilidades políticas de la fuerza que consideramos hostiles a nuestros intereses vitales (WOLFF, 1969, 613). Si bien estamos de acuerdo en evitar esta carga o “lastre valorativo”, no lo estamos en introducir, en el propio concepto de violencia, una noción tan compleja como la de ‘legitimidad’. A esta crítica cabe añadir otras: en la interpretación de Wolff no tienen cabida los actos violentos desautorizados por instancias distintas al Estado, éste es el único que puede permitirla o prohibirla; tampoco se distinguen los diversos tipos de actos violentos prohibidos por las leyes; ni se admite la posibilidad de que un Estado legítimo se involucre en prácticas violentas; por último, su postura le lleva a afirmar que no existe ninguna autoridad política legítima, pues sería incompatible con la autonomía individual (MACFARLANE, 1977, 67-69; HOLMES, 1973, 388-94).

Cualquier definición de ‘violencia’ que parta de su ilegitimidad, de su prohibición legal, de la forma en que es tratada por un determinado gobierno, está condenada al fracaso. Resulta estrecha, limitada. Resulta incapaz de explicar cómo una autoridad puede recurrir al empleo de medios violentos, y de clasificar éstos en justificables e injustificables; o cómo un Estado democrático legítimo puede ejercer la violencia sobre algunos de sus ciudadanos. La solución que se le suele dar a estas cuestiones pasa por diferenciar entre fuerza y violencia, reservando la primera para las agresiones del Estado, y la segunda para las agresiones contra el Estado. ¿Qué dificultades encierra esta propuesta?

IV

Diversas definiciones, algunas de ellas ya expuestas, intentan distinguir entre violencia y fuerza, tomando como criterio distintivo la existencia o no de legitimidad. MacFarlane plantea la distinción explícitamente: cuando la imposición de una voluntad sobre otra se considera legítima estamos ante un acto de fuerza; cuando se considera ilegítima, estamos ante un acto de violencia (MACFARLANE, 1977, 69-70). Glenn Gray señala que el concepto de ‘fuerza’ se usa propiamente sólo en el contexto de un poder legítimo, como medio de promover fines sociales; más allá del mínimo indispensable para la consecución de estos fines se convierte en mera violencia (GLENN GRAY, 1970, 14).

Otros autores han establecido esta distinción sobre bases diferentes: quién es el agente de la coacción, su objeto, el grado de coacción ejercido... Pero en todos los casos parece latir, en el fondo, una idea común: mantener

en esferas separadas la coacción estatal y la ejercida por los particulares (WELLS, 1970, 29-30). Pero con esta línea argumentativa se traza una divisoria irreal, separando clases o modos diversos de un mismo fenómeno, en atención sólo al agente promotor de éste. Este aspecto resulta de notoria importancia para nuestro análisis, porque se trataría de aplicar a la coacción estatal un concepto más neutro y aséptico, como es el de 'fuerza', evitando el uso de un concepto más normativo, ligado a las ideas de daño y violación de derechos, como era el de 'violencia'.

La mejor respuesta es, a nuestro juicio, insistir en el carácter instrumental de la violencia, que la hace susceptible de ser empleada por cualquier persona, grupo, instancia u organismo (ARENDRT, 1973, 147-48). Grahan y Gurr establecen unas conexiones entre fuerza y violencia como conceptos interrelacionados: la fuerza, si no se traduce en violencia, envuelve una amenaza; la violencia es coactiva si se usa con la intención de influir en las decisiones de los demás (GRAHAM y GURR, 1969, xxxii). H. L. Nieburg define la violencia como "fuerza en acción", aplicada a dañar o destruir personas o propiedades, por lo que fuerza y violencia se encuentran siempre unidas, si bien a veces imperceptiblemente (NIEBURG, 1969, 10-15; NIEBURG, 1966, 157-60). En última instancia, la violencia se convierte en una forma "natural" de comportamiento político, susceptible de ser medida y cuantificada a lo largo de los procesos políticos ordinarios (NIEBURG, 1969, 5).

Sin embargo, no podemos perder de vista un hecho evidente: por muy habitual que sea la violencia, presenta rasgos característicos que tienden a trasladarla "fuera del sistema", más allá de las reglas de conducta observadas en él. Honderich se da perfecta cuenta de esto al definir la violencia política como "un uso de la fuerza prohibido por el Derecho y dirigido a un cambio en la forma de gobierno" (HONDERICH, 1973, 197). La idea es que la violencia está siempre al margen de las normas que regulan un sistema político, y por ello está siempre proscrita por los ordenamientos jurídicos. Pero no es completamente correcto. Es conocida la influyente tesis de Teoría General del Derecho según la cual éste no es más que la regulación institucionalizada del uso de la fuerza y de la coacción. El gran problema, que muchos autores no afrontan claramente, es la existencia de dos formas de actividades violentas: las ejercidas por el Estado y sus agentes, de un lado, y las ejercidas por los particulares, e instancias extraestatales, del otro.

La definición de Honderich es correcta cuando nos estamos refiriendo a la violencia ejercida por personas o grupos privados, fuera de un esquema institucional y jurídico. Es la violencia que ha sido llamada 'directa' o 'primaria' (WALDMANN, 1985, 87), y que tradicionalmente recibía el

nombre de 'violencia privada' (LAPORTA, 1980). Bajo esta rúbrica se agrupan dos tipos muy distintos de violencia que conviene distinguir: aquellos actos dirigidos específicamente contra las autoridades políticas, y aquellos actos de violencia dirigidos contra particulares y también prohibidos por las leyes. En esta segunda categoría cabe incluir la delincuencia profesional, y diversos actos de violencia que quedan al margen de la "Política", puesto que no se dirigen contra los poderes y agentes estatales, ni pretenden un cambio de gobierno o legislación (MACFARLANE, 1977, 139 y ss.).

En cambio, la violencia ejercida contra las instancias representativas del Estado puede calificarse, sin ambages, de 'violencia política'. Su propósito es influir en, o determinar, un cambio social y/o político, una modificación legal, o cualquier tipo de transformación o reequilibrio en la estructura de poder. El daño o agravio se causa a una institución (además de a personas concretas, no lo olvidemos), y la intención última es precisamente ésa. Aquí vemos con claridad el carácter normativo del concepto de 'violencia política'. Hay una intención y unos objetivos políticos, se causan unos daños de carácter político, y a la violencia subyace una pretensión de cambio, reforma o revolución: la violencia es instrumental al servicio de unos fines. Esta modalidad o forma de violencia es propia de grupos disidentes, de minorías activistas (a veces muy amplias), pero en ningún caso de individuos totalmente aislados (MACFARLANE, 1977, 147; ARENDT, 1973, 167). En la práctica de la violencia, tanto esporádica como continuada, pero especialmente de ésta, se produce un fuerte sentimiento de coherencia de grupo, de pertenencia, de solidaridad: es lo que Michael Walzer ha llamado 'membrecía' (WALZER, 1970). Los activistas violentos actúan siempre por referencia, por una parte, a "ideales" abstractos y genéricos (la nación, la clase social...), y por otra, a los valores, reglas y pautas de conducta específicas del grupo formado por los activistas.

Pero esta forma de violencia, ejercida por particulares y grupos contra los agentes y órganos del estado, es sólo una de las posibles manifestaciones de la violencia política. Junto a esta violencia directa o primaria cabe mencionar la 'violencia estructural'. Este concepto ha surgido debido, en un principio, a las evidentes desventajas que acarrea restringir la noción de violencia a la coacción directa, al daño físico material; como réplica o "anticoncepto" se desarrolló una idea radicalmente opuesta: la violencia está en todas partes, y cubre casi todo el espectro de la actividad humana. La noción de 'tolerancia represiva', elaborada por Marcuse, se encontraría próxima a estas tesis (MARCUSE, 1973).

Pero quien más ha trabajado sobre este concepto ha sido Johan Galtung: es famosa su definición de violencia como la causa de la diferencia entre lo

potencial y lo actual (GALTUNG, 1966 y 1972). No es preciso insistir en las serias deficiencias de esta teoría, y en los excesos a que ha conducido: la noción de 'violencia estructural' no sólo amplía desmesuradamente el ámbito de aplicación propio del concepto de violencia, sino que lo traslada fuera de su marco tradicional hasta cubrir todas las esferas de la vida social, con lo que el concepto pasa a convertirse en un lugar común, "válido para todo", y pierde, no sólo su significado primario, sino incluso su valor persuasivo.

En otra línea distinta, mucho más matizada, James Fishkin define la tiranía como "una política, elegida por el gobierno, que impone severas privaciones, a pesar de que una política alternativa no habría impuesto severas privaciones a nadie". Estas privaciones son entendidas como daños en el plan de vida individual, en la capacidad de orientar las acciones propias de acuerdo con principios adoptados por uno mismo. La tiranía, con la violencia "estructural" que conlleva, supone una agresión no necesaria a la dignidad y autonomía moral de las personas (FISHKIN, 1977).

Otra noción que ha sido propuesta recientemente, para remediar algunos de los excesos que mencionábamos, es la de 'violencia institucional', que parece representar un compromiso entre los conceptos "tradicional" y "alternativo" de violencia. La 'violencia institucional' se caracterizaría por ser sistemática, deliberada, sometida a unas reglas predeterminadas, aceptada por la mayoría de la comunidad, y a ella se recurriría sólo en casos extremos en que han fracasado las técnicas de amenaza y control social (WALDMANN, 1985, 88-89).

Estas definiciones sólo pueden emplearse con muchas reservas cuando nos enfrentamos al problema de la violencia política. Y ello porque la política, como vimos, se centra en las relaciones de poder, en su equilibrio, en el control de los resortes de la violencia, legítima o no. Por tanto, toda la acción política quedaría conceptuada como 'violenta', toda la esfera de "lo político" estaría englobada, sin más, dentro de la simple violencia, sin distinción, y con las consecuencias que el valor persuasivo de este concepto implica. ¿Son realmente coactivas y violentas todas las decisiones y actos del Estado? ¿Todos ellos significan un DAÑO o una violación de derechos individuales? Creo que no puede responderse afirmativamente a estas cuestiones. Es más, si se acepta nuestro análisis del concepto de 'violencia', como ligado al de 'daño', ciertas actuaciones de los poderes públicos (en concreto, de los legitimados democráticamente en un régimen de libertades) deberían ser excluidas de esa calificación, en cuanto pueden interpretarse como orientadas hacia la obtención de un beneficio o ventaja colectiva.

BIBLIOGRAFIA

- ABELSON, Raziell: "Letter", en *The New York Review of Books* 12, 1969, p. 38.
- ARENDT, Hannah: "Sobre la violencia", en ARENDT, H.: *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1983, pp. 109-200.
- CAMERON, J. M.: "On Violence", *The New York Review of Books* 15, 1970, pp. 24-32.
- FISHKIN, James S.: *Tyranny and Legitimacy*, John Hopkins University Press, 1977.
- GALTUNG, Johan: "On the Meaning of Non-Violence", en ZAWODNY, J. K., ed.: *Man and International Relations*, Vol. II., San Francisco, 1966, pp. 412 y ss.
- "Frieden und Friedensforschung", en SENGHAAS, D., ed.: *Kritische Friedensforschung*, Frankfurt am Main, 1972, pp. 55 y ss.
- GANDHI, Mohandas K.: *Non-Violent Resistance*, Nueva York, Schocken Books, 1961.
- GARVER, Newton: "What Violence Is", *The Nation*, 24 de junio de 1968, pp. 819-22.
- GERT, Bernard: "Justifying Violence", *The Journal of Philosophy* 66, 1969, pp. 616-28.
- GLENN GRAY, J.: *On Understanding Violence Philosophically & Other Essays*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1970.
- GRAHAM, Hugh Davis, y GURR, Ted Robert, eds.: *The History of Violence in America: A Report to the National Commission on the Causes and Prevention of Violence*, Nueva York, Bantam Books, 1969.
- HOLMES, Robert L.: "The Concept of Physical Violence in Moral and Political Affairs", *Social Theory & Practice* 2, 1973, pp. 387-408.
- HONDERICH, Ted: "Democratic Violence", *Philosophy & Public Affairs* 2, 1973, pp. 190-214.

- *Violence for Equality. Inquiries in Political Philosophy*, Harmondsworth, Penguin Books, 1980.

- LAPORTA, Francisco J.: "Estado y violencia: Sugerencias para una toma de posición", *Sistema* 38-39, 1980, pp. 111-23.

- LAWRENCE, John: "Violence", *Social Theory & Practice* 1, 1970, pp. 31-49.

- LIEF, Harold I.: "Contemporary Forms of Violence", en MASSERMAN, Jules, ed.: *Violence and War, with Clinical Studies*, Nueva York y Londres, Grune and Stratton, 1963.

- MACFARLANE, Leslie J.: *La violencia y el Estado*, Madrid, Felmar, 1977.

- MARCUSE, Herbert: "Tolerancia represiva", en WOLFF, R. P., BARRINGTON MOORE y MARCUSE, H.: *Crítica de la tolerancia pura*, Madrid, Editora Nacional, 1973.

- NIEBURG, H. L.: "The Uses of Violence", en FALK, R. A., y MENDELOVITZ, S., EDS.: *Toward a Theory of War Prevention*, Vol. I, Nueva York, World Law Fund, 1966.

- *Political Violence: The Behavioral Process*, Nueva York, St. Martin Press, 1969.

- PERRY, C.: "Violence - Visible and Invisible", *Ethics* 81, 1970, pp. 9 y ss.

- SHAFFER, Jerome A., ed.: *Violence: Award-winning Essays in the Council for Philosophical Studies Competition*, Nueva York, David MacKay Co., 1971.

- SOREL, Georges: *Reflexiones sobre la violencia*, Madrid, Alianza, 1976.

- STANKIEWICZ, W. J.: *Approaches to Democracy*, Londres, Edward Arnold, 1980.

- WADE, Francis, C.: "On Violence", *The Journal of Philosophy* 68, 1971, pp. 369-77.

- WALDMANN, Peter: "Estrategias estatales de coacción", *Sistema* 65, 1985, pp. 87-99.
- WALZER, Michael: *Obligations: Essays on Disobedience, War, and Citizenship*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1970.
- WEBER, Max: "La política como vocación", en WEBER, M.: *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1984 (8ª edic.), pp. 81-179.
- WELLS, Donald A.: "Is 'Just Violence' like 'Just War'?", *Social Theory & Practice* 1, 1970, pp. 26-38.
- WOLFF, Robert Paul: "On Violence", *The Journal of Philosophy* 66, 1969, pp. 601-16. Reimpreso como "Violence and the Law" en WOLFF, R. P.: *The Rule of Law*, Nueva York, Simon & Schuster, 1971, pp. 54-72.

Pragmatismo e ideología política

Por LOURDES GORDILLO

Murcia

Es conocido el inicio del pensamiento pragmático en 1871, Cambridge, Massachussets, donde un grupo de pensadores y científicos intentan formular el papel clave de la ideología burguesa. Este famoso "club metafísico", como así lo llamó Pierce, tenía como propósito alienar a todos los que quisieran alienarse¹. Sin embargo, el período en el que el pragmatismo fue formulado como teoría política y de desarrollo económico fue entre los años 1860-1878. Como consecuencia, los principios de convivencia y utilidad son incorporados ya por la ideología burguesa americana, sustituyendo en cierto sentido los conceptos de ciencia y verdad.

Es importante preguntarse, al llegar a este punto, cómo de hecho el pragmatismo se convierte en la ideología preponderante de la clase trabajadora en Estados Unidos. Esta filosofía, formulada o no formulada, supone toda una visión del mundo y unas implicaciones filosóficas que deben ser tenidas en cuenta a lo largo de este artículo.

El pragmatismo tiene sus predecesores filosóficos en el empirismo británico, en el idealismo alemán -particularmente en Kant- y en el utilitarismo de Alexander Bain.

El pensamiento pragmático es en primer lugar el método de obtener resultados sin considerar los medios empleados. Lo que realmente cuenta no es el método sino el resultado. Pierce desarrolló esta tesis central del pragmatismo apoyándose en la tesis berkeliana de "ser es ser percibido", convirtiéndola en "ser es tener efectos prácticos o ser útil". Las cosas se

1. Cfr. Harry K. WELLS, *Pragmatism. Philosophy of Imperialism*, International publishers, New York, 1954. p. 21.

miden en la actividad humana práctica y dependen de nuestra concepción de tener, como ya veremos más adelante.

Otro de los puntos centrales que constituyó las bases del pragmatismo es la doctrina central de Chauncey Wright, negando la necesidad en la naturaleza y sociedad. La doctrina de la no necesidad convertía las llamadas leyes del movimiento y desarrollo de la naturaleza en hábitos del obrar humano². De esta forma, el principio reconocido es la eficacia del fin o el éxito que determina los medios bajo las condiciones objetivas que limitan las posibilidades del obrar.

Si postulamos estos principios generales como bases del pragmatismo y consideramos esta doctrina como la línea principal de la filosofía americana, teniendo en cuenta su trayectoria política actual y sus circunstancias históricas, nos encontramos ante una corriente intelectual que domina hoy en Norteamérica, y tiene consecuencias prácticas de poder político de gran interés para la filosofía.

El pragmatismo es expresión de la cultura americana. Soporta ciertos aspectos de su cultura y es altamente crítico en otros aspectos³. No sólo en la cultura se deja notar su influencia, ya que para algunos el pragmatismo es la única filosofía que es nativa de EEUU⁴.

Esta corriente intelectual es instrumentalismo en filosofía, institucionalismo en economía, realismo legal en leyes, determinismo económico en política⁵. Para que el pragmatismo ejerza esa influencia en todos los campos del saber, debe postular alguna teoría a partir de la cual se produzcan estas tendencias prácticas.

Vamos a intentar analizar en este artículo algunos aspectos de lo que se ha llamado la edad de oro de la filosofía americana, para llegar a ver sus

2. Los datos aportados por Wells en su obra citada anteriormente, son muy interesantes, pero su crítica al pragmatismo hace sospechar falta de objetividad, ya que Wells se opone a lo que él llama filosofía pragmática imperialista en defensa del materialismo histórico y dialéctico. Sus rotundas afirmaciones sobre la filosofía americana son en muchos casos reflejo y defensa de las acusaciones que ha recibido como crítica el mismo materialismo histórico. Cfr. WELLS H. K. *Pragmatism...* op. cit.

3. Cfr. MORRIS, Charles, *The pragmatic movement in American Philosophy*. George Braziller, New York, 1970. p. 150.

4. Cfr. RUCKER, Darnell, *The Chicago Pragmatists*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1969.

5. Este autor, como otros muchos, resalta el pragmatismo como la genuina filosofía americana. Cfr. RUCKER, D. op. cit., p. 41.

implicaciones prácticas y poder aportar, a modo de conclusión, posibles carencias y soluciones a esta nueva forma de pensar.

Teoría o práctica

El pragmatismo fue concebido como un método filosófico cuyas principales características son: 1) el empiricismo: al ser un método empírico, la práctica es anterior a la teoría. Es un método individualista que pone el énfasis en la experiencia sensorial, individual, oponiéndose a la práctica social, porque la práctica es en primer lugar práctica individual. Si todo el conocimiento se opera en la experiencia sensible, es propiedad de la experiencia individual. Por ello, cada experiencia es particular y única⁶.

Otra característica, lógica consecuencia de la anterior, es la espontaneidad. Por lo dicho anteriormente, si el conocimiento es siempre experiencia individual y nunca social, se sigue de ahí que no puede haber proyectos a largo plazo. Por esta razón el método pragmático es ante todo actividad que se encuentra en cada situación como surge. La improvisación viene corroborada por el procedimiento de la prueba y el error.

Todo esto nos hace suponer que no hay teoría que guía la práctica. De ahí se deduce una característica del pragmatismo que es el oportunismo, entendido como tomar ventaja sobre oportunidades o circunstancias sin tener en cuenta los principios o últimas consecuencias. La verdad de una teoría se prueba en la eficacia práctica; en ese sentido, la práctica precede cualquier principio teórico. La eficacia de los medios se mide por el éxito del fin. El uso de cualquier medio lo justifica la eficacia del fin. En consecuencia, este método se hace apropiado a los requerimientos de cualquier ideología.

No obstante, en el caso del pragmatismo, la ideología viene explicitada por las necesidades prácticas. Se explota cualquier medio para conseguir el éxito.

El mundo material objetivo se hace así dependiente del ser humano. El funcionamiento práctico de las ideas es más importante que su verdad teórica, porque la única prueba que tenemos de la verdad es su funcionamiento exitoso⁷. Las cosas *son* lo que *hacen*, es decir, el pragmatismo es también una teoría sobre la realidad, porque dando primacía a la acción nos

6. Cfr. WELLS, H. K., op. cit. p. 189.

7. BISSETT, James, *What is Pragmatism?*, AMS Press, The Macmillan Company, New York 1909, p. 15

ofrece una teoría sobre el significado, la verdad y el conocimiento. Pero es sólo en las futuras consecuencias donde reside el genuino significado⁸, porque las consecuencias pasadas no tienen significado, ni tampoco las presentes. Desde esta perspectiva, las teorías sin experiencia práctica no se diferencian unas de otras, significan exactamente lo mismo, es puro verbalismo. Sólo volviendo a la experiencia se pueden encontrar sus diferencias. De tal forma que el significado de cualquier concepto se nos asegura y se limita por la práctica futura de las consecuencias que llegan desde la acción práctica.

El significado de las teorías consiste enteramente en las consecuencias que sus seguidores deben esperar de ellas⁹. Este principio filosófico del pragmatismo está acorde con nuestras necesidades y aspiraciones. La verdad de una idea se hace por los acontecimientos, su veracidad es de hecho un acontecimiento, un proceso. Nosotros recibimos el material y lo utilizamos o formamos a nuestro gusto.

Sin embargo, el pragmatismo no es un mero practicismo. Hay un intento de buscar la inseparable conexión entre la racional cognición y el propósito racional relacionado con la acción humana.

Si la acción inteligente es proyectiva, propone metas para la acción, si hay reflexión y conducta controlada por una adecuada deliberación, no se entiende la primacía de la práctica¹⁰. Pero éste es, a mi parecer, el punto clave del pragmatismo, ya que la acción práctica que determina la teoría únicamente descansa en la experiencia sensorial y no va más allá de ella, es decir, la racionalidad de la acción se guía por una experiencia sensible que por la práctica se racionaliza. La razón se separa de la experiencia sensible para después encontrarla a través de la práctica¹¹.

8. La definición de sus fundadores de "hacer nuestras ideas claras", tal como la formuló Pierce, indica la necesidad de encontrar el significado de las cosas en la concreción de sus términos o en su utilidad práctica.

9. Cfr. SCHINZ, Albert, *Anti-Pragmatism*, small, Maynard and Company Publishers, Boston 1909, p. 24.

10. Morris cree que el pensamiento americano simpatiza con una visión en la que el hombre se muestra dirigiendo su futuro por el uso de su inteligencia, y esto lo ofrece el pragmatismo. Vid. Morris, op. cit.

11. Ya afirmó Pierce que una acción es inteligible sin fin o propósito y James desarrolló la máxima pragmática de que el fin del hombre es la acción. En ambos la acción descansa en la experiencia sensible que determina, junto con la acción, los propósitos o aspiraciones del hombre. Cfr. SMITH, J. E., *Purpose Thought. The meaning of pragmatism.*, The University of Chicago Press, 1984.

Es importante, llegados a este punto, dilucidar la relación que se establece entre la teoría y la práctica en el pensamiento pragmático.

Teoría y Práctica

Podemos comenzar afirmando que el pragmatismo es una forma de idealismo subjetivo, ya que el mundo natural y social existe sólo en nuestras sensaciones e ideas, voluntad y emociones.

No hay mundo externo objetivo con el cual las ideas en la mente se puedan corresponder, porque una teoría no puede ser verdadera o falsa sólo puede ser útil o no útil y el criterio es el éxito en la acción práctica.

Sin embargo, si las ideas tienen eficiencia en la acción práctica, esto demuestra, en cierto sentido, la realidad de un mundo externo informe, en el cual las ideas afectan y dan forma a ese mundo. Porque el futuro debe ser distinto si el *pensamiento* ocurre. El pensamiento modifica el futuro¹². Pero esta mente tan activa sólo puede conocer su propia actividad porque el hombre crea su propio mundo fuera del caos primordial de sensaciones. Es la mente humana la que impone su modelo estructural sobre los datos sensibles y organiza las desorganizadas sensaciones. Por todo ello, el hombre no conoce el mundo externo sino sólo los resultados de su actividad mental. El hombre se fabrica un "mundo" y conoce sólo su propia fabricación¹³.

Este positivismo erige un abismo entre el hombre y la realidad, porque el mundo es realmente incognoscible. Las cosas se hacen también más dependientes del hombre porque no tienen una naturaleza objetiva, son lo que se *desea* que *sean*, utilizadas por la experiencia humana. Las cosas son construcciones del *self* que crea su propio mundo y vive en él.

Se invierte de este modo la relación entre filosofía y vida, se regula nuestra concepción teórica por nuestra concepción práctica¹⁴.

Aquí conviene detenernos por su importancia. La separación de pensamiento y voluntad y la confusión de ésta con impulsos e instintos hacen que el pragmatismo se apoye sólo en la experiencia sensible y en una voluntad, que al no ser ya racional en su elección, es tan sólo pensamiento

12. Cfr. THAYER, H. S. *Meaning and action, a critical History of Pragmatism*. The Bobbs-Merrill Company Inc. New York, 1968, p. 522.

13. Cfr. WELLS, H. K., op. cit. p. 197.

14. SCHINZ, A., op. cit. vid. cap. I.

impulsivo. El pensamiento es también proyectivo, de tal forma que las acciones volitivas son propositivas y todas las ideas son volitivas y propositivas, pero ya no pueden ser verdaderas o falsas independientes de su propósito o carácter volitivo¹⁵. Esta voluntad instintiva movida por el deseo que a su vez procede de la experiencia práctica, debe tener algún tipo de conexión orgánica entre el interés "intelectual" y práctico. Parece, por lo dicho hasta ahora, que el interés "intelectual" viene determinado por la experiencia práctica y en último término es la acción práctica la que determina el interés o deseo.

No obstante, no hay que olvidar que la idea es una *real variación* de la variación espontánea, cuyo valor consiste precisamente en el control que introduce en la variación espontánea o no propositiva.

El pensamiento es una manipulación actual de nuestras experiencias espontáneas¹⁶. El pragmatismo es una doctrina postdarwinista que entiende que el futuro no se repite idénticamente y no imita al pasado, introduce así novedad en el mundo.

Esa voluntad instintiva al ser propositiva plantea un genuino interés o deseo, porque todas las cuestiones responden siempre a un interés y significado para alguien.

No obstante, la separación que establece el pragmatismo entre significado y experiencia no deja de ser el eterno problema del dualismo actual entre sentidos y razón que ha surgido en tantos círculos científicos, en los cuales el empirismo ha sido la única alternativa que no logra superar el dualismo.

Pero ¿es posible algún tipo de reconciliación que haga viable esta teoría? Por otra parte, el pragmatismo es un método apropiado a los requerimientos ideológicos de una clase cuyo deseo depende de las necesidades e intereses del hombre que establece fines o metas posibles de alcanzar. Los medios como la meta y el deseo deben reflejar verdades sobre la naturaleza, deben corresponderse primeramente no con el fin deseado, sino con las condiciones objetivas que hacen del fin una posible meta¹⁷. Ahora bien, una meta es deseada porque es oportuna para el individuo, grupo o clase. Los medios se seleccionan en la experiencia que sustituye al conocimiento científico o teórico.

15. Cfr. WEBSTER MORRE? A., *Pragmatism and its Critics*, The University of Chicago Press, 1910. p. 15.

16. Cfr. WEBSTER MOORE, A., op. cit., p. 78

17. WELLS, H. K., op. cit., p. 193.

Conclusiones

Hemos visto que el pragmatismo en primer lugar da primacía a la acción práctica, que a su vez determina la teoría. Y en segundo lugar que es la doctrina idónea para cualquier tipo de ideología regida por las necesidades de cualquier clase social.

Una vez llegados a este punto interesa ver si hay algún tipo de reconciliación entre teoría y práctica y a qué derivaciones nos lleva el pragmatismo erigido como ideología.

En primer lugar, si como hemos dicho anteriormente, el significado sólo reside en las consecuencias futuras, en tal caso el mundo hay que entenderlo como un proceso evolutivo que alcanzará su verdadero sentido al final de la historia. La verdadera reconciliación del significado y la realidad se alcanzará en su pleno sentido al final del mundo donde se dará la perfecta identidad entre ideas y realidad.

Al principio el pragmatismo se consideró como doctrina psicológica donde se discutía la conexión entre pensamiento y voluntad. En estos posibles cambios evolutivos, en nuestra experiencia dada, hay todo un sistema de variaciones accidentales que son los propósitos de nuestra experiencia espontánea. Pero estos propósitos o ideas volitivas están dados por una voluntad separada ya de la razón y, por tanto, se racionalizan una vez que han sido probados por la acción práctica.

La teoría se establece a partir de la acción práctica junto a nuestros deseos y aspiraciones. Si estos deseos no son fruto de una teoría o no son guiados por ella, la única forma de reconciliar razón y voluntad es efectivamente a través de la praxis.

Sin embargo, estamos ante un círculo vicioso, en el cual la teoría viene determinada por la acción práctica y los deseos del hombre y éstos determinan una teoría que afecta a su vez a la conducta práctica del hombre. Son las necesidades y aspiraciones del hombre junto con las condiciones históricas las que racionalizan toda una forma de pensar y actuar en el mundo.

El hombre es así un ser inteligente y controla su futuro en la dirección de sus valores, en primer lugar materiales, porque responden a sus necesidades más primarias. En segundo lugar, si el mundo es incognoscible, el hombre es libre de inventar ficciones que sean requeridas por la

pragmática o que pueden ser requerimientos dictados por la clase dirigente¹⁸. De tal forma que el pragmatismo puede convertirse fácilmente en fanatismo o ficcionalismo que sirven a algún propósito con tal de que prueben su utilidad. Estas ficciones, una vez racionalizadas, pasan a formar parte de la economía, política, etc.

Al sustituir el conocimiento por la creencia en los efectos, se puede caer fácilmente en la superstición y en una apología para la justificación de cualquier doctrina o poder político.

Este poder organizado de una clase social mayoritaria tiene el peligro de convertirse en la mayor fuerza política y social de un país a través de los medios de comunicación, enseñanza y especialmente en el poder económico de la clase que posea esos medios.

Esta tendencia de la búsqueda de la efectividad (eficiencia) que pone el acento en el éxito y en el trabajo, olvida fácilmente la solidaridad y valiosidad del trabajo en sí mismo, sacrificando este interés básico a las ventajas del momento.

Con razón decía Dewey que el problema de América es convertir la sociedad en comunidad, incrementando los valores sociales, la *comunicación*¹⁹. Pero esto sólo puede hacerse cuando no se da primacía a los valores materiales y cuando la eficacia no es la medida de todas las relaciones. La comunicación sólo llega a ser verdadera cuando lo primero que se valora y tiene en cuenta es las personas que la establecen y no sólo el fin que se persigue.

No obstante, desde una perspectiva filosófica el problema del pragmatismo es que, al ser ante todo un método empírico, establece un dualismo entre voluntad y razón, teoría y práctica, difícil de reconciliar. Pienso que es precisamente esta separación entre razón y voluntad la que lleva al pragmatismo a dar primacía a una de las dos partes. Hay una sobrevaloración en la que se olvida la otra alternativa posible, al no encontrar una conexión. De fondo tropezamos de nuevo con el eterno problema de la historia de la filosofía y de la teoría del conocimiento.

En conclusión, el pragmatismo no es la doctrina idónea para incrementar la sociabilidad, la solidaridad, etc., porque carece de los valores espirituales

18. Cfr. WELLS, H. K., op. cit., p. 198.

19. Cfr. WHITE, Norton, *Pragmatismo and the American Mind*, Oxford University Press, 1973, p. 26.

que hacen posible este tipo de relaciones y de una teoría de conocimiento más abierta a la universalidad.

Walter Benjamin:
Una filosofía de la historia entre la política y la religión

Por FRANCISCO CASTILLA URBANO
Madrid

1. *Relación materialismo-teología*

La filosofía de la historia de Benjamin se construye sobre dos corrientes de pensamiento fundamentales, a saber, la filosofía de corte marxista, que debe diferenciarse del marxismo ortodoxo, y la tradición teológica judía, aunque tampoco se trate en ésta de la influencia de sus rasgos de carácter más religioso. Ambas líneas de pensamiento son, pues, asumidas hasta cierto punto, pero es precisamente este carácter gradual en que se recogen las distintas ideologías el que confiere a la obra de Benjamin, no sólo a su filosofía de la historia, su mayor interés y originalidad. A fin de entender el significado profundo de las **Tesis de filosofía de la historia** se hace necesario analizar la relación entre los dos elementos básicos que las configuran.

La primera de las Tesis nos puede orientar sobremanera a la hora de entender el uso que Benjamin daba a la teología; no se trata de recuperar concepciones arcaicas para postular una explicación providencialista del tiempo, sino de servirse de la teología para ganar la partida de la historia. El materialismo histórico “podrá habérselas sin más ni más con cualquiera, si toma a su servicio a la teología que, como es sabido, es hoy pequeña y fea y no debe dejarse ver en modo alguno”¹ (1, p. 177). La teología, por tanto, es un medio para un fin, pero es, a la vez, tal su desprestigio en la edad de la razón que lo mejor es que realice su obra sin ser percibida. Nada

1. Las citas de las “Tesis de filosofía de la historia” que siguen proceden de la traducción de Jesús Aguirre en W. Benjamin, *Discursos interrumpidos I*. Madrid, Taurus, 1989, pp. 177-191. En lo sucesivo señalaremos el número de tesis seguido de la página en que figura el texto.

más ingrato que el trabajo no reconocido, y ese es el triste destino que parece aguardar a la fea teología. Sin embargo, el hecho de ser necesaria para que el materialismo histórico pueda imponerse no deja de ser un reconocimiento de la importancia que merece, por más que éste deba pronunciarse a escondidas. Esta postura no deja de ser una manifestación implícita de que la razón, en contra de las creencias básicas del dogma ilustrado, no puede desplazar en su totalidad a la religión.

Lo que quiere señalar Benjamin es que la filosofía, al intentar dar respuesta al papel del hombre en la historia, necesita apoyarse en la teología. La promesa de felicidad que la filosofía de la historia del materialismo histórico pretende ofrecer no puede sustituir enteramente el papel salvífico que la teología tenía encomendado. Aceptar la sustitución de la teología por la filosofía, propia de un mundo cada vez más secularizado en apariencia, implicaría olvidar una parte importante de las esperanzas que subyacen al hombre, incluso creyendo que ello fuera posible. Se hace necesario, pues, recurrir a la teología, aunque sus contenidos sufrirán una cierta secularización al integrarse, sin “dejarse ver en modo alguno”, dentro de la filosofía de la historia. De esa forma será posible reconocer que “en la representación de felicidad [propia de la filosofía de la historia] vibra inalienablemente la de redención” (2, p. 178), característica de la teología.

La presencia de la terminología teológica en la explicación filosófica no es sino otro ejemplo del carácter mediador que la filosofía de la historia tiene respecto de ambas tradiciones; Benjamin quiso reflejar en ella la insuficiencia de la explicación filosófica para una tarea que, en la medida en que es escatológica, precisa ser afrontada en buena parte con elementos teológicos. Estos están, no obstante, desprendidos de su contexto habitual para dar paso a una nueva construcción, secularizada, de la marcha de la humanidad. Lo religioso, transmutado en parte su significado original, se inserta así en una visión laica de la historia, a la que presta un sentido vivificador.

El uso de formas religiosas, por otra parte, no sólo aparece a nivel de algunos términos aislados o de las frases en que éstos se articulan, sino que la totalidad de las **Tesis de filosofía de la historia** son el producto de un vocabulario a medio camino entre el discurso y la sentencia. En ellas se concilia la sistematicidad del tratado, aunque reducido éste a su expresión mínima, con la brevedad del aforismo, ampliado en grado suficiente como para eliminar su aislamiento. Se mantiene, no obstante, el carácter sentencioso de este último género, por otra parte, tan vinculado a la literatura profética. Así pues, la convivencia entre la explicación y el símbolo no es, de nuevo, sino un aspecto de la relación entre política, es decir, historia, y teología.

El carácter aforístico de las Tesis nos introduce en el problema del valor de un texto en extremo breve. No hay nada que obligue a medir la importancia de una obra por el tamaño de la misma, pero, además, en el caso de Benjamin se da la circunstancia de que tal trabajo, como la mayor parte de los suyos, contiene una densidad muy superior a lo que suele ser usual en el universo filosófico². Por otra parte, aunque las Tesis pueden ser valoradas por sí mismas, en tanto que último escrito de su autor, la mayor parte de su temática debe verse como la culminación del resto de la obra de Benjamin, con la que guardan estrechos vínculos.

Materialismo y teología están, por tanto, relacionados en las Tesis de filosofía de la historia de Benjamin, aunque la relación no se manifieste en la forma de una vinculación entre iguales. La filosofía de la historia se sirve de conceptos e imágenes de la tradición religiosa para introducir algunos de sus principios, que no aparecen en ningún otro saber, en su visión secularizada del mundo. Esto ocurre con el concepto de felicidad, en el que subyace inevitablemente una cierta idea de redención, cuyas raíces teológicas son notables, pero "lo mismo ocurre con la representación de pasado, del cual hace la historia asunto suyo. El pasado lleva consigo un índice temporal mediante el cual queda remitido a la redención. Existe una cita secreta entre las generaciones que fueron y la nuestra. Y como a cada generación que vivió antes que nosotros, nos ha sido dada una *flaca* fuerza mesiánica sobre la que el pasado exige derechos" (2, p. 178). Esta perspectiva coloca algunos de los contenidos tradicionales de la teología dentro de la historia secularizada. En concreto, revive en la historia esa tradición religiosa de raíz judía, y por ello presente también en el cristianismo, que une a las generaciones pasadas y presentes en torno a la espera del juicio divino. La posibilidad de redención de las generaciones actuales, que no deja de reconocerse por más que esté basada en una "flaca fuerza mesiánica", pasa por el encuentro con las generaciones pasadas. La filosofía de la historia se configura como la conciencia de la necesidad de luchar desde el presente por sacar del olvido el pasado. La totalidad de éste sólo adquiere sentido en el recuerdo del día final: "sólo a la humanidad redimida le cabe por completo en suerte su pasado. Lo cual quiere decir: sólo para la humanidad redimida se ha hecho su pasado citable en cada uno de sus momentos" (3, p. 179).

2. El mismo Benjamin era consciente de este hecho; En su *Diario de Moscú*. Madrid. Taurus, 1988, p. 60 (27.12.1926), anota, no sin cierto orgullo, el siguiente comentario del dramaturgo, director y crítico teatral Bernhard Reich: "en la literatura importante, la proporción entre el número de frases y la cantidad de frases sustanciales y pregnantes formuladas es, aproximadamente, de 1:30; en mi caso, de 1:2. Todo eso es cierto".

Por débil que sea la fuerza mesiánica que nos ha sido dada, es suficiente para que permita poner en cuestión las victorias de los que dominan. Su mirada crítica se vuelve al pasado para extraer del mismo los elementos ocultos pero no desaparecidos que una y otra vez han perecido con la derrota. De lo que se trata no es tanto de luchar por la consecución del paraíso venidero como de recuperar la memoria del auténtico pasado, no del que se nos ha transmitido, sino del que hubiera debido llegar si la historia no ocultara aquellos valores perdidos en cada derrota: “la lucha de clases, que no puede escapársele de vista a un historiador educado en Marx, es una lucha por las cosas ásperas y materiales sin las que no existen las finas y espirituales. A pesar de ello estas últimas están presentes en la lucha de clases de otra manera a como nos representaríamos un botín que le cabe en suerte al vencedor. Están vivas en ella como confianza, como coraje, como humor, como astucia, como denuedo, y actúan retroactivamente en la lejanía de los tiempos. Acaban por poner en cuestión toda nueva victoria que logren los que dominan” (4, p. 179).

El problema de cómo recuperar ese pasado es un problema metodológico propio de la filosofía de la historia. Benjamin defenderá una forma peculiar de hacer historia basada en el materialismo histórico, pero éste no es equivalente a lo que entendemos tradicionalmente bajo ese concepto. Si hubiera de definirse estrictamente incluso se podría dar la paradoja de que el materialismo histórico se identifique con el historicismo, mientras el autor de las **Tesis de filosofía de la historia** ataca a éste último en nombre de los principios que guían al primero. Como en el caso de la teología, su adhesión al materialismo histórico debe verse, pues, no tanto a la luz que despiertan las ideas generales de éste, sino, más bien, desde el punto de vista de las pequeñas exigencias con las que Benjamin lo reviste.

2. *Crítica de la historia tradicional y del historicismo*

Para mostrar las ventajas de su idea de la historia, Benjamin dirige sus críticas contra la concepción positivista ejemplificada en Ranke, al que no cita por su nombre, pero que es fácilmente identificable por la frase que figura en el prólogo de la primera edición de su obra **Geschichte von der romanischen und germanischen Völker** (1824), y que define toda una manera de entender la labor historiográfica: la historia es conocer el pasado “tal y como verdaderamente ha sido” (6, p. 180). Esta es la concepción de la historia propia del siglo XIX, que denominaremos tradicional, y que ha ejercido extraordinaria influencia en la historiografía posterior. Incluso hoy en día se identifican con ella numerosos historiadores que, creyendo alcanzar la máxima objetividad, convierten su actividad en mero idealismo. En realidad, al enunciar esta frase, Ranke pretendía oponerse a la filosofía de

la historia hegeliana, que consideraba especulativa. A esta concepción le es aplicable, asimismo, lo que afirma Benjamin de otro notable historiador: "Fustel de Coulanges recomienda al historiador, que quiera revivir una época, que se quite de la cabeza todo lo que sepa del decurso posterior de la historia" (7, p. 181). En su aplicación a la historia pertenece, no obstante, a una generación posterior a Ranke, la de su alumno Dilthey, el procedimiento de la "empatía", método que también asocia Benjamin a esta manera de entender la historiografía; así pues, en las Tesis se entiende por historicismo tanto la pretensión de conocer la totalidad del pasado, como la asepsia que debe mantener el historiador, como la empatía de la que debe hacer uso³. Son varias las críticas que Benjamin dirige al historicismo en tanto que metodología de la historia tradicional, pero pueden resumirse en las siguientes:

a) La neutralidad postulada por los historicistas beneficia a los vencedores, entendiendo por éstos tanto a los que siglo tras siglo han sabido dominar sobre la mayoría como a sus herederos actuales. Perpetuar un conocimiento del pasado que sólo nos proporciona imágenes de dominación nos lleva a reproducir en nuestro presente ese mismo dominio. La "flaca fuerza mesiánica" que puede permitir la redención del pasado se agota en la nada si no se extrae de éste lo que quedó oculto, relegado.

b) Desde un punto de vista metodológico, la empatía tiene su campo de acción en la historia intelectual. No se concibe como el ámbito de la cultura y la sociedad, de los productos espirituales y materiales, sino en un vacío social. Saca a la luz esos logros de los vencedores que son los bienes de cultura, sin plantearse el origen auténtico de los mismos, basado en la explotación de los más desfavorecidos. Al convertir la totalidad de la historia en historia intelectual, los defensores de la empatía, la tradición de las ciencias del espíritu, convierten la lucha por la existencia material en un aspecto inferior de la condición del hombre⁴. Con ello se cierra la posibilidad de entender lo que ha sido realmente ese pasado que se investiga. El

3. Muy probablemente, al igual que hiciera J. Rodríguez, "Marxismo e historicismo (Notas críticas a K. R. Popper)", en VV.AA., *Simposio de Burgos. Ensayos de filosofía de la ciencia*. En torno a la obra de Sir Karl R. Popper. Madrid, Tecnos, 1970, pp. 78-91, al defender que la crítica popperiana al historicismo no se refiere en sentido estricto a Marx porque éste no compartía los rasgos que Popper le asignaba, quepa discutir hasta qué punto el concepto de historicismo censurado por Benjamin posee un referente real: algunas de las características con las que lo distingue, por separado, han sido reivindicadas por distintos autores en diferentes épocas, pero jamás en su conjunto.

4. Es éste un rasgo que Benjamin comparte con la Escuela de Frankfurt. Véase M. Jay: *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt*. Madrid, Taurus, 1989, pp. 290-291.

historiador que se sumerge “empáticamente” en el pasado se resigna a ignorar “que los bienes culturales que abarca con la mirada tienen todos y cada uno un origen que no podrá considerar sin horror. Deben su existencia no sólo al esfuerzo de los grandes genios que los han creado, sino también a la servidumbre anónima de sus contemporáneos. Jamás se da un documento de cultura sin que lo sea a la vez de la barbarie” (7, p. 182).

c) El historicismo concibe el tiempo como un transcurso homogéneo y vacío. En esta perspectiva, ninguna época histórica se eleva sobre las demás, todas poseen la misma importancia, porque todas están localizadas en un tiempo similar, continuo, que son incapaces de romper mediante la auténtica valoración de sus hechos. El historicismo, en su afán de conocer el pasado en su totalidad, narra la historia como un “continuum”, sin ser capaz de distinguir entre los acontecimientos importantes y los menores; plantea así “la imagen ‘eterna’ del pasado” (16, p. 189). La utilidad de esta presentación del tiempo para los vencedores resulta evidente: perpetúa históricamente la sensación de que las cosas siempre han sido como deben ser, sin sobresaltos ni revoluciones, en un constante fluir “homogéneo y vacío”. A esta imagen del pasado corresponde, en el extremo opuesto de la recta temporal, la concepción lineal del progreso: “La representación de un progreso del género humano en la historia es inseparable de la representación de la prosecución de ésta a lo largo de un tiempo homogéneo y vacío” (13, p. 187).

d) El historicismo culmina en una historia universal; ésta es consecuencia directa de su concepción del tiempo, donde todos los hechos adquieren un valor uniforme. La acumulación de acontecimientos sin someterlos a una jerarquía de importancia hace de ellos un compendio de datos triviales. De ahí que llegue a afirmar Benjamin: “Su procedimiento es aditivo; proporciona una masa de hechos para llenar el tiempo homogéneo y vacío” (17, p. 190). Esta afirmación descubre la pretensión a la vez que la dificultad máxima a la que se enfrenta el historicismo: hacer la historia de la humanidad mediante la unión de sus diferentes momentos, pues, tan pronto como la realiza, se da cuenta de las insuficiencias que padece por la falta de una armadura teórica manifiesta que preste su coherencia al edificio.

La alternativa que Benjamin postule será radicalmente opuesta a la historicista: una historia combativa, sin pretensiones de neutralidad ideológica y que ayude a forjar la victoria de los oprimidos. Es una historia más propia del revolucionario que del erudito, más cercana al que con su protagonismo la hace que al que la estudia. Esta idea se puede representar a la perfección con la cita de Nietzsche, de su escrito **Sobre las ventajas e inconvenientes de la historia**, que encabeza la duodécima de sus Tesis:

“Necesitamos de la historia, pero la necesitamos de otra manera a como la necesita el holgazán mimado en los jardines del saber” (p. 186).

3. Crítica de la socialdemocracia alemana

Las Tesis de Benjamin son, en igual medida, una respuesta a la concepción historiográfica del historicismo, y un análisis crítico del papel desempeñado por los políticos socialdemócratas en el advenimiento del fascismo. Mientras en el primer caso desapruaba su concepción del pasado y su metodología, cuando habla de los socialdemócratas les critica el concepto de progreso al que se adhirieron y la praxis resultante de éste (13, p. 187).

Las ideas de Benjamin acerca del comportamiento de la socialdemocracia alemana tienen el carácter de una denuncia cuyo objetivo es “liberar a la criatura política de las redes con que lo han embaucado. La reflexión parte de que la testaruda fe de estos políticos en el progreso, la confianza que tienen en su ‘base en las masas’ y finalmente su servil inserción en un aparato incontrolable son tres lados de la misma cosa. Además procura darnos una idea de lo cara que le resultará a nuestro habitual pensamiento una representación de la historia que evite toda complicidad con aquella a la que los susodichos políticos siguen aferrándose” (10, p. 184). Es en nombre de un progreso concebido de manera indefinida por el que los socialdemócratas llegaron a adoptar una táctica política que a la postre resultó desastrosa para los intereses que representaban. El conformismo fue una característica común a esta manera de obrar, tanto a nivel político, como en sus concepciones económicas (11, p. 184). En su denuncia del mismo el análisis de Benjamin se centrará en los conceptos de trabajo, naturaleza y progreso tal y como son manejados por los representantes de la socialdemocracia.

a) Estos ensalzaron en exceso el trabajo como fuente de riqueza, sin ser capaces de comprender que el trabajo cuyos frutos no actúan directamente en beneficio de los trabajadores causa el mal de éstos. El desarrollo técnico y esta concepción bondadosa del trabajo permitiría el progreso indefinido, y con él, casi de manera automática, el logro de una sociedad más justa. El progreso técnico no fue concebido como instrumento del capital, sino como elemento de liberación. Con ello, sólo por ir en la línea de ese progreso, dignificaron el significado del trabajo, olvidando que quien se ve obligado a vender su fuerza de trabajo es porque tiene sobre sí a otros hombres. La socialdemocracia, en definitiva, intenta mejorar el trabajo respetando su forma explotadora, lo cual es una contradicción. De lo que se trata es, precisamente, de poner término a esa explotación.

Cuando los socialistas conceden una importancia trascendental al trabajo están favoreciendo al capitalismo. El énfasis de la socialdemocracia en el trabajo no es sino un síntoma de la desconfianza que ésta alimenta hacia las utopías. Una utopía era el trabajo liberador que Marx concibiera, pero en sus manos se convierte en nueva esclavitud, esta vez bajo el látigo del progreso. El presente se convierte en tiempo de sumisión porque el mito del progreso sólo es válido para las futuras generaciones. Su concepto de progreso es, pues, esterilizador para la generación que se supone está haciendo más por el mismo: sacrifica sin reparos a ésta en beneficio de un bienestar que sólo habrán de disfrutar sus descendientes. La socialdemocracia no ha sabido hacer uso de su mejor arma; al insistir en el papel redentor que la clase obrera debe desempeñar para las próximas generaciones ignora que de la sumisión actual, incluso a un ideal que se pretende digno, sólo surge más sumisión. La tarea de liberación debe tomar cuerpo en el propio presente, y eso significa que su lucha no se debe alimentar tanto de lo que espera a las futuras generaciones, como de la opresión sufrida por las que existieron en el pasado. Tal y como la concibe Benjamin, es “la clase vengadora que lleva hasta el final la obra de liberación en nombre de generaciones vencidas” (12, p. 186).

b) Este concepto de trabajo se vuelca en el dominio de la naturaleza a costa del retroceso de la sociedad. Hay aquí una relación entre el avance del progreso técnico, que ayuda a dominar crecientemente esa naturaleza, y la relegación a un segundo plano del progreso social, que debería ser el objetivo fundamental de la socialdemocracia. También el concepto de naturaleza se corrompe, de manera que la idea socialista de liberarla, se transmuta en un afán por explotarla. No es extraño que Benjamin acuda a Marx para señalar el significado exacto de su pensamiento, a su juicio, prostituido por la socialdemocracia, aunque tal vez su interpretación no sea del todo correcta⁵; es mucho más destacable, no obstante, que reivindique las ideas y los nombres de Fourier, los espartaquistas y el mismo Blanqui, todos ellos comprometidos en la misma medida en la lucha más encarnizada contra el capital para hacer realidad, ya, un presente mejor. Sin embargo, no se debe establecer la total concordancia a partir de tales citas⁶; sólo son utilizados como elemento de contraste, como muestras de lo que la ilusión, el recuerdo y la imaginación pueden llegar a alcanzar frente al realismo

5. No en vano, Horkheimer y Adorno criticaron, como afirma M. Jay (op. cit., p. 418), “el énfasis excesivo de Marx sobre la centralidad del trabajo como modo de autorrealización del hombre”.

6. No obstante, como ha afirmado Bernd Witte, *Walter Benjamin. Una biografía*. Barcelona. Gedisa, 1990, p. 216, basándose en Klossowski, parece cierto que, en sus días finales, Benjamin se sintió atraído por las concepciones utópicas de Fourier.

posibilista de los políticos socialdemócratas: “Comparadas con esta concepción positivista demuestran un sentido sorprendentemente sano las fantasías que tanta materia han dado para ridiculizar a un Fourier. Según éste, un trabajo social bien dispuesto debiera tener como consecuencias que cuatro lunas iluminasen la noche de la tierra, que los hielos se retirasen de los polos, que el agua del mar ya no sepa a sal y que los animales feroces pasen al servicio de los hombres. Todo lo cual ilustra un trabajo que, lejos de explotar a la naturaleza, está en situación de hacer que alumbre las criaturas que como posibles dormitan en su seno” (11, p. 185).

c) Benjamin también critica la teoría y la praxis socialdemócratas, porque “ha sido determinada por un concepto de progreso que no se atiene a la realidad, sino que tiene pretensiones dogmáticas” (13, p. 187). Es, en igual medida, un progreso infinito respecto de su objetivo final, e incesante, por cuanto continuamente tiene lugar su desarrollo. Existe una razón básica en contra de este progreso, a saber, ha concebido su historia, la historia del progreso del género humano, de la misma forma en que el historicismo tendía a considerar el pasado: como un transcurso por un tiempo homogéneo y vacío. Los socialdemócratas mantienen las tesis historicistas aunque aplicadas no tanto al conocimiento del pasado, como a la idea del futuro; de ahí que sea válido aplicar a la representación del progreso que lleva a cabo la socialdemocracia, la misma crítica que merece la idea de tiempo histórico realizada por el historicismo. Esta es la alternativa que Benjamin condensa en lo que hemos denominado la historia monádica; un contraste entre ambas opciones está perfectamente ejemplificado en la novena de sus Tesis:

“Hay un cuadro de Klee que se llama *Angelus Novus*. En él se representa a un ángel que parece como si estuviese a punto de alejarse de algo que le tiene pasmado. Sus ojos están desmesuradamente abiertos, la boca abierta y extendidas las alas. Y este deberá ser el aspecto del ángel de la historia. Ha vuelto el rostro hacia el pasado. Donde a nosotros se nos manifiesta una cadena de datos, él ve una catástrofe única que amontona incansablemente ruina sobre ruina, arrojándolas a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado. Pero desde el paraíso sopla un huracán que se ha enredado en sus alas y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas. Este huracán le empuja irreteniblemente hacia el futuro, al cual da la espalda, mientras que los montones de ruinas crecen ante él hasta el cielo. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso” (9, p. 183).

La imagen descrita es extremadamente significativa⁷. El rostro espantado del ángel está vuelto hacia el pasado, su mirada asiste horrorizada al espectáculo que se le ofrece: catástrofe y ruinas. Este, sin embargo, no es el

7. Aunque existen numerosas referencias a esta tesis benjaminiana, la mejor interpretación que conozco es la de Reyes Mate en “La historia de los vencidos” (de próxima publicación), en quien se inspira este párrafo.

horizonte que contemplamos nosotros. Lo que se nos presenta ante los ojos es una cadena de datos, todos bien engarzados mediante diferentes nexos causales. Si trasplantamos ambas imágenes al plano de la historia, tenemos que lo que se nos aparece como un tiempo homogéneo, bien trabado en sus distintas épocas, y explicado de acuerdo con la más depurada de las técnicas científicas no es, ante la mirada penetrante del ángel, sino un universo de horrores, destrucción y desolación. Ambas representaciones son el producto de dos miradas diferenciadoras. Mientras la *nuestra* se conforma con presentar el pasado como “una cadena de datos”, es decir, que permanece indiferente a lo que ha ocurrido y le basta con mostrarlo, la del ángel de la historia aspira a poner término al desastre. La tarea del ángel es superior a la del hombre, como superior es su jerarquía en la escala de los seres. Para él no es suficiente explicar ni señalar el encadenamiento de los datos, sino que aspira a reconstruir ese pasado tenebroso; “despertar a los muertos y recomponer lo despedazado” es la única solución válida ante tanta atrocidad, pero sus esfuerzos por detenerse son inútiles: el potente huracán que sopla desde el paraíso le impide cerrar sus alas y le empuja hacia el futuro, “ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso”. El ángel da la espalda a este futuro al que forzosamente se dirige, mientras que contempla desvalido cómo aumentan los montones de ruinas hasta llegar al cielo.

Si el ángel cede ante el progreso es forzado por el mismo. No simpatiza con un avance que se establece sobre las ruinas. Su deseo es otro. La propuesta de un futuro mejor no la entiende a través del horror y la destrucción, sino, por el contrario, por medio de la reconstrucción de las ruinas. La necesidad que el ángel vislumbra es la de hacer despertar a los muertos y reconstruir, no la de construir un camino, el del futuro, a costa de catástrofes. La historia tradicional es la que nosotros vemos, bien encadenada, sólida en apariencia por la coherencia de sus explicaciones. El ángel de la historia nos ofrece la alternativa monádica. La filosofía de la historia de Benjamin, a diferencia de las filosofías de la historia que basan en el progreso toda posible emancipación del hombre, busca en la recuperación del pasado su posible salvación. Es en la rememoración de las posibilidades que el hombre ya poseía en el paraíso donde estriba su mejor arma. Se trata de recuperar tales esperanzas para hacerlas realidad en el presente, tarea ante la que incluso el ángel experimenta dificultades.

La misión que el ángel de la historia quisiera cumplir guarda un estrecho paralelismo con la que desempeña la religión. La idea de “despertar a los muertos” evoca, sin duda, la de la resurrección de éstos, tan firmemente arraigada en la literatura religiosa. El huracán que le impide detenerse sopla “desde el paraíso”, mientras el ángel, impotente para la acción que desearía llevar a cabo, observa el crecimiento de las ruinas hacia el cielo; paraíso, cielo, el mismo ángel, no son sino términos teológicos cuya inclusión en un

montaje histórico trastoca su sentido original para dar paso a una visión secularizada de los mismos. De esta forma, el ángel se convierte en el ángel de la historia, en tanto que el paraíso para a ser tanto la meta deseada como el origen del proceso histórico. Como afirma sintéticamente la cita de Karl Kraus reproducida al principio de la tesis decimocuarta: “la meta es el origen” (p. 188), éste podría ser el significado otorgado al paraíso en su nuevo contexto. Por una parte, en la mirada del ángel al paraíso se le aparece el universo de ruinas y catástrofes, es decir, el pasado de injusticias y derrotas de los perdedores, cuyo origen se pierde en el principio de los tiempos, hasta quedar simbolizado en la caída del edén que sirvió de primera morada al hombre; por otra parte, en ese mismo paraíso se dio la auténtica felicidad, sin explotación de unos por otros, armoniosa con la naturaleza, ajena al dolor. Recuperar lo que ya existió es el ideal de felicidad, la meta a conseguir.

4. La historia monádica

Frente al tiempo homogéneo y vacío, Benjamin opone su concepto de historia, caracterizado por lo que denomina “tiempo ahora”; éste se puede definir perfectamente como la oposición a la historia que busca construir el positivismo historicista. Si hubiera que señalar con la máxima brevedad los principios que guían esta opción, deberíamos decir que persigue el conocimiento del pasado por el pasado, intentando con ello una aproximación a éste que renuncia por principio a ver en el mismo una prolongación de los problemas del presente. Dicho de otra forma, el historicismo entiende que las claves del pasado que se investiga deben ser interpretadas en función de las coordenadas de ese mismo pasado. Benjamin, por el contrario, defiende una aproximación al pasado en función del presente que pretende recuperar aquél. Ello no significa que el pasado sea creado, en el sentido de inventado o manipulado para servir los intereses del momento, pero sí que, conscientes de la imposibilidad de recordar éste “tal y como verdaderamente ha sido”, el historiador se limita a interpretarlo desde y a partir de la utilidad que puede jugar para sus polémicas presentes. El concepto de “tiempo-ahora” se convierte de esta forma en el instrumento de una tarea militante: su labor consistirá en favorecer la lucha revolucionaria contra la clase dominante. Para ello, pretende hacer del “tiempo-ahora” el artificio capaz de romper el “continuum” de la historia, de poner fin a ese tiempo homogéneo y vacío que parece caracterizarla.

Los ejemplos de “tiempo-ahora” que Benjamin proporciona son, sin embargo, en igual medida, muestras de luchas políticas y de cambios sociales, alguno de ellos tan poco obrerista como la moda: “la antigua Roma fue para Robespierre un pasado cargado de ‘tiempo-ahora’ que él hacía

salto del continuum de la historia. La Revolución francesa se entendió a sí misma como una Roma que retorna. Citaba a la Roma antigua igual que la moda cita un ropaje del pasado. La moda husmea lo actual dondequiera que lo actual se mueva en la jungla de otrora. Es un salto de tigre al pasado” (14, p. 188).

En ambos casos, la Francia revolucionaria y, sobre todo, la moda del siglo XX, la revivificación pone el acento sobre el presente. El pasado sólo es utilizado como almacén, museo de un tiempo que al ser recuperado mediante el “salto de tigre” deja de ser ese mismo tiempo y se subordina a otros fines, a otros momentos, a otras necesidades. Son éstas últimas las que marcan la pauta: poco importa la exactitud de lo recuperado cuando lo que está en juego es la propia supervivencia. El interés del pasado no está en lo que muestra a simple vista, sino, tal vez en mayor medida, en lo que oculta, en lo que siglo tras siglo se ha empeñado en dejar a un lado por la influencia de los poderosos. No es nuestra mirada la que importa, sino la del ángel de la historia. Por eso carece de significación estricta ese mismo pasado, su totalidad, si no fuera un ideal imposible la misma idea de captarlo en esa medida; lo que importa de él es ese fragmento, muchas veces arrinconado por el transcurso de los tiempos, que puede servir de apoyo a los problemas de nuestro presente.

Existen varias ideas que se entremezclan en el concepto usual de tiempo; el tiempo es, por un lado, la duración de la totalidad de las cosas, pero, por otro lado, es una parte de esa duración, y, además, el momento en que sucede algo. La historia que conciben los historicistas está basada en la primera concepción del tiempo, el tiempo eterno que al ser surtido de contenidos “culmina con pleno derecho en la historia universal” (17, p. 189); para señalar la forma de narrar de este tipo de historia el mejor ejemplo tal vez sea el “Erase una vez” (16, p. 189), tan característico del comienzo de los cuentos, donde los hechos narrados devienen iguales, y las historias en que aparecen, uniformes en su irrealidad. Por el contrario, la historia que concibe Benjamin se vincula a la segunda y tercera acepciones del tiempo. Estas dos están, a su vez, relacionadas: el tiempo que es parte de esa duración se distingue de la totalidad del tiempo porque existe un momento diferenciador en el que sucede algo. Ese momento diferenciador no es otra cosa que una ruptura del continuum de la historia; ésta comienza de nuevo, renace, cuando se adquiere conciencia de la importancia de lo hecho, lo cual sólo puede tener lugar en un presente cargado de recuerdo. Es la posibilidad de comparar, la capacidad de encontrar lo actual en el pasado, la que hace posible el recuerdo, la que permite calificar de “histórico” un acontecimiento; es, pues, un presente que se reconoce en un pasado lejano, que intenta recuperar en lo que siente como solidario, pero es, a la vez, un presente que utiliza su fuerza para diferenciarse, para

distanciarse del pasado inmediato, que le es ingrato. Bajo la forma de este salto dialéctico “es como Marx entendió la revolución” (14, p. 188), y ésta justifica su novedad con respecto a lo inmediato anterior mediante la creación de un tiempo nuevo: el tiempo que registran los calendarios, pero que los relojes son incapaces de distinguir. Basta fijarse en los ejemplos del cristianismo o del islam para comprobar que así ha sido, en la misma medida en que lo llevó a cabo con posterioridad cualquier revolución: “La conciencia de estar haciendo saltar el continuum de la historia es peculiar de las clases revolucionarias en el momento de su acción. La gran Revolución introdujo un calendario nuevo. El día con el que comienza un calendario cumple oficio de acelerador histórico del tiempo” (15, p. 188).

La función del “tiempo-ahora” se revela entonces como diferente de la mera recuperación de la tradición. Mientras el historicismo mira al conocimiento del pasado, la historia monádica tiende a su utilización. El historiador materialista debe dirigirse al pasado para rebuscar en su seno aquellos elementos que han sido oscurecidos hasta hacerse irreconocibles en la noche de los tiempos. La tarea del materialista histórico es buscar estos restos del pasado para hacerlos aflorar, plenos de utilidad, en el presente, al igual que el trapero se sumerge en la escoria para sacar de sus componentes nuevas aplicaciones de una utilidad nunca imaginada⁸. La creatividad aplicada a lo ya sido es, en ambos casos, el nexo de unión que hace posible una nueva configuración. De esta forma podrá interrumpirse el curso de la historia, y devolver la felicidad original a los vencidos de todos los tiempos.

El historicismo y la socialdemocracia anulan el presente; el primero por suponer que puede dejarlo de lado cuando investiga el pasado, la segunda por menospreciar su valor a cambio de la creencia en un futuro mejor. Frente a uno y otro, lo importante desde el punto de vista de la historia monádica es el presente, y todo su empeño va dirigido a la detención de éste: “el materialista histórico no puede renunciar al concepto de un presente que no es transición, sino que ha llegado a detenerse en el tiempo. Puesto que dicho concepto define el presente en el que escribe historia por cuenta propia” (16, p. 189).

Se trata, pues, de sumergirse en lo que se supone que ha sido el pasado para, trastocando su experiencia aparente, sonsacar del mismo las energías convenientes para el presente. De ahí la exigencia de hacer uso de experiencias únicas, a la manera de imágenes relampagueantes, a las que Benjamin se refiere reiteradamente en sus Tesis: “La verdadera imagen del pasado

8. W. Benjamin, “El París del Segundo Imperio en Baudelaire”, en *Poesía y capitalismo. Iluminaciones II*. Madrid. Taurus, 1988, pp. 31 y 98.

transcurre rápidamente” (5, p. 180), “adueñarse de un recuerdo tal y como relumbra en el instante de un peligro” o “fijar una imagen del pasado tal y como se le presenta de improviso al sujeto histórico en el instante de peligro” (6, p. 180), en “una experiencia con él que es única” (16, p. 189). Las expresiones designan, en todos los casos, experiencias que, como la forma lingüística utilizada para describirlas, son breves pero densas, cargadas de sentido, a la manera del aforismo barroco. No es la primera vez que se señala que el centro de las ideas de Benjamin está constituido por la teoría de la experiencia⁹, pero lo importante en este caso es que la forma expresiva utilizada se corresponde con el contenido de lo expresado. Se pone de manifiesto la detención de la historia mediante el recurso a la expresión mínima de ésta. Cuando el historiador materialista “es lo suficientemente hombre para hacer saltar el continuum de la historia” (16, p. 189), golpea “una constelación saturada de tensiones” existente en el pasado. Su cristalización constituye una mónada (17, p. 190), es decir, lo que forma una unidad cargada de sentido entre el pasado y el presente, capaz por ello mismo de romper el continuum entre ambos. La mónada es a la historia, lo que el aforismo a la literatura filosófica; ambos condensan en una expresión mínima la totalidad de un saber.

El concepto de mónada aplicado a la historia va, a semejanza de su homónimo leibniziano, mucho más allá de lo que pueda indicar la simple unidad; implica, por una parte, afinidad entre lo dispar del pasado y del presente, pues en ello consiste la “detención mesiánica del acaecer” (17, p. 190), pero equivale, por otra parte, a lo que es único, porque sólo una vez en cada ocasión es posible recuperar lo anterior para que entre en lo actual: “Al pasado sólo puede retenérsele en cuanto imagen que relampaguea, para nunca más ser vista, en el instante de su cognoscibilidad” (5, p. 180). Puede haber muchas mónadas, pero serán diferentes entre sí. La mónada está, además, cargada de energía, de actividad, que se encamina a un solo objetivo: lograr “una coyuntura revolucionaria en la lucha en favor del pasado oprimido” (17, p. 190). La historiografía materialista llevará a cabo esta operación del pensamiento partiendo de la existencia de hechos particulares que ejemplifican en su brevedad la totalidad de la historia; el transcurso de ésta última se plasma en una obra, a la que se ha hecho saltar de una vida, del mismo modo que ésta ha saltado de una época y la época del curso homogéneo de la historia: “El alcance de su procedimiento consiste en que la obra de una vida está conservada y suspendida *en* la obra, *en* la obra de una vida la época y *en* la época el decurso completo de la historia” (17, p. 190).

9. P. Krumme, cit. por J. Habermas, “Walter Benjamin. Crítica concienciadora o crítica salvadora (1972)”, en *Perfiles filosófico-políticos*. Madrid. Taurus, 1975, p. 317, nota.

De esta forma se comprende que desde el punto de vista benjaminiano carezca de importancia el conocimiento del pasado "tal y como verdaderamente ha sido"; no es sólo que se rechace el orden de los vencedores en que necesariamente se presentaría éste, ni que existan aceptables dudas metodológicas acerca de la misma posibilidad de conseguir tal logro y acerca del método utilizado para ello, sino que, además, no es necesario llegar a la totalidad de ese pasado para detener el curso de la historia. Para captar una "constelación en la que con otra anterior muy determinada ha entrado su propia época" (A, p. 191), al historiador materialista le basta con entrar en contacto con un elemento de ésta, elemento que puede estar visible o no en el transcurso de la historia, pero que al ser objeto de tal elección pasa a desempeñar una función diferente a la que pudiera ejercer en el orden homogéneo del que es separado. Lo significativo es sólo una parte, ínfima, del pasado.

Este procedimiento guarda cierto paralelismo con la técnica literaria. Cualquier estudio hace uso de las citas, las cuales no son otra cosa que la utilización parcial de la obra de una vida, para dar cuenta del pensamiento global de un autor, en la misma medida en que consideramos que éste último es un paradigma de la manera de pensar de una época determinada. Se admite, por tanto, que no es necesario recurrir a la totalidad para dar cuenta de la misma, basta con elegir sus momentos más representativos. Pero esta forma de actuar, válida en general para el estudio histórico, filosófico o filológico, es sólo una parte de la técnica literaria, pues, en la medida en que el escritor es creador, no se conforma con la reproducción neutra de los fragmentos elegidos, sino que éstos son manipulados para defender una tesis unida a su presente. La importancia de la cita estriba en su plenitud de sentido: demuestra o confirma en su brevedad la totalidad, de la misma manera en que un pliegue del pasado puede darnos lo fundamental de éste. La cita es una mónada que sólo ejerce su papel una vez, de manera única; cualquier otra aplicación de la misma la convierte en una mónada diferente. Como el pasado que al entrar en contacto con el presente rompe el tiempo homogéneo de la historia y ayuda a cambiar la dirección de ésta, la cita reproducida por el creador altera su sentido primitivo para ocupar una posición ajena, si no contradictoria, a la ejercida en el orden original del que fue extraída¹⁰. Se puede establecer el paralelismo entre la mónada, la cita

10. Según Hannah Arendt, "Walter Benjamin, 1892-1940", en *Hombres en tiempos de oscuridad*. Barcelona. Gedisa, 1990, p. 187, para Benjamin "el trabajo principal consistía en arrancar los fragmentos de su contexto y darles una nueva disposición de modo tal que se ilustraban unos a otros y probaban su *raison d'être* en total libertad. Era una especie de montaje surrealista".

y el mismo 'tiempo-ahora', porque todas ellas son la expresión mínima, pero suficientemente significativa, de diferentes totalidades.

5. Función mesiánica del recuerdo

La crítica al concepto positivista de la historia que Benjamin lleva a cabo, se basa fundamentalmente en la consideración del tiempo que se deriva de ella. Desde su perspectiva, y a pesar de su afirmación en favor de un pasado "tal y como verdaderamente ha sido", el historicismo narra el producto de lo que ha ocurrido, esto es, una historia en la que se silencian y ocultan las voces de los desposeídos. No dice nada de los afanes de éstos últimos, de sus esperanzas cercenadas por la derrota. El tiempo homogéneo que crea esta manera de entender la historia mantiene ocultas las voces de los perdedores. Su discurso es lineal, ajeno, por tanto, a las múltiples injusticias de la que han sido víctimas aquellos que carecen de la capacidad de expresar su versión de los hechos; una versión a la que sólo se puede acceder pasando "a la historia el cepillo a contrapelo" (7, p. 182), descubriendo sus recodos, sus recovecos, esas imágenes que no han tenido cabida en la historia de los dominadores y de sus herederos, y que sólo son recuperables en un salto rápido, breve, relampagueante, pero cargado de intención, desde nuestro presente.

Sería un contrasentido dar el salto al pasado con los mismos métodos que los enemigos contra los que se pretende combatir. El procedimiento tiene que ser otro. Frente al positivismo no cabe otra alternativa que el uso de la memoria colectiva, sin falsos científicismos, ni el apoyo de documentos de presunta objetividad. El científicismo sólo es una pretensión ideológica con la que busca recubrirse la historia de los vencedores; lo único que se consigue al enfatizar la científicidad del pasado es borrar la identificación entre éste y las generaciones presentes. No es un pasado que sienten sino un pasado que aprenden como algo ajeno. La objetividad de los documentos es un artificio engañoso si se tiene en cuenta que tales documentos pertenecen a los que han alcanzado la victoria en cada ocasión. La mejor prueba de la relatividad del valor de ambos, el científicismo y el documento, nos la da el hecho de que uno y otro formen parte imprescindible del positivismo historiográfico, pero no de otras corrientes de interpretación histórica.

Esta misma confianza ciega en la ciencia es la que ha llevado a la socialdemocracia a renunciar a sus mejores armas: "Nada ha corrompido tanto a los obreros alemanes como la opinión de que están nadando con la corriente. El desarrollo técnico era para ellos la pendiente de la corriente a favor de la cual pensaron que nadaban" (11, p. 184). En el caso de ésta

última, la fe encuentra su punto de aplicación en el futuro, en la idea de un progreso necesario. Al creer que éste habría de ser el resultado de una norma histórica, olvidaron el pasado y descuidaron en extremo su presente. Lo consideraron un momento de transición hacia el esperado futuro de redención, pero ello les convirtió en víctimas propiciatorias. No se puede tener éxito en la lucha contra el fascismo enarbolando la bandera del progreso como ley histórica, de la manera en que pretendió hacerlo la socialdemocracia (8, p. 182). Cualquier enfrentamiento con éste pasa por la superación de la idea según la cual vivimos en la mejor de las sociedades posibles, y que lo mucho de negativo que ocurre en ella no es el mismo reflejo de las condiciones que crea. La pobreza y la desigualdad de toda sociedad, como el hambre en el mundo opulento de hoy, la dominación, en suma, no se dan por casualidad en las sociedades ni su existencia es algo ajeno al propio ordenamiento que imponen.

No es sólo una paradoja de las teorías del progreso que los más inauditos avances tengan lugar a la par que se producen las situaciones de miseria más lamentables que probablemente haya conocido la especie humana a lo largo de su historia. Toda teoría del progreso acaba siendo víctima de la disolución de éste en dos aspectos que en gran parte son contrapuestos, a saber, el progreso técnico y el progreso social. El avance del primero no siempre debe ser interpretado como un adelanto del segundo, pues, sin un cambio en los mecanismos de propiedad, cualquier progreso técnico puede equivaler, de hecho, a un retroceso social. La teoría del progreso a la que se adhirió la socialdemocracia en tiempos de Benjamin no supo distinguir los dos elementos presentes en éste, de ahí su mayor error. No fue consciente de que el desarrollo de los medios de producción no llevaba consigo el desarrollo de la sociedad. Esa misma confusión es la que inspira la actitud de extrañeza ante hechos que parecen indignos de la época, sin embargo, vistos desde el lado de los más desfavorecidos podemos apreciar que es, precisamente, el orden imperante el que trae consigo tales situaciones: “no es *en absoluto* filosófico el asombro acerca de que las cosas que estamos viviendo sean ‘todavía’ posibles en el siglo veinte. No está al comienzo de ningún conocimiento, a no ser de éste: que la representación de la historia de la que procede no se mantiene” (8, p. 182).

Acentuar el lado tecnológico del progreso, hacer que el mismo se mida únicamente por el desarrollo de su dominio sobre la naturaleza, equivale a esconder la cabeza ante los problemas importantes que éste plantea. La medición del progreso desde el punto de vista de los indicadores económicos, como si éstos fueran los únicos a tener en cuenta, supone un empobrecimiento de la auténtica realidad social; si el que adopta esta postura es un movimiento cuya fuerza reside en el intento de mejorar la sociedad, su situación ante sus enemigos se verá comprometida. No se puede predicar la

mejora de la sociedad y hacer consistir ésta en la explotación desalmada de la naturaleza; su explotación ilimitada e incontrolada es un acto contrario al bienestar de esa misma sociedad. Sin duda, es un concepto corrompido de naturaleza suponer que ésta existe *sólo* para responder a lo que se exige de ella, que “está ahí gratis”. Tal postura, propia de la socialdemocracia, “ostenta ya los rasgos tecnocráticos que encontraremos más tarde en el fascismo” (11, p. 185). La justificación tecnológica del progreso carga la mano sobre lo que de (económicamente) efectivo puede tener éste, renunciando a su máspreciado bien: la liberación de las clases oprimidas. La esperanza en un futuro mejor se convierte, de esta forma, en la máxima garantía de que sus objetivos nunca se verán cumplidos. La fe en el progreso no es en este caso otra cosa que la imposibilidad de hacer realidad los sueños de liberación.

La posibilidad de que los oprimidos puedan dejar de serlo, cambiando el curso de la historia, no se encuentra en el tiempo homogéneo y vacío que configuran a la par el historicismo y la socialdemocracia, sino en el deseo de poner término a las humillaciones. Es necesario recoger del pasado los momentos de derrota para convertirlos en armas contra los vencedores. Si la memoria colectiva de los vencidos no puede conformarse con el pasado que le ofrece la historia tradicional es debido a su conciencia de la parcialidad de ésta. La historia que narran los positivistas es la de los vencedores, es incapaz de recoger la experiencia de los que en todo momento sufren por sus derrotas. Hay que recurrir a otra historia, la que es producto del recuerdo. El recuerdo es, ciertamente, la memoria de un tiempo pasado, pero su manifestación tiene lugar en el presente. Olvidar ambos aspectos equivale a ignorar el auténtico significado del recuerdo. Desde el presente se recuperan los fragmentos ocultos en el pasado que la historia positivista se ha empeñado en ignorar. La filosofía de la historia de Benjamin considera que la experiencia del tiempo de los historicistas es incapaz, por una parte, de captar las múltiples injusticias que han ocurrido en la historia, pero, por otra, de la mano de la idea del progreso forjada por la socialdemocracia, renuncia a poner término a éstas. Por tanto, se trata de hacer uso de una nueva experiencia de la historia, basada en el recuerdo, y de actuar desde el presente, más que con las esperanzas puestas eternamente en el futuro.

La filosofía de la historia benjaminiana no renuncia a la esperanza, pero no hace de ésta un artificio de sometimiento. En vez de ponerla en el futuro, la coloca en el pasado; se nutre, sobretodo, del dolor, del recuerdo de las penas que han sufrido cada una de las generaciones anteriores. Es la esperanza que tienen en el presente los que son capaces de recordar las tristezas del pasado. La idea de una vida mejor en el futuro, que avala las teorías del progreso, no proporciona suficiente fuerza a ninguna lucha

revolucionaria; un mínimo aumento de las condiciones de vida pondría término a cualquier conato de enfrentamiento. Este es, de hecho, el mayor logro que puede exhibir la política de los socialdemócratas: la búsqueda de un cierto avance a costa de un gran abandono. “Con ello -dice Benjamin- ha cortado los nervios de su fuerza mejor. La clase desaprendió en esta escuela tanto el odio como la voluntad de sacrificio. Puesto que ambos se alimentan de la imagen de los antecesores esclavizados y no del ideal de los descendientes liberados” (12, p. 186).

Recurrir al pasado para encontrar las fuerzas que nos ayuden en nuestro presente equivale a recuperar una tradición oculta, ajena por completo a lo que nos ha sido dado rutinariamente como tal. Implica la convicción de un peligro, a saber, el que amenaza con enterrar definitivamente esa tradición que está ausente de la historia positivista, y en igual medida, a los herederos de la misma. Tal vez el mayor aliado de este peligro sea el conformismo; la posibilidad de evitarlo requiere grandes esfuerzos, y en ningún caso los resultados se podrán comparar con los de la historia tradicional. La tradición de los oprimidos es fragmentaria, discontinua, fruto de “un salto de tigre al pasado”. Su misma factibilidad se presenta de manera problemática puesto que requiere una fe inquebrantable en la justicia y en la necesidad de la causa defendida: “El don de encender en lo pasado la chispa de la esperanza sólo es inherente *al* historiador que está penetrado de lo siguiente: *tampoco los muertos* estarán seguros ante el enemigo cuando éste venza. Y este enemigo no ha cesado de vencer” (6, pp. 180-181).

Lo que está proponiendo Benjamin, y con ello se cierra el círculo, es el uso de un modelo teológico, el judío, con fines laicos. La idea que guía su filosofía de la historia parte de la necesidad de encontrar modos de actuación secularizados capaces de cubrir el hueco perdido por la tradición religiosa. El recuerdo que nos permite la esperanza es, desde este punto de vista, el mismo que experimentaban los fieles en cada conmemoración. Se trataba de indagar en el pasado para recuperarlo, conscientes de la importancia reveladora que tenía el mismo; “a los judíos les estaba prohibido escrutar el futuro. En cambio la Thora y la plegaria les instruyen en la conmemoración” (B, p. 191). No recordaban, no conmemoraban todo el pasado, sino aquellos actos que consideraban fundamentales para la existencia de su creencia. La memoria de lo acaecido era fundamental para el mantenimiento de su fe. La Redención sería una consecuencia de ésta. De la misma forma, la clase de los oprimidos necesita la práctica de la memoria para recordar constantemente las injusticias de las que ha sido víctima a lo largo de la historia. Tales injusticias deben ser rememoradas para que cada acto de recuerdo se convierta en un acto de confianza en el propio ser. Su redención será el efecto de esta lucha desigual, y será tras su consecución cuando esté en condiciones de asumir la totalidad de aquel tiempo: “sólo para la humanidad redimida se ha hecho su pasado citable en cada uno de sus momentos” (3, p. 179).

**III
IN MEMORIAM**

**FELIPE GONZALEZ VICEN
(1908-1991)**

Una correspondencia y un artículo inédito

Por JUAN JOSE GIL CREMADES

Zaragoza

El 22 de febrero de 1991 fallecía en La Laguna (Tenerife) Felipe González Vicén. Junto con Corts Grau, superviviente de la generación de filósofos del Derecho que accedieron a la Cátedra universitaria antes de la fecha discriminadora de actitudes de 1936, mantuvo una postura personal, equidistante tanto del exilio exterior como de la colaboración y, paradójicamente, cercana al exilio interior y deudora de vínculos familiares y de amistad para evitar las últimas consecuencias de una "depuración", resultado del cainismo reiterativo de nuestra historia contemporánea. Como resultado: su fecundo "aislamiento" en las Islas Canarias.

Su obra tampoco siguió las rutas marcadas por la política cultural de turno, tan beneficiosa, antes y ahora, para quienes la siguen, y justifican, con provecho personal, el presente. Ni siquiera, por elegancia moral e intelectual, quiso pensar contra alguien o contra algo. Sus trabajos, en gran medida, giraron en torno a la historia y reconstrucción del pensamiento jurídico del XIX y primer tercio del XX, atendiendo a su epicentro germano. Aunque se dispone de algunos materiales para hacer un balance de esa obra, y por ello se prescinde aquí de elaborar una semblanza, convendría no olvidar los comienzos de ella, y principalmente: *Teoría de la Revolución. Sistema e Historia*, Valladolid, Imprenta Allen, 1932. 150 pp., la *Advertencia preliminar* a la traducción parcial de las *Grundlinien* de Hegel (Madrid, Revista de Occidente, 1935) y *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des spanischen Geistes*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1937, 44 pp. En estas publicaciones se trasluce, junto a la confusión de espíritus del período de entreguerras que embargó ineludiblemente a nuestros becarios de la Junta de Ampliación de Estudios, la tensión entre una aséptica pureza metodológica de influjo kelseniano, y un quizá no comedido entusiasmo por el "espíritu", que, por lo demás, no tuvo continui-

dad. Junto al conocimiento pormenorizado de autores, escuelas y corrientes, que le conceden, por ejemplo, el rango de cita no esporádica de Franz Wieacker a partir de la segunda edición de su clásica *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), mantuvo una opción moral de fondo, que ha sido calificada de kantiana, y que ha motivado el revuelo en torno a su tesis sobre la obediencia al derecho, que casi han creado una fama que podría hacer olvidar su dedicación casi exclusiva a la historia del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo.

Al hacer esas observaciones, se es consciente de no ser un advenedizo en la relación personal con González Vicén. Permítaseme que rompa el silencio que me ha mantenido al margen de los administradores de la fama del gran Profesor desaparecido. Quizá, ese julio de 1969 era la primera vez en que el sorteo le había hecho desplazarse a Madrid para formar parte de un tribunal de oposiciones, que habría de elevar la propuesta de dos plazas de profesor agregado de Filosofía del Derecho. También en esta ocasión era el único discordante en un mayoritariamente homogéneo tribunal, situado científica e ideológicamente lejos de él. Su prestigio y su legitimación le mantenían a distancia de los demás. De los opositores, otros no quisieron librar batalla, y uno, novato al fin, se empeñó en disputarla, llevado de un impulso que sólo a la larga le ha dado alguna que otra satisfacción: luchar por lo obvio. No conocía personalmente a González Vicén. Incluso tuve que disculparme de ello en un encuentro en Colonia, organizado en 1966 por la sección alemana de la IVR, al saludar precisamente al Profesor Wieacker, quien me dedicó un par de recientes separatas y compartió una chocolatina que llevaba, junto con otros papeles, en una vieja cartera. Así es que fue en aquellos cálidos días de julio del 69, y cuando ya se habían celebrado las votaciones, cuando pude saludarle y hablar con él. No era un buen momento. Me consoló, calificó de "barbaridad" lo ocurrido, me felicitó y dio ánimos. A lo largo de los ejercicios, y aun cuando entonces no era habitual, me preguntó muy acertadamente sobre mis planteamientos metodológicos, con los que coincidía, por estar alejados tanto de iusnaturalismos acordes con la confesionalidad del Estado, como de "salvadores" y vulgares marxismos, muy de moda y hasta presuntivamente rentables entonces, al menos a medio plazo. Desde ese momento se inició una correspondencia sostenida.

Una segunda oportunidad de encuentro se ofreció, lamentablemente, en situación similar: la oposición a cátedras que, convocada también en 1969, no se concluyó hasta julio de 1974, mediando dos o tres recursos contencioso-administrativos, una sustitución de varios presidentes de tribunal, una dimisión de vocal de la "minoría" -dimisión pactada, por cierto, por quienes tampoco ahora, en principio, querían librar la batalla-, un par de menciones del tema en el Consejo de ministros, una pregunta en Cortes, etc., etc. El Profesor González Vicén, alejado de las luchas por el poder académico, se

mantenía en su puesto, y ninguno, al parecer, le consideró objeto de especial maniobra. Esa presencia desinteresada fue beneficiosa, pues dos vocales de la, en principio, "mayoría" -presentes ambos, curiosamente, en las oposiciones anteriores-, acabaron convencidos por González Vicén, y en un acto que tuvo que suponer sacrificios y que les honra, decidieron racionalizar proceso tan aberrante como el descrito.

Años después estuvo desde el primer momento alentando la puesta en marcha de la segunda época del "Anuario". Su colaboración fue muy asidua: hasta tres magníficos trabajos -sobre el darwinismo social, el neokantismo jurídico axiológico, Jhering- y una última breve aportación sobre Pierre Bayle, a la que ya afectaba la decadencia física de los dos últimos años de su vida. Pudo haber una más, que resultó truncada. Quiero explicar, al hilo de la correspondencia mantenida entonces, el por qué. Y creo además que, una vez desaparecido de nosotros, las causas -ficticias- que le llevaron entonces a suspender sin término fijo esa publicación ya no son vinculantes, por lo que el mejor homenaje que se le puede prestar a su memoria es publicar y leer un inédito que, en la línea de su primordial preocupación investigadora por la historia de las ideas, añade una cierta ligereza como para captar la atención incluso de un no especialista.

Quizá por esta última razón quiso González Vicén enviar su artículo a una revista de más amplio espectro cultural. Cortesmente el director de esa publicación creyó más propio el "Anuario" para ese trabajo. Yo, naturalmente, me dirigí al autor recabando su permiso. He aquí el texto de la respuesta:

La Laguna, 29 de diciembre de 1985

Sr. Don
J. J. Gil Cremades
ZARAGOZA

Querido amigo y compañero:

Muchas gracias por su carta del último día veinte.

El problema con mi artículo sobre los usos sociales es que, desde un principio he tenido muchas reservas hacia su publicación. Con la mejor voluntad, desde luego, pero un poco precipitadamente y sin yo saber nada se lo dio a Vd. X. Más que un trabajo científico es, como ya habrá Vd. visto, lo que los italianos llaman un "divertimento". Por todo ello, yo preferiría que no se publicase, al menos por ahora, y que me lo devolviera Vd. cuando tenga ocasión para ello.

Estoy dando, en cambio, la última mano a un trabajo sobre el neokantismo axiológico, que sí me gustaría ofrecerle para el "Anuario". Dígame qué le parece y si habrá sitio para él en el citado "Anuario".

¿Qué tal estuvieron las jornadas de Sigüenza?

Yo también le deseo una feliz entrada de año y unas vacaciones aprovechadas.

Cordialmente,

G. Vicén

Mi carta de respuesta atendía inmediatamente el ruego y mostraba la satisfacción de poder contar con un artículo escrito expresamente para el "Anuario". Pasado el tiempo -pensaba yo- podría volver a recordar el tema de los "usos sociales", con razones que enfocaran desde un ángulo favorable, la actitud, situada a medio camino entre la contrariedad y el coqueteo, de meter el trabajo en una carpeta. Quizá acabara concediendo el indulto de edición a unas cuartillas exentas de toda culpa. Transcribo el acuse de recibo:

La Laguna, 17 de enero de 1986

Sr. Don
J. J. Gil Cremades
ZARAGOZA

Querido amigo y compañero:

Acabo de recibir el original de mi trabajo sobre los usos sociales y quisiera acusarle recibo de ello. Siento mucho toda la serie de molestias que el asunto le ha causado, pero, ya desde un principio, tenía muchas dudas acerca de su publicación, y no por razones objetivas -el trabajo no me parece mal en su conjunto-, sino, más bien, por una especie de sensación muy subjetiva de que no concordaba con mi línea de producción. En fin, un poco manías de viejo profesor.

El trabajo sobre el neokantismo axiológico va avanzando, y en cuanto esté terminado se lo enviaré. Espero que no sea demasiado extenso. Yo le calculo alrededor de treinta folios a máquina.

No he recibido hasta ahora el número 1985 del "Anuario", en el que estoy muy interesado. Si no es mucho pedir, insista Vd. en la redacción para que me lo manden.

Muy cordialmente

G. Vicén

En los meses inmediatamente posteriores la correspondencia que de él conservo se refiere, entre otros temas, al artículo sobre el neokantismo. Mencionaré algunos detalles que revelan su modo de trabajar. En carta del 9 de abril de 1986 dice de ese trabajo: "Lo he terminado de hecho, pero, a última hora, se me ha ocurrido la idea de ponerle una coletilla crítica, y eso y el pasarlo a máquina me tiene todavía ocupado". Con ese pretexto me pregunta si "puede Vd. esperar un poco". El 9 de mayo siguiente puede, satisfecho, enviarlo, ponderando el esfuerzo realizado:

Le adjunto el artículo prometido. He tardado unos días, porque para reducir su extensión me he dedicado a una labor de poda intensa, suprimiendo párrafos y hasta en algún caso

páginas enteras. Total, que he tenido que mecanografiarlo casi por entero. La idea central, claro está, queda intacta y espero que no se noten mucho mis tachaduras y supresiones.

[...] Del artículo que le envió quisiera, a ser posible, que me hiciera bastantes "separata", pues tengo muchos compromisos que cumplir, sobre todo en el extranjero. Unas treinta serían bastantes.

[...] Para mi tranquilidad, le agradecería que pusiese unas letras en cuanto reciba el artículo. Gracias.

No debo glosar estos detalles. Hablan por sí solos de un estilo de profesor concienzudo, minucioso, trabajador, consciente y orgulloso de sí mismo, cortés, afable. Y el contraste con el presente me hace añorar más a un universitario lamentablemente desaparecido.

Los usos sociales Un ensayo de sociología descriptiva

Por FELIPE GONZALEZ VICEN

Vamos por la calle y cedemos el paso a una persona de más edad, nos vestimos de cierta manera para asistir también a ciertas reuniones o ceremonias, nos sentamos a la mesa de una forma determinada y manejamos los cubiertos también de cierto modo, saludamos a los conocidos y los saludamos de manera distinta según el grado de intimidad que tengamos con ellos... Y lo curioso de todo ello es que estos gestos o ritos que, a nuestro entender, son espontáneos y fruto del momento son, en realidad, el cumplimiento más o menos estricto de un conjunto de normas que gravitan sobre nosotros y nos acompañan durante toda nuestra vida en sociedad. Son las llamadas normas o reglas del decoro, de la buena educación, de la cortesía, de la etiqueta, o para decirlo con una expresión ya consagrada, de los usos sociales.

Las páginas siguientes están dedicadas a poner en claro en lo posible la estructura y la función de estos usos sociales.

I

Y en primer lugar, enfrentémosnos con el hecho de que, durante más de un siglo, la ciencia del Derecho ha ignorado absolutamente todo el complejo de la normativa social. No sólo los usos sociales, que van a ser el objeto de este estudio, sino igualmente el pudor, el honor, la moralidad, la moda, en suma, todo ese universo de reglas no escritas que, de una u otra manera determinan nuestra convivencia. Sólo la costumbre social, como origen del Derecho consuetudinario y como herencia de la Escuela histórica, va a ser

objeto de atención especial, aunque sin entenderla, por eso, como una parte de ese ámbito extrajurídico pero vinculante que denominamos normatividad social¹. ¿Cuál es la causa de este fenómeno insólito? Sin duda una nueva noción del Derecho y de la ciencia jurídica. Y es que, en efecto a todo lo largo del último siglo, y muy especialmente en su segunda mitad va a tener lugar una revolución en las categorías jurídicas de consecuencias inesperadas².

Se trata de un proceso de formalización y positivación radicales, por virtud del cual el Derecho es entendido como un conjunto de proposiciones abstractas unidas entre sí por conexiones lógico-formales y cuya validez última deriva de proceder directa o indirectamente de un centro superior de poder. Es una noción del Derecho como, desde los glosadores, no había arraigado en la conciencia europea: la noción de un derecho "en sí", reposando sobre sí mismo y desprovisto de toda teleología y de toda relación con la realidad social. Una noción que va a influir naturalmente en la concepción misma de la ciencia jurídica. Ya Puchta, en las primeras estribaciones de la Escuela histórica, podía escribir, que el tema propio de toda ciencia jurídica era "el conocimiento de la relación interna que une a las partes del Derecho, entendiendo lo singular como parte del todo y éste como un cuerpo que se manifiesta en órganos especiales"³, es decir, "el conocimiento de las proposiciones jurídicas... como condicionadas las unas por las otras y deducidas las unas de las otras"⁴. La misma institución jurídica no es un concepto teleológico o sociológico, sino sólo la referencia de un grupo de normas a un principio formal superior⁵.

Para esta noción del Derecho y para este concepto de la ciencia jurídica, la realidad social constituye de por sí el límite de toda conceptualización. Lo social que es, por naturaleza singular y concreto no es, también por naturaleza, reducible a categorías formales ni accesible tampoco al pensamiento racional abstracto. Lo real social sólo es comprensible como tal, es decir, en su concreción, y no despojándolo de su contenido para adecuarlo

1. La obra clásica es aquí G. Fr. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen 1828-1837, esp. Bf. II, págs. 24 ss. Sobre el Derecho consuetudinario en el siglo XIX, H. Mokre, *Theorie des Gewohnheitsrechts*, Wien 1932, págs. 6 ss.

2. Sobre lo que sigue, cfr. mi trabajo "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VIII (1961), págs. 47 ss., ahora también en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna 1979, págs. 141 ss.

3. Puchta, *Lehrbuch der Pandekten* (1838), 11. Aufl. Leipzig 1872.

4. Puchta, *Cursus der Institutionen* (1841-42), 7. Aufl. Leipzig 1871, pág. 77.

5. G. Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, (1847) 1. Abtlg. 4. Aufl. Berlin 1885, pág. 14.

a un esquema formal⁶. Nada tiene, por eso, de extraño que para la ciencia formal del positivismo jurídico el mundo entero de la normatividad social quedase algo así como en la penumbra y fuera del campo propio de su reflexión. Y por tanto también el ámbito de una normatividad como la de los usos sociales que de manera tan directa y continuada influye nuestras relaciones de convivencia. Todavía, a finales del último siglo, podía decir Jhering, que “no había en toda la ética un terreno tan abandonado como el de los usos sociales”, al cual comparaba con un erial que habría de ser objeto de enormes trabajos antes de que pudieran obtenerse de él verdaderos frutos⁷.

Va a ser necesaria la gran revolución metódica unida a los nombres del mismo Jhering y de Otto v. Gierke para que cambie radicalmente el viejo planteamiento del problema jurídico⁸. Esta revolución, que sacude hasta sus cimientos la dogmática del positivismo jurídico, no sólo introduce la teleología en la reflexión jurídica, sino que, por primera vez, va a entender el Derecho desde la dinámica de la realidad social. Partiendo de la idea de una teleología universal, Jhering ve la sociedad como una lucha y un entrecruzamiento de “intereses” particulares, cuya armonía logra la misma sociedad organizándose como Estado y dictando las normas coactivas que llamamos Derecho. El Derecho no es, por tanto, algo abstracto que pueda considerarse en sí mismo, sino un conjunto de normas que sólo pueden entenderse y sólo adquieren sentido desde la realidad histórica de una sociedad determinada. El Derecho no persigue como fines valores abstractos; su fin son las necesidades concretas de sociedades concretas, y es por eso, que el Derecho cambia, y no sólo cambia con la existencia de las sociedades, sino que cambia también en una misma sociedad, en la medida que esta sociedad modifica la significación atribuida a las diversas manifestaciones de la vida colectiva⁹. Desde supuestos distintos, Gierke va a llegar a conclusiones paralelas. Para Gierke la sociedad no es, tal como pretendía la filosofía de la Ilustración, una suma de individuos aislados, sino un conjunto de “asociaciones”, es decir de colectividades reales que incorporan fines, necesidades y aspiraciones humanas, “prolongando así la vida de los

6. Cfr. ya F. Staerk, "Zur Methodik des öffentlichen Rechts" en *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. XII (1885), págs. 80 ss., es. 145 ss.

7. R. V. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. II (1874-1883), 4. Aufl., Leipzig 1905, pág. 189.

8. Sobre Gierke, cfr. mi trabajo, "La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVI (1971), págs. 3 ss., ahora en *Estudios de Filosofía del Derecho*, ya cit., págs. 259 ss.

9. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, ed. cit., págs. 339, 342 ss.

individuos en un orden de existencia vario y articulado”¹⁰. Esta realidad social es la que crea el Derecho. El Derecho es “una función de la vida colectiva, condicionada y determinada en todos sus extremos por las demás funciones del cuerpo social”¹¹. El Derecho es, por ello, siempre Derecho de una comunidad determinada, en relación íntima con “el contenido total de la cultura” de esta comunidad¹².

Esta nueva metodología va a traer consigo, como no podía por menos, toda una conmoción en el concepto mismo de la ciencia del Derecho. El gran descubrimiento aquí -un descubrimiento que ya no desaparecerá de la conciencia jurídica contemporánea- es el de la sociedad como un ente autónomo, con una vida propia que se manifiesta hacia el exterior en forma de objetivaciones históricas. Es un descubrimiento que, no sólo va a producir un giro profundo en la concepción del Derecho, sino que va a abrir las puertas de la reflexión a todo el mundo normativo que la sociedad crea para regular su propia existencia. La sociedad deja de ser ese algo amorfo cuyo único destino es, al parecer, ser conformado por la regulación coactiva del Derecho, y adquiere perfiles propios y una vida que le permite crear un orden de normas de muy diversa estructura que regulan la convivencia. El primero que vio esto fue Jhering, quien también fue el primero en dedicar páginas centrales de su obra a la normativa social; páginas en las que entre titubeos y confusiones, pero también destellos geniales estudia algunas de las normas sociales más significativas: la costumbre, la moda y los usos sociales¹³.

Nosotros vamos a dedicar la atención en concreto a estos últimos.

II

Pero antes de entrar en el estudio en sentido propio de los usos sociales es preciso hacernos claridad sobre su naturaleza, diferenciándolos de otros fenómenos y normas sociales afines. Y nada mejor que empezar diferenciándolos de la costumbre. Y es que los usos sociales nos son, por así decirlo, tan “connaturales” que pueden fácilmente identificarse con una costumbre. Estrechamos la mano, cedemos el paso, y lo hacemos de forma tan

10. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, Leipzig 1895, pág. 468.

11. Gierke, recensión de P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. II, en *Zeitschrift für das Privat -und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd VI (1879), pág. 223.

12. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1874), reimpr. Tübingen 1915, pp. 8, 12.

13. *Zweck im Recht*, Bd II, págs. 45 ss., 180 ss.

espontánea y sin mayores reflexiones, que, a primera vista, parece que lo hacemos llevados simplemente por la costumbre. No es, por eso, de extrañar que se haya querido ver en los usos sociales simplemente “la costumbre de un grupo, vinculante para los miembros de ese grupo”¹⁴. Ni que se haya llegado a ver en los usos sociales la manifestación de costumbres ancestrales transmitidas por las generaciones y en cuyo origen se encuentra siempre una representación mítica o religiosa¹⁵. Jhering, por su parte, trata de distinguir entre costumbre y usos sociales siguiendo la pauta de su pensamiento central. Cuando los actos se repiten guiados por el interés individual, tenemos la costumbre, como, por ejemplo en las regiones en las que se alimenta la lumbre con madera, turba o carbón, porque éstos son los materiales más abundantes en el lugar; mientras que en los usos sociales lo decisivo no es el interés del individuo, sino el de terceros o el de toda la sociedad¹⁶. Si prescindimos de la costumbre como fenómeno colectivo que, acompañado de la *opinio necessitatis* u *opinio iuris*, puede convertirse en fuente del Derecho¹⁷, la diferencia entre costumbre y usos sociales se nos aclara en cuanto nos percatamos de que no tenemos ante nosotros dos fenómenos homólogos, sino, muy al contrario, esencialmente diversos: un fenómeno psicológico y un fenómeno normativo. La costumbre es la inclinación natural del hombre a obrar en determinadas circunstancias de la misma manera a como ha venido actuando repetidamente en el pasado en iguales circunstancias. Los usos sociales, en cambio, son un conjunto de normas que nos prescriben un determinado comportamiento en ciertas situaciones, y a las que puede responderse con el cumplimiento o con el incumplimiento, como frente a toda norma y a todo deber ser. La diferencia entre lo psicológico y lo normativo se echa de ver, sobre todo, en aquellos casos, muy frecuentes, en que ambos se nos ofrecen, no confundidos, pero sí entrelazados o superpuestos. Me pongo al volante y al sacar el coche del garaje instintivamente y “por costumbre” emprendo la marcha por la derecha -o por la izquierda en Inglaterra y otros países-, sin darme cuenta que “por costumbre” estoy cumpliendo una norma jurídica de las que regulan la circulación. Entro en una reunión y saludo de una u otra manera a los allí presentes, y lo hago también instintivamente y “por costumbre”, sin tampoco percatarme de que al hacerlo así estoy cumpliendo “por costumbre” una norma de los usos sociales. En cualquier caso de éstos vemos la diferencia que hay entre el cumplimiento de una norma y el soporte psicológico que la apoya. De aquí -un hecho que ya llamaba la

14. M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903, pág. 103, y también, del mismo autor, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin 1933, pág. 49.

15. F. Tönnies, *Die Sitte*, Frankfurt a. M. 1909, pp. 7 ss., 47.

16. *Zweck im Recht*, Bd. II, págs. 190 ss.

17. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, ya cit. Bd. I, págs. 91 ss., Bd. II, págs. 33 ss.

atención de Jhering¹⁸- que la infracción de una costumbre no lleve aparejada la reprobación que provoca la infracción de los usos sociales. Y de aquí también que la mayoría de los idiomas tengan dos palabras distintas para designar la costumbre y los usos sociales: *coutume* y *manières*, *custom* y *manners*, *Gewohnheit* y *Sitte*.

Más puntos de contacto tienen entre sí la moda y los usos sociales, y más difícil, por ello, también perfilar nítidamente una diferencia entre la una y los otros. Y en primer lugar, hay que dejar sentado ante todo, que la moda reviste un carácter, por así decirlo, universal. De ordinario solemos unir la idea de la moda con la del vestido, del atuendo o de los accesorios correspondientes, pero ello no debe ocultarnos el hecho de que la moda como norma social tiene una extensión incomparablemente mayor: hay actitudes de moda, ideologías de moda -hay épocas en que está de moda ser fascista o monárquico o socialista-, gestos de moda e incluso palabras y frases de moda. Y es que la moda es fundamentalmente un instrumento de "vigencia" social. Las frases "ir a la moda" o "estar a la moda" quieren significar tanto como "estar a la altura de la época", ser avanzado, pertenecer a la parte más selecta de la sociedad, en suma, distinguirse de alguna manera del resto de los miembros del grupo. La moda, que no existió como tal en la Antigüedad clásica, es un producto característico de las sociedades modernas. Es decir, de unas sociedades divididas en clases, de las cuales la clase superior es espejo y modelo para las clases inferiores. En este tipo de sociedad, que sobrevive al derrumbamiento del viejo régimen y que se perpetúa a través de la sociedad industrial burguesa casi hasta nuestros días, la clase superior adopta además, vestimenta, utensilios que, por proceder de la clase superior constituyen "la moda" y son imitados por las clases inferiores, especialmente por la clase media; una vez extendida a otras clases, la moda pierde su función, que es la de distinguir del resto de la sociedad a la clase superior, y ésta tiene que adoptar nuevo atuendo y actitudes para sobresalir, los cuales son, una vez más imitados, y así sucesivamente¹⁹. Hoy no existe, en el sentido tradicional, una clase superior que monopolice la creación y permanencia de la moda, habiendo sido sustituida, coincidiendo con el ascenso de las clases medias, por una industria compleja que en cada temporada lanza regularmente al mercado productos que prometen al que los usa destacar por ello mismo del resto de los miembros de la sociedad.

La moda se caracteriza, por eso, en primer lugar, por su fugacidad y su

18. *Zweck im Recht*, Bd. II, pág. 192.

19. Sobre ello, H. Brinkmann/R. Konermann, "Mode", en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. v. J. Ritter u. K. Gründer, Bd. VI, Basel 1984, Sp. 41 ss.

constante mutación. Una mutación que, en un caso, tiene su origen en la necesidad de distinguirse, y en otro, en la necesidad de conquistar nuevos mercados²⁰. Una clase, como la clase burguesa, carente de perfiles históricos definitivos y fruto ella misma de la movilidad social ve en la fugacidad de la moda el reflejo de su propia existencia²¹. Porque la variabilidad y mutación de la moda no obedecen a ningún criterio objetivo, sino que tienen su fin en sí mismas: lo que fue moda antaño se presenta hoy como la "última moda", unas veces se exalta el desgarrado y otras la pudibundez, unas veces la continencia y otras veces la libertad de ademanes, y todo ello sin contar el número casi ilimitado de tejidos, adornos y colores que se presentan como moda ininterrumpidamente. Y como la esencia de la moda es la copia, la reproducción de modelos postulados, y como estos modelos no se miden por criterios definibles, la moda se mueve en un círculo cerrado de creación y destrucción, de ponderación y de rechazo. La moda es el resultado de una "tendencia natural en el hombre" que le lleva a compararse con alguien superior y tratar de imitarlo; no una "cuestión del gusto" sino de la "mera vanidad y del deseo de parecer distinguido"²². Y es por eso, que en su ámbito puede darse el caso paradójico del que quiere sobresalir y distinguirse, no siguiendo los imperativos de la moda, sino contrariándolos: es el caso del desarrapado o del estafalario que con su atuendo o actitud fuera de lo común trata de hallar aquella compensación a su individualidad que los demás buscan siguiendo la moda del momento²³.

No hay, por eso, razón alguna, ni en su motivación ni en su estructura que permita identificar la moda con los usos sociales²⁴, ni ver en la moda un "uso social en estado fluido"²⁵. Que se trata de dos normativas sociales bien distintas lo pone de manifiesto que ambas pueden entrar y entran, de hecho, en conflicto en numerosas ocasiones. Y así hay países y clases sociales en los que no se estima "correcto", sino propio del *parvenu*, el vestirse o comportarse a la moda, mientras que el "caballero" en sentido riguroso se viste y se comporta tradicionalmente, es decir, como siempre lo ha hecho. Y al revés, también hay una moda - y ella nos es un espectáculo

20. Sobre la influencia de la moda en el mercado, K. Marx, *Das Kapital*, en K. Marx, *Werke, Schriften, Briefe*, hrsg. v. H. J. Lieber, P. Furth u. B. Kautsky, Darmstadt 1962 ss. Bd. IV, págs. 562-63.

21. Sobre ello, cfr. las agudas observaciones de G. Simmel, "Die Mode", en *Philosophische Kultur*, 2. Aufl. Leipzig 1919, págs. 51-52.

22. Kant, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, WW (Cassirer) Bd. VIII, pág. 135.

23. G. Simmel, *Die Mode*, págs. 40-41.

24. Como lo hace E. Weigel, *Einführung in die Moral - und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1927, págs. 139 ss.

25. F. Tönnies, *Die Sitte*, ya cit. pág. 77.

diario - dirigida contra los usos sociales: la generalización del tuteo, la sustitución de los nombres propios por otros convencionales, la desaparición del saludo tradicional, son otros tantos síntomas de una moda que instrumenta la rebeldía contra una sociedad que se tiene erróneamente por organizada según un esquema rígido de reglas del trato social.

III

Y así llegamos a la diferenciación capital: la diferenciación entre usos sociales y Derecho. Una diferenciación tanto más necesaria cuanto que ambos órdenes normativos tienen mucho de común en su estructura formal. Basta compararlos con la regla moral. Una regla o una norma es moral cuando nos es dictada por la conciencia y la cumplimos por razón de ello mismo, es decir, por respeto a la norma y sin consideración material alguna. Frente a este imperativo categórico, como ya dijo Kant una vez por todas, todos los demás, en los que se tienen en cuenta ventajas personales o datos materiales de cualquier especie son, sin excepción, imperativos hipotéticos²⁶. Tanto las normas de los usos sociales como las normas jurídicas son, en este sentido, imperativos hipotéticos, es decir, que su cumplimiento está determinado por la consecución de algo, por un logro -aunque este logro sea la evitación de una sanción- o por un hecho material cualquiera. Ahora bien, si las normas de los usos sociales y las normas jurídicas poseen la misma estructura formal, ¿cuál es la diferencia entre ambas? La dificultad se agudiza si se tiene en cuenta además otro rasgo común a las dos: su exterioridad, es decir, que ambas son normas dirigidas a regular, no el mundo interno del individuo, sino tan sólo su conducta externa.

Se ha tratado, por eso, insistentemente de buscar una condición o un rasgo que, por no darse más que en una de las dos clases de normas, pudiera servir de criterio distintivo entre ellas. Y es así que se ha llegado a ver en la coacción este criterio distintivo. Una idea mantenida, sobre todo, por R. Stammler. Para Stammler, que denomina "reglas convencionales" a los usos sociales²⁷, y ya dentro de su teoría del "querer" como forma trascendental de ordenación de las sensaciones, este "querer" es denominado entrelazante cuando tiene por supuesto la vida en común y aún y vincula "quereres" individuales²⁸. Una vinculación que puede revestir dos formas: o la de una

26. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, WW Bd. IV, págs. 271 ss.

27. También Jhering las denomina ocasionalmente así: cfr. *Zweck im Recht*, Bd. II, pág. 271.

28. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, . Aufl. Berlin u. Leipzig 1928, págs. 68 ss.

mera exhortación o invitación a un cierto comportamiento o la de una imposición coactiva de un comportamiento. En el primer caso tenemos ante nosotros los usos sociales, en el segundo, el Derecho. O lo que es lo mismo, mientras que los usos sociales revisten un carácter meramente "invitatorio", el Derecho es esencialmente coercitivo, o como dice Stammler, "autárquico"²⁹. Avalada por el nombre de Stammler, esta teoría puede decirse que se ha impuesto en el estudio de las relaciones entre los usos sociales y el Derecho. Y sin embargo, es una teoría que descansa en un error de principio: tener a los usos sociales por un orden normativo carente de sanción, y por tanto de coacción. Los usos sociales son, a primera vista, un conjunto de normas de cumplimiento voluntario, no obstante lo cual, su no aceptación o su infracción van acompañadas por una sanción que puede ser más estricta y más eficaz que la sanción jurídica. Quien no respecta o infringe los usos sociales experimenta la reacción ancestral de los grupos primitivos, que expulsaban de su seno a aquéllos que no se atenían a sus formas de convivencia. El que en la sociedad actual rechaza o incumple los usos sociales, sufre inmediatamente las consecuencias en la actitud y reacción de esta misma sociedad: ruptura de las relaciones personales, menosprecio, aislamiento, degradación social, cuando no enfrentamiento o reprobación pública, son algunas de las formas en que se manifiesta la reacción social³⁰. Directa o indirectamente se trata de una coacción que, aunque no organizada como la del Derecho³¹, en nada cede por su amenazado por su efectividad a la coacción contenida potencialmente en la norma jurídica. Más aun, que la supera, a menudo, en eficacia. Basta pensar, por ejemplo, en el uso social del duelo, que, condenado por la moral y el Derecho, ha subsistido durante siglos, casi hasta nuestra época, mantenido por el miedo en el provocado a ser tenido por cobarde en la sociedad si no daba "satisfacción". O en la lucha tan incansable como infructuosa de Jhering contra el uso social de la propina³². O en las deudas de juego que, aunque no exigibles jurídicamente, se pagan con puntualidad ante la presión social. O como lo prueban *a contrario*, en otro orden de cosas, los llamados "delitos de caballero", es decir, infracciones jurídicas, defraudaciones aduaneras, impago de multas - de las que sus autores incluso se vanaglorian, seguros de tener de su parte la opinión social. Hay que concluir, por tanto, que los usos sociales van acompañados de una sanción, y por tanto, de una coacción semejantes o superiores incluso a las propias del Derecho.

29. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. Halle a. d. S. 1923, págs. 68 ss., y *Lehrbuch d. Rechtsphil.*, págs. 80 ss.

30. Sobre la sanción de los usos sociales, A. Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht und ihr Methode*, Bd. I, Tübingen 1920, págs. 186 ss.

31. O. v. Gierke, "Rect und Sittlichkeit" en *Logos*, Bd. VI (1916/17), pág. 230.

32. Cfr. R. v. Jhering, *Das Trinkgeld*, 5. Aufl. Braunschweig, 1902, esp. págs. 3 ss.

Llegados a este punto, parece que nos encontramos en un callejón sin salida, al haber hecho desaparecer también la coacción como última nota distintiva entre los usos sociales y el Derecho- es como si se hiciese verdad la frase de Radbruch, de que han fracasado todos los intentos de deslindar conceptualmente los usos sociales y el Derecho³³. Ahora bien, cuando se trata de distinguir entre dos conceptos paralelos o afines hay una regla hermenéutica infalible que nos dice que lo primero que hay que hacer es indagar las raíces metódicas de tales conceptos. Si seguimos esta regla tanto en el concepto de los usos sociales como en el del Derecho, inmediatamente veremos que lo que aflora son las aguas turbias del empirismo. Y es que, al contrario de lo que podría parecer a primera vista, el empirismo no se ocupa de las cosas como tales, sino de las cualidades, rasgos o condiciones formales de las cosas. Una vez que ha constatado los mismos rasgos o las mismas condiciones formales en una serie de objetos, el empírico despoja a estos de su contenido y sublimando los rasgos o las condiciones comunes constituye con ellas el concepto del objeto. Es un método racional y abstractivo calcado de las ciencias naturales pero que, aplicado a las ciencias del espíritu, se refuta a sí mismo, ya que deja fuera de consideración lo que en éstas es esencial: el contenido concreto y la función de los objetos del conocimiento. Esto se ve muy claramente en la cuestión que ahora nos ocupa. Si fijamos la atención en el contenido y en la función de los usos sociales y del Derecho inmediatamente percibimos que se trata de dos mundos distintos. Pensemos en una obligación común al Derecho y a los usos sociales: pensemos en la obligación del saludo, por ejemplo. El Derecho impone en el ejército el deber del saludo del inferior al superior, y lo impone, como todas obligaciones jurídicas, precisando la forma de cumplimiento: la distancia a la que ha de detenerse el inferior antes de llegar a la altura del superior, el ángulo aproximado que ha de formar la mano con la prenda de cabeza, hacia donde debe dirigir la mirada durante el saludo, etc. El saludo como obligación social, en cambio, no sólo se distingue de la misma obligación jurídica en que el modo de su cumplimiento queda entregado a la voluntad del obligado -un gesto con la mano, descubrirse, hacer una reverencia-, sino que para que la obligación social sea efectivamente cumplida precisa de algo que es por principio indiferente al Derecho. Como se puede leer en la vieja *Enciclopedia* francesa, los usos sociales “deben *expresar* el respeto y la sumisión de los inferiores respecto a los superiores, el testimonio de humanidad y condescendencia de los superiores hacia los inferiores, los testimonios de benevolencia y estima entre los iguales”³⁴. Es decir, que, mientras para el cumplimiento de la obligación

33. Cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Leipzig 1932, pág. 46.

34. Voz “*maniere*”, en *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, nouvelle éd., à Genève 1778, t. XX, pág. 988. (El subrayado es mío.)

jurídica basta con realizar los actos prescritos en la norma, independientemente del estado de ánimo del obligado, en la obligación social, además de la realización de ciertos actos, se exige que el acto aparezca como *expresión* de afabilidad, de respeto, de cordialidad, en suma, de un ánimo propicio. Este es el sentido de los usos sociales, lo que les presta realidad y lo que les distingue radicalmente del Derecho. El saludo social tiene que ir acompañado de una expresión amable que sugiera la idea de que se tiene afecto, respeto, amistad por la persona saludada; un saludo hecho con rostro adusto o destemplado no cumple el deber social del saludo. Como tampoco cumple con su deber social quien estrecha la mano con un gesto hosco, ni tampoco quien acepta una invitación dejando traslucir la mala gana con que lo hace. Nada de ello tiene significación en el Derecho, para el cual -si no se llega a la ofensa- es indiferente el buen o mal talante con el que se cumple la obligación, si ésta efectivamente se cumple. Y por ello mismo puede decirse que el Derecho es el reino de la exterioridad, es decir, un orden normativo que sólo impone acciones externas en el mundo externo.

Ahora bien, ¿quiere con ello decirse que, mientras que el Derecho es el ámbito de la exterioridad, los usos sociales son el ámbito de la interioridad o intimidad individuales? De ninguna manera. Lo que la obligación social demanda es la apariencia de un ánimo propicio, no la existencia efectiva de este ánimo en el sujeto obligado, lo que pide es la apariencia de afabilidad, respeto, benevolencia, no que estos sentimientos se den realmente en el sujeto. El sentido de los usos sociales es el de un orden de las apariencias que no descansa en sentimientos auténticos, sino en la mostración de ellos. Por eso ha podido decirse que la esencia de los usos sociales consiste en la "mentira convencional", una mentira "que permite e impone tomar la apariencia por la realidad"³⁵. Y por ello pudo escribir Kant: "los hombres cuanto más civilizados tanto más actores se hacen, adoptando la apariencia de afecto, de respeto por los demás, de moralidad, de desprendimiento, sin por ello engañar a nadie, ya que todos los demás están de acuerdo en que nada de lo aparentado es sincero"³⁶. Es aquí también, en esta ignorancia voluntaria de la interioridad del obligado, un punto en que coinciden, aunque por diversas razones, tanto el Derecho como los usos sociales: el Derecho, porque sólo persigue la realización efectiva de la acción debida, y los usos sociales porque no son sentimientos o emociones, sino la manifestación externa de ellos lo que constituye el objeto de sus normas.

En esta diferencia entre ambos órdenes normativos se basa asimismo el diverso ámbito de vigencia del uno y del otro. El Derecho es obligatorio, por

35. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1948, pág.39.

36. Kant, *Anthropologie*, ya cit., págs. 36-37.

definición, en toda la comunidad que lo asume como tal, mientras que los usos sociales limitan su vigencia a una clase social -en nuestra época, la llamada clase media con todas sus matizaciones- y dentro de ella a determinados grupos. Es una experiencia que podemos hacer diariamente. Entra en casa cubierto y con un cigarrillo entre los labios un obrero que viene a hacer una reparación y nadie se asombra ni lo comenta, mientras que sería general la indignación si lo hiciera un miembro del grupo o de la clase a los que pertenece la familia en cuestión. A esta restricción en su vigencia se debe igualmente, que la tan repetida tiranía de los usos sociales se echa de ver en toda su irracionalidad, sobre todo en los pequeños núcleos de población, donde todos sus habitantes pertenecen a grupos homogéneos y se conocen entre sí de una u otra manera. Y por igual razón, la vigencia de los usos sociales se esfuma y se pierde en las grandes aglomeraciones urbanas, quedando reducida su obligatoriedad a determinados círculos personales.

Si recapacitamos sobre todo lo dicho hasta ahora, veremos que son tres en lo esencial los órdenes normativos a los que se halla sometido el comportamiento humano: la moral, los usos sociales y el Derecho. La moral es la regla individual por antonomasia, la ley que el hombre se da a sí mismo por medio de su conciencia y que él cumple por respeto a esa misma ley. O como se ha dicho con palabras memorables: “obligación es la necesidad de una acción por respeto a la ley”³⁷. El Derecho, en cambio, es mera exterioridad, sus obligaciones se cumplen por acciones u omisiones en el mundo de los hechos y en los términos establecidos por la norma jurídica; este cumplimiento real es lo decisivo en el Derecho y en él se hace abstracción de todo el mundo interior del individuo que subyace tras la acción. ¿Y los usos sociales? Lejos de la moral, los usos sociales se aproximan en ciertos aspectos, como ya hemos visto, a la estructura del Derecho. Como éste son también reglas de la exterioridad, y como éste hacen también abstracción del mundo interior del obligado. Lo que distingue, sin embargo, a los usos sociales es que, pese a esta abstracción, tratan de ser manifestación externa de un supuesto mundo interior de afección y afabilidad. En este sentido, los usos sociales se encuentran situados entre la moral, que es el mundo de la sinceridad, y el Derecho, que es el mundo de la mera exterioridad. Entre ambos órdenes normativos, los usos sociales pueden aparecernos como el mundo de la simulación, con el cual, sin embargo, no se trata de engañar a nadie, ya que, como decía Kant, todos están de acuerdo en la verdadera naturaleza de las manifestaciones de los usos sociales. En una sociedad individualista y competitiva como la actual, el papel de los usos sociales es decisivo, precisamente porque son “unos

37. Kant, *Grundlegung z. Met. d. Sitten*, ya cit., pág. 256 y *Kritik der praktischen Vernunft*, WW Bd. V, págs. 79 ss.

usos establecidos para hacer más tolerable el trato que los hombres deben mantener entre sí”³⁸. Gracias a los usos sociales se hace posible e incluso armoniosa la convivencia entre personas de distintas ideas religiosas o políticas o que sienten mutua aversión o antipatía; como son también los usos sociales los que ornan y dan cordialidad a determinados momentos señalados de la vida, ya regulados en sí por el Derecho, como son el bautizo, el matrimonio, el ascenso en la profesión o una distinción cualquiera³⁹.

¿Cómo denominar a los usos sociales caracterizándolos a la vez? Aquí podríamos echar mano del título con que se presentaba una filosofía muy en boga hace algunos años: “como si”⁴⁰. Se estrecha la mano “como si” se sintiera afecto, se saluda “como si” se abrigara amistad, se hace una reverencia “como si” se tuviera respeto, se envía un obsequio en determinadas ocasiones “como si” se compartiera la alegría de los obsequiados. Este reino inconsútil y casi imprecisable del “como si” recibe toda su importancia del hecho de que es gracias a él que se liman las asperezas y se amorgiguan los choques de la convivencia en una sociedad basada en el egoísmo más despiadado.

Se ha vaticinado el ocaso de los usos sociales y su próxima desaparición. Los vaticinios en cuestiones históricas son algo muy problemático, porque el futuro nos está cerrado. Pero ya hoy puede decirse que la desaparición de los usos sociales traería consigo ineluctablemente un encresapamiento y una agudización radicales de los enfrentamientos inevitables en una sociedad centrada confesadamente en la ganancia por la ganancia y en la acumulación indiscriminada de la riqueza.

38. Voz “maniere”, en *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et de métiers*, ya cit. t. XX, pág. 986.

39. Cfr. Jhering, *Zweck im Recht*, Bd. II, págs. 210, 222, 234, y O. v. Gierke, *Recht und Sittlichkeit*, ya cit., pág. 231.

40. Me refiero aquí a H. Vaihinger, *Philosophie des Als-Ob* (1911).

IV
DEBATES

De cómo etizar la democracia

Por ESPERANZA GUI SAN

Santiago de Compostela

(Algunas discrepancias amistosas y varias felices coincidencias con Elías Díaz en su obra: *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990).

Como indica Francisco Laporta en su muy breve y bello artículo "Una cuestión de alma", publicado en el número 100 de la revista *Sistema*, la mencionada publicación cuya alma es, sin duda, Elías Díaz, ha reflejado de manera constante las preocupaciones principales del ilustre iusfilósofo, autor de la obra que aquí comento: su espíritu crítico, su apego a la libertad de pensamiento y expresión, su afán por contribuir a proporcionar bases sólidas para una teoría de la convivencia y, entre otras varias, su apuesta por la recuperación del pensamiento español más abierto y progresista, a la par con una filosofía crítica de la sociedad y el Estado desde su compromiso profundo con el socialismo democrático.

Ética contra política, constituye un paso más en esta múltiple e interesante tarea: comprometerse con la realidad y la actualidad de España desde una concepción socialista que apuesta por la libertad tanto negativa como positiva, invitándonos a una valoración y aprobación de los logros obtenidos con la transición democrática.

Siendo, como es, un libro tremendamente vivo, sugerente, ponderado, valiente y sensato a un tiempo, que invita a la adhesión intelectual a la mayoría de sus postulados, no cometeré la torpeza de darlo de alguna manera por concluido, indicando únicamente sus aciertos, sino que desde el afecto y la admiración que su autor me inspira intentaré "provocarle" como mejor pueda para arrancarle un hueco en su muy apretado tiempo para la réplica y el contrapunto, tareas en las que, también, es admirado maestro.

Para empezar, y aun cuando se trata de una cuestión meramente formal de presentación de problemas, creo que el libro ganaría todavía más interés si se invirtiese la disposición de sus partes, en orden totalmente contrario al que se ha seguido. Partiendo de la realidad actual, y la aparente desmoralización de sectores antaño más dinámicos de nuestro panorama intelectual, el desencanto a veces irresponsable (al que se alude en la pág. 224), o las frívolas desilusiones (utilizando una expresión de Roberto Mesa citada en la nota 7 de la pág. 194), creo que hubiera sido interesante pasar a las múltiples cuestiones contenidas en la cultura en la oposición, la cultura en la transición, que constituye el capítulo IV, sus críticos más o menos pertinentes o impertinentes.

Considero que resultaría más impactante que el libro se iniciase donde justamente termina, con la narración, defensa y glosa de todo un equipo de intelectuales esforzados en la búsqueda de las libertades, desde las más rudimentarias, como las de expresión, sindicación, etc., hasta las mucho más complejas y complicadas como las libertades positivas, que conectan con la justicia distributiva y los ideales igualitarios.

A partir de aquí vendría muy a cuento la apología, que con apasionamiento contenido, el Prof. Díaz lleva a cabo de Tierno Galván, que junto con otros muchos intelectuales (al unísono con los movimientos obreros), hicieron posible un cambio sustancial y sustantivo que nunca se hubiera producido por sí mismo, por el puro agotamiento de formas caducas de pensar y obrar, ni como resultado de un cierto saneamiento económico en los últimos años de la dictadura franquista.

La reflexión sobre el valor de la reflexión y la crítica, como motores de transformación y cambio, daría así paso a la parte más ardua del trabajo, la que se refiere al aparato teórico que justifica y legitima los posicionamientos defendidos, de tal suerte que los dos capítulos finales contenidos en la segunda parte habrían servido como ejercicios de precalentamiento, como acercamiento primero, partiendo de la realidad más tangible, para elaborar después un discurso más refinado y sofisticado, más filosófico y complejo, tal como el que se desarrolla en la primera parte, tanto en las discusiones relativas a la justificación de la democracia, como a las razones también justificadoras del socialismo democrático.

Pero, sígase el orden que se siga, partir de la praxis para elaborar la teoría, o explicar previamente algunas cuestiones teóricas que iluminen la praxis, hay sin género de dudas aspectos importantes que conviene resaltar tanto respecto a la actitud más o menos frívola de algunos intelectuales frente a nuestra un tanto desvaída democracia, como en los argumentos que se esgrimen para la defensa de esta, a mi entender, muy precaria democra-

cia, cuestión a la que, por deformación profesional, y por interés y preferencias personales, dedicaré más espacio.

Comenzaré por admitir con Elías Díaz lo que parece palmario y evidente: nuestro sistema de gobierno, nuestras leyes, y la Constitución que padecemos y/o disfrutamos, según el sentir de cada uno, supone una serie de mejoras importantes, frente al viejo régimen, mejoras casi impensables, casi increíbles, si miramos hacia atrás sin ira pero con rigor.

En apoyo de Elías Díaz habría que decir algo que él mismo, de alguna manera sugiere: la fatiga y la desmoralización que padecemos son, sin género de dudas, fruto de un estado de alerta y una capacidad de discernimiento de los que carecíamos en el pasado y que constituyen un auténtico lujo. Es innegable que debe existir un mínimo de abundancia intelectual y de todo tipo para poder experimentar frustración ante ciertas carencias que no se corresponden con las expectativas que una cierta abundancia de bienes, un cierto desarrollo de facultades, en otro tiempo inexistentes, han hecho posibles.

Es cierto que el estado de cosas en la España contemporánea no invita ciertamente al triunfalismo, dado que nos encontramos todavía muy distantes de donde muchos habíamos querido llegar, pero ello no justifica los pataleos de niños mimados, privilegiados, precisamente por esta insuficiente democracia que, tal vez por ausencia de imaginación, se aburren con todos los juguetes que una sociedad relativamente opulenta les ha proporcionado y fingen desilusión en vez de buscar los modos y maneras de mejorar el orden existente.

Le duele a Elías Díaz, y lo entiendo, ese empecinamiento en hacer *tabula rasa* de nuestro pasado y no saber saborear los logros del presente simplemente por un imperdonable olvido de nuestra historia más reciente. Se diría que para muchos hemos llegado al punto en que nos encontramos poco menos que espontáneamente, por la propia lógica y dinámica de una serie de mejoras económicas que, como ya comenté, tuvieron lugar en los últimos años del franquismo, sin valorar debidamente lo que Elías Díaz muy acertadamente comenta:

“La libertad ha sido siempre en la historia una conquista y puede también accederse a ella a través del esfuerzo intelectual, abriéndose tal camino, ganando espacios de libertad por medio de la inteligencia, la razón, el convencimiento, la reflexión, la ciencia, la crítica, y, en la medida de lo posible, el diálogo” (pág. 197).

Desde mi punto de vista, esta aseveración, que conlleva una propuesta de actuación, y que refleja nítidamente el carácter ilustrado del Prof. Díaz, constituye uno de los jalones más importantes, una de las argumentaciones más sugerentes de la obra que comento. En ellas, aseveración y propuesta, se evidencia el talante particularmente atractivo del intelectual Elías Díaz, que como el viejo y muy respetable Cicerón, no desea en modo alguno divorciar el mundo de la reflexión del mundo de la praxis, y a la inversa, se interesa por llevar a los que viven exclusivamente obsesionados por la praxis, las reflexiones que, nacidas aparentemente del "ocio", de los que no viven perpetuamente ocupados en *negocios*, de hecho constituyen la luz que ha de acompañar a propuestas que nacidas cálidamente, espontáneamente de anhelos cotidianos humanos, serían sin su ayuda ciegas y faltas de orientación.

Es más, me atrevo a sugerir que esta aseveración y propuesta que vengo comentando sirve de nexo entre los aspectos prácticos de la segunda parte de la obra y los aspectos más teóricos de los dos primeros capítulos de la misma. Es justo a partir de aquí, y leyendo la obra en sentido inverso a aquel en que fue escrita, como ya he propuesto, donde se hace lugar a debates importantes respecto a la justificación teórica de valores alcanzados tras el esfuerzo de los intelectuales que apostaron por el cambio sin fisuras ni rupturas. Ocurre así, de este modo, que la atención del autor y del lector se alejan momentáneamente de las cuestiones más candentes para proceder al análisis teórico de valores como "democracia", "tolerancia", "libertad", "respeto a las minorías", posibilidad de la "objeción de conciencia", etc., etc., puntos en los que mostraré mis discrepancias en algunos matices, pero que, en conjunto, dotan a la obra de altura intelectual al tiempo que de interés práctico.

Considero que de una manera sumaria *Ética contra política* se circunscribe a la postulación de que es necesario contribuir positivamente a la conquista de la libertad, entendida "libertad" no sólo en sentido negativo sino positivo, libertad como emancipación o "liberación", referida a todos los seres humanos "frente a las muy diversas formas de opresión social y política, o directamente frente a la explotación económica" (pág. 197).

En la medida en que Elías Díaz cree que la libertad es la meta y que la consecución de la libertad pasa por la democracia de que disponemos, la defensa de nuestras instituciones y nuestra Constitución le resulta relativamente sencilla. Sin embargo, filosóficamente hablando, las cosas se complican extraordinariamente. Para empezar, la *libertad* no se presenta tan evidentemente como el Prof. Díaz pretende como "valor humano central" (tal como él afirma en las págs. 40-41), sino, más plausiblemente, como un valor, importante sin duda, pero no un valor absoluto, sino en competencia

con otros muchos, *medio* privilegiado, pero *medio* a fin de cuentas, para lograr la consecución de otros bienes que procuran la satisfacción de anhelos humanos básicos.

Personalmente considero difícil, a no ser a tenor de unos presupuestos rígidamente kantianos, defender la libertad por la libertad, sino en cuanto promotora de bienes que el hombre realmente prefiere cuando dispone de una capacitación previa para llevar a cabo inteligentemente sus elecciones de acuerdo con el conocimiento de las relaciones de causa y efecto entre las propuestas que se le ofrecen y sus aspiraciones más íntimas y las metas que se traza.

Por lo demás, si la justificación de la “libertad” o de la obediencia al Estado que la garantiza no me parecen del todo convincentes, mucho más débil me parece todavía la admisión de una posible legítima desobediencia a las leyes en función de los dictados de la “conciencia ética individual”, en los casos en los que esta “conciencia” y las opiniones mayoritarias se enfrentan y colisionan (véanse págs. 46, 47 y 60).

A mi modo de ver, la “conciencia” moral es un producto tan social y colectivo como lo son las opiniones mayoritarias. Lo que se precisa, para que la democracia funcione *éticamente*, y para que el disenso y la desobediencia particulares sean legítimos, es elevar hasta el máximo el desarrollo moral de la comunidad y de los miembros que la constituyen. Y para que ello sea posible creo preciso matizar una serie de asertos, presentes prácticamente todos en *Ética contra política*, pero no suficientemente explicitados, tal como yo lo entiendo.

Antes de entrar a examinar lo que yo denomino condiciones básicas para el afianzamiento de una sociedad *éticamente* democratizada, adelantaré que pecaré sin duda de mucha más intolerancia en cuestiones morales que la que el Prof. Díaz muestra y, más osada y atrevida, con menos recato, con mayor contundencia, postularé no solamente la compatibilidad del socialismo democrático con la democracia *etizada*, sino la necesidad insoslayable de etizar la democracia a través del socialismo democrático, sin posibilidad de “respetar” *éticamente* ninguna otra alternativa, al menos previsible de momento.

Dicho de otra manera, lo que pretendo demostrar es que la democracia *etizada*, la democracia digna de respeto y consideración ética, es una democracia peculiar, especialmente difícil como es difícil, tal como Elías Díaz lo entiende, el socialismo democrático por exigir ambos en cuanto solidaridad colectiva en libertad “muy altos niveles éticos, culturales y también científicos en los individuos” (pág. 92). Requisitos que son,

precisamente, a mi modo de ver, los que convierten una democracia puramente *prudencial*, digna de poca estima ética, en una democracia plena, desarrollada, con contenido moral.

Si hemos de forzar el acercamiento entre la praxis política y lo que nos dicta no cualquier “conciencia” ética, sino aquella que corresponde cuando menos al estado 5 ó 6 de Kohlberg, o al estadio 7 de Habermas, tenemos que trazar puentes esforzadamente entre esta democracia *prudencial*, que es todo lo que tenemos, y de la que hemos de partir, y la democracia *etizada* o democracia *ética*, a la que muchos, Elías Díaz entre ellos, queremos llegar efectivamente.

La decisión a favor de una democracia *etizada*, o democracia *ética*, supone, sin embargo, cosa que no sé si Elías Díaz estará dispuesto a asumir como cuestión teórica, la renuncia a cualquier relativismo axiológico residual por debilitado que sea. Habría que reelaborar de alguna manera aquella declaración efectuada por el Prof. Díaz de que “siempre será preferible el subjetivismo y el relativismo como método, como vía siempre abierta y en revisión, que el dogmatismo y el inmovilismo que imponen de una manera absoluta y totalitaria una única y ya determinada solución” (pág. 36).

En su lugar, yo sugeriría puntualizar que el rechazo de una posición dogmática en ética y en política no significa en modo alguno tener que admitir ningún tipo de subjetivismo o relativismo en cuestiones axiológicas básicas o fundamentales (otra cosa es admitir relativismo en cuestiones que en realidad son de valor secundario, cuestiones que son sólo relativamente relevantes).

Tal como yo acierto a ver, dogmatismo, subjetivismo, escepticismo y relativismo metodológico (o relativismo extremo), obedecen a una misma carencia, e implican una deserción que los asemeja. Todos estos posicionamientos implican el abandono de la *razón* y el *razonamiento*, lo cual los convierten en propuestas peligrosas que invitan a la involución. Como el propio Elías Díaz nos narra, la recuperación, la reconstrucción de la razón fue, precisamente, uno de los grandes logros de nuestros esforzados líderes intelectuales de la transición “frente a la entronización oficial de los más tradicionales recelos y ancestrales prejuicios anti-intelectuales del catolicismo hispánico” (pág. 198).

Encontrar buenas razones en ética y en política es cuestión realmente difícil en grado sumo, pero no tanto para que debamos cejar en el empeño o sumirnos en la “perplejidad”, o quedarnos simplemente a la expectativa. Frente al dogmatismo, que pone una Razón, con letras mayúsculas por encima del hombre, frente al subjetivismo o el escepticismo que renuncian

a razones de todo tipo, y todo lo dejan al albur de las decisiones arbitrarias e individuales, existen otras posiciones racionales, o cuando menos *razonables*, que recurren a la consideración de los intereses inter-subjetivos, al diálogo, y la construcción de una racionalidad basada no solamente en argumentaciones, sino en el recurso a algún tipo de "hechos", como los que tienen relación con la condición humana, como que gozar es preferible a sufrir, estar vivo y sano a estar muerto o enfermo, ser libre a ser esclavo, tratado igualitariamente que de modo discriminatorio, etc., etc.

Personalmente considero que a no ser que admitamos *un mínimo natural en ética*, al modo en que Hart propugna un mínimo natural en Derecho, nos resultará realmente difícil, cuando no imposible, demostrar que la democracia es preferible al totalitarismo, o que una democracia profunda, inteligente, etizada, es preferible a una democracia meramente prudencial, inmadura, no suficientemente moralizada. Es a partir de ese mínimo natural, determinado por la condición humana que plantea exigencias para la satisfacción y gratificación de los seres humanos, en atención a necesidades básicas materiales, culturales, intelectuales, de donde puede surgir únicamente una justificación de una democracia que para llevar a cabo debidamente sus fines ha de devenir democracia *etizada*.

Este *mínimo natural en ética* explica, asimismo, el salto de los intereses puramente individuales a los intereses colectivos, dada la naturaleza social del hombre, su condición de ser sintiente y simpatizante con sus semejantes (aunque lo sea espontáneamente sólo en grado relativo pero susceptible de ser ampliado mediante el proceso de la educación).

Es evidente que uno de los propósitos de la obra de Elías Díaz es precisamente el que me preocupa: profundizar la democracia, etizarla, en un sentido no muy distinto al que yo aquí propongo. Me atrevo a sugerir, sin embargo, que dado su talante conciliador, en algunos puntos de su discusión se echa de menor mayor énfasis, y mayor fuerza. A fuer de matizar sus propuestas y moderar sus ataques a las tesis contrarias se diría que, su defensa del socialismo democrático como única forma, a mi modo de ver de vivir en plenitud la democracia no resulta lo suficientemente contundente. No basta, como Elías Díaz parece dar a entender, con "las libres decisiones de los ciudadanos" (pág. 70) para que la democracia posea pleno valor *ético*. Sólo cuando las libres decisiones no obedecen ni a dogmas, ni a prejuicios, caprichos derivados de situaciones de privilegio, se puede decir *éticamente* que se trata de decisiones éticamente libres, que son, evidentemente las únicas que cuentan éticamente.

De lo contrario desembocaríamos en una suerte de *utilitarismo de la preferencia*, como el propugnado por Hare, donde sería tan buena la

desigualdad como el reparto equitativo de bienes, con tal de que las mayorías así lo prefieran (incluidos aquellos miembros peor parados en el reparto desigual). Invocar la racionalidad y *un mínimo natural en ética* que preste atención a las necesidades humanas básicas reales, que no sean meramente fruto de una determinada cultura o sociedad, necesidades como las de nutrición, desarrollo de habilidades y capacidades, creatividad, afectividad, y un larguísimo etcétera, es traer a primer plano el sentido de la justificación y la legitimidad de las normas que nos damos en la convivencia. Normas que no dependen únicamente de lo que decidamos arbitrariamente elegir, en función del proceso de socialización a que hemos sido sometidos.

En función de esta racionalidad y este mínimo natural en ética, no sirve por igual cualquier decisión mayoritaria a favor de cualquier política económica, educativa, etc., como no sirve tampoco por igual cualquier disenso, cualquier apelación a la “conciencia ética individual”. Precisamos de algún punto de apoyo, a fin de no perdernos en la pura ambigüedad. La “libertad” de los seres humanos también tiene límites. Uno, al menos, tan claro como es el respeto a la libertad ajena. Cuando esta libertad ajena se entiende en sentido *positivo* nos marca muchos y variados límites, y numerosas restricciones antes de seguir los dictados de nuestra “libre” conciencia.

El bienestar, la excelencia, o *areté*, el desarrollo de los demás, también señalan límites, además de mi bienestar, mi excelencia y mi propio desarrollo. No soy “libre”, desde un punto de vista ético, para convertir mi vida en camino intransitable, en vivienda inhabitable, donde me abandono a mi suerte, donde abandono a los demás a su suerte.

La democracia *etizada* requiere, cosa que Elías Díaz menciona, como de paso, al parecer sin reparar que allí, precisamente, se encuentra la solución buscada, a saber, “la formación cultural y la educación en libertad de los ciudadanos” (pág. 51), ya que de esta manera, como el Prof. Díaz continúa diciendo, se podrá “mejor expresar y hacer realidad la autonomía moral individual” (pág. 51). Porque si es verdad que en la democracia meramente *prudencial*, es justo y es legítimo lo que el pueblo decide y hay que respetar, por otra parte, que cada cual siga la voz de su “conciencia”, por mal formada y mal informada que esté, la democracia *etizada* marca niveles y grados de calidad y excelencia, de modo que no se puede tomar como “bueno”, sin más, lo que se decide simplemente sumando los intereses egoístas de una mayoría, con pretensión de robustecerse convirtiéndose en norma legítima, o cuando los prejuicios o situación de privilegio de un individuo le “dictan” en “conciencia” desobedecer leyes y normas que protegen claramente las necesidades básicas de las mayorías.

Tengo la impresión, tras todo lo dicho, que mis propuestas no difieren sustancialmente de las de Elías Díaz, aunque posiblemente nos separen simplemente cuestiones de matices y cuestiones de talante. La riqueza de sugerencias en la obra de Elías, que es algo sumamente positivo, implica, también, un cierto peligro de ambigüedad. Su esfuerzo, desde todo punto loable, por buscar los pros y los contras de su propio posicionamiento hacen que a fuer de autocrítico, por mor de evitar posicionamientos definitivos y dogmáticos, deje a veces cuestiones y conceptos importantes en una ¿deliberada? penumbra valorativa.

Consideremos, en este sentido, una vez más, el tema, éticamente muy relevante, de la autoridad moral de la conciencia individual cuando ésta se enfrenta a la opinión de las mayorías. Es ésta ciertamente una cuestión que, precisamente, por haber sido muy matizada, permanece un tanto ambigua en *Ética contra política*. Así, por una parte se afirma que “hay razones éticas para desobedecer al Derecho, incluso al creado por las mayorías, cuando en cuestiones serias aquél choca de verdad con la conciencia, se entiende con la conciencia de cada cual” (pág. 46), agregándose, incluso, que en dichos casos no sólo se puede sino que se *debe* desobedecer al Derecho (pág. 46), para un poco más adelante, el *alter ego* del Prof. Díaz alertarnos de los peligros de guiarnos meramente por la conciencia particular en casos que atañen a los intereses mayoritarios, apelando ahora a un concepto fáctico-empírico (?) del deber (pág. 48) que no puedo interpretar personalmente sino como un deber que apela a los imperativos que derivan del *mínimo natural en ética* que propongo. Se nos dice, asimismo, que “hay muchísimas cuestiones donde el dictamen de la conciencia no existe, o no existe con fundada claridad”, apoyándose en algunas sugerencias de Adela Cortina (recogidas en la nota 31 de la pág. 47 de la obra que comento), en el sentido de que nunca podemos saber, a tenor de las revelaciones internas de la conciencia, si somos unos “escogidos”, unos “iluminados”, o unos “desequilibrados” peligrosos, posibles causantes de las desgracias de un sinnúmero de individuos. Reenviar esta cuestión a “las cautelas del imperativo de la universalidad y del hombre como ser de fines”, le parece a Elías Díaz pertinaz y adecuado, “aunque puedan subsistir objeciones - comenta- me parece que, con todas estas razones y argumentaciones, algo, no poco se avanza en este interminable debate” (pág. 47, nota 31).

Personalmente considero que mucho más se avanzaría en este debate realmente inacabable, respecto al valor de las decisiones mayoritarias y la legitimidad del disenso, si aplicásemos criterios de éticas no meramente deontológicas sino también teleológicas, como Elías Díaz reiteradamente nos invita a hacer (págs. 28-29, 94, entre otras). Mucho se aclararía, considero asimismo, si al hablar de democracia nos decidiéramos a ir más allá de lo dado y, sin dejar de poner los pies en *nuestra* realidad, diseñásemos el

modelo de una democracia *ética*, no meramente *prudencial*, que sirviese de referencia para ayudarnos a salir del conformismo en que jóvenes y maduros parecemos habernos refugiado.

En otras palabras, y retomando mis propuestas iniciales, creo que se trata no simplemente de defender “nuestra” democracia, como una conquista mínima ya lograda, sino de apurar hasta el límite sus posibilidades, perfeccionándola y etizándola. Para ello me parece tan importante desacralizar el concepto de “objeción de conciencia” (que la mayoría de las veces no es más que la expresión de los propios prejuicios no contrastados con el razonamiento y la reflexión) como el concepto de “opinión mayoritaria”, o “decisión de las mayorías”, haciéndonos conscientes de que ni la objeción individual “en conciencia”, ni las decisiones colectivas “en mayoría” poseen excesivo valor moral, a menos que se ajusten a determinados requisitos y que respeten determinadas cláusulas y determinados “hechos”.

Para que la decisión personal, ya bien para elaborar proyectos y programas en mayoría o en minoría, tenga valor y sentido en Etica (para que la democracia esté realmente etizada y podamos transitar cómodamente de la política a la ética, y de la ética a la política), creo que precisamos desarrollar al máximo “la formación cultural y la educación en libertad”, que, como ya indiqué, Elías Díaz recomienda.

Por lo demás, la *libertad*, para que tenga sentido y valor ético, precisa de desarrollo y profundización, cuando menos en un doble sentido:

1) Mediante un proceso educativo profundo e integral que garantice la autonomía y la emancipación de todos los individuos.

2) Mediante una serie de disposiciones legales que aseguren la posesión de los bienes materiales y culturales que ayuden a llevar a cabo los *desiderata* que la libertad en su sentido negativo y positivo requiere.

De lo contrario, en ausencia de un desarrollo moral adecuado y de una sociedad adecuadamente solidaria que proteja al individuo de la indigencia, la pobreza, el hambre (que el capitalismo fomenta, como se indica en la pág. 70), nos encontraremos apresados por la fuerza emotiva de términos como “democracia” y “libertad”, que intentarán socializarnos en el conformismo con nuestras miserias “libremente” elegidas.

Por eso, me atrevería a sugerir a Elías Díaz, tras felicitarlo por su lúcida visión de los beneficios de todo tipo que se derivan de un socialismo democrático y de una educación apropiada de las potencialidades intelectua-

les del ser humano, un énfasis redoblado en dos aspectos que yo, a mi manera, resumiría así:

I) *Hay que etizar la democracia por medio de la secularización de la reflexión filosófica*, el abandono de dogmas y prejuicios, el ejercicio del libre pensamiento, el desarrollo de una conciencia moral en diálogo con los restantes seres humanos, en conexión con, y con consideración de, todos los seres sintientes.

La emancipación del hombre no es sólo, aunque lo sea también, como añadiré en el apartado siguiente, una cuestión meramente económica, o de justicia distributiva. La emancipación intelectual presupone que uno antes de emitir opiniones tenga opiniones propias, contrastadas, formadas de acuerdo con lo que Brandt denomina “actitud cualificada” y que supone la ilustración o conocimiento de las cosas, sus efectos y sus causas, la imparcialidad en el razonamiento, y la libertad, en el sentido de independencia frente a presiones sociológicas, psicológicas, mitológicas, políticas, y de toda índole.

Etizar la democracia significa, en este primer sentido al que aludo, *democratizar la ética*, proporcionar educación y desarrollo moral, no prédica ni moralina, a todos los españoles, a todos los seres humanos, de acuerdo con los modelos de desarrollo moral de Piaget y Kohlberg, complementados por los de sus seguidores y críticos, como Gilligan o Peters, incrementando no sólo las capacidades de discernimiento y formación de juicios morales, sino también las de sintonía y simpatía con todos los seres humanos y sintientes, de modo que sus intereses constituyan parte de nuestro interés y su gozo parte de nuestro gozo.

Sólo unos seres de este modo educados podrían encontrarse en una situación apropiada para tomar decisiones que respeten las necesidades, deseos e intereses legítimos de toda la comunidad. Sólo un tipo de personas así situadas en un nivel moral post-convencional podrían apelar legítimamente a las decisiones y decretos de sus conciencias éticas, porque sus conciencias estarían realmente informadas y formadas éticamente, y podrían, ante los abusos de mayorías desinformadas, malformadas, o insensibles a los intereses y necesidades ajenos, especialmente respecto a los peor situados conforme a la “lotería natural”, rebelarse éticamente, y no sólo desobedecer al Derecho injusto sino enfrentarse a él con propuestas alternativas, con el ánimo de transformar la legalidad vigente.

II) En segundo lugar, *hay que etizar la democracia asegurando a todos los individuos el desarrollo de sus libertades positivas*, lo que conlleva su autodespliegue, su crecimiento material, intelectual y moral, el logro de su

excelencia, la manifestación de su individualidad, la satisfacción de sus anhelos y una vida lo más gratificante posible.

La libertad de expresión, de asociación, el pluralismo y la tolerancia, no son, en manera alguna, suficientes para quien vive en la ignorancia de sus propios derechos, para quien no puede expresar en sus opiniones y palabras más que sus deficiencias y carencias culturales o de otro tipo.

Se diría que una democracia sin socialismo democrático, sin solidaridad, sin reparto y redistribución justa de bienes, es una pantomima hipócrita y, casi, si Elías Díaz me lo permite, un elemento tanto o más perturbador, con las debidas matizaciones, que el dogmatismo y el autoritarismo a ultranza. El “contra Franco vivíamos mejor” no deja de tener, lamentablemente, algo de cierto.

Porque los regímenes salvajemente autoritarios muestran un rostro tan poco afable que es fácil reaccionar y convertirnos inmediatamente en defensores acérrimos de aquello que se nos niega. Las “dictablandas”, como coloquialmente se ha dado en llamar a las democracias desvaidas, como la nuestra, nos golpean tan suavemente, y con tan buenos modales, que a veces no percibimos el golpe que, no obstante, nos va debilitando paulatinamente, reduciendo nuestras exigencias éticas personales, rebajando nuestra autoestima. Poco a poco nos vamos adaptando o resignando a esas “prevalentes concepciones conservadoras basadas en la exclusiva moral del éxito, del dinero y el poder: ideologías que (educan) pues, sin reservas, en la mentalidad de competición agresiva con el inferior y, al propio tiempo - con el resultado de una realidad cada vez más violenta, escindida y dual- en la incondicional admiración y la servil mansedumbre para con el superior, con total sacralización así del duro e irresistible (ganador), del más o menos nato (triunfador)” (pág. 236).

He citado con amplitud este párrafo, casi último de la obra que comento, porque me atrae de un modo particular, tanto por la ética democrática, la democracia *etizada* que tras esta acerada crítica subyace, como porque, al mismo tiempo, el Elías Díaz más vivo y más polémico se rebela contra la moderación contenida en otros pasajes, en los que se mostraba receloso por tomar partido abiertamente por un sistema de valores éticos determinado.

Esta crítica apasionada y mordaz, al tiempo que inteligente, a la moral capitalista y a la alineación psicológica y moral, a la ruptura social, el pesimismo, apatía y desinterés que comporta (pág. 237), nos devuelve al Elías Díaz más provocador, más comprometido, que en otros pasajes del libro he echado de menos. Sus escrúpulos previos, su casi resignada aceptación del escepticismo y el relativismo, como males menores, frente a

las dentelladas del dogmatismo quedan ya muy lejos. La tercera vía, intermedia, reconfortante, y debidamente estimulante, se nos muestra ahora abierta, expedita y libre. A pesar de su empeño inicial por tolerarlo todo, nos muestra finalmente el Prof. Díaz, en estos análisis últimos, para mí los más brillantes, cómo no sólo existen modos de actuar intolerables, sino *éticamente* repugnantes.

Es por todo lo antedicho por lo que, sin riesgo de exagerar, considero que la etización de la democracia es el gran reto de España en nuestro tiempo, como acaso lo haya sido en todos los lugares, en todos los tiempos.

En la ética clásica sólo las élites podían saborear las mieles de una vida conforme a la *areté* o la excelencia. Las éticas revolucionarias de la modernidad, parecieron a veces conformarse con la postulación de una suerte de utilitarismo *negativo* que más que reclamar la realización plena de todos los individuos, se limitaba a exigir que se sacaran de en medio los escollos, que se eliminara todo aquello que hacía la existencia extremadamente penosa. Ha llegado el momento, creo, de no conformarnos con subidas salariales, o libertades en sentido puramente negativo: rebelarse contra el dolor, la exasperación o la insatisfacción no basta. El derecho a la libre expresión habrá de ir acompañado del derecho a la libre construcción de un mundo más habitable.

Uno de los puntos, precisamente, de mayor y más feliz coincidencia entre la propuesta que me he atrevido a sugerir al hilo de la lectura de *Ética contra política*, y una de las propuestas más interesantes del autor de la obra, son los que se refieren a una reformulación de la ética subyacente al socialismo democrático, que debe de llevar a cabo la reconciliación de las éticas de principios, con su insistencia en el respeto a la justicia, y las éticas de consecuencias o de resultados, que tienen que fijar su interés en que la democracia etizada ofrezca al tiempo que imparcialidad en las distribuciones, abundancia y variedad de bienes. Ni justicia sin bienestar general, ni bienestar para unos pocos, o para unos muchos, a expensas de las necesidades y aspiraciones de los marginados.

Con palabras de Tierno Galván, recordadas por Elías Díaz, es preciso caminar hacia una moral rigurosa que se ocupe del “bienestar general”, entendido, por supuesto, en un sentido más amplio y más profundo que el que produce el capital (pág. 160). En cualquier caso, el socialismo democrático, la democracia etizada, no juega al derrotismo, ni al reparto de la miseria, “ni predica la igualdad en la pobreza en medio del estancamiento y el atraso general” (pág. 93), sino que busca un mundo muy “rico en riquezas”, si se me permite sugerir.

La ética del socialismo democrático, la ética de la democracia previamente etizada, involucra el presupuesto de que los beneficios materiales y de todo tipo no pueden ser obtenidos a cualquier precio, porque a ciertos precios serían totalmente *despreciables*, carecerían de valor. Pero esta ética

que decididamente mira a la izquierda no sólo no nos condena a una virtud austera y sacrificada, sino que combina aquilatadamente la ética de principios, de justicia y de derechos, con “una ética consecuentemente responsable en cuanto a sus resultados, cálculos, utilidades y objetivos” (pág. 94), porque, y regresamos al comienzo del libro, regresamos a su más íntimo trasfondo, la ética no puede estar contra la política, como la política no puede estar de espaldas a la ética: “No pues, una ética contraria -por ‘principio’- a la política, ni una política -en -‘consecuencia’- ajena a la ética, sino una ética y una política de principios, que sean ambas en sus resultados concretos y en sus aplicaciones prácticas, consecuentemente responsables” (pág. 28).

La reconciliación de la ética con la política, y la política con la ética tendrían por supuesto como resultado una democracia etizada, socializada, no a golpe de martillo, o a golpe de legislación y represión, sino por la gracia de la inspiración gozosa de quienes, como el Prof. Elías Díaz, profesan una concepción casi lúdica del esfuerzo, y laboran con alegría manifiesta porque la mejora de nuestra democracia no se detenga: que una vez conseguida la transición a esta democracia que yo he apellidado de puramente *prudencial*, tenga lugar la transformación más profunda, que nos conduzca, si a todos nos convence, si todos estamos convencidos de que nos conviene, al socialismo democrático, o la democracia *Etica*.

Pero esta marcha es muy penosa, muy esforzada, y necesita de la coordinación de fuerzas, de la cooperación de todos los que desde distintos frentes luchamos por superar nuestra democracia y convertirla, de criatura endeble que es, en una construcción robusta que resista los embistes de las ideologías ligeras, pequeñas y burguesas. Dudo de que, sin este esfuerzo impresionante, la democracia meramente prudencial, vaya a etizarse nunca por sí misma. Su destino me parece más bien el que empieza a vislumbrarse en nuestro entorno: un “mercado libre de votos” que se disputan las élites agrupadas en partidos, como el modelo grotesco que Schumpeter propone.

Si deseamos etizar la democracia en España ahora, debemos saber, y sospecho que Elías Díaz coincidirá conmigo, que tenemos ante nosotros una tarea tan ardua, difícil y responsable, como la de tantos intelectuales que contribuyeron a favorecer la transición de la dictadura a la democracia tímida y *prudencial* con la que ahora contamos. Convertirla en una criatura adulta, digna de respeto y desde un punto de vista ético, es el gran reto que nos proponen libros de la hondura y la garra de *Etica contra política*, para que la política, por prudencialmente democrática que sea, no nos deje sin ética.

Respuesta a Esperanza Guisán

Por ELIAS DIAZ

Me han gustado e interesado mucho estas páginas tan vivas de Esperanza Guisán. Y ello por tres razones fundamentales: una, porque -amiga que es- habla bien de mi y de mi libro; se ve que me voy acercando a la edad en que, como decía don Ramón Carande, “todos los elogios son pocos” (aunque también sea probable verdad que los llamados “egos” no entienden para nada de años, sexo o nacionalidad). Dos, porque -lista que es- muestra que tiene razón, buenas razones, en no pocas cosas de las que me hace observar, especialmente en una inicial, formal, “estructural” que, sin embargo (¡para que se fíe uno de la razón!), creo poder probar que acaba volviéndose contra los dos. Y, tres, porque -buena que es- me deja espacio suficiente en sus alegatos para que yo ahora pueda contestar y precisar más en algunas de las cosas criticadas y que tal vez no quedaron del todo claras en mi primera exposición, lo cual puede también repercutir en provecho objetivo para nuestros hipotéticos lectores.

Comenzaré, como ella misma hace, por esa inicial proposición con la que -*a posteriori*, por desgracia- no puedo sino concordar: que “el libro -dice Esperanza Guisán- ganaría todavía más interés si se invierte la disposición de sus partes, en orden totalmente contrario al que se ha seguido”. Debería haber ido primero, pues, la parte (segunda) más concreta sobre los intelectuales y el poder, en la oposición al régimen franquista y en la transición a la democracia, y después, por consiguiente, la parte (primera) más “abstracta” y general sobre ética y/contra política en relación con la justificación de la democracia y el socialismo. Señala así aquella que “los dos capítulos finales contenidos en la segunda parte habrían servido como ejercicios de precalentamiento, como acercamiento primero, partiendo de la realidad más tangible, para elaborar después un discurso más refinado y sofisticado más filosófico y complejo, tal como el que se desarrolla en la primera parte”. Si hubiera nuevas ediciones del libro advertiré, desde luego, al lector, para un *iter* quizás más llevadero, que puede alternativamente

comenzar su lectura por la segunda parte, capítulos tercero y cuarto, para concluir después en la primera, con los dos capítulos ahora iniciales: estaríamos así en el paso, pues, de lo particular a lo general, aunque sobre ambos rótulos habría no poco que matizar.

Pero dicho, y admitido (y agradecido), esto comienzan enseguida los problemas, también para la propia Esperanza Guisán: por eso decía antes que sus observaciones a este respecto terminaban por afectarnos a los dos. Lo que quiero decir con ello es que, vista la orientación general y la atención preferente de su crítica, me da la impresión de que -a pesar de los cambios solicitados- la catedrática de Ética de Santiago de Compostela está más bien predispuesta a prescindir o, al menos, a no dar excesiva relevancia a esa segunda (o, en su plan, primera) parte más concreta, referida a la política y a la cultura contemporánea española, como paso o base para su posterior y principal objetivo (que es lo que realmente le interesa) “de como etizar la democracia”. Aquella parte concreta, histórica y actual, la da por sabida y, en mi opinión, no siempre está bien sabida en algunas de sus aseveraciones. En todo caso, apenas entra en ella: ya me hubiera a mi gusto que sus agudas e incisivas indagaciones y puntualizaciones sobre, por ejemplo, la conciencia, la voluntad o la libertad (sobre las que luego volveré) se hubiesen aplicado también a debatir y analizar en detalle y con atención “las ideologías de (sobre) la transición” (del cap. IV, apartado 3) y sus condiciones reales y concretas en la España de la época.

A Esperanza Guisán, es lógico, le interesa mucho más -me parece- la ética que la política como objeto de estudio y de conocimiento (más o menos racional). Lo entiendo perfectamente; aquí estoy haciendo más bien una constatación que una crítica de ello: les ocurre eso asimismo a la mayor parte de nuestros colegas de Filosofía ética procedentes de las Facultades de Filosofía (incluso a no pocos de Filosofía política); pero yo reclamaría a su vez la necesidad de dar una suficiente relevancia a las exigencias teóricas y metodológicas en el conocimiento de fondo y en la valoración coherente de las realidades políticas (o sociales o económicas o culturales) del pasado y del presente, de uno u otro país. Que la “finezza” ética se aplique también a la política, aunque sea para constatar la falta de aquella: la denuncia de la falta de rigor o seriedad hay que hacerla, claro está, con rigor y seriedad. De cualquier modo, Esperanza Guisán está, desde luego, en su perfecto derecho -¡no faltaría más!- para elegir y priorizar una u otra perspectiva en sus análisis y en sus valoraciones críticas que ella dice (y es lo que nos sucede más o menos a todos) que lo son “por deformación profesional y por interés y preferencias personales”.

Mi obligación aquí es hacer, no obstante, la crítica de la crítica, con el sólo propósito de contribuir a una mayor racionalidad y objetividad aunque

ayudando con ello también a la buena utilidad que pueda obtener el ya mencionado hipotético lector. Me parece en este sentido de la mayor importancia que la autora -como, por lo demás, era en ella de esperar- evite en todo momento el fácil conformismo y el oportunista pragmatismo de considerar que en definitiva las cosas no son tan diferentes de como debieran ser, situación en la que, en definitiva, se tendería de modo inevitable a identificar "realistamente" política y ética, reduciendo siempre esta a aquella; por el contrario, diferencia la profesora Guisán y entiende en permanente tensión esos dos polos de la ética y la política, no conformándose nunca con las insuficiencias y precariedades de la democracia empírica ("prudencial", la denomina ella) juzgándola, pues, críticamente, desde el modelo de una democracia ética ("etizada", dice con feo voquible, al igual que el de "etizar"). Salvo esto, hasta aquí, nada o muy poco que objetar.

Los problemas surgen ya cuando, en mi opinión, rebaja en exceso los logros de nuestra democracia, que, subrayo en mi libro, vino preparada por las movilizaciones populares e intelectuales (las fuerzas del trabajo y de la cultura), llegando aquella a suscribir que "el contra Franco vivíamos mejor no deja de tener, lamentablemente, algo de cierto". Pero, al margen de esto, mis discrepancias irían más bien, por el lado en que ella se detiene más, tanto hacia su concepto de "democracia etizada" que, puestos a exigir, yo consideraría insuficiente (por la escasa relevancia atribuida en ella a los factores sociales y económicos) como, sobre todo, hacia las implicaciones y exigencias que desde ese modelo de democracia etizada perfecta pueden obtenerse en detrimento de la democracia política concreta y efectiva, con riesgos de otro reduccionismo: el de la política (democrática) respecto de la ética, respecto de una ética que puede no tener mucho de democrática.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, de la que -como ya he señalado- Esperanza Guisán se ocupa poco en sus determinaciones concretas españolas de nuestra época, tengo que discrepar de su "relativismo" (ella que después me lo censura a mi) acerca de la disminución, casi eliminación, de distancias entre las dictaduras y las democracias no perfectas, cuando escribe: "Porque los regímenes salvajemente autoritarios, muestran un rostro tan poco afable que -dice la buena de Esperanza Guisán- es fácil reaccionar y convertirnos inmediatamente en defensores acérrimos de aquello que se nos niega". Nada más lejos de la realidad, mi querida teórica y ética joven amiga; repase las historias de esos "regímenes salvajemente autoritarios" y verá lo difícil que era actuar y hasta pensar (salvo quizá en la más estéril y absoluta intimidación) contra ellos. Olvida aquí incomprensiblemente la profesora Guisán que en esos regímenes las conciencias están mucho más sometidas, además de al terror y a la represión, a esos "procesos de socialización" alienantes y conformistas que ella tanto denuncia, y a veces

no sin razón, en los sistemas democráticos, los cuales, en cualquier caso, favorecen mucho más esas condiciones críticas y de libre educación.

Y ello enlaza con la segunda de las mencionadas cuestiones: Esperanza Guisán exige y con razón para la buena conciencia ética y la auténtica libertad “un proceso educativo profundo e integral”, desarrollando “al máximo la formación cultural y la educación en libertad”, propuestas con las que (junto a las de carácter económico y no reducidas sólo a “disposiciones legales”) concuerdo plenamente, y -admirador de la krausista Institución- en modo alguno “como de paso”. Desde ahí llega, sin embargo, a conclusiones que podrían ser incluso gravemente restrictivas de la democracia, propiciando -creo- un elitismo intelectual (hoy, téngalo en cuenta, posiblemente representado y capitaneado por técnicos, por expertos, considerados además justos y buenos) el cual, aplicado a la política, no me parece, la verdad, nada democrático. Como mínimo, habría que aclarar mucho más o redactar mucho mejor sentencias como la que sigue: “sólo unos seres de este modo educados podrían encontrarse en una situación apropiada para tomar decisiones que respeten las necesidades, deseos e intereses legítimos de toda la comunidad”.

Es ya viejo, viejísimo, pero a la vez muy peligroso, el alegato de que sólo el saber legitima el poder; y larga la historia de sabios -teólogos, filósofos, científicos, juristas, economistas- que ha colaborado con todo tipo de regímenes absolutistas, tiránicos, totalitarios y dictatoriales. Dudo mucho, por lo demás, que baste una educación “de acuerdo -dice Esperanza Guisán- con los modelos del desarrollo moral de Piaget y Kohlberg, complementados por los de sus seguidores y críticos, como Gilligan o Peters”, como para que -con todo mi respeto y aprecio hacia ellos, y a otros como ellos, y hacia sus muy positivas aportaciones- podamos confiar que “unos seres de este modo educados” vayan sin más (es decir sin controles de los sindicatos, de los movimientos sociales, de los ciudadanos todos, institucionalizados y no institucionalizados en un Estado social y democrático de Derecho), a hacer realidad “las necesidades, deseos e intereses legítimos de toda la comunidad”. La formación cultural, la educación en libertad, el proceso educativo profundo e integral me parecen, son, cuestiones importantísimas, totalmente necesarias e imprescindibles pero insuficientes para asegurar que de ahí, y de la ética, saldrá ya perfectamente protegido el interés general (y los intereses particulares que conviven legítimamente con él). No se olvide que son numerosos los proyectos de sana y santa formación propuestos en la historia como sustitutivos de la voluntad popular que, con todos sus defectos (a corregir en libertad), constituye la raíz y el impulso legitimador de la democracia. La ética, la ética democrática y los éticos que hablan por ella, tienen en el campo de la política como primera y principal exigencia la de tratar de implantar la justicia contando siempre con la libertad de todos los

demás, con la libertad de todos los ciudadanos, cuando mejor formada -la de unos y otros- mucho mejor, eso sí, para toda la comunidad.

En cualquier modo, todo tiene sus límites, su lógica interna, sus condicionantes pasados y futuros: también la misma realidad se encarga a veces de corregir y de poner en su sitio -lo vemos todos los días a través de sus múltiples resistencias- tanto delirios y arbitrios voluntaristas (en ocasiones vertidos en forma de leyes) como dogmatismos y doctrinarismos eticistas, a los que el sano sentido común con inteligente acierto no hace frecuentemente el más mínimo caso.

La ética ha de tener siempre presente, para evitar reduccionismos de uno u otro sentido, que en relación con la política (y con todos los demás ámbitos de la realidad) su implantación es por lo general de carácter gradual, evolutivo progresivo o como quiera llamársele, de carácter histórico temporal y que debe actuar, como digo, contando siempre con la libertad. Esperanza Guisán, más cercana de la ética que de la política, con riesgos incluso de distorsionar el correcto funcionamiento democrático de esta, me critica que yo condicione y haga depender la implantación del socialismo democrático precisamente “de las libres decisiones de los ciudadanos”. Yo sé que ella, demócrata de verdad, no pretende implantar el socialismo prescindiendo de estas libres decisiones, es decir de manera dictatorial o totalitaria; pero lo que ocurre, pienso, es que tiende a confundir ética y política, reduce la segunda a la primera o, en el mejor de los casos, contesta a mis argumentos de legitimidad política con sus argumentos de estricta fundamentación ética (los cuales, bien diferenciados, no tienen porqué ser para nada incompatibles, al contrario son perfectamente complementarios entre sí). Escribe así Esperanza Guisán respecto a mi propuesta en favor de la vía democrática: “Su defensa del socialismo democrático como única forma, a mi modo de ver (dice aquella), de vivir en plenitud la democracia no resulta lo suficientemente contundente. No basta, como Elías Díaz parece dar a entender, con “las libres decisiones de los ciudadanos” (pág. 70) para que la democracia posea pleno valor ético. Sólo cuando las libres decisiones no obedecen ni a dogmas, ni a prejuicios, caprichos derivados de situaciones de privilegio, se puede decir *éticamente* que se trata de decisiones éticamente libres, que son evidentemente las únicas que cuentan éticamente”.

Estas y otras son, o pueden ser, en efecto, las exigencias éticas; las exigencias políticas democráticas son, sin negar aquellas, el respaldo de las libres decisiones de los ciudadanos. Creo que diferenciar ambas dimensiones, legitimidad política y justificación ética, sin negar una ni otra, interconexionadas y admitiendo siempre en última instancia la crítica ética, puede ser buena vía para encarrilar correctamente este tipo de cuestiones y, de paso,

clarificar en estas discusiones que mantenemos en el seno de la filosofía ética, jurídica y política española actual.

Y, sin embargo, creo que Esperanza Guisán las funde (y confunde) frecuentemente en su crítica, dando la absoluta y exclusiva prevalencia, como digo, a esa más radical dimensión ética. Por supuesto que -como ella dice- “no sirve por igual cualquier decisión mayoritaria a favor de cualquier política económica, educativa, etc.”: en el plano político unas, en efecto, son mejores y más justas que otras; “como no sirve tampoco por igual -sigue ahora en referencia ya más estricta y con plena razón al plano ético-cualquier disenso, cualquier apelación a la conciencia ética individual”. En el ámbito político, de organización y constitución, sin eliminar nunca la instancia ética, hay que confiar más y tomar como criterio de legitimidad a la libertad, a la libre voluntad de los ciudadanos que se hará, desde luego, más auténtica con mejores condiciones económicas, sociales y culturales para todos. En el plano ético también hay que estar, creo, en principio a favor de la libertad (base de la democracia política), aunque en el complejo conflicto entre conciencias éticas individuales (o individuales y colectivas-institucionales) puedan darse razones por las que ciertas invocaciones éticas individuales puedan y deban subordinarse a otras éticas individuales o, incluso, a normas sociales y políticas así libremente creadas: ¿aclaro con esto el dilema sobre obediencia/desobediencia al Derecho que Esperanza Guisán considera como de ambigua solución en las págs. 46 y 48 de mi libro? Así lo espero.

Como se ve, los problemas se entrelazan unos con otros en esas densas, inquietas y algo desordenadas páginas de Esperanza Guisán. Voy a cortar, para evitar que mi respuesta sea más extensa que su crítica (no sé si ya lo lograré), haciendo aquí sólo referencia muy escueta a una serie de puntos concretos, asimismo difíciles y complicados, que están también mencionados en sus observaciones.

El primero de ellos se refiere al tema de la libertad. Dice Esperanza Guisán: “Para empezar la *libertad* no se presenta tan evidentemente como el Prof. Díaz pretende como valor humano central (tal como él afirma en las págs. 40-41), sino, más plausiblemente, como un valor, importante sin duda, pero no un valor absoluto, sino en competencia con otros muchos, *medio* a fin de cuentas, para lograr la consecución de otros bienes que procuran la satisfacción de anhelos humanos básicos”. No discutiría excesivamente, también ya por falta de espacio, sobre la interrelación medios-fines, fines que a su vez son medios y medios que a su vez son fines. Yo no diría, y creo que no he dicho, que la libertad sea un valor absoluto (“central” era, creo, el calificativo, pues “absoluto” no hay quizás nada) y desde luego que no definiendo la libertad sólo por la libertad. La libertad también sirve, es

evidente, como medio para mejor lograr otras cosas, otros fines que son medios para otras aspiraciones y finalidades. Pero preguntaría para no eludir del todo el problema: ¿alguna libertad, algún mínimo, y no tan mínimo, de libertad no es tan necesario casi como el vivir? Si nos planteamos la hipótesis de su total negación, la respuesta a lo anterior sería sin duda la afirmación ¿No es un fin “central” liberarnos de la suma abyección que supondría *la vida* en una interminable lóbrega mazmorra sometidos además a todo género de humillaciones, esclavitudes y servidumbres? Radicalizadas las cosas, pero también en circunstancias más normales, la libertad me sigue pareciendo un valor ético y político central, básico y decisivo -junto con la razón- para la condición humana y su organización política y social.

Otra cosa que anotaría es que en Esperanza Guisán hay -creo- una casi apriorista contraposición entre ética (¿individualista?) y sociedad, en virtud de la cual todo proceso de socialización parece verse como distorsionante para el pensamiento, la conciencia y la cultura. No lo estimo yo así pues, aún siendo inevitable la producción social (no exclusiva) de las formas de conciencia, no todo proceso de socialización implica deformación del conocimiento o falseamiento de la conciencia y la libertad. Como sé que Esperanza Guisán soporta afable y benévola la lectura de mis escritos no me da pudor alguno reenviarla, para aclarar más estas cuestiones, al capítulo sobre *Ideología y Derecho* de mi libro de 1978 titulado precisamente *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. El pensamiento y la conciencia son producción social y también, en interrelación, producción individual.

Concuerdo con Esperanza Guisán en la necesidad de aunar en el razonamiento práctico las éticas deontológicas y las éticas teleológicas. Y yo a ella la tengo considerada, y bien considerada, dentro de esa feliz unión, más bien como teleológica y utilitarista. Mi pregunta es: ¿hasta que punto su insistente demanda en pro de un “mínimo natural en ética”, o ese casi angustioso “precisamos de algún punto de apoyo, a fin de no perdernos en la pura ambigüedad”, no la convierte en más deontológica y, no se enfade, casi en algún momento en fundamentalista?

Digo esto -y con ello termino- por las críticas que ella, entusiasta y vitalista, me hace como excesivamente proclive yo al relativismo, al escepticismo y al subjetivismo, también como poco contundente en mis aseveraciones, exigiéndome -¡ay!- mayor fuerza y menor ambigüedad. Puede, puede que los tiempos que corren y lo poco bien que al socialismo, incluso democrático, le va en el mundo actual, uno no sólo haya extremado los recelos, cosa siempre buena, frente al dogmatismo sino que incluso haya exagerado la necesidad de la autocrítica y la inseguridad ante aparentes seguridades. Puede que todo esto sea también, como lo de los elogios, cosa

simplemente de la edad. Pero, por si acaso, querría hacer de todos modos algunas precisiones que ya serán, de verdad, el definitivo final.

Respecto al relativismo para remarcar que, si existe, lo sería sólo de carácter metodológico y entendido siempre como contrapunto preferencial a cualquiera actitud de carácter dogmático o absolutizador. Algo así diría también respecto del subjetivismo como vía preferible para caminar hacia la objetividad. Estoy, sin embargo, de acuerdo con Esperanza Guisán en reclamar la posibilidad y necesidad de “posiciones racionales o cuando menos razonables que recurren a la consideración de los intereses intersubjetivos, al diálogo y a la construcción de una racionalidad basada no solamente en argumentaciones, sino en el recurso a algún tipo de “hechos”, como los que tienen relación con la condición humana, como -enumera aquella- que gozar es preferible a sufrir, estar vivo y sano a estar muerto o enfermo, ser libre a ser esclavo, tratado igualitariamente que de modo discriminatorio, etc. etc.”. Repase Esperanza Guisán mis “decálogos” para la legitimidad democrática y la justificación ética (págs. 51 y ss. y 59 y ss. de mi libro) y observará como esos mismos y otros con ellos congruentes valores son los allí también defendidos. No soy ningún dogmático del relativismo ni del escepticismo. No encuentro, por lo tanto, razón ni justificación alguna para la terrible ofensa que me infiere -y que sólo un duelo con las armas que ella elija o, en su defecto, mejor, otra invitación con conferencia y marisco en su Galicia natal, podrá lavar y enmendar- cuando, con sin duda que cariñosa maldad, habla de mi empeño por “tolerarlo todo” y me muestra en público como “receloso por tomar partido abiertamente por un sistema de valores éticos determinados”.

V
INFORMACIONES

SIMPOSIO "LOS DERECHOS HUMANOS HOY"*

Del 1 al 2 de junio de 1990 se celebró en Granada un Simposio con el título "Los Derechos Humanos Hoy", organizado por el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Simultáneamente se celebraba en Granada la reunión anual de la Ejecutiva de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR) donde se daban cita los representantes de las secciones estatales de dicha Asociación. El simposio sobre "los derechos humanos hoy" contaba pues con un selecto auditorio formado por los representantes de las secciones estatales y los profesores de la asignatura en la Universidad de Granada.

En dicho simposio se organizaron dos conferencias interesantes: una por el profesor de la Universidad de Berlín (ex Berlín este) Karl A. Mollnau, con el título del simposio *Menschenrechte Heute*; y la otra por el profesor de la Universidad de Edinburgo, Neil MacCormick con el título *Human Rights Today: of Self-Determination and other Things*.

En esta nota intentaré resumir y comentar dichas conferencias. En primer lugar haré un resumen de las mismas (1), para después recordar algunos de los comentarios y críticas que éstas suscitaron entre el público (2) y terminar con unas breves reflexiones personales (3).

1.

1.1. Karl Mollnau: *Menschenrechte Heute* (Los Derechos Humanos Hoy)

"El mundo se ha transformado profundamente; lo que debemos hacer ahora es interpretarlo". De este modo Mollnau da la vuelta a la famosa tesis

* Esta nota es una ampliación de la nota que con el título "Giza Eskubideak Gaur" publiqué en la *Herri Arduralaritzazko. Euskal Aldizkaria*, 27 RVAP, mayo-agosto, 1990, págs. 173-179. Quisiera agradecer desde aquí la invitación y el trato cordial que me dispensaron todos los colegas de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada.

de Marx sobre Feuerbach. Marx había indicado que hasta entonces los filósofos se habían limitado a interpretar el mundo, pero lo que había que hacer era transformarlo. En opinión de Mollnau el fracaso del socialismo real ha sido al mismo tiempo el fracaso del marxismo-leninismo canonizado y por lo tanto el socialismo, como concepto y como modelo social ha quedado desacreditado. Y precisamente aquí reside el peligro: junto con el fracaso del socialismo real se corre el riesgo de olvidar los ideales de justicia social y de la sociedad solidaria (solidaria entre sus miembros y solidaria hacia la naturaleza). La experiencia de la historia nos enseña que tras cada revolución se esconde una contrarrevolución.

De todas formas, y haciendo suya la tarea de interpretar el mundo, en opinión de Mollnau las revoluciones que han tenido lugar en Europa del Este (uso este eufemismo para referirme a lo que también podría llamarse Europa central) pueden considerarse como revoluciones democráticas para conseguir el reconocimiento de los derechos humanos. En los así llamados estados socialistas o democracias populares no se admitía oficialmente que existía un déficit en derechos humanos o bien se intentaba esconder dicho déficit. Así, los filósofos del derecho, al abordar el tema de los derechos humanos lo hacían desde un punto de vista histórico o lo hacían usando tácticas diplomáticas. Todo esto ha cambiado ahora.

¿Pero cómo asegurar los derechos humanos? He aquí el verdadero problema. Una forma de conseguirlos es por medio de revoluciones democráticas como las que han ocurrido en Europa del Este. Las actividades que se llevaron a cabo en octubre y noviembre de 1989 en la ex República Democrática Alemana, sobre todo en las calles de Leipzig nos recuerdan a las revoluciones burguesas de 1789 o 1848. Por decirlo de otro modo, los habitantes de las repúblicas de Europa del este se habían convertido en camaradas sin antes haber sido "ciudadanos" o *citoyens*. Pero, en opinión de Mollnau, para hacer posibles los Derechos Humanos es necesario hacer desaparecer el riesgo de la guerra y de los accidentes ecológicos y es necesario reducir la abrumadora distancia económica que se da entre los países desarrollados y los subdesarrollados. Estas dos cuestiones, la del régimen democrático y la de las condiciones mínimas para la supervivencia están íntimamente relacionadas, y la labor de los juristas reside en la relación entre estas dos cuestiones; en la previsión de mecanismos jurídicos para la realización y protección de los Derechos Humanos y en el diseño de medios y procedimientos adecuados para asegurar la resolución pacífica de los conflictos.

Desde Stalin el sistema político del socialismo real se hizo despótico respecto al derecho. Los grandes dirigentes y sus *aparacznics* estaban por encima del derecho en lugar de estar sometidos al derecho y como

consecuencia, los partidos comunistas se posicionaron en contra de las ideas del estado de derecho, *Rechtsstaat*, y del *rule of law*. El 4 de noviembre de 1989 unos 4 millones de manifestantes tomaron las calles de la *Alexanderplatz* berlinesa con el siguiente lema: "La mejor seguridad del estado es la seguridad jurídica" (*Rechtssicherheit ist die beste Staatssicherheit*). Los Derechos Humanos los logran los movimientos sociales y no los individuos por separado.

La concepción de la libertad que han enarbolado las revoluciones contra el socialismo real se basa en la individualidad y autonomía de los seres humanos. La libertad de los seres humanos se entiende como auto-determinación y autorrealización (*Selbstbestimmung* y *Selbstverwirklichung*) y supone y exige unas precondiciones económicas determinadas. En la conciencia de la gente había algo así como una relación característica del socialismo real entre la "protección" burocrática del individuo y el descenso en la productividad, y sobre todo en la República Democrática Alemana, donde se tenía siempre al lado el modelo de Alemania occidental donde la productividad del trabajo era un 40% más alta. Cayendo presas del realismo podríamos decir que la realización o plasmación de los Derechos Humanos a través del derecho no puede ir más alto de lo que permite el grado de desarrollo económico de la sociedad, pero tampoco más bajo. La justicia social, tanto dentro de la sociedad como entre sociedades distintas, exige un equilibrio económico cada vez mayor.

Pero la realización de los Derechos Humanos es un proceso sin fin. Los Derechos Humanos no son regalos o concesiones de nadie, ni siquiera de los estados. Los Derechos Humanos los consiguen los movimientos sociales cuando se dan o se pueden dar ciertas condiciones económicas, políticas y culturales. Y es precisamente aquí donde se encuentra la conexión entre la realización de los Derechos Humanos y la autodeterminación de los pueblos. Los Derechos Humanos son el derecho de autodeterminación de los pueblos en la esfera individual. El estado que niega el derecho de autodeterminación a un pueblo niega al mismo tiempo la soberanía y el derecho de autodeterminación de los habitantes de ese pueblo, y estos son Derechos Humanos. Pero las revoluciones que han ocurrido en los últimos meses de 1989 nos muestran que la reivindicación de los Derechos Humanos viene de la mano de un resurgimiento de la identidad nacional. Por el momento no se pueden predecir ni detectar ciertos aspectos más oscuros del nacionalismo, ya que no ha transcurrido suficiente tiempo. Esta es una advertencia que afecta especialmente a la Alemania reunificada.

1.2. Neil MacCormick: *Human Rights Today: Of Self-Determination and Other Things* (Los Derechos Humanos hoy: sobre la autodeterminación y otras cosas)

Cuando se habla sobre los Derechos Humanos parece ser que lo único que se puede decir es: “yo estoy a favor” o “me importan un comino”. (Esto es a fin de cuentas lo que vienen a decir las teorías emotivistas de la ética: los enunciados de la ética son expresión de sentimientos). Pero mientras el estar a favor de los Derechos Humanos en general no plantea problemas teóricos, al defender concepciones concretas de los derechos o al justificar los Derechos Humanos nos encontramos con muchas dificultades.

1.2.1. La retórica universal de los Derechos Humanos

En el mundo actual nos encontramos con numerosas declaraciones y pactos solemnes a favor de los Derechos Humanos. Y esta retórica oficial tiene su influencia. Hoy en día se ha hecho imprescindible aludir a los Derechos Humanos en el discurso político, y para muchos esto se puede considerar como un logro de las teorías del derecho natural. Pero por otro lado, lo que hacen estas declaraciones oficiales es positivizar los Derechos Humanos dando origen a textos válidos y vigentes de derecho internacional. Filosóficamente los Derechos Humanos se fundamentan en teorías de derecho natural, pero su validez jurídico-formal y su significado político son ya otra cuestión.

El formalismo de los textos jurídicos que proclaman los Derechos Humanos contribuye a consolidar dichos derechos, asegurando su invocabilidad, pero al mismo tiempo ese formalismo es resultado o producto de una concepción determinada y limitada de los Derechos Humanos, en vista de lo cual, en opinión de algunos autores, se pone en entredicho la pretendida universalidad de los Derechos Humanos. Algunas declaraciones de Derechos Humanos que quieren ser “universales” en última instancia son fruto de una concepción particular, regional y etnocéntrica (digamos, de los estados liberales industrializados). Valga como ejemplo la institución de las vacaciones remuneradas, completamente enraizada en nuestra cultura, pero extraña en otras culturas.

La positivación de los Derechos Humanos nos plantea la necesidad de colocar los Derechos Humanos entre dos discursos. Uno es un discurso práctico sobre la naturaleza humana y otro es un discurso sobre los derechos positivos más limitados. En el discurso práctico es necesario atender a la cuestión: qué son los Derechos Humanos. La respuesta analítica de MacCormick es la siguiente: existen ciertos Bienes que son buenos para

todos los seres humanos y lo son en un nivel tan básico o fundamental que si le faltan a un ser humano entonces puede decirse que dicho ser humano está sufriendo un mal o se está cometiendo una injusticia con él; los Derechos Humanos son derechos a gozar de tales Bienes. Pero a la hora de definir y realizar dichos derechos, el derecho se basa en concepciones particulares y en arreglos o mecanismos institucionales particulares: por ejemplo, en los contextos europeo y norteamericano se impone la concepción contradictoria (*adversarial*) del proceso jurídico donde a un régimen de derechos le corresponde un régimen de obligaciones, donde el juez reconoce un derecho a la persona que ha iniciado la acción e impone una obligación a la otra parte procesal y donde los derechos y las obligaciones se corresponden con los individuos y no con los grupos o colectivos de seres humanos.

No ha de olvidarse que los arreglos institucionales podrían ser de otro modo y que existen unos Bienes difíciles de encuadrar en este esquema, como los Bienes relacionados con el medio ambiente: los árboles, el agua, el ozono... Y es muy difícil defender la propiedad de estos Bienes mediante la institución de los derechos o la del proceso contradictorio. Esos Bienes ecológicos no son derechos sino las precondiciones para gozar de los derechos y por ello para proteger esos Bienes no nos valemos de la técnica de los derechos y necesitamos nuevos mecanismos institucionales.

1.2.2. ¿Derechos de quién?

Este último ejemplo nos muestra que no es siempre fácil determinar quiénes son los propietarios o los titulares de estos derechos: ¿la naturaleza? ¿las personas? ¿la humanidad? ¿los adultos? ¿las personas con lucidez mental? Preguntas como estas se plantean en los casos límites de ciertos derechos como en los casos de eutanasia, investigación embriológica, aborto. En estos casos es necesario un equilibrio entre las distintas concepciones y entre los distintos titulares y es necesario responder a una multitud de cuestiones concretas, pero estas cuestiones no pueden resolverse en abstracto y *a priori* sino tras un proceso de discusión y negociación. (Aquí aparece la idea del equilibrio reflexivo, *reflective equilibrium*.)

1.2.3. La Autodeterminación

Siguiendo la temática del problema recién mencionado hemos de preguntar: ¿Los derechos de quién, de los individuos solamente, de los grupos humanos, de las naciones también? ¿Existe un derecho de los pueblos

a la autodeterminación? El derecho de los pueblos a la autodeterminación ¿se puede considerar como un derecho humano?

Nos encontramos ante una paradoja: por un lado los principios de la autodeterminación son de una gran importancia en la construcción del mundo político contemporáneo (sobre todo desde la doctrina del presidente Wilson, de 1919) y muchos de los cambios políticos que se están produciendo en Europa del Este se inspiran en el principio de autodeterminación: la reunificación de Alemania, las declaraciones de las Repúblicas Bálticas y otras Repúblicas de la Unión Soviética, etc.; pero por otro lado este principio, este derecho, sólo se materializa en pocas ocasiones, y cuando se materializa siempre origina fuertes polémicas sobre todo en relación a quién sea el titular del derecho. Los ejes principales de estas polémicas serían los dos siguientes: poner en tela de juicio la misma idea de nación y/o negar el status de principio moral del derecho de autodeterminación. Los liberales y los socialistas no se fían del nacionalismo, seguramente porque al hablar de nacionalismo piensan en los nacionalismos extremistas, pero en cambio aceptan el nacionalismo de los pueblos colonizados y de la Europa del Este y esos nacionalismos se basan en el principio de autodeterminación. En el caso de los liberales éstos proclaman la autonomía individual como principio fundamental, lo cual les lleva a un individualismo craso. Sin embargo no ha de olvidarse que los individuos se realizan siempre en la sociedad y en contextos sociales y culturales concretos. Aunque este hecho no elimina la autonomía individual sí que la limita y determina. Por decirlo de otro modo, mientras es muy difícil sostener un individualismo metodológico en cambio el individualismo normativo es deseable, pues la autonomía es uno de esos Bienes fundamentales.

El individualismo normativo, la autonomía de los individuos parece exigir alguna forma de organización política, de participación en un gobierno que tenga la libertad y la autonomía por principios básicos, y algún sistema de redistribución. La concepción de libertad, entendida como autonomía nos lleva a la idea de autodeterminación en un doble sentido: a la autodeterminación de los individuos dentro de una comunidad política y a la autodeterminación y soberanía de la propia comunidad respecto de las demás comunidades.

Pero, ¿Cómo definir la comunidad? ¿Cómo definir la nación? Tenemos una nación cuando un grupo de personas comparte una conciencia común y esa conciencia se construye sobre elementos diversos: el idioma, la mitología, la música, la danza, el arte, las costumbres, las tradiciones jurídicas, la religión, etc. La nación no es la mera suma de sus miembros componentes, como cree el individualismo metodológico; pero, en contra del nacionalismo extremo, la nación no determina completamente a sus

miembros. Las naciones no son quimeras, las naciones son hechos institucionales, puntos de imputación y atribución en el ámbito oral, político y cultural, y en este sentido son entes dotados de existencia.

Pero ¿Qué se sigue de esta idea desde la perspectiva moral y política? Para mucha gente la nación es un elemento definitorio de su personalidad y de su humanidad, y en este sentido al menos las naciones merecen ser respetadas; en estos casos el respeto hacia las personas requiere un respeto hacia las naciones. Pero las naciones formulan también reivindicaciones de tipo político: como mínimo el derecho a seguir existiendo y a desarrollarse como naciones. Esto requiere una vez más un respeto hacia las naciones, hacia la identidad nacional. Todo esto no quiere decir necesariamente que cada nación deba ser soberana, ello dependerá de la estrategia política a seguir en cada caso concreto. En el contexto de las Comunidades Europeas estamos aprendiendo a ver y pensar más allá de la soberanía estatal.

2. Críticas y comentarios

En esta sección daré noticia de la discusión que originaron ambas conferencias, intercalando mis propias opiniones.

El profesor E. Kamenka, especialista en marxismo y Derechos Humanos hizo un comentario muy interesante. En resumen estaba de acuerdo con Mollnau en que las revoluciones encaminadas a obtener Derechos Humanos son protagonizadas por colectivos humanos o grupos sociales, pero para ello deben darse ciertas condiciones apropiadas como por ejemplo, alguna muestra de debilidad en el poder. Las revoluciones se inician desde abajo pero sin dejar de tener en cuenta la situación en la cúspide del poder. En mi opinión las revoluciones del año 1989 han venido de la mano de un proceso de renovación político-institucional. Tomando como estandarte la *perestroika* y la *glasnost* de Gorbachov y tomando como excusa la nueva estrategia política de la URSS de no interferir en los asuntos internos de los otros estados socialistas, tanto en Polonia como en Hungría, en Checoslovaquia y en la ex República Democrática Alemana los movimientos sociales han llevado a cabo sus revoluciones pacíficas y democráticas, siguiendo una estrategia anterior de discusión política clandestina pero bien organizada. Este proceso de apertura y de discusión no ha hecho más que comenzar, pues las Repúblicas Bálticas están siguiendo una estrategia similar. El caso de Rumania es distinto: allí no había una estrategia discursiva comparable a la de grupos como el alemán oriental *Neues Forum* o el checoslovaco *Foro Democrático*, y las consecuencias de esa falta de oposición clandestina organizada las están sufriendo ahora. El caso de las Repúblicas Bálticas es

distinto, pues son parte de la URSS, y la nueva política soviética de no intervención no les beneficia en igual grado.

El profesor de la Universidad de Göttingen, Ralf Dreier planteó el problema de la protección del medio ambiente: ¿Cómo explicamos con nuestros esquemas conceptuales la defensa y protección del medio ambiente? ¿El discurso de los Derechos Humanos nos resulta adecuado para ese fin? Para algunos, la Naturaleza puede ser titular de derechos, pero entonces vemos cómo la técnica de los Derechos Humanos no es adecuada para la protección de la Naturaleza. Según Dreier, la Naturaleza no puede ser titular de derechos, pues los derechos les corresponden a las personas y a las colectividades. Entonces, debemos considerar a la Naturaleza como pre-condición: la vida humana se desarrolla en condiciones determinadas, y esas condiciones no pueden alcanzar un punto en que la calidad de vida humana, medida en términos ecológicos, se deteriore. Para poder gozar de los Derechos Humanos son necesarias ciertas condiciones ecológicas mínimas. La Naturaleza debe ser protegida jurídicamente, entre otras formas de protección, pero de aquí no se sigue que la Naturaleza sea titular de derechos, sino de intereses.

Por lo tanto, el discurso de los Derechos Humanos no es adecuado para la Naturaleza. C. Wellman, de Estados Unidos, utilizó el mismo esquema conceptual con respecto a los grupos humanos: quizá el discurso de los Derechos Humanos no sea tampoco adecuado para los grupos humanos. Wellman admite que los colectivos, las naciones, los grupos y las comunidades necesitan protección y son titulares de intereses, pero, en su opinión, el discurso de los derechos subjetivos sólo es adecuado para los individuos y por lo tanto no vale para defender los intereses de los grupos humanos. Esta es una cuestión fundamental.

Las técnicas que se han diseñado para proteger los Derechos Humanos han sido técnicas individualistas y es ahora cuando las estamos trasladando o exportando a los grupos humanos, pero sin que nuestro discurso político se haya adaptado a este paralelismo; y en opinión de Wellman, no hay ninguna necesidad de adaptar nuestro discurso político. Pero entonces el problema persiste: ¿Cómo defender los intereses de los grupos? Yo puedo decir que Escocia o el País Vasco tienen un interés en la protección de sus tradiciones y sus culturas, pero si la protección de esos intereses no se asegura por medio de la técnica de los derechos, entonces ¿Cómo se ha de asegurar? Una respuesta posible sería proteger esos intereses mediante la protección de los derechos de los miembros de esas naciones. De esa forma yo, como vasco tengo derecho a vivir en mi cultura, mi lengua y mis tradiciones (las de mi pueblo) y mediante la protección de mi derecho subjetivo se protegen indirectamente los intereses de mi pueblo o mi nación.

Pero este modo de analizar las cosas resta importancia a los grupos humanos cayendo en un individualismo duro: ¿Qué ocurriría si esas tradiciones, esa lengua y esa cultura desapareciesen? En ese caso yo ya no tendría derecho a vivir en esa cultura, en esa lengua y conforme a esas tradiciones, pues ya no tendrían referencia real, y carecería de sentido mi derecho a las mismas.

El profesor M. Karlsson, de las universidades de New York e Islandia hizo hincapié en este interesante tema. Para defender el valor de la diversidad y el pluralismo lingüístico y el valor de la diversidad cultural, y para reivindicar la protección y el desarrollo de las lenguas y las culturas, no es necesario ser nacionalista ni apropiarse de la retórica nacionalista. Lo más importante es cómo asegurar la continuidad de esa diversidad y ese pluralismo en nuestro mundo contemporáneo y sobre todo en el contexto internacional, donde se observa que la continuidad y supervivencia de esas lenguas y esas culturas de ven amenazadas. Esta observación de Karlsson es muy pertinente. El verdadero problema es de índole práctica: cómo asegurar la supervivencia y la utilización de las distintas lenguas, sean los pueblos y naciones que las hablan titulares de derechos o no lo sean. Este problema se plantea sobremanera en el contexto europeo (en las Comunidades Europeas).

MacCormick asintió añadiendo que la diversidad y pluralidad lingüísticas y culturales podrían considerarse como Bienes fundamentales y que los seres humanos tendríamos una mejor calidad de vida en la medida en que esa diversidad se mantenga e incluso aumente, y que viviremos peor en la medida en que desaparezca; por tanto, la diversidad de lenguas alcanza el valor de Bien objetivo o fundamental.

W. Sadurski, de la Universidad de Sidney, contraargumentó que a él le traía sin cuidado el que en el mundo hubiera 120 o 110 lenguas distintas. Las lenguas y las culturas sólo tienen un valor relacional, como medios apropiados para conseguir otros Bienes tales como la felicidad o la sabiduría. No podemos ni debemos elevar las culturas y las lenguas al rango de Bienes objetivos o trascendentes. Esta crítica está relacionada con la de Wellman. En mi opinión, la crítica de Sadurski no da en el clavo. Dentro del valor de bienestar y felicidad de los individuos puede entrar perfectamente la pluralidad lingüística, el que la humanidad se manifieste de múltiples maneras. Por otra parte, el propio Sadurski eleva la felicidad y el bienestar al rango de Bienes objetivos y trascendentes, sin explicar por qué sí la felicidad y no, por ejemplo, el respeto a las identidades nacionales.

3. Observaciones finales

Los temas discutidos en este simposio son de gran interés y los problemas suscitados resultan ciertamente importantes. Por un lado está el problema de la interpretación de la historia más reciente de Europa: ¿Qué ha inspirado las transformaciones que han tenido lugar en Europa del Este? ¿Las reivindicaciones en favor de los Derechos Humanos? ¿El afán por el poder político? ¿Las aspiraciones democráticas? ¿Qué es lo que ha hecho posibles dichas transformaciones? ¿Los movimientos sociales de oposición organizada? ¿Los síntomas de debilidad en la cúspide del poder político-institucional? ¿Cuál es el significado histórico de las revoluciones de 1989? ¿Qué relación hay entre las doctrinas jurídicas (la teoría jurídica del *Rechtsstaat* por ejemplo) el derecho positivo (el constitucionalismo democrático y la democracia representativa), las condiciones políticas (los cambios políticos en la organización del poder) y las ideologías (el liberalismo y el nacionalismo democrático)?

Por otro lado está el tema de las nuevas concepciones y nuevas generaciones de los Derechos Humanos: la protección del medio ambiente, los derechos de los grupos humanos y en particular de las naciones, la relación entre intereses legítimos, derechos positivos y técnicas de protección jurídica. Y en el caso específico del derecho de autodeterminación, la fundamentación de este derecho en el principio de autonomía individual y el respeto a la diferencia, y las relaciones contingentes entre derecho de autodeterminación, concepto de soberanía y formas de organización política. Por otra parte está el problema de la nación como elemento político y su traducción en términos jurídicos. La propuesta de MacCormick de considerar a las naciones como puntos de imputación en el discurso moral y político requiere ulterior desarrollo y elaboración teórica, sobre todo en lo tocante a su plasmación jurídico-política, donde la teoría institucional puede contribuir con mayor éxito. No podemos tratar todos estos temas en este lugar.

Como comentario general desearía mencionar la estrecha relación existente entre Derechos Humanos y Estado de Derecho (*Rechtsstaat*): la doctrina del Estado de Derecho y el principio de legalidad se consideran como instrumentos institucionales adecuados para la protección de los Derechos Humanos. Su adecuación en la esfera individual está generalmente aceptada, pero al trasladarlos a la esfera colectiva encontramos numerosas dificultades. A la hora de interpretar los cambios que están ocurriendo a nivel europeo no podemos olvidarnos de este problema.

El derecho de autodeterminación se está reivindicando como principio de organización político-institucional tanto en Europa oriental como en Europa occidental (si se me permite utilizar esta división ya caduca). En el

seno de estados multinacionales las repúblicas bálticas y el País Vasco peninsular occidental (las tres provincias de la Comunidad Autónoma Vasca) han proclamado institucionalmente su derecho a la autodeterminación y su correspondiente status soberano. La autodeterminación como principio político está levantando gran interés en otras naciones europeas: en Catalunya, Córcega, Gales, Escocia, etc. Pero a la hora de elaborar una teoría de los derechos de los grupos humanos y colectivos es necesario profundizar mucho más e incluso puede ser necesaria una transformación del discurso político dominante, en la medida en que este se basa en un individualismo de corte metodológico, una vez aceptado el individualismo como principio normativo y crítico, susceptible de ser complementado por una teoría de los derechos de los grupos. El discurso jurídico y político hasta ahora imperante ha ido unido al individualismo y a la protección jurídica de los individuos y deben superarse las dificultades teóricas y técnicas que obstaculizan la transpolación de ese discurso al nivel de las colectividades.

Joxerramon BENGOTXEA

SEMINARIO SOBRE LEGITIMIDAD DEMOCRATICA Y PODER JUDICIAL

Durante los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1990 se celebró en la Facultad de Derecho de Valencia unas Jornadas sobre Legitimidad Democrática y Poder Judicial organizadas por el Seminario de Sociología del Derecho del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la citada Facultad.

La discusión o el debate se organizó en torno a tres temas diferenciados entre sí aunque claramente relacionados: el gobierno del Poder Judicial, la independencia y la responsabilidad de los jueces y por último el análisis sociológico de la magistratura, cada uno de estos temas se expuso en ponencias y se discutió en interesantes mesas redondas.

El problema de la legitimidad democrática del Poder Judicial fue tratado en la primera sesión en las intervenciones de Giancarlo Caselli, ex-miembro del "Consiglio Superiore della Magistratura" y Manuel Peris, ex-vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial.

El magistrado Caselli expuso el sistema de elección de los miembros del Consiglio, sus competencias y sus limitaciones, todo ello contrastado con su propia experiencia en el seno de esta institución. Concluyó su ponencia deteniéndose especialmente en los problemas específicos del órgano de gobierno de los jueces, esto es:

- La necesidad de reducir la responsabilidad de los jueces a la estrictamente disciplinaria, es decir, a la responsabilidad que el C.S.M. exige como una de sus principales competencias (sin negar la existencia de la responsabilidad penal o civil que el juez tiene como cualquier ciudadano).
- La falta de un código deontológico que especifique claramente los ilícitos disciplinarios.
- La excesiva carga de trabajo del C.S.M.

- La imposibilidad material del C.S.M. de mejorar las dificultades estructurales de la administración de justicia, etc.

El magistrado Manuel Peris, expuso de manera descriptiva el esquema organizativo de la justicia desde las salas de gobierno, su composición y competencias hasta el C.G.P.J., su problemática, competencias y estructura organizativa básica.

Por la tarde el profesor Ferrajoli, *Ordinario de Filosofía del Derecho* en la Universidad de Camerino, avivó la polémica en torno al modo de elección de los miembros del C.G.P.J. afirmando que la legitimidad democrática del Poder Judicial es estructuralmente diversa de la de los demás poderes del Estado, no teniendo nada que ver con la voluntad ni con la opinión de la mayoría. La legitimidad del Poder Judicial sólo tendría dos fuentes: una formal que conlleva la estricta legalidad penal y la sujeción del juez a la ley, presupuesto epistemológico indispensable para que pueda hablarse de verdad procesal, y otra sustancial que no es más que la función y capacidad de la jurisdicción de tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos. El poder judicial, a diferencia de cualquier otro poder público, no sólo no exige, sino que ni siquiera admite una legitimación de tipo representativo o consensual sino sólo una legitimación de tipo racional y legal. El ejercicio del Poder Judicial tanto en funciones de instrucción como de enjuiciamiento, incide sobre la libertad del ciudadano como individuo aislado; el hecho de que tal poder sea ejercido por la mayoría no representa de por sí ninguna garantía. El derecho y el proceso penal son instrumentos o condiciones de democracia sólo en la medida en que sirvan para minimizar la violencia punitiva del Estado; son garantías destinadas a asegurar los derechos fundamentales del ciudadano frente al arbitrio y el abuso de la fuerza por parte del Estado. El profesor Ferrajoli esbozó así algunos aspectos de sus tesis recogidas en su libro "Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale".

El problema del procedimiento de elección de los miembros del C.G.P.J., sometido así a una intensa discusión centró inevitablemente la mesa redonda que puso fin a la primera jornada del seminario, y que moderó el profesor Javier de Lucas, en la que intervinieron Perfecto Andrés Ibáñez, Magistrado, miembro de la asociación Jueces para la Democracia, José Díaz, Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y miembro de la asociación Francisco de Vitoria y Ramón Rodríguez Arribas, Magistrado y Presidente de la Asociación Profesional de la Magistratura; los representantes de las tres asociaciones defendieron, como es sabido, la sustitución del sistema de elección actual de los vocales del C.G.P.J. por el anterior sistema que tomando como modelo al Consiglio Superiore della Magistratura italiano

combinaba en la elección de los vocales del C.G.P.J. la participación de las cámaras legislativas y la del cuerpo de jueces y magistrados.

La segunda sesión tenía como objeto la reflexión en torno a las notas de responsabilidad e independencia como definitorias de la actividad judicial. comenzó con la ponencia del profesor Vincenzo Ferrari Ordinario de Sociología del Derecho de la Universidad de Bolonia titulada Independencia y Responsabilidad judicial en Italia. Departió sobre los cambios que en los últimos años, se han producido en la función judicial, parafraseando a Tomeo, dijo que el juez ya no es un simple intérprete de la ley, sino que es cada vez más intérprete de conflictos sociales: las palabras responsabilidad e independencia del juez adquieren, hoy, un significado distinto al que tendrían en un sistema político-cultural caracterizado por el predominio de valores del formalismo jurídico. En la actualidad los regímenes políticos de nuestra área cultural caminan hacia un sistema jurídico antiformalista, el llamado "Etat della decodificazione" del que nos habla Natalino Irti, que concede al juez un exceso de discrecionalidad haciendo cada día más difícil la posibilidad de responsabilizarlo de sus actos.

Abordó el tema de la Independencia y Responsabilidad judicial en España el profesor Juan Montero, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, distinguiendo dos etapas: la preconstitucional y la postconstitucional. En la etapa preconstitucional no existía independencia judicial aunque los jueces se sintiesen personalmente independientes, entre otros motivos, por el hecho de que el ámbito en el que se ejercía la jurisdicción se vio reducido a los conflictos menos políticos y más técnicos, a base de ampliar la competencia de los tribunales especiales, y porque cuando se comparte la ideología del detentador del poder, no es necesario que éste realice de modo expreso presión alguna sobre los jueces. Por otra parte, la verdadera trascendencia de la responsabilidad fue la disciplinaria gubernativa, la práctica vino a consagrar la irresponsabilidad de los jueces y magistrados frente a los justiciables. En la etapa postconstitucional, pese a que la Constitución de 1978 puso las bases para un cambio radical en la concepción de Poder Judicial como verdadero poder que debe gobernarse de modo autónomo el profesor Montero considera que no existe independencia judicial propiamente dicha sino lo que él llama una independencia judicial vigilada con dos casos paradigmáticos: Gal y Linaza. En lo que se refiere a la responsabilidad sólo se da en una sola dirección: los jueces y magistrados son responsables hacia arriba, por el uso de la responsabilidad disciplinaria, pero irresponsables hacia abajo, por la inactuación de la responsabilidad jurisdiccional.

El profesor Peces Barba, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III, expuso el modelo de juez constitucional. Tras un

análisis del art. 117 C.E., paso a describir la labor judicial como creativa de derecho a través de la interpretación realizada por los jueces del ordenamiento jurídico, deteniéndose en las fuentes de inspiración de la creación judicial del derecho y en las consecuencias de reconocer esta actividad jurídica. Por último, defendió la elección de los miembros del C.G.P.J. por las cámaras legislativas, ya que se trata de un sistema que legitima al Poder Judicial y subraya su carácter político, aunque reconoció que en la práctica es un sistema que se haya pervertido por la dinámica de los partidos políticos.

Tras la intervención de Gregorio Peces-Barba, tuvo lugar la segunda mesa redonda. En ella, Perfecto Andrés Ibáñez describió la independencia judicial como la forma específica en que los magistrados son políticos. Jueces y magistrados colaboran, en la dirección política del Estado de manera que las transformaciones en la cultura del juez obran como una forma de potenciación de su propia capacidad de independencia frente al poder, critico, la prohibición existente en el ordenamiento español que impide a los jueces y magistrados pertenecer a partidos políticos, negándoles así una importante forma de aproximación a la sociedad. José Díaz recordó los presupuestos de la independencia, la vinculación del juez a la ley y, sobre todo, la responsabilidad de los jueces criticando la existencia en la regulación española en la responsabilidad disciplinaria de tipos abiertos como el del art. 418.2 L.O.P.J. Por último, Luis Prieto Sanchis, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, incidió en el carácter instrumental de la independencia judicial, elemento que define y justifica a unos especiales órganos de producción jurídica, pero que no les exime de responsabilidad porque en un sistema auténticamente constitucional, también los tribunales han de rendir cuentas de su actuación.

En la tercera y última sesión, la discusión giró en torno a los problemas que pone en evidencia el análisis sociológico de la magistratura. Presentó la sesión Elías Díaz, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, dando paso a la ponencia de María Rosario Ferrarese, Catedrática de Sociología del Derecho en la Universidad de Trento. La profesora Ferrarese habló sobre la relación directa del Consiglio Superiore della Magistratura en la definición de la identidad de la magistratura, es decir, interpretando las transformaciones en el órgano de gobierno de los jueces como expresión de necesidades y problemas de identidad de la magistratura y no como el mero efecto de modificaciones en los criterios electorales o de composición del C.S.M. Identificó el término identidad con la imagen que los individuos que forman una institución tienen de la institución misma, imagen que de una u otra manera contribuye, inevitablemente, a forjar el funcionamiento de la institución. La identidad, por otra parte, sólo se cuestiona en períodos críticos de la existencia de una determinada institución, pues en los períodos de normalidad la identidad se

da por supuesta. La tesis que sostuvo la ponente es que el C.S.M. a partir de la primera mitad de los años 70 se convertirá en el referente esencial de la necesidad de identidad institucional de la magistratura italiana. Este proceso se cumple a través de una transfusión progresiva de los caracteres de la magistratura organizada al órgano de autogobierno. Hasta que los magistrados estuvieron en situación de "movimiento", la magistratura tenía carácter de poder difuso y como tal no tenía necesidad de una institución terminal. Cuando prevalece el C.S.M. como polo de referencia para los magistrados comienza el cambio de una magistratura que debatía sobre temas de política del derecho a una magistratura que debate sobre temas de política de la jurisdicción.

Tras la profesora Ferrarese intervino José Juan Toharia, Catedrático de Sociología de la Universidad Autónoma de Madrid, con un análisis sociológico de la magistratura en España, hasta junio de 1990, sobre los cambios sufridos en las últimas décadas en el cuerpo de jueces y magistrados españoles. Entre los cambios positivos señaló la integración de la mujer en la carrera judicial, el cambio en la mentalidad de los jueces en clara tendencia a salir del ghetto social en que tradicionalmente estaban. Como cambios negativos cabe resaltar la masificación del trabajo, la falta de preparación para atender asuntos determinados de tipo mercantil o económico y una pérdida de confianza o sensación de desánimo. Por último, se refirió a aquellas características que no han sufrido ningún cambio, como por ejemplo, el hecho de que la vocación del juez sea temprana y excluyente, o la idea de lo que es un buen juez siga siendo definida en torno a las notas de alta preparación, sentido de la equidad y dedicación.

El Seminario terminó con una mesa redonda sobre la experiencia asociativa en la magistratura española, con intervención de tres representantes de cada una de las asociaciones españolas de jueces y magistrados; junto con los ponentes M. R. Ferrarese y Ernesto Vidal, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia y miembro del Seminario de Sociología del Derecho.

Cristina GARCÍA PASCUAL

JORNADAS SOBRE “PERSONA, AVANCES TECNOLÓGICOS Y DERECHO”

En la ciudad de Barcelona, y del 6 al 8 de marzo de 1991, se celebraron las jornadas sobre el tema “Personas, avances tecnológicos y Derecho”, organizado por el Centre d’Estudis Jurídics i Formació especializada (Departament de Justícia).

Las jornadas, que reunieron a 232 congresistas, se dividieron en 3 áreas de trabajo:

- 1.- Biogenética y Derecho.
- 2.- Intimidad, secreto profesional y nuevos sistemas de información.
- 3.- Sociedad tecnológica, sectarismo y juventud.

Se trata de propiciar con estas jornadas, como dijo en la presentación la secretaria del comité organizador, doña Esther Giménez Salinas Colomer, un debate sobre un tema de interés relacionado con el ámbito de trabajo del Centro de Estudios Jurídicos, y buscar los puntos de conexión entre la persona, el derecho y los avances tecnológicos.

La parte central de las jornadas se canalizó a través de 3 Conferencias plenarias y una mesa redonda.

La primera conferencia plenaria y la tercera se centraron en la persona: D. Félix Martí, Director del centro UNESCO de Cataluña nos situó al hombre en el último tercio del siglo XX. Mientras D. Agustín García Calvo, Catedrático de filología clásica de la Universidad Complutense de Madrid, trató sobre la sociedad tecnológica, sectarismo y juventud.

El Catedrático de Derecho Penal, Winfried Hassemer, de la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt habló sobre la importancia del conocimiento empírico en Derecho Penal y reflejó que el Derecho Penal actual no garantiza ser el remedio de los problemas sociales y hay que

adoptar la recopilación de datos a los derechos humanos y a los principios del Derecho Penal suprimiendo el conocimiento de cualquier dato de la intimidad de una persona por más necesario que éste sea.

En la mesa redonda sobre "el secreto profesional en el ámbito del ejercicio del Derecho, la medicina, la psicología, la prensa, el trabajo social y la religión", intervinieron el Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Dr. D. Josep M. Amorós, Presidente de la comisión Deontológica del Colegio de Médicos de Barcelona, Dr. D. Josep Leal, Presidente de la Comisión deontológica del Colegio de Psicólogos de Cataluña, Sr. D. Josep M. Huertas Clavería, Vicedecano segundo del Colegio de Periodistas de Cataluña, Sra. Dña. M. Teresa Massons, Presidenta del Colegio de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Cataluña, Dr. D. Antonio Beristain, Catedrático de Derecho Penal.

Lo más destacable de esta mesa redonda fue la propuesta de D. Enrique Ruiz Vadillo de regulación provisional del secreto profesional de los periodistas, limitando este derecho ante aquellos hechos que presuntamente puedan ser constitutivos de delito contra la seguridad del Estado, de rebelión y sedición, así como aquéllos que atenten contra la vida, la integridad corporal, la libertad y seguridad de las personas.

D. Josep M. Amorós i Macau hizo hincapié en las diversas situaciones en que se puede encontrar el médico, ya sea en la prueba pericial en los Tribunales, la medicina en equipo, la práctica de la medicina con trascendencia pública y la importancia de la informatización de los datos del paciente y el acceso a éstos, siendo necesaria una legislación que ya existe en otros países sobre estos bancos de datos.

En relación a la primera área de trabajo, "Biogenética y Derecho", D. Francisco Rivero, Catedrático de Dret Civil de la Universitat de Barcelona en su ponencia destacó los problemas jurídicos creados por los avances en la Biogenética y la ley de técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988, al autorizar ésta, ciertas manipulaciones genéticas y estudio de embriones, considerando que esta ley todavía se ha quedado lejos de los nuevos descubrimientos en biogenética.

En las comunicaciones presentadas a esta área de trabajo destacó en el ámbito civil, la presentada por el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco sobre el dualismo secreto profesional/anonimato en la reproducción asistida y en otras actuaciones médicas como transplantes, llegando a la conclusión de una situación actual de colisión entre Medicina y Derecho frente a la deseable colaboración, y en materia penal

la comunicación presentada por los profesores J. M. Valle Muñiz y M. González y González sobre "manipulaciones genéticas y Derecho Penal" puntualizando la falta de protección penal de estas actividades, en parte por el principio de intervención mínima.

Sobre "La intimidad, secreto profesional y nuevos sistemas de información" segunda área de trabajo de estas jornadas, hay que destacar la ponencia de Horst Schüller-Sringorum, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Munich sobre "La utilización de informaciones privadas con fines no privados", llegando a formular la necesidad de una legislación que nos proteja de la histeria por almacenar datos y una nueva ética de la investigación.

D. Fermín Morales Prats, profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, en su ponencia sobre "el control del Estado y la protección de la intimidad" hizo un recorrido sobre la legislación española e internacional, planteando como perspectivas de futuro una libre circulación de la información y a la vez unos canales de confidencialidad.

Entre las comunicaciones presentadas a esta área de trabajo destacan las presentadas por D. José M. Alvarez-Cienfuegos, Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, una de las personas que más ha trabajado sobre el mundo de la informática y la Justicia, con el título "El Derecho a la intimidad profesional, la libre difusión de la información y el control de Estado sobre los Bancos de Datos", en la que declaró la colisión entre dos bienes jurídicos: el derecho a la intimidad y el derecho a la libre difusión de información.

Dos comunicaciones presentadas por Margarita García Díaz, prof. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre "Régimen jurídico de los inventos y otras creaciones intelectuales de los trabajadores del software en el ámbito de la relación laboral" y por Gloria Hidalgo Rúa y J. Jesús de Val Arnal, profesores de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social sobre "el deber de guardar secreto en la relación laboral del personal de informática" planteaban los problemas de los trabajadores ante las nuevas tecnologías, tanto por la facilidad de acceso a grandes bases de datos, como la posibilidad de realizar invenciones en la prestación laboral.

En el área de trabajo sobre "Sociedad tecnológica, sectarismo y juventud", la ponencia del Exmo. Sr. D. Joan Manuel del Pozo, miembro de la Comisión de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico de las Cortes Generales, señaló la aparición de nuevos valores en la sociedad en buena medida por los avances tecnológicos.

D. Federico Javaloy, Catedrático de Psicología social de la Universidad de Barcelona en su ponencia sobre "Fanatismo y sociedad contemporánea" destacó que en el marco de una sociedad con pluralismo democrático y espíritu de tolerancia también pueden despertarse ambiciones en unos grupos que tratan de convertirse en punta de lanza de la historia.

J. Jesús DE VAL ARNAL

III SEMINARIO ERASMUS DE TEORÍA DEL DERECHO

Durante los días 14 a 22 de marzo de 1991 se celebró en Bruselas el III Seminario Erasmus de Teoría del Derecho que es organizado todos los años, por los profesores François Ost, Decano de la Facultad de Derecho de Saint-Louis y Mark Van Hoecke, Decano de la Facultad de Derecho de Sint Aloysius, y ambos co-presidentes de la Academia Europea de Teoría del Derecho, y patrocinado por la Comisión de las Comunidades Europeas en el marco del programa Erasmus. En él participaron profesores de las distintas Facultades de Derecho de la Comunidad Europea, así como un grupo de treinta alumnos y post-graduados seleccionados por el programa Erasmus y otros por el programa Tempus de intercambio con los países de Europa del Este.

Se trataron distintos bloques temáticos, muestra de la interdisciplinariedad que caracteriza desde su origen estos Seminarios, entre ellos:

- Semiótica y Lógica Jurídica, con las intervenciones de los profesores B. Jackson de la Universidad de Liverpool, T. Gizbert-Studnicki, de la universidad de Cracovia, y A. Soeteman, de la Universidad de Amsterdam.
- Sociología jurídica: con la exposición general del tema a cargo del profesor H. Rottleuthner, de la Universidad de Berlín.
- Teorías de los sistemas: sobre la que el profesor N. Intzessiloglou, de la Universidad de Tesalónica, dio una visión en relación con su aplicación en el ámbito jurídico.
- Historia del derecho y la recepción del derecho romano en las legislaciones europeas, sobre la que departió el profesor de la Universidad de Cambridge, A. Wijffels.
- Y por último, un bloque de temas relacionados con la Teoría General del Derecho, entre los que cabe destacar: la conferencia del profesor Mialle, de la Universidad de Montpellier, "Théories de la régulation et théories du droit"; la intervención del profesor J. de Lucas, de la Universitat de València, sobre "L'institutionnali-

sation du principe de publicité''; F. Rigaux, de la Universidad de Lovania y ''La protection des biens de la personnalité''; F. Ost, de la Universidad de Bruselas, que trató el tema ''Pour une épistémologie des sciences du droit''; y por último, E. Pattaro, de la Universidad de Bolonia, cuya ponencia versó sobre ''Les principes en droit''.

Se reservó un día del Seminario a las comunicaciones presentadas por los estudiantes, en las que se pudo comprobar la diversidad de campos de investigación en los que están realizando sus estudios de post-grado.

La parte central del Seminario se dedicó al profesor de las Universidades de New York y Oxford, Ronald Dworkin, que expuso sus conocidas teorías sobre el concepto de interpretación en el derecho. El juez -según Dworkin- es el mejor intérprete del derecho tal y como lo conocemos hoy en día. Sólo las jurisdicciones superiores tales como la Corte Suprema de Estados Unidos o, en Europa, los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo están en disposición de extraer los principios de naturaleza ética que inspiran la vida política y confieren la coherencia necesaria a la reglamentación jurídica. El juez así es el último regulador de los valores sociales. Tras la exposición tuvo lugar un interesante debate y una mesa redonda en la que participaron los profesores J. Bjarup, B. Jackson, E. Pattaro y L. Wintgens, y en la que Dworkin contestó a las diversas cuestiones que se plantearon por los alumnos del Seminario.

El éxito del programa de intercambio de estudiantes y de profesores Erasmus en el actual proceso de armonización del derecho europeo en las legislaciones de los diversos países de la Comunidad ha llevado a poner las bases de una Academia Europea de Teoría del Derecho. Esta Academia pretende la superación en el ámbito europeo del modelo de enseñanza clásico (positivista, nacionalista...) y la instauración de un diploma o master en Teoría del Derecho que tendrá su sede en Bruselas: se tratará de un programa de formación de un año recogiendo cursos consagrados a diversos aspectos de la Teoría del Derecho (Teoría General, Filosofía de Derecho, Sociología del Derecho, Semiótica Jurídica...). El objetivo de la Academia de Teoría del Derecho es ofrecer una formación de síntesis que articule de manera crítica e interdisciplinar las diferentes perspectivas de una teoría del derecho no tratadas en el reducido ámbito de las enseñanzas nacionales. Este proyecto se asienta, por lo demás, en la propuesta formulada por los profesores Ost y Van Hoecke de un programa de estudios de la licenciatura de derecho que sea común a los distintos países de la Comunidad Europea. La licenciatura tendría una duración de cinco años o de dos etapas: la primera etapa, o los tres primeros años se dedicarían al estudio de materias comunes con un carácter marcadamente comparatista y de fundamentación

europea frente a los dos últimos que estarían más centrados en el derecho nacional. El primer período permitiría el intercambio de los estudiantes y profesores y conduciría sin demasiados problemas a la armonización de los distintos cursos académicos y titulaciones; el segundo período, de carácter más técnico y específico, sería seguido en cada país por todos aquellos nacionales o extranjeros que proyecten ejercer la práctica del derecho.

José GARCÍA AÑÓN
Cristina GARCÍA PASCUAL

XIII JORNADAS DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Organizadas por el Area de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Sevilla, se celebraron, del 10 al 12 de abril, las *XIII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*. La Universidad Hispanoamericana Santa María de La Rábida acogió a los congresistas, que durante dos días se ocuparon del tema general de las Jornadas: *España y América en el Reencuentro de 1992*. El último día, en el que tuvo lugar la Asamblea de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, transcurrió en Sevilla.

El miércoles 10 de abril se presentaron dos ponencias. La primera corrió a cargo del Prof. Francisco Puy, de la Universidad de Santiago, que disertó sobre el tema "Relectio De Indis olim inventis". Por su parte, el Prof. Juan José Gil Cremades, de la Universidad de Zaragoza, centró su exposición sobre "La Escolástica española y América: su imagen en la España contemporánea". Posteriormente defendieron sus comunicaciones Francisco Garrido Peña (Granada), Antonio Osuna Fernández-Largo (Valladolid) y Renato Rabbi-Baldi (Navarra).

El jueves 11 de abril se inició con la lectura de las comunicaciones presentadas por Carmen Montaña Franco (Extremadura), Joaquín Herrera Flores (Sevilla), Beatriz Fernández Herrero (Lugo) y Carmen Verde Diego (Santiago). Concluyó la Jornada con una mesa redonda, en la que se llevó a cabo una "Valoración crítica de la Escolástica española". Intervinieron en ella los profesores Nicolás M^a López Calera, de la Universidad de Granada, Antonio Enrique Pérez Luño, de la de Sevilla, y Benito de Castro, de la Universidad de León.

El viernes 12 de abril se celebró, en el Paraninfo de la Universidad de Sevilla, la Asamblea de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social. Con el fin de fomentar la colaboración y el diálogo entre todos los que forman el área de Filosofía del Derecho, Moral y Política, se adoptó el acuerdo de no organizar las próximas Jornadas en 1992, para poder así

participar en las que -sobre el tema "Lo público y lo privado"- van a organizar ese año los profesores de Etica en Valencia. En consecuencia, a partir de ahora, las Jornadas de la Sociedad tendrán lugar cada dos años, planeándose la celebración de las próximas en 1993, organizadas, inicialmente, por el Prof. Francisco Puy, de la Universidad de Santiago.

José Angel MORENO

XV CONGRESO MUNDIAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA SOCIAL

Entre el 18 y el 24 de agosto de 1991 se celebró en Göttingen (Alemania), el XV Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, organizado por la Sociedad Internacional de Filosofía Jurídica y Social. El tema del Congreso era: "Sistema Jurídico y Razón Práctica".

La lista de participantes incluyó a más de cuatrocientos cincuenta inscritos.

El programa se desarrolló en nueve ponencias ordinarias, tres ponencias especiales y catorce grupos de trabajo, dos de estos últimos bajo la consideración de "grupos especiales". Los grupos realizaron sus sesiones a lo largo del Congreso. Fueron admitidas más de doscientas comunicaciones para su debate en los grupos de trabajo. El último día se celebró la Asamblea General de la Sociedad Internacional de Filosofía Jurídica y Social.

Entrando a explicar sucintamente el contenido del Congreso, y por lo que respecta al de la primera sesión plenaria, cuyo tema general era: "Sobre la Teoría de la Razón Práctica", ha de mencionarse que en ella intervinieron Robert Alexy (Alemania) y Ota Weinberger (Austria). Alexy tituló su exposición "Una concepción discursivo-teorética de la Razón Práctica". Weinberger se refirió a "La discusión sobre la Razón Práctica". El mismo día Martín Kriele (Alemania), fuera de sesión, dictó una conferencia relativa a: "Sobre la universalidad de los Derechos Humanos".

La segunda sesión plenaria estuvo referida a: "Razón Práctica y Legislación". En la misma sesión, Manuel Atienza (España) disertó sobre "Razón Práctica y Legislación". Tras esta sesión Hermann Klenner (Alemania), como ponente especial, discursó sobre: "¿Qué queda de la Filosofía del Derecho marxista?".

La tercera sesión plenaria fue dedicada a "Razón Práctica y Aplicación del Derecho". Ponentes fueron Martin Golding (Estados Unidos), que se refirió a: "Interpretación sustantiva en la elaboración del "Common Law"", y Eugenio Bulygin (Argentina) que trató: "Sobre la interpretación jurídica".

La cuarta y la quinta sesiones plenarias estuvieron dedicadas a la materia "Razón Práctica y Teorías de la Justicia". En estas sesiones se defendieron cuatro ponencias. Shigeaki Tanaka (Japón), se refirió a: "Sobre las Teorías liberales de Justicia"; Nicola Lacey (Reino Unido) habló sobre: "Teorías de la Justicia", y Luigi Lombardi Vallauri (Italia) sobre: "Una teoría católico-romana de la Justicia". Jan-Reinard Sieckmann (Alemania), ponente premiado por la Sociedad Internacional de Filosofía Jurídica y Social, disertó sobre: "Sistema Jurídico y Razón Práctica". Arthur Kaufmann (Alemania) impartió la conferencia especial: "Resistencia en el Tercer Reich, el grupo estudiantil múnichés "Rosas blancas" como ejemplo".

Los grupos de trabajo discutieron sobre las siguientes materias: el grupo primero, que tenía la denominación "Sobre la Teoría de la Razón Práctica", contó con los siguientes subtemas: "Conceptos e Interpretaciones de Razón Práctica", "Historia de las Ideas", "Teoría del Discurso y Postmodernidad" y "Estado, Sociedad y Razón Práctica".

El segundo grupo de trabajo se denominó: "Razón Práctica y Legislación". En él se diferenciaron las siguientes sesiones: "Legislación y Estados socialistas" y "El proceso legislativo".

El tercer grupo estuvo dedicado a "Razón Práctica y aplicación del Derecho". Dentro del mismo se agrupó a varias comunicaciones bajo la denominación "Conceptos de interpretación legislativa".

En el cuarto grupo, titulado "Razón Práctica y Teorías de la Justicia", se agruparon las comunicaciones bajo los siguientes tópicos: "Conceptos y fundamentaciones de la Justicia", "Legitimación ética del Derecho", "Historia de la idea de Justicia" y "Liberalismo y paternalismo".

El quinto grupo de trabajo, "Razón práctica y evolución social", organizó sus discusiones en torno a las siguientes materias: "Implicaciones del Derecho y de la razón práctica para la sociedad moderna", "Derecho y tensión entre razón práctica e identidad cultural", "Aspectos históricos de la evolución social" y "Consecuencias de los desarrollos sociales en la Europa del Este para el sistema jurídico".

El sexto grupo, "Razón Práctica y Teorías de la argumentación jurídica", se dedicó a: "Concepciones de la argumentación jurídica",

“Argumentación jurídica y la estructura lógica de la justificación” y “Problemas en la aplicación de la argumentación jurídica”.

El séptimo grupo de trabajo se denominó “Razón Práctica y Ciencia del Derecho”. El octavo: “Razón Práctica y moderna biotecnología”. El noveno: “Razón Práctica y ética de la Economía”. El décimo: “Razón Práctica y ecología”. El undécimo: “Razón práctica y ética de los medios de comunicación”.

El duodécimo grupo de trabajo, “Razón Práctica e informática y Derecho”, discutió sobre los siguientes tópicos: “Razón Práctica e inteligencia artificial como modelos jurídicos en contienda”, “La introducción de los ordenadores en la práctica jurídica” y “Peligros de la tecnología y posibilidad de protección jurídica”.

Los grupos especiales decimotercero y decimocuarto, estuvieron dedicados, respectivamente, a “Derecho y Semiótica” y “Derecho y Antropología”.

El Próximo Congreso tendrá lugar en 1993 en Islandia.

Fernando GALINDO

VI
CRONICA BIBLIOGRAFICA

Le Courrier du CNRS. Dossiers scientifiques, de abril 1990, se dedicó por primera vez a *“Les Sciences juridiques”*. Sus secciones -así, *Le droit dans un monde pluriculturel*; *Droit et économie*; *Droit, sciences, technologies*; *Famille et société*; *Justice et juridiction*; *Philosophie et théorie du droit*- ofrecen con visión necesariamente panorámica pero, en cuanto abierta (también respecto de tradicionales compartimentaciones jurídico-públicas o privadas) un índice significativo de las inquietudes y preocupaciones científicas de mayor actualidad entre los equipos del CNRS dedicados a la investigación en Derecho. En interés a nuestro asunto cabe reseñar una línea bien nutrida, concretamente en derecho y nuevas tecnologías, con colaboraciones de I. de Lamberterie, *“Droit de l’informatique et droit de l’information”*, J. L. Bilon & V. Fortier, *“L’information au service du droit”* y D. Bourcier, *“Pourquoi des systèmes experts juridiques?”*. Un espacio importante se concede igualmente a la transformación del derecho europeo, con *“Les prémices de la confédération européenne”*, por M. Lesage, *“Droit et perestroïka”*, por J. Faget, a los que se añade en la sección de derecho y economía el trabajo de R. Kovar *“L’Europe et le droit communautaire”*. La sección familia y sociedad alberga algunas contribuciones de claro perfil socio-jurídico, referidos a *“Droit familial: l’oeuvre révolutionnaire”*, de J. Bart, *“Les nouvelles formes de vie familiale”*, de H. Fulchiron, *“Familles immigrées: pluralité et conflit de normes”*, de J. Costa-Lascoux, *“Les Femmes et le continent juridique”*, de M. Bordeaux, *“Divorce et autorité parentale: le rôle de l’expert”*, de I. Théry, o *“Formes de justice et famille”*, de J. Commaille et al. En justicia y jurisdicción descartaría entre otros temas la sensibilidad ante la garantía de los derechos humanos frente al proceso penal en *“Justice pénale et droits de l’homme”*, a cargo de M. Delmas-Marty. Para filosofía jurídica y teoría del derecho las colaboraciones van a firma de autores mucho más conocidos entre nosotros, cubriendo un espectro de posiciones también muy dilatado y enormemente representativo: *“De la nécessité d’une onto-axiologie du juste”*, por J. M. Trigeaud, director del Centro de Filosofía Jurídica de la Universidad de Bordeaux I;

“Les fondements ontologiques de la théorétique juridique”, P. Amselek; “Orientations actuelles de la philosophie du droit”, M. Troper; “Des fondements aux fondations du droit”, Ch. Atias; “Responser un droit pour l’époque post-moderne”, G. Kalinowski, y “Le droit de punir”, por S. Tzitzis, a quien correspondió la propia organización de esta sección. Es de señalar la ausencia de la más elemental referencia a la línea de investigación sobre análisis económico del derecho, que en Francia, al contrario que en su más próximo entorno geográfico, sigue siendo todavía prácticamente irrelevante.

* * *

Con cuidada presentación y excelente contenido cerró la *Revue Internationale de Sémiotique juridique/International Journal for the Semiotics of Law* la edición de los tres fascículos que integran el vol. III de 1990. El núm. 7, reunió las colaboraciones de El Alchouron & A. Martino, “Logique sans vérité” (pp. 3-33) (también aparecido en versión inglesa, *Ratio Juris*, 3, 1, 1990, pp. 46-67); J. Wróblewski, “Semantics and Pragmatics of Normative Qualification Statements” (pp. 35-53) abordando la variable tipología de statements -sobre derechos, permisiones, cualificación de actos, competencia, status, etc.- para alcanzar una clasificación sistémico-normativa en base a pragmáticas normativas internas y externas; P. J. van Den Hoven, “Clear Cases, do they Exist?” (pp. 55-63). Todavía en este mismo número una nota crítica de análisis sobre el concepto de “coherencia narrativa” desde su ilustración por B. S. Jackson en *Law, Fact and Narrative Coherence* (Merseyside, 1988), por J. D. Jackson. Al núm. 8 acude planteando conexiones entre hermenéutica y semiótica P. Ricoeur, siempre sugestivo (pp. 115-132), igualmente, pero en este caso para con la temática ontocodéontica, G. Kalinowski (pp. 133-146). Se registran también otros trabajos sobre antropología jurídica, historia del derecho y ciencia penal desde la discusión jurídico-semiótica. R. Kvelson presenta un interesante estudio dedicado al *Rights of Man* de Paine (pp. 165-186) (obra de la que existe traducción castellana, Madrid, Doncel, 1977, 295 pp., quizás sospechosa por la fecha de publicación), utilizando en su examen las típicas coordenadas percieanas del análisis estético: “Tom Paine’s Rights of Man. An Aesthetic-Anarchich of Legal Semiotics” (sobre este mismo autor, ya en otro contexto, L. E. Eunaro “Un governo avaro e mercantile. Tre edizioni italiane di un opera di Tom Paine”, en *Studi Storici*, 2, 1990). El último, núm. 9, junto a una relectura de fondo y aplicación de la semiótica de Eco para con la figura dworkiniana del Juez Hercules, por W. J. Witteven “The Rchorical Labours of Hercules”, a mi juicio más fructífera que otras (así, L. Alexander & N. Bailes, “Hercules or Proteus? The Many theses of Ronald Dworkin”, en *Social Theory and Practice*, 5, 1980, pp. 265-353), de interés sobre todo el debate en torno al “giro pragmático” en la semiótica;

J. R. Lindgren, "The Consequences of a Pragmatics Turn for Semiotics" (pp. 293-301) y B. S. Jackson, "The 'Autonomy Thesis' and the 'Pragmatic Turn': A Response to Ralph Lindgren" (pp. 303-308). Todavía deberemos reseñar respecto a la crítica de libros contenida en este número, la de D. Kurzon a F. Bower, *Linguistic Aspects of Legislative Expression* (Vancouver, 1989), que titula "Who is the Reader?" (pp. 309-314). Conviene tomar nota sobre el actual realce del papel del lector para la moderna teoría de la interpretación y aplicación jurídicas, estética de la recepción, y no menos, en la misma estética de la producción jurídica. Un impulso, pues, continuado y sugerente este de la "Asociación Internacional de Semiótica jurídica" con la edición de la revista. Hace circular también periódicamente un boletín. Temas, estética, semiótica, socio-semiótica, trabajos interdisciplinarios. Todo un horizonte apenas explorado en nuestra literatura.

Sobre ello, alguna anotación. Faltan todavía traducciones que permitan mayor difusión de autores cuya obra se ha demostrado recientemente muy productiva en orden al análisis de problemas como el de la discrecionalidad. Así, para el debate Hart-Dworkin, el trabajo de B. S. Jackson "Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire. Points de vue sémiotiques", *A. Ph. D.*, 34, 1989, pp. 243-258, y antes, id., *Semiotics and Legal Theory*, London-Melbourne-Henley, Routledge & Kegan Paul, 1985, 373 pp., espc. caps. 2-6, rentabilizando positivamente la obra de A. J. Gremias, *Sémiotiques et sciences sociales*, Paris, Seuil, 1976, 220 pp., ahora indicativamente trad. al inglés *The Social Sciences. A Semiotics View*, Minneapolis, Minnesota University Press, 1990, XII-198 pp.

Para nuevas aportaciones en la discusión ascripción-discreción, con enfoque no semiótico, A. B. L. Phang, "Jurisprudential Oaks from Mytical Acorns. The Hart-Dworkin Debate Revisited", en *Ratio Juris*, 3, 3, 1990, pp. 385-398.

* * *

En atención a su novedad, grandes expectativas ante *Sémiotique juridique. Introduction à un science du droit*, Paris, Puf, 1990, 220 pp., de P. Dubouchek. Expectativas alentadas por las importantes contribuciones francesas ya existentes (E. Landowski, G. Kalinowski). El resultado, no obstante, deficiente para con el muy probable demasiado desmedido propósito. No se logra avanzar luego del recorrido de propuestas históricas ante el problema de la sistematización jurídica. Los encuadres a que aquéllas se someten (niveles semántico y sintáctico) son a veces forzados, y desequilibrados con lo que debería mostrar el pragmático. La dedicación al estudio de J. Ray (*Essai sur la structure logique du code civil français*, 1926), y las conclusiones, cierto que positivas, no satisfacen globalmente

toda la obra, ni justifican la pretensión introductoria a la ciencia del derecho, y menos desde el ángulo de la semiótica.

* * *

En los aledaños de un tema singularmente expresivo entre los que han interesado más recientemente diversos estudios de semiótica jurídica, a menudo también sobresaliente para los de razonamiento jurídico por contraste a la noción de "coherencia normativa", me refiero a la llamada "coherencia narrativa", la oferta de trabajos coordinados por P. Nerhot, *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht-Londres-Boston, Kluwer Academics Publishers, vol. II, 1990, 456 pp., donde se hallarán algunos de mayor o menor proximidad. Así, los de F. Rigaux o M. Troper, y otros más. Puntual y concreta a ese respecto la obra de D. Ray Papke, *Narrative and the Legal Discourse. A Reader in storytelling and the Law*, Merseyside, Deborah Charles Publications, 1990, 368 pp., en la que sin que deba desdeñarse su utilidad para especialistas, la posee también en otras dimensiones para lectores no especialmente iniciados. Por conexión con el área de problemas de racionalidad y sobre razonamiento jurídico, el trabajo de R. Alexy-A. Peczenick, "The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality", en *Ratio Juris*, 3, 1 bis, 1990, pp. 130-147. *Ratio Juris*, en ese mismo fascículo reserva buen número de páginas para la cuestión general de "rationality" y "legal reasoning": "Principles, Values, and Rules in Legal Decision-Making and the Dimensions of Legal Rationality", de J. Wróblewski (pp. 100-117); "The Burden of Argumentation in Legal Discourse", de J. Gizbert-Studnicki (pp. 118-129); "On the Reasonable Law", de M. Atienza (pp. 148-161), del que conocimos algunos planteamientos en "Para una razonable definición de razonable", *Doxa*, 4, 1987, pp. 189-200. En *Doxa*, 7, 1990, de E. P. Haba "Racionalidad y método para el Derecho: ¿Es eso posible?", pp. 269-256, versión castellana con adiciones y actualizada de la aparecida en *A. Ph. D.*, 23, 1978, pp. 265-293, en todo caso primera entrega que prevé completarse en *Doxa*, 8, 1991. De elaboración en equipo H. Tapani Klami et al. "Non-professional judicial reasoning", en *RIFD*, 1, 1991, pp. 93-114. También, J. M. van Dunne, "El papel de los valores personales en el razonamiento jurídico", en E. Martínez Díaz de Guereñu (ed.), *Racionalidad e irracionalidad en la Política y el Derecho*, Universidad de Deusto, pp. 25-35, y W. Donner, "Rationalität des Rechts in der sozialen Wirklichkeit und in der Jurisdiktion", en *Rechtstheorie* 21, 1990, pp. 390-391.

* * *

Sobre racionalidad social, W. L. Wallace, "Rationality, human nature, and society in Weber's theory", en *Theory and Society*, 19/2, 1990, pp. 119-223, con interesantes observaciones sobre Zweckrationalität (innate self interest rationality) y Wertrationalität, junto a sustantive, objective y subjective rationality. Para contribución sistémica a la teoría de la sociedad, M. Tallacchini, "Società o incomunicabilità?", en *Sociologia del Diritto*, 1990, 3, pp. 35-49, J. Beriain Razquin, "La reconstrucción del proceso de racionalidad occidental según Habermas. Mundo de la vida, crisis y racionalidad sistémica", en espc. lo referido a Lebenswelt, en *R.E.P.*, 67, 1990, pp. 153-188. M. P. Lara, "Identidad social en Habermas: entre el consenso y la alteridad", en *Doxa*, 7, 1990, pp. 257-272, con aprovechamiento sugestivo de A. Ferrara en "On phronesis".

* * *

Entre racionalidad jurídico-social y económica: el análisis económico del derecho, como exploración de las propiedades económicas de diferentes sistemas de organización social y aplicación de la metodología micro-económica al estudio del derecho y de las instituciones sociales, demostrando en no pocas oportunidades que las mismas concepciones de la racionalidad económica están a la base del derecho y la jurisprudencia. De la Escuela Italiana de Análisis Económico del Derecho, exponencialmente representada por G. Calabresi, se encontrará en *Sociologia del Diritto*, 1990, 1-2, un monográfico de difusión de últimas tendencias. Destaco, en orden a tratamientos generales, G. Calabresi, "Il futuro dell' analisi economica del diritto", pp. 47-59, G. P. Cella, "Comportamento economico e razionalità sociale", pp. 77-87, R. Pardolesi, "Un moderno Minotauro. Law and Economics", pp. 225-243, y F. Romani, "Diritto ed Economia: la prospettiva di un economista", pp. 245-254.

En nuestro país, parece que al principio no existió demasiado retraso luego de la trad. de A. M. Polinsky, *Introducción al análisis económico del Derecho* (Barcelona, Ariel, 1985). Nuesro *Anuario* publicó un trabajo de Calabresi, "Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho" (A.F.D., II, 1985, pp. 219-228). Después de esa fecha no tengo más noticias de profundización en esa línea que los trabajos de A. Calsamiglia, "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación", en *Documentación Administrativa*, 218-219, 1989, pp. 113-151, orientado hacia seguros beneficios metodológicos del análisis económico en teoría y ciencia de la legislación. Referencialmente, M. Atienza, "Contribución para una Teoría de la Legislación", en *Doxa*, 6, 1989, pp. 385-393. Más reciente, A. Calsamiglia, "Effizienz und Recht" en E. Garzón Valdés (ed), *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 67-86. Con todo en nuestra disciplina no faltarían campos todavía no

explorados. Se me ocurre sugerir teoría de la decisión, predicción, otras aplicaciones de la eficiencia de Posner en relaciones de competencia y coordinación, teorías de juegos no-suma-cero, derecho a la tutela judicial donde las partes actúen como elementos de un mercado altamente optimizado y bajo reglas de precio aceptante, superación o no del carácter funcional distributivo del sistema jurídico, sistema de autoregulación del mercado y autopoiesis jurídica, etc.

No obstante, se constata hoy un laborioso empeño por algunos investigadores que desde una dedicación académica a la Economía Aplicada, pero en ninguna hora, y menos ahora que en ninguna, separados por cierres gremialistas, abordan con provecho secuencias de asuntos donde no cabe ignorar por más tiempo la oportunidad de colaboraciones interdisciplinarias. Este es el caso ejemplar de S. Pastor. En torno a lo que ya se conoce como "economía de la justicia", Pastor presentó un primer estado de discusión y problemas en *Fundamentos de Economía de la Justicia*, Madrid, Fondo para la Investigación Económica y Social, 1989, Documento 39, además de lo aportado con anterioridad en *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, así como en "Estado, mercado, eficiencia y equidad", en Corcuera et al., *La regulación de la economía*, Madrid, Tecnos, 1988. En esa dirección, para referir otros más recientes, vid. "Algunas ideas fundamentales para la reforma de la justicia en España", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 14, 1987, con la expresa advertencia de 1990 como fecha real de publicación, pp. 237-258, "Economía de la Justicia en España", en *Economía*, núm. 4, 1990, pp. 65-69, "El Análisis Económico de los Derechos de Propiedad", en *Anuario de Derechos Humanos*, 7, 1990, pp. 141-161, y "Decisión de litigar y los problemas de la política judicial: un marco analítico", en *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 75, 1989-1990, pp. 687-733.

Sobre teoría de la norma y regla jurídica, con enfoques diversos que van desde la hermenéutica, a la validez, existencia normativa y otros, J. Raz, "The Politics of the Rule of Law", *Ratio Juris*, 3, 1990, pp. 331-339, K. Henley, "Protestant Hermeneutics and the Rule of Law", *Ratio Juris*, 3, 1, 1990, pp. 14-28, A. Jeammaud, "La règle de droit comme modèle", en *Revue Interdisciplinaire d' Etudes juridiques (R.I.E.J)*, 25, 1990, pp. 125-164. También el extenso trabajo de J. Delgado Pinto, "Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas", en *Doxa*, 7, 1990, pp. 101-167. L. Gianfromaggio, "Hans Kelsen on the Deduction of Validity", en *Rechtstheorie* 21, 1990, pp. 181-207. P. Lucas Verdú, "El orden normativista puro (supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)", en

R.E.P., 68, 1990, pp. 7-94. Dos artículos de P. E. Navarro y M. C. Redondo, uno sobre "Permisiones y actitudes normativas", en *Doxa*, 7, 1990, pp. 249-256, el otro sobre "Derogation, Logical Indeterminacy and Legal Expressivism", en *Rechtstheorie* 21, 1990, pp. 233-239, en ambos la presencia influyente de C. Alchourrón-E. Bulygin ("Pragmatic Foundations for a Logic of Norms", en *Rechtstheorie* 15, 1984). Véase igualmente, F. Sciacca, "Intorno all'autofondazione delle norme. Ragione formale e principio razionale tra logica e diritto", en *RIFD*, 1, 1990, pp. 120-126. Por último, B. Celano, "L'interpretazione del conflitto fra norme nell'ultimo Kelsen", también dentro de esa misma revista y fascículo, pp. 13-50.

* * *

Como "resaca" del bicentenario de la Revolución Francesa siguen editándose y apareciendo muy diversos estudios. Algunos de ellos son: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, C. A. Colliard & G. Conac (ed.), La Documentation Française, 1990, 320 pp.; R. Rabbi-Baldi Cabanillas, "Las revoluciones francesa y norteamericana ante los derechos humanos. Un intento de armonización" en *Persona y Derecho, Suplemento Humana Iura de derechos humanos*, 1991, 1, pp. 299-314, demasiado sintético. También la edición de las actas del Coloquio de Milán dedicado a *L'Etat, la Révolution Française et l'Italia*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, 387 pp. De lo en ellas recogido podría destacarse G. Ferriere, "Montesquieu machiavélien" (pp. 135-159), M. Pena, "Le neo-stoïcisme au siècle des Lumières" (pp. 162-172), E. Gasparini, "Hippolyte Taine et l'Etat républicain" (pp. 241-256), P. Bagnoli, "Filippo Mazzei et la Révolution française" (pp. 309-322), M. Takahashi, "Les idées d'égalité de Buonarroti et son apologie du gouvernement révolutionnaire" (pp. 337-360) y M. L. Cicalese, "La Révolution française dans la pensée politique du neo-idealismo italien" (pp. 361-375), sin duda uno de los más interesantes. En el mismo volumen va incluido el estudio de A. Leca "La dévolution de la Couronne dans 'Le Songe du Vergier'" (pp. 7-35), asunto que con atención al problema de la soberanía popular vuelve a tratar también en relación al mencionado anónimo del s. XIV para la *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, I, 1990, pp. 137-165. De estas actas, por último, mencionar "Idéologie politique de la presse patriotique". "Atalaya Patriótica de Málaga (1809)", por J. Calvo, pp. 67-80, donde se analiza el espacio político que ocupara ideológicamente dicha publicación, fundamentalmente conectado al Ancien Regime, y se evalúa la imagen de la revolución francesa durante la invasión napoleónica, cuando ya la guerra había dejado de ser revolucionaria para convertirse en guerra de conquista, describiendo la influencia a pesar de todo de algunos ideales del 89. Finalmente, obra colectiva también la que organizan y presentan G. Braibant

y G. Marcou, *Les droits de l'homme: universalité et renouveau (1789-1989)*, Paris, L'Harmattan, 1990, 432 pp.

Francia al fondo y su Revolución y, al caso, la codificación junto a la impregnación de ideas utilitaristas de Bentham, ocupa a J. de Lucas, "Die Institutionalisierung des Öffentlichkeitsprinzips bei Bentham und in der französischen Kodifizierung", en *Rechtstheorie* 21, 1990, pp. 283-296. También J. R. Torres Ruiz, "Martínez Marina y la declaración de derechos de 1789. Un modelo de recepción reformista del espíritu revolucionario francés", *R.E.P.*, 67, 1990, pp. 189-212.

* * *

Otra "resaca", seguramente no la última, concierne a Hobbes. Mencionaré Y. C. Zarka-J. Bernhard (ed.), *Hobbes, philosophie premiere, théorie de la science et politique*, Paris, Puf, 1990, 416 pp., subrayando en particular los trabajos de S. Goyard-Fabre, "Loi civile et obeissance dans l'Etat-Léviatan", pp. 289-304, P. Carrive, "La conception de la loi chez Hobbes, Bacon et Selden" (pp. 305-326), R. Polin, "Hobbes et le citoyen" (pp. 327-338) y P. Garniron, "Hobbes dans les leçons d'histoire de la philosophie de Hegel" (pp. 391-412). Por otra parte, con carácter biográfico, en algún momento superficial, A. A. Rogow, *Thomas Hobbes. Un radical au service de la réaction*, Paris, Puf, 1990, 366 pp.

* * *

Muy distintas a estas últimas que acabo de referir, las páginas, excelentes, de F. Vallespín Oña sobre Hobbes en el cap. V de la *Historia de la Teoría Política (II)*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, pp. 254-309, "Tomás Hobbes y la teoría política de la revolución inglesa". El mismo vol. reúne las colaboraciones del equipo de especialistas dedicado a mostrar corrientes de pensamiento y figuras de mayor relieve en el pensamiento político, así sobre las teorías del derecho natural 1600-1750 (J. Abellán), Maquiavelo (R. del Aguila Tejerina), reforma protestante (J. Abellán), Bodino (J. A. Prados), Spinoza (A. Domínguez), Saavedra Fajardo y el pensamiento político del Renacimiento español (M. Segura Ortega), o sobre la teoría política en la conquista americana (J. Gil). Los trabajos van enriquecidos por una selección bibliográfica. Este vol., de 444 pp., sigue al de *Historia de la Teoría Política (I)*, Madrid, Alianza, 1990, 369 pp., que también bajo dirección de F. Vallespín previamente había presentado el pensamiento político de la Antigüedad y Medioevo; Roma (J. Arce), Grecia Antigua (C. García Cual), Edad Media (A. Barcala) e Islam (M. Jesús Viguera). La tarea coordinadora se enfrenta con las tres vertientes usuales en la interpretación histórica, esto es, textualismo, contextualismo e intencionalismo, última a la

que más parece haberse inclinado Vallespín, pero resolviendo con acierto el problema de un incardinamiento demasiado descontextualizado que inevitablemente condujera a enfoques neo-pragmáticos. Saludar con satisfacción este trabajo, agurando ya desde ahora los próximos volúmenes sobre teoría política moderna y contemporánea.

* * *

Un panorama de estudios hobbesianos y selección bibliográfica muy reciente se hallará también en *Journal of the History of Ideas*, 1990, y *Archiv de Philosophie*, 1990, 2. Bulletin Hobbes (II).

* * *

Sobre C. Schmitt la literatura es siempre abundante, aunque menos que en el año anterior. Un estudio fuera de lo más frecuente se ofrece por R. Wolin, "Carl Schmitt, political existentialismo and the Total State", en *Theory and Society*, 1974, 1990, pp. 389-416. Tiene como particularidad indicar una conexión entre el decisionismo schmittiano y el de uno de sus primeros comentaristas, Karl Löwith ("Der okkasionelle Decisionismus von Carl Schmitt", publicado en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 9, 1935, bajo pseudónimo Hugo Fiala), así como con el existencialismo de entreguerras. Se analiza igualmente la justificación dictatorial desde el punto de vista católico (Donoso Cortés), quizás la parte menos original del trabajo, y presenta algunos datos poco utilizados sobre la implicación de Schmitt en la "cuestión judía". Wolin se ha ocupado de la temática existencialista en *The Politics of Being: The Political Thought of Martin Heidegger, 1927-1966*, Columbia University Press, 1990.

* * *

Acerca del panorama actual de los estudios de Teoría del Derecho y Filosofía Jurídica en España, la ed. a cargo de E. Garzón Valdés, con destino al lector alemán, *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlín, Kuncker & Humbolt, 1990, 431 pp., distribuye su índice en cinco secciones: Estructura y racionalidad del orden jurídico, donde colaboran M. Atienza, A. Calsamiglia, R. Hernández Marín, J. R. Páramo y A. Ruiz Miguel, Tendencias en filosofía jurídica y teoría del Derecho, con trabajos de F. González Vicen, N. M^a López Calera, A. Ollero, G. Peces Barba, G. Robles y J. Ruiz Manero, Filosofía práctica, que incluye los de J. Ballesteros, J. R. Capella, L. García San Miguel y J. de Lucas, Ética y Derecho, con E. Fernández, L. L. Hierro, F. Laporta, A. E. Pérez Luño y L. Prieto Sanchis. Cierra la sección dedicada a Problemas de Legitimación

democrática, en la que colaboran E. Díaz, J. F. Malem Seña, M. Saavedra y V. Zapatero.

* * *

F. Ost, *Droit et interet, vol. 2. Entre droit et non-droit: l'interet*, Bruxelles, Publs. des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, 206 pp. El A. cultiva la noción de interés en el propósito de superar el núcleo dogmático de una bipolaridad lógico-jurídica en el que sólo el interés jurídicamente protegido tiene entidad para el Derecho. La obra se conduce a través de tres etapas fundamentales: indistinguibilidad entre el derecho subjetivo e interés, y funciones creativas y limitativas de la noción de interés. Sobre alguna parte de esta misma temática, N. Kazele, *Interessenkollisionen und Befangenheit im Verwaltungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 426 pp.

* * *

De la eficazísima labor editorial de Ariel (Barcelona) resultó *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*, dir. y coord. J. Betegón & J. R. Paramo, 1990, 203 pp. Colección de traducciones de Gerald y Ronald Dworkin, Hart, MacCormick, Nagel, Smitt, Soper, Gewirt, Taylor y Rawls. Son trabajos que según los casos eran más o menos accesibles bibliográficamente, todos ahora así practicables y de provecho general, también para uso del alumnado universitario. Este tipo de iniciativas editoriales deberían ampliarse. En la traducción de Rawls, acaso "overlapping" como superposición podía no haberse preferido a imbricación, que parece un término con carga ideacional de significado menos jerárquico. Mas en general, expresar la conveniencia de una interconexión de textos y noticia sobre autores.

Por lo que hace a Tecnos, dos traducciones también en línea a facilitar materiales en lengua castellana. Una es la titulada *Pasado y presente de los Derechos Humanos* (111 pp.), ed. preparada por E. Mikunda, en la que se contienen dos trabajos, uno sobre historia de los derechos humanos, de G. Oestreich (original de 1963), y sobre actualidad de la teoría de los derechos fundamentales en España, de K. Peter Sommermann (original de 1989), circunscrito al pensamiento de Pérez Luño en *Derechos fundamentales y Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. La otra es la realizada sobre *Legal Right and Social Democracy* (1982), de MacCormick, ahora *Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica política*, 216 pp. También en Tecnos (Madrid) 1990, apareció en la colección "Clásicos del Pensamiento" la traducción de *El sentido común y otros ensayos -Disertación sobre los primeros principios del Gobierno y*

Justicia Agraria- de Thomas Paine, por R. Soriano y E. Bocado, que también redactan un estudio preliminar (XLV-123 pp.).

Por editorial pública, iniciativa de J. Igartua y con cargo al fondo de publicaciones de la Universidad del País Vasco, se publicaron, traducidos del inglés y francés, catorce estudios de J. Wroblewski, básicamente todos en el común denominador de la investigación analítica en problemas sobre decisión judicial: “Sentido” y “Hecho” en *el Derecho*, 1990, 249 pp.

Otra selección, esta vez llevada a cabo por G. Amengual, *Estudios sobre la Filosofía del Derecho de Hegel*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, compilando interpretaciones clásicas sobre la filosofía política de Hegel (Iltting, Peperzak, Ritter, Riedel, Angehrn, Bobbio).

Un registro más, finalmente. John Rawls, *Sobre las libertades*, Introducción de V. Camps, Barcelona, Paidós/ICE-UAB, 1990, 122 pp. Contiene algunas de las respuestas del A. a las críticas de la *Teoría de la Justicia*.

* * *

Coincidencias de tratamiento o de elección temática. M. Delmás-Marty & J. Fr. Coste, “Politique criminelle et droits de l’homme”, en *R.I.D.J.*, 1990, 24, pp. 1-24, y F. González Navarro, “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en *Persona y Derecho. Suplemento Humana Iura de derechos humanos*, 1, 1991, pp. 11-273. En torno a seguridad jurídica, arrancando de L. L. Hierro, “Seguridad jurídica y actuación administrativa”,

Documentación Administrativa 218-219, 1989, pp. 198-210, más recientes, G. Peces Barba, “La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 1990, pp. 215-229; Fr. Tulkens, “La sécurité juridique: un idéal à reconsiderer”, en *I.I.D.J.*, 1990, 24, pp. 25-42. Por último, A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1990, 118 pp., destacando lo relativo a seguridad y privacy, seguridad y obediencia al derecho, seguridad y Estado de Derecho y la seguridad como factor de legitimación política, para el cap. 2. Del cap. 3, las tensiones axiológicas de la seguridad, hasta desembocar en la seguridad como valor jurídico, y en el 1, seguridad como presupuesto y función del derecho, como concepto jurídico inseguro y seguridad en el sistema constitucional español. Del mismo A., “Seguridad jurídica y sistema cautelar”, *Doxa*, 7, 1990, pp. 327-340.

* * *

Un planteamiento de análisis para el estudio de las transformaciones de paradigmas todavía vigentes hacia post-modernos de micro-racionalidad en la producción jurídica, por B. de Sousa Santos, "Stato e diritto nella trasformazione post-moderna. Per un nuovo senso comune", en *Sociología del Derecho*, 1990/ 3, pp. 5-34, trad. frances en *R.I.D.J.*, 1990, 24, pp. 77-118. Este mismo trabajo había sido publicado en versión castellana por *Doxa*, 6, 1989, pp. 223-263. Sobre paradigmas, ahora en ciencia jurídica, M. Jori, "Paradigms of Legal Science", *RIFD*, 2, 1990, pp. 230-254.

* * *

Clásico para el tema de cambios de paradigma T. S. Kuhn. Ahora se han editado en castellano, con introducción de A. Beltrán, varios trabajos de Kuhn complementarios a su *Estructura de las revoluciones científicas; ¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, Paidós/ICE-UAB, 1990, 151 pp. Además del interesante estudio introductorio de Beltrán sobre historia e implicaciones filosóficas del kuhnianismo, se reúnen aquí tres escritos redactados todos sobre principios de los años 80. Su temática los sitúa en la caracterización de qué sean las revoluciones científicas, en la tesis de la incommensurabilidad que las separa y ante el problema de la racionalidad de las decisiones a la hora de elegir entre teorías competitivas. La idea central es que las revoluciones científicas entrañan modificaciones y reestructuraciones en las categorías ontológicas del área en que se producen, asociadas también a transformaciones en la organización lingüística del campo semántico. Es lo que origina que tales transformaciones no sean susceptibles de descripción desde otro lenguaje que no utilice las nuevas referencias de latitud semántica producidas, por lo que la comparación entre teorías competitivas debe fundarse no tanto en un modelo de traducción como en uno de cooperación interpretativa con alcance hermenéutico. El fenómeno de la incommensurabilidad ontológico-semántica entre teorías pertenecientes a paradigmas científicos entre sí diferentes produce una complejidad en la elección por criterios de evaluación, aunque no la hace imposible. La relación entre teoría en esta situación (falta de medida común, o intraducibilidad) debe llevarse a cabo entonces estimando su capacidad o rendimiento resolutivo global.

* * *

De paradigmas, aunque de otro tipo, trata también el libro de J. Rubio Carracedo, *Paradigmas de la política: del Estado justo al Estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)*, con prólogo de L. L. Aranguren, Barcelona, Anthropos, 1990, 274 pp. El sabor roussonian de las reflexiones en esta obra es más que evidente. Uno de sus aciertos más destacables reside en la conexión e influencia entre Rousseau y Marx. También la perspectiva

antropológica del marxismo post-revolucionario en la aparición de "nuevo hombre".

* * *

N. Johnson, *El Estado del bienestar en la transición. La teoría y la práctica del pluralismo del bienestar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, 287 pp. Sitúa la aparición del Estado del Bienestar en el consenso de postguerra, que los años setenta debilitan con la aparición de la crisis económica. En esta situación el debate y manifestaciones sociales y políticas a favor de la construcción y aseguramiento del Welfare State se ha producido lo que el autor califica como "pluralismo de bienestar". La defensa del modelo acompañada del recorte del papel estatal frente a la aparición y crecimiento de sectores económicos y sociales no estatales constituye el motivo de reflexión principal de la obra.

* * *

R. Dahrendorf, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la teoría de la libertad*, Madrid, Mondadori, 1990, 232 pp. Representa el planteamiento liberal en la teoría del conflicto social. El conflicto social como elemento básico del progreso hacia la condición de libertad. El conflicto en las sociedades modernas aparece como el antagonismo fundamental entre riqueza y titularidades. Las titularidades constituyen el instrumento de acceso a los bienes sociales. La tarea de la libertad es hacer progresar las dos tendencias a un tiempo. La democracia, hasta el momento, no ha logrado superar este conflicto sobre las titularidades. Como amenazas de la libertad el A. sitúa preferentemente al totalitarismo, la burocratización (muy weberiano) y la pobreza como estímulo al marginalismo, en lo que ve una "subclase".

* * *

C. Offe, *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Madrid, Alianza, 1990, 310 pp. Critica, desde la izquierda, a la orientación socioeconómica de las relaciones mercado-democracia en el modelo de política socialdemócrata.

* * *

Dos reseñas, muy breves, sobre metodología. El trabajo de X. Dijon, *Metodologie juridique. L'application de lanorme*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, 170 pp., de carácter divulgativo, demasiado básico en algunos puntos, contemplando también la faceta práctica de los problemas. Más cuidado, ya

en su tercera ed., el libro de J. H. Farrar & A. M. Dugdale, *Introduction to Legal Method*, London, Sweet & Maxwell, 1990, 338 pp., que presenta varios nuevos apéndices y lleva actualizada la bibliografía, sigue organizando en tres secciones, sobre materiales y funciones del derecho, fuentes y métodos de razonamiento jurídico y dimensiones del derecho, donde son especialmente notables los análisis de "justice" y "policy".

* * *

Sobre utilitarismo y Bentham. De interés ahora que se renueva la tradición de estudios utilitaristas el de P. J. Kelly, *Utilitarianism and Distributive Justice. Jeremy Bentham and the Civil Law*, Oxford Clarendon Press, 1990, 232 pp. En particular merece atención el cap. 3 sobre principio de utilidad de juicio moral, y el 6 "The security-Providing Principle". Sobre utilitarismo y Rawls, Ph. Adair, la "Théorie de la justice" de John Rawls. "Contrat social versus utilitarisme", en *Revue Francaise de Science Politique*, 41, 1, 1991, pp. 81 y ss.

* * *

Dos figuras del pensamiento político español contemporáneo: Besteiro y Giménez Fernández, socialismo y democracia-cristiana. Del primero, E. Lamo de Espinosa & M. Contreras, *Política y Filosofía en Julián Besteiro*, Madrid, Eds. Sistema, 1990, 432 pp., edición revisada y ampliada de una anterior. Del segundo, J. Tusell & J. Calvo, *Giménez Fernández, precursor de la Democracia española*, Madrid, Mondadori, 314 pp. En éste último (pp. 220 y ss.) y para con aquél (pp. 108) el tema del intento de un gobierno de centro previo a la guerra civil. En la obra sobre Besteiro, particularmente también la interpretación besteiriana de Marx. En la de Giménez Fernández lo relativo al maritainismo y personalismo católico.

* * *

Retorno a Kant: J. Lenoble & A. Berten, *Dire la norme. (Droit, politique et énonciation)*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, 248 pp.). Presenta relaciones entre la filosofía jurídica, política y moral y la filosofía del lenguaje, todo sobre la base de un retorno, explícito o implícito, a Kant, espc. cap. II. En esa línea el inevitable encuentro, y necesidad de matices, con Rawls. De ello, K. Nielsen, "Rawls Revising Himself: A Political conception of Justice", en *ARSP*, 1990/4, pp. 439-456, y J. Nida-Rümlin, "Die beiden zentralen Intentionen der Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß von John Rawls-eine Kritische Rekonstruktion", en *id.*, 457-466. Una reflexión en sede de sociedad liberal democrática orientada en el principio de pluralismo

moral y diversidad de perspectivas ético-sociales, W. Sadurski, *Moral Pluralism and Legal Neutrality*, Dordrecht, Kluwer, 1990.

* * *

Continuando con Kant, B. Bourgeois, *Philosophie et droits de l'homme de Kant a Marx*, Paris, Puf, 1990, 133 pp., aunque hay momentos en que el peso de la obra se inclina a Hegel más que a ningún otro. E. Fernández, *Estudios de Etica Jurídica*, Madrid, Debate, 1990, 154 pp., donde entre otros temas resalta el dedicado en el cap. 4 a "La polémica actual sobre la obediencia al Derecho desde una perspectiva kantiana". De interés, igualmente, el cap. final de esta obra ("Ética y Poder político") llevado sobre el pensamiento de Maritain.

* * *

Obediencia al Derecho, negación del deber ¿jurídico? de obediencia, desobediencia y objeción de conciencia. El debate no está interrumpido. En *RIFD*, 1990/2, pp. 219-229, el artículo de A. Catania, "Sovranità e obbedienza"; J. A. Acinas, "Sobre los límites de la desobediencia civil", en *Sistema*, 97, 1990, pp. 99-113. Una muy extensa "Bibliografía sobre objeción de conciencia al servicio militar", por J. Lima Torrado, *Anuario de Derechos Humanos*, 7, 1990, pp. 89-111, a la que agregar una referencia más, contenida en ese mismo Anuario y número, G. Suárez Pertierra, "La objeción de conciencia al servicio militar en España", pp. 251-268. Finalmente, abarcadora y con rigurosa sistemática, M. Gascón *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, C.E.C., 1990, 344 pp. Se presenta revista de las posiciones en debate (González Vicen, Muguerza, Elías Díaz, Atienza, Eusebio Fernández), análisis de la polémica, dimensiones y vertientes, para también aportar una visión personal. Un trabajo excelente.

* * *

Sobre interpretación en la literatura filosófico-jurídica italiana, las obras de D. Farrias, *Interpretazione e Logica*, Milano, Giuffrè, 1990, 404 pp., y G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, 260 pp. La primera liga con la hermenéutica en varios cuadros de problemas. Así, en su primera parte, el tema de la precomprensión (esseriana), y más ampliamente, segunda parte, en todo lo relativo a búsquedas e investigaciones históricas auxiliares. En cuanto a Zaccaria, hoy uno de los más representativos exponentes en la investigación hermenéutico-jurídica (estudios sobre Esser y Gadamer), reúne varios trabajos aparecidos desde 1986 que organiza en tres áreas: vía

hermenéutica y alternativas al iusnaturalismo y positivismo; interpretación jurídica y otras interpretaciones, con puntual atención al tema de la "comprensión narrativa" (coherencia narrativa) en la interpretación histórica, literaria y jurídica, estudio que también se recoge en P. Nerhot (vid. supra), *cit.* Finalmente, sobre el procedimiento analógico en la interpretación, y referencias a la filosofía de la interpretación jurídica en Caprograssi.

* * *

Compendio de trabajos es también el que presenta A. Ollero, *Derechos Humanos y Metodología jurídica*, Madrid, C.E.C., 1990, 334 pp. Se trata de parte de la más reciente producción del A., incluyendo análisis sobre propuestas metodológicas (realismo jurídico escandinavo), sociología sistémica de Luhmann, racionalidad práctica, teoría de la justicia, fundamentación de los derechos humanos (valor del consenso), teoría de los derechos implícitos en la Constitución, y sobre actividad jurídica y métodos para una filosofía práctica, con referencias a temas como la concepción personalista del matrimonio o los "derechos morales" en materia de propiedad intelectual.

* * *

Del interés por Agnes Heller y los desarrollos de un pensamiento radical (problema teórico de las necesidades) en el occidente europeo, M^a J. Añón Roig, "El sentido de las necesidades en la obra de Agnes Heller", *Sistema* 96, 1990, pp. 103-137. Una discusión cruzada sobre *Beyond Justice* (Oxford, Basil Blackwell, 1987) de Heller en *Theory and Society*, 19, 1990, entre M. Walzer ("The virtue of incompleteness", pp. 225-229) y la propia Heller ("An incomplete answer to Michael Walzer's remarks", pp. 231-233). Por último, en *Claves de Razón Práctica*, Dic., 1990 (núm. 8), el trabajo "Notas sobre la lectura de Walter Benjamin", por Heller. La traducción de *Beyond Justice, Más allá de la Justicia*, por T. Vigil, Barcelona, Edit. Crítica, 1990, en la colec. dirigida por V. Campos.

* * *

Dedicada a "necesidades básicas" está la primera sección de *Doxa*, 7 1990 (pp. 21-98), con estudios de Nino ("Autonomía y necesidades básicas"), Zimmerling ("Necesidades básicas y relativismo moral"), J. de Lucas y M^a J. Añón ("Necesidades, razones, derechos) y A. Thimm ("Necesidades básicas y derechos humanos").

* * *

Se distribuyó el vol. I, núm. 1 de *Currente Legal Sociology. A Journal of the International Institute for the Sociology of Law, I.I.S.I.J.* 1990, 186 pp. Varias secciones de información bibliográfica con servicio de documentación sobre 175 artículos científicos y 28 monografías, más 298 títulos de obras entre 1983 y 1989, index de autores y temáticos. También para y sobre documentación, *Developing sociology of law. A world-wide documentary enquiry*, V. Ferrari (ed.) Milano, Giuffrè, 1990, LI-932 pp., donde se ecogen los trabajos y colaboraciones presentados al Congreso anual del Comité de Investigación en Sociología Jurídica de la Asociación Internacional de Sociología (Bologna, 1988).

* * *

Dos trabajos de enorme interés, en materia de Derecho Público. El de A. Pizzorusso, "Cultura e politica nella produzione ed applicazione del Diritto", en *Quaderni Costituzionali*, 1, 1990, pp. 777-91. Parte de las dos concepciones tradicionales de ley (como "dato" que los operadores jurídicos han de asegurar, y como "producto" de una voluntad política), ocupándose a continuación de la Constitución como complejo de normas organizativas y procesales y como complejo de normas sustanciales; de los conflictos entre normas homogéneas y entre normas dishomogéneas, con arreglo a criterios de autoridad de fuentes y jerarquía instrumental; fase de formación de materiales útiles para la elaboración de las normas y fase de aplicación a las circunstancias concretas. El de D. Rouseau, con referencias de carácter histórico-doctrinal, sobre "Une résurrection: la notion de Constitution", en *Revue du Droit Public*, 1, 1990, pp. 5-22. Polemizando con éste, en la misma revista, 4, 1990, pp. 949-960, "La Constitution: Lazare ou Janus?", por P. Avil.

* * *

Como obras de iniciación al estudio del sistema jurídico, la colectiva *Lecciones de Introducción al Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, 261 pp., de J. de Lucas, M^a J. Añon, A. Aparisi, E. Bea y E. Fernández, con la virtud de cierta proximidad a las directrices semánticas sobre reforma de los planes de estudio en las Facultades de Derecho y el defecto de cierta inducción al error en la identidad de los A. En literatura extranjera, la 2^a ed. de J. L. Coleman, *Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence*, Boulder, Westview Press, 1990, 240 pp. De carácter introductorio, también, P. Dubouchet, *Les normes de l'action, droit et morale: introduction á la science normative*, Paris, L'Hermès, 1990, 162 pp. y bastante mejor organizada que su *Sémiotique juridique* (vid. supra) cit., aunque faltan planteamientos críticos siendo demasiado expositiva a veces.

* * *

B. Barnes, *La naturaleza del poder*, Barcelona, Pomares-Corredor, 1990, 254 pp. La obra puede tomarse como un modelo muy ilustrativo de la nueva metodología postfuncionalista en la que se trata de compatibilizar individualismo y decisión racional. Hay quizás un análisis algo idealista del problema de la coacción física y los excesos de poder, esto es, de su control, apelando sólo a la mejor distribución del conocimiento.

* * *

S. Giner & L. Moreno, *Sociología en España*, Madrid, Instituto de Estudios Sociales Avanzados - C.S.I.S., 1990, 400 pp. Completa y actualizada guía bibliográfica, más reciente que la 3ª ed., a cargo de J. del Pino Artacho, *Cincuenta años de Sociología en España* (2 vols., 1989). Recoge cuarenta y ocho contribuciones de especialistas en distintos campos de la investigación sociológica.

* * *

Droits, 11, 1990, concluyó el monográfico "Definir le droit" que había iniciado en el núm. 10, último de 1989. Recoge aportaciones sobre todo francesas y belgas, dos italianas (Cotta y Pattaro) y la española de Peces-Barba, "Une définition normative du droit" (pp. 51-54). Ofrece un estadió interesante para el momento actual, con firmas entre las más representativas. En algún caso, por ej. con C. Schmitt, no hay motivo bastante, a mi juicio, para su presencia, con un texto que es de 1950, por otra parte no el más indicativo de su "ordinalismo concreto".

* * *

E. Díaz, *Ética contra Política. Los intelectuales y el Poder*, Madrid, C.E.C., 1990, 245 pp. Trae, actualizados y revisados en algún caso, habituales temas de trabajo de E. Díaz: conexión Derecho y Ética, léase legalidad-legitimidad, sistematización de los principios legitimadores de la legalidad y tránsito de la ética individual a la ética socializada. Además, una profunda y removedora reflexión sobre el debilitamiento ideológico en la sociedad española actual. La presencia y preminencia a veces de anti-valores, en particular el tirón de lo económico frente y por encima de lo ético. No hay desencanto, pero sí una sensación de pesimismo. El libro se completa, oportunamente, con un ensayo sobre el pensamiento de Tierno Galván, discutiendo diversas interpretaciones, por ej. las de Morodo, y sobre la cultura política española durante el franquismo y la transición. En la última década, con excepciones y algún signo reciente de recuperación, se

observó ante esta etapa histórica un cierto olvido, o mejor (peor) indiferencia, entre los intelectuales y universitarios más llamados a reivindicarla y defenderla. Por ello recordaría, del mismo A., *Transición a la Democracia*, Madrid, Eudema Actualidad, 1978, 222 pp., y “Estado de Derecho ‘versus’ Estado Franquista”, en *Estado & Direito*, 3, 1989, pp. 35-45.

* * *

Sobre Bobbio. Segunda edición de *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, 406 pp. (A. Ruiz Miguel). También la publicación de tesis doctoral, M^a A. Barrère Unzueta, *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990, 274 pp. En historia del pensamiento, N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Madrid, Edcs. Paradigma, 1991, 298 pp., trad. de M. Escrivá de Romaní.

* * *

Relacionado con lo último anterior, dos traduc. de la obra de Hobbes. Editadas por Vrin, París, ambas en 1990, pasan a formar parte de la serie *Oeuvres de Hobbes*, tomos 9 y 10. Se trata en concreto de *Béhémot ou le Long Parlement*, introducción, notas, glosarios e index por Luc Borot, 298 pp., y de la muy esperada *A dialogue between a philosopher and a student of the Common-Laws of England*, ahora como *Dialogue des Common-Laws d'Angleterre*, trad., introduc. notas, glosarios e index de Lucien y Paulette Varrive, 220 pp. De ésta, con la figura de Coke al fondo y su proyección doctrinal para el pensamiento norteamericano del s. XIX sobre control constitucional, el contraste de las tesis hobbesianas replanteando la dimensión de nociones de razón, equity o legislador. La trad. francesa, a través de las notas y glosas cultiva la relación Hobbes-Montesquieu.

* * *

R. De Stefano, *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, 496 pp. Organizados en tres partes, la primera recoge varios estudios sobre la teoría de la ley, sin que falten los dedicados a derecho y lenguaje y derecho y voluntad. La segunda se ocupa de axiología, presentando un “Esquema de una teoría general del valor y de los valores”. Concluyen los temas de ciencia jurídica, sobre métodos y teoría general del derecho (problema de su relación con la filosofía del derecho).

* * *

A. Tarantino, *La sovranità. Valori y limiti*, Milano, Giuffrè, 1990, VI-200 pp. Un tratamiento del concepto y problema de la soberanía en la filosofía clásica y moderna, donde se estudia a Capograssi (otro perfil de su pensamiento, además del anotado en Zaccaria, *cit. supra*; sin duda el resurgir de su pensamiento a partir de un no lejano Congreso). Otros temas: soberanía y pluralidad de ordenamientos, soberanía y democracia en la Constitución italiana, y la atención a G. Codacci Pisanelli en la cuestión de la "necesidad" (otra de las preocupaciones temáticas del A.) y decreto-ley durante el período constituyente.

* * *

Se editaron las actas sobre el Simposium de Filosofía del Derecho celebrado en la Universidad de Deusto el año 1987. *Racionalidad e irracionalidad en la Política y el Derecho*, ed. a cargo de E. Martínez Díaz de Guereñu, Universidad de Deusto, 1990, 168 pp. Trabajos de Martínez Díaz de Guereñu, Van Dunne, Weinberger, Calvo González, E. Díaz, Durán y Lalaguna, Martínez García, Puy, Robles Morchón y Pattaro.

* * *

Dos estudios sobre el pensamiento de filósofos del Derecho. R. Rabbi-Baldi Cabanillas, *La filosofía jurídica de Michael Villey*, Pamplona, Eunsa, 1990, 609 pp. Abarcador de toda la proyección iusfilosófica de Villey. No así, expresamente limitado en su propósito, el de A. Becerra Bazal, *Dos facetas de la Filosofía del Derecho de Recasens Siches*, Madrid, Editor, S.A., 1990, 158 pp., reproduciendo dos trabajos anteriores, sobre lógica de lo razonable e influjo orteguiano en el pensamiento jurídico y sociológico de Recasens. Sobre éste, también M^a T. Palomino Tapia, "Significado y alcance de la personalidad científica de L. Recansens Siches (1903-1977)", en *RFDUC*, 175, 1989-1990, pp. 669-686.

* * *

Pequeña obrita, con tres lecciones, la de R. Márquez Piñero, *Filosofía del Derecho*, México, Trillas, 1990, 67 pp., que hacen a la relación Filosofía y Derecho, con anotaciones sobre antecedentes y referencias histórico doctrinales, muy sucintas, al objeto, lógica y construcción de lo jurídico, y una tercera y última sobre tres posiciones, iusnaturalismo, positivismo y realismo.

* * *

Espléndida la muy bien organizada monografía de C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, 433 pp. Destacaría, de la primera parte, el análisis del "significado vago" y en particular lo referente a semántica y pragmática de la "vaguedad", así como su relación con fenómenos contiguos (ambigüedad, genericidad, generalidad) (cap. 10-11), y la temática de la vaguedad del lenguaje normativo. En la segunda parte, los problemas interpretativos de la vaguedad de las normas, tesis de Hart y críticas por Fuller y Dworkin (caps. 5-6). Para la última, caps. 10 y ss., además de exámenes de derecho positivo y jurisprudencia constitucional, el problema de la vaguedad en relación a la norma fundamental, lagunas (también vaguedad de este mismo concepto), lagunas axiológicas o ideológicas, lagunas intrasistemáticas. La conclusión se reserva sobre "vaguedad y certeza" en el Derecho. Se advierte la proyección de Scarpelli, Guastini y M. Jori.

* * *

Dos trabajos de historia del pensamiento jurídico y político, sobre Vico y Rousseau, con enfoque original. A. D. Hornstein, "From Oracle to Echo: The Development of Law and Justice in Vico's 'Nuova Scienza'", en *Law and History Review*, Spring, 1990, vol. 8, núm. 1, pp. 129-137, y G. A. Roggerone, "Rousseau-Mably: un rapporto umano e culturale difficile", en *Il Pensiero Politico*, XXIII, 2, 1990, pp. 219-239.

* * *

J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, C.E.C., 1990, 205 pp. Sobre la posición que ocupan los órganos jurisdiccionales en el sistema jurídico, que institucionalmente contemplada viene definida en uno de sus rasgos principales entendiéndolo que existe vinculación a normas que les imponen determinados deberes en orden al ejercicio de la potestad de dictar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio. Se examina la naturaleza de tales deberes judiciales. Como el A. dice, se trataba de analizar "el status normativo de los jueces desde la perspectiva de dos de las teorías del Derecho más influyentes del s. XX: las debidas a Hans Kelsen y a Herbert L. A. Hart". De aquí que los dos estudios que integran este libro -la función jurisdiccional en la teoría pura del Derecho, y la regla de reconocimiento y el status normativo de los jueces- constituyen, como el mismo A. advierte, "dos estudios distintos, con objetivos y alcances diversos entre sí". El primero se orienta a la pretensión fundamental de impugnar ideas muy difundidas acerca del pensamiento de Kelsen; en particular que su teoría represente ante el tema abordado una vía intermedia entre la concepción formalista tradicional y el realismo judicialista, y el que el Kelsen posterior

a 1960 habría experimentado un cambio radical respecto a posiciones previas. Para el A. el único cambio perceptible es el abandono de la tesis de la correspondencia entre los valores de validez/invalidéz de las normas y de verdad/falsedad de las proposiciones a ellas referidas. En el segundo de los estudios se toma a Hart como fundamento principal intentando reconstruir su aportación sin evitar críticas y puntualizaciones. Es, declara el mismo A., la *pars consturens* del libro. En cuatro apartados examina: distinción entre reglas primarias y secundarias y reglas que imponen deberes y las que confieren potestades; relaciones entre regla de reconocimiento y “otros tipos de reglas secundarias” contemplando igualmente cuestiones tales como si la regla de reconocimiento es meramente conceptual o definicional (Bulygin) o es norma genuina (Hart), o si la tesis hartiana de la unidad de la regla de reconocimiento debe seguirse o no (Hacker, Raz, Scarpelli); crítica de Dworkin sobre el tema regla de reconocimiento y principios, y, por último, dos notas sobre discrecionalidad judicial, así, sobre la no rigidez, esto es, más bien sentido de evolución de las posiciones hartianas al respecto, precisamente por la crítica suscitada desde Dworkin, y réplicas de Hart a Dworkin.

* * *

A. Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, 319 pp. Repercusión en la comunidad internacional, desde parámetros de acción para los Estados e individuos, de los preceptos relativos a protección, consagración y reconocimiento de libertades civiles, derechos políticos y derechos económico-sociales. Subraya la idea de derechos humanos como directriz para “introducir la racionalidad en las instituciones políticas y en la sociedad de todos los Estados”, racionalidad, además, no abstracta, sino la “subyacente de los valores cristianos y de algunos grandes conceptos ‘laicos’ de la tradición ilustrada, la única que puede despertarnos de la pesadilla de la inhumanidad que tanto nos oprime”. Con resonancias intensamente internacionalistas, como corresponde a la dedicación académica del A., la obra presenta un propósito expositivo de articulación transversal -histórica y problemática- de los derechos humanos. Respecto al contenido destaca la referencia no sólo a derechos individuales, sino también a derechos de los pueblos (derecho de autodeterminación). Interesante el planteamiento sobre el problema de los límites de la supuesta “universalidad” de los derechos humanos.

* * *

P. E. Navarro, *La Eficacia del Derecho. Una investigación sobre existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Madrid, C.E.C., 1990, 99 pp. Tomando como fondo el análisis de las tesis positivistas en referencia

a los "hechos sociales", y por tanto lo relativo a eficacia del derecho y actitudes de las autoridades normativas, aborda la primera de las vertientes, sobre eficacia como condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, interesándose, cap. 1, por clarificar frente a otras nociones el sentido que deba concederse a eficacia. Esto le lleva al planteamiento del problema de "verdad" de las proposiciones acerca de la existencia de normas y del sistema jurídico, conduciéndose por modelos de imperativismo y concepto expresivo de norma (caps. 2 y 3). Caps. 4 y 5: dificultades para vincular el criterio de existencia de sistema jurídico a la eficacia del derecho. Cap. 6, sobre un sistema eficaz en sentido fuerte, Raz, y sistemas morales y de larga intensidad.

* * *

P. Serna Bermúdez, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, 411 pp. Especialmente, cap. III, Bobbio, Perelman y Nino-Rawls como modelos e intentos de racionalidad y esquemas gnoseológicos positivistas de fundamentación. En todo lo relativo a la positivación de derechos morales y a valores, en particular, pp. 249-386.

* * *

P. Westen, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*, Princeton U. P., 1990, 315 pp. Destacando la cuestión de los estándares de comparación y valores en enjuiciamientos y fuerza retórica argumentativa de lo equitativo.

* * *

En edición a cargo de M. Galazia y P. Grossi, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, 650 pp. Con una veintena de colaboradores se registran junto a la presentación de Grossi trabajos de R. Monaco, "Romano, Donatti, Mortati nei ricordi di un internazionalista", M. Fioravanti, "Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione; Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana", A. A. Cervati, "Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati", A. Cerri, "L'eguaglianza giuridica nel pensiero di Costantino Mortati", S. Bartole, "Giudici, funzione giurisdizionale e interpretazione del diritto: glosse a alcuni testi di Costantino Mortati", A. Pizzoriusso, "La giurisdizione costituzionale secondo Mortati", P. Rescigno, "L'autonomia delle formazioni sociali", M. S. Giannini, "Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati". Trabajos de esta naturaleza, muy infrecuentes en nuestra literatura disciplinar y en general en la de derecho público español,

merecerían la imitación. Otras contribuciones van a firma de T. Matiens, S. Lariccia, C. Carlassare, S. Cassese, G. Berti, P. Caretti, U. De Siervo, P. Ridola, L. Elia, G. Amato, E. Lanchester.

* * *

Traducción italiana de W. Twining & D. Miers, *Come fare cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, por C. Garbarino y Presentazione de R. Guastino, Milano, Giuffrè, 1990, XV-472 pp.

* * *

Democrazia e diritto, 1-2, con un monográfico titulado "La sinistra al bivio: i percorsi della crisi", que cuenta con el trabajo de P. Serra, "Norberto Bobbio. Da 'Politica e cultura' gli anni settanta", pp. 39-93.

* * *

Democrazia e diritto, 3-4, 1990. En la sección "Azione e comunicazione", el trabajo de J. Habermas "Delucidazione sul concetto de agire comunicativo". También el de R. Cristin, "Il fenomeno dell'intersoggettività". Para la sección "Diritto e regole", relacionado con la temática de libertad y derecho de información, G. Giuletti, "Pluralità delle fonti e diritto all'informazione", y P. Marsocci, "Il valore de la comunicazione e le nuove regole". Referencialmente mencionar el conjunto de trabajos que sobre información, privacy y reserva de información, libertad de expresión y tutela de la intimidad personal se recogen en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'uomo*, 2, 1990 (A. Rigobello, A. Mattioni, M. R. Saulle, M. de Salvia, A. Valenti, C. Zanghi, G. Caggiano, V. Starace, T. Scovazzi y otros), y el titulado "La trascendencia jurídica de la intimidad", de N. González Gaitano, en *Persona y Derecho. Humana Iura*, 1-1991, pp. 275-298.

* * *

Democrazia e diritto, 5-6, 1990. Contiene el monográfico "La sinistra giuridica americana", bajo dirección de A. Carrino, que ofrece diez trabajos de representantes de lo que ha dado en llamarse movimiento "Critical Legal Studies". Sujeto en ocasiones a fuertes rechazos por el carácter muy radical de algunos de sus postulados fundamentales, se trata de un conjunto temáticamente múltiple de líneas de investigación ("Law as Interpretation"), en verdad muy poco conocido en nuestro país. Una de las dimensiones ideológicas del "Critical Legal Studies" la constituye el marxismo, aunque no pueda afirmarse que quienes participan de esta corriente de trabajo lo

sean. Otras dimensiones vienen dadas por el realismo jurídico americano, y la prospectiva sociológica del derecho ("Law and Society Movement"). No faltan tampoco planteamientos del "nihilismo" o "negativismo" jurídicos. La presentación de Carrino, "Solidarietà e diritto. La sociologia giuridica dei 'Critical Legal Studies'", pp. V-XLVI introduce en las líneas generales de esta corriente y subraya la confrontación con la dirección "liberal" del pensamiento jurídico americano que, sin embargo, produce a veces coincidencias notorias. Los textos compendiados corresponden a R. W. Gordon (Nouvi sviluppi nella teoria del diritto), R. Mangabeira Unger (La disintegrazione della "rule of law" nella società postliberale), R. W. Gordon (Storie Critiche del diritto), Th. C. Heller (Strutturalismo e critica), D. Kennedy (Forma e sostanza nella giurisdizione del diritto privato) S. Brabinerd (L'assalto infondato: un sguardo wittgensteiniano su linguaggi, strutturalismo e teoria Critica del diritto), M. J. Horwitz (La nascita del formalismo giuridico), E. Kare (Teoria Critica e diritto dei rapporti di lavoro), M. Kelman (Le origini del crimine e della violenza criminale) y N. Taub & E. M. Schneider (Subordinazione delle donne e ruolo del diritto).

* * *

Otros estudios de interés en la misma anualidad 1990 de *Democrazia e Diritto*, para el núm. 1, V. Accattatis, "Giusnaturalismo e costituzionalismo", y núm. 2, P. Barcelona, "Stato di diritto e principio democratico".

* * *

En el plano de la discusión y análisis jurisdiccional y jurisprudencial de los Derechos Humanos, dentro del monográfico "Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas" preparado por *Poder Judicial*, núm. especial VI, sobre las actas de las Primeras Jornadas sobre "Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y libertades públicas" celebradas el año 1989 en la Facultad de Derecho de Cáceres, destacar, J. A. Carrillo Salcedo, "El sistema jurisdiccional europeo de protección de los derechos humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", pp. 247-264. En la *Rivista Internazionale dei Diritti dell'uomo*, 3, 1989, "Le opinioni separate, dissenzienti e concordanti dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo", por L. Pettiti, pp. 406-417. Igualmente, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 1990, G. Rolla, "Il sistema costituzionale dei diritti fondamentali, L'esperienza spagnola".

* * *

Tres reflexiones en perspectiva a un tema común: Universidad y régimen jurídico de la autonomía. A. E. de Asis Roig, "La autonomía universitaria

y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 7, 1990, pp. 23-59; L. Paladin, “Stato e prospettive dell’autonomia universitaria”, en *Quaderni Costituzionali*, 1, 1988, pp. 161-181; S. Cassese, “L’Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell’Europa”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1990, pp. 755-768.

* * *

Sobre el pensamiento político de Mill y Tocqueville, en *ARSP*, 1990/4, P. Smart, “Some Will Be More Equal Than Others”, J. S. Mill en “Democracy, Freedom and Meritocracy”, pp. 308-323, y en *Il Politico*, núm. 154, 1990, pp. 251-273, por F. Mioni, “Tocqueville e la cultura democratica del ’700”.

* * *

A. Meloncelli, *Come si cerca il diritto*, Rimini, Maggioli, 1990, 187 pp. Dedicado, con propósito divulgativo entre jóvenes investigadores y estudiantes, a la descripción sistemática y explicativa de instrumentos, métodos y técnicas de investigación científica en el campo jurídico. Nociones sobre determinación e identificación de los datos jurídicos relevantes. Contiene también algunos ejercicios prácticos de aplicación para la investigación jurídica.

* * *

J. Rubio Carracedo, *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*. Prólogo de J. Muguerza, Madrid, C. E., 1990, 267 pp. Segunda obra en este año editorial de Rubio Carracedo. Dividida en tres partes bien diferenciadas, la primera defiende la tesis de que Rousseau no puede ser adscrito ni al iusnaturalismo ni el convencionalismo contractualista, sino que más bien cabría situarlo en una posición constructivista, precursora del constructivismo actual. La segunda incorpora la tesis según la cual el modelo político de Rousseau no es ni autoritario ni romántico, sino legitimista radical. La tercera y última se ocupa de analizar la democracia asamblearia del ginebrino considerando que si para su época no era demasiado viable, en la actualidad sin embargo puede rendir importantes servicios, con las oportunas traducciones categoriales e institucionales, en la reforma del modelo democrático liberal por lo que expresaba de ineludible exigencia participativa.

* * *

B. Pastore, *Tradizione e Diritto*, Giapichelli, Torino, 1990, 304 pp. Sobre el papel de la tradición en la experiencia jurídica, cuyo proceso se contempla como acumulación selectiva y dinámica. Un primer capítulo, dedicado a la tradición y sus significados, de donde destaca lo examinado en 5. Weber y la irracionalidad de la tradición, 6, en relación a la importancia del concepto en Hayek, y 7, sobre la tradición como estructura de la intersubjetividad. El capítulo segundo, Continuidad del Derecho, recoge aspectos de interés muy específico en los puntos 6, relativo a las tesis de la discontinuidad del derecho (Austin, Hart, Ross y Kelsen) y 7, en torno a continuidad jurídica y tradición. El tercer y último capítulo se lleva sobre tradición jurídica, ciencia y papel de los juristas. Inevitable aquí la referencia a Savigny. Un inteligente planteamiento en los puntos 4 y 5, la dogmática como memoria aplicativa del derecho y los juristas como garantes de la tradición.

* * *

Entre enero de 1973 y enero de 1991 cien números de SISTEMA. La centena suele ser ocasión de aniversarios. Esta vez hay mucho más que la oportunidad para un apunte contable. Desde las "Breves notas para la prehistoria y la intrahistoria de 'Sistema'", por E. Díaz o "Del pasado al futuro", por G. Peces Barba, sugestivas reflexiones panorámicas del tiempo transcurrido, en la sociedad y cultura políticas españolas (J. F. Tezanos, R. Dorado, J. M^a Maravall, R. Mesa y F. Fernández Buey), las preocupaciones y transformaciones en el pensamiento (Sociología, L. Rodríguez Zúñiga y J. Salcedo; Ciencia Política, R. Cotarelo; Filosofía, Abellán; Filosofía Jurídica, Ética y Política, A. Ruiz Miguel), y aun más allá, para el trastiempo humano individual (Laporta y Muguerza), hasta llegar a los análisis de contenido e investigación de la recepción (lectores), por Jiménez García y González Rojo. Por último una encuesta a intelectuales y políticos. Entre otros, Aranguren, J. R. Capella, A. Cortina, L. García San Miguel, E. Guisan, Liborio L. Hierro, N. López Calera, J. Marichal, Morodo, Paramio, A. E. Pérez Luño, L. Prieto, A. Varcárcel, o Tomás y Valiente.

* * *

Espigando entre números de "Sistema" correspondientes a 1990, aparte otros ya mencionados más arriba, L. Prieto, "Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional", mayo, núm. 96, pp. 19-34, y G. Peces Barba, "El socialismo y el derecho al trabajo", julio, núm. 97, pp. 3-10.

* * *

Una creciente presencia judicial en la sociedad y ciertas tendencias hacia la judicialización sistemática de los problemas sociales, quizás como

respuesta, acaso como "reacción" a la politización de los mismos, resalta la atención a la figura y papel del juez. Un examen breve pero en apunte valioso y cuidada bibliografía, seguramente sólo anticipatorio de otro más extenso, en el trabajo de P. Pedrezoli, "Il Giudice nei regimini democratici", *Rivista Italiana di Scienza Politica*, XX, 2, 1990, pp. 293-323. Sistema político y subsistema judicial: superposiciones funcionales y diferencias estructurales, y capacidad y legitimidad democrática del procedimiento judicial son los aspectos que la A. aborda.

* * *

L. Prieto Sanchis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990; 265 pp. Reúne doce estudios, varios de ellos redactados a lo largo de 1989-1990, otros inéditos recogiendo o reelaborando trabajos previos. El libro posee sin duda una enorme densidad. Está organizado manteniendo no sólo unidad temática sino, más importante aun, coherencia sistemática. Desde mi punto de vista la capacidad de análisis dogmático y normativo del A. es envidiable. Las valoraciones en filosofía moral y política siempre presentes y actuantes. Elegiría de la obra los cap. VII, X, XI y XII, dedicados "Limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", "Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares", "Principios generales del sistema de protección jurídica de los derechos fundamentales" y "Suspensión de los derechos fundamentales", en particular lo concerniente a "La llamada suspensión individual de derechos fundamentales".

* * *

Human Rights for the 1990s; R. Blackburn & J. Taylor (eds.), Mansell, London-New York, 1990, 132 pp. Da la impresión de que la obra ha debido responder a alguna clase de estímulo, ajeno desde luego a la necesidad. Los contenidos son poco reveladores. Los temas, de un lugar a otro, saltan en continuo desorden. Entre todos ellos, una docena en conjunto, existen también no pocas desigualdades, con excepciones, pero muy aisladas.

* * *

R. B. M. Cotterell, *Introducción a la Sociología del Derecho*, versión de C. Pérez Ruiz, Prólogo de A. E. Pérez Luño, Ariel, Barcelona, 1991. Al contrario en parte de lo que sucede en Sociología general, el campo de la sociología jurídica contaba con un muy limitado panorama de perspectivas sobre problemas y enfoques de vertiente anglosajona. La obra contribuye a un mejor conocimiento de esas direcciones y a la posibilidad de contrastar lo necesario respecto a la tendencia mayoritaria en nuestra bibliografía. La

orientación práctica del trabajo sociojurídico que caracteriza los estudios en lengua anglosajona se armoniza en Cotterrell con análisis teóricos y doctrinales de interés.

* * *

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 75. Curso 1989-1990. La nueva dirección se estrena con un voluminoso ejemplar, 1.168 pp., en el que la representación de temas y contribuciones en teoría del derecho, filosofía jurídica, historia del pensamiento, derechos humanos, etc... resulta numéricamente importante. Acoge firmas extranjeras, como las de S. Cotta (Fundamentos de ontofenominología jurídica), Pattaro (Neoempirismo y realismo: la escuela de Uppsala), Rouland (¿Definir o pensar el Derecho?) o Wròblewski (sobre metodología y definición jurídica). De entre los autores españoles, además de los ya más arriba mencionados Santos Pastor y Palomino Tapia, figuran estudios a cargo de N. Alvarez (sobre derechos humanos) Blanco Ande, Fernández Fernández y Puy Muñoz (historia del pensamiento jurídico), Falcón Tella, González Soler, Sanchez de la Torre (argumentación jurídica, decisión, lógica jurídica), etc.

* * *

M. Rodríguez Molinero, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Lib. Cervantes, Salamanca, 1991, 264 pp. Ante todo, subrayar la cuidada edición con que esta obra se da a conocer. También su estilo, que agrada y complace en la lectura. La sistemática, unitiva y reflexionadora. La presentación y título, cuando menos autenticadora del contenido que efectivamente se desarrolla (El A. advierte con claridad en Prólogo sobre “quienes, con bastante nostalgia de la vieja disciplina Derecho Natural, aunque a veces también por inercia o comodidad, lo único que han hecho es modificar el título de la disciplina y de sus libros y proponer una ‘Introducción filosófica al Derecho’, cuyo contenido es sin embargo el mismo que se enseñaba como Derecho Natural”). Valiosa y elocuente en el trabajo realizado la toma de posición frente a intentos de colonización de la materia por civilistas (aunque quizás habría que añadir también a determinados representantes del derecho público, como los constitucionalistas reconvertidos desde el derecho administrativo). Desde mi punto de vista, resaltar en la parte segunda la afortunada elección del término “orden jurídico” al abordar los problemas de la ciencia jurídica como ciencia normativa.

* * *

Del *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6 y 7, 1990 hemos ido ofreciendo puntuales referencias al hilo e cuestiones emergentes por relación

o coincidencia. Reuniré aquí algunas más que conviene no olvidar: Ansuategui Roig (teoría liberal y libertad de expresión) Ara Pinilla (semántica de los derechos humanos), López Calera (dialéctica de los derechos humanos) Vernengo (escepticismo y derechos humanos) Panichas (estructura de los derechos humanos básicos), Ruiz Miguel (derechos humanos como derechos morales) Montoro Ballesteros (sistemática de las garantías jurídicas -medievales- de los derechos humanos), Puy (una retrospectiva tópica y crónica de la idea de dikeos), Squella (democracia y derechos humanos), Soriano (Ilustración y derechos "demediados") Velasco Arroyo (en torno al concepto de derechos humanos). Junto a éstos, otros trabajos de filosofía jurídica, moral y política relativos a la problemática metodológica de las ciencias sociales en conexión con los "valores" (Fariñas Dulce), principio de igualdad y protección de diferencias en Derecho (J. I. Martínez), principios y normas (Puigpelat Martí) o, el ya mencionado, sobre "seguridad jurídica" desde la Filosofía del Derecho, de Peces-Barba.

* * *

A. Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli, 1990, 344 pp. Sin duda está entre los más serios trabajos aparecidos en este año editorial. En su contenido, primera y segunda parte, Hart (desde la defeasibility a la estructura abierta), Ross (semiótica de los conceptos jurídicos. Empirismo y precriptivismo), Scarpelli (cualificación y prescripción), Dworkin (conceptos intrínsecamente abiertos e integridad), MacCormick (instituciones y reglas constitutivas) y Goodrich (sistema y teoría crítica). En la parte tercera y última, recapitulación y construcción en conclusiones de los encabezamientos de partes anteriores.

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

VII
CRITICA BIBLIOGRAFICA

Sergio COTTA, *Diritto, persona, mondo umano*, Giapichelli, Torino, 1989, 319 pp.

El último libro de Sergio Cotta -quinto de los volúmenes de la colección *Recta Ratio*, colección filosófico-jurídica dirigida por los profesores Francesco D'Agostino y Francesco Viola y que, en tres años de existencia, ha editado ya un buen número de interesantes estudios sobre cuestiones de la disciplina- constituye una recopilación de catorce ensayos, la mayor parte de los cuales ya habían sido publicados separadamente, cuyo hilo común viene dado -como el propio autor señala en el prefacio- por la consideración del Derecho no como "una simple técnica organizativa o un sistema normativo formal, sino más bien como una de las expresiones más relevantes de la relacionalidad coexistencial que es propia de la estructura ontológica del hombre" (p. 19). Esta es probablemente la línea central del pensamiento de Cotta, ya expuesta en sus *Itinerarios humanos del Derecho* (trad. de J. Ballesteros, EUNSA, Pamplona, 1974), en *Justificación y obligatoriedad de las normas* (trad. de A. Fernández Galiano, Madrid, CEURA, 1987) o en *El Derecho en la existencia* (trad. de I. Peidró, Pamplona, EUNSA, 1988); para Cotta, en efecto, la razón de ser del Derecho se halla en la naturaleza social del hombre y, más en concreto, en el contraste entre la necesidad de la relación social en plano óntico -el hombre es un ser social, y no puede prescindir de su relación con los otros- y la variabilidad de tal relación en el plano ontológico, en el que amistad y enemistad, amor y odio, se presentan como dos movimientos antitéticos igualmente naturales y, por tanto, en constante conflicto: tal ambivalencia humana hace necesaria la aparición de mecanismos protectores frente a la inseguridad en que se debate la existencia del hombre, de los cuales el Derecho es el principal. El enfoque de Cotta se caracteriza pues, -como el título de este libro pone nuevamente de relieve-, por un acercamiento a la realidad jurídica que la sitúa en su contexto adecuado: el Derecho es un fenómeno humano y, en particular, un fenómeno que refleja y que proyecta la dimensión relacional del ser humano.

Desde este enfoque aborda Cotta las diversas cuestiones que aparecen tratadas a lo largo del libro: la noción de comunidad, la noción de persona,

la relación entre violencia y derecho, la justificación de los derechos humanos, el debate sobre el iusnaturalismo (al que están dedicados tres de los artículos que se recogen), el problema del aborto y la eutanasia, el deber de socorro, la relación entre Derecho y orden, la relación entre Derecho y Moral, y el fundamento de la Moral. Excedería de los propósitos de este trabajo analizar todas las cuestiones tratadas por Cotta; me limitaré, por ello, a tratar de mostrar el modo en que se desarrolla en el libro la línea argumental expuesta.

El artículo sobre la noción de persona ofrece una interesante profundización en la dimensión relacional del ser humano a la que antes hacía referencia. Cotta advierte con razón que “no existe ninguna doctrina filosófica seria que haya sostenido jamás la posibilidad para la persona de una vida sin relación, cerrada en sí misma... La presencia de la relación, no tematizada propiamente, aparece como un dato indiscutido” (pp. 76-77). Según el autor, son tres los modelos fundamentales según los cuales se ha interpretado la relacionalidad en el pensamiento moderno: individualismo, societarismo y comunitarismo. En definitiva: o bien se ha puesto el acento en la persona, considerándola como una unidad completa en sí misma y, por lo tanto, previa y superior a la sociedad (es la visión del empirismo anglosajón, y también, en otros términos, de Kant); o bien se han invertido esos términos, y se ha puesto el acento en la sociedad, sosteniéndose (por Rousseau, Hegel o Marx) que la persona sólo se constituye en plenitud en la sociedad; o bien se ha tratado de superar esa disyuntiva, y se ha tratado de argumentar que la persona no se completa por sí misma, pero tampoco necesita esencialmente de esa relación general y vaga que es la sociedad: la persona se realiza en la relación interpersonal estrecha a la que se denomina “comunidad”. Sin embargo, “el rasgo común a estas tres posiciones es la consideración de la persona a un nivel fenoménico” (p. 80): ninguno de ellos, en cambio, profundiza en la estructura interna de la persona, tratando de poner de relieve el fundamento de su relacionalidad. Para Cotta, tal fundamento se encuentra en la paridad ontológica de la persona; todas las personas necesitan de los otros, porque todas tienen la misma estructura ontológica, que Cotta define en términos de dualidad finito-infinito. El ser humano es finito “porque la conciencia de la propia finitud implica haber trascendido su particularidad y contingencia: no se puede pensar lo finito sin lo infinito y este pensar lo infinito es una capacidad real del ser del ente” (*Justificación y obligatoriedad...*, cit., p. 160). Pues bien, la finitud de la persona implica que una no pueda ser sin la otra; pero la común participación en lo infinito -“sin la cual no se entiende cómo podrían comprenderse entes integralmente finitos”- sólo es posible desde la comunicación y la comprensión recíproca (pp. 80-81). Y esta relacionalidad esencial justifica la existencia del Derecho, y se convierte en uno de sus criterios rectores: la paridad ontológica en que la relacionalidad se funda implica, en concreto,

que “ningún hombre puede negar la dignidad y el valor a otro hombre sin negársela a sí mismo” (p. 80); yo añadiría que el argumento es válido igualmente a la inversa: ningún hombre puede negarse la dignidad a sí mismo sin negársela a los otros, y este argumento explica que los derechos humanos deban ser considerados inalienables, esto es, indisponibles por el propio sujeto titular de los mismos), e implica asimismo la necesidad de la comunicación y comprensión interhumana y, por ello, en definitiva, la consideración de la paz como fin del Derecho.

Con esta última idea enlaza precisamente el capítulo dedicado a la relación entre violencia y Derecho. En un trabajo anterior (*Perché violenza? Una interpretazione filosofica*, L'Aquila, Japadre, 1978) Cotta ya había refutado las tesis que sostienen la presencia en el Derecho de elementos de violencia, poniendo de relieve la esencial diferencia estructural entre ambos fenómenos: mientras que el Derecho se caracteriza estructuralmente por la medida, la violencia consiste precisamente en la ausencia de medida. Aquí el autor retoma esa crítica, empleando una argumentación diferente: trata de poner de relieve, en concreto, que todas las tesis que identifican el Derecho con la violencia tienen como base una noción de la libertad humana entendida como libertad absoluta, exenta de todo condicionamiento, y sin sujeción a regla alguna; y, por lo tanto, entienden como violencia toda sujeción a reglas de la conducta humana que suponga restringir tal libertad absoluta (ese sería, para Cotta, el elemento común de tesis como las de Walter Benjamin, Sartre, Marcuse, o los postestructuralistas franceses: cfr. pp. 84-92). El error de ese modo de pensar radica, sin embargo, en que esa libertad absoluta no es real: más concretamente, sólo sería real en un mundo en que el individuo viviese completamente aislado, sin necesidad de relación alguna con los otros -en una situación de autosuficiencia existencial del individuo, como el estado de naturaleza rousseauiano; pero, como el propio Rousseau señala, tal condición originaria del hombre no es más que un mito. En un mundo en que la relacionalidad es una condición esencial del hombre, la libertad se encuentra necesariamente condicionada, y la pretensión de una libertad incondicionada puede ser precisamente la fuente más peligrosa de violencia.

Y con la idea de la paridad ontológica como fundamento de los derechos humanos enlaza el capítulo dedicado a esta última cuestión. Tras pasar revista a distintos modelos de análisis y justificación de los derechos humanos, Cotta pone de relieve un defecto común de todos ellos: ninguno de esos modelos acierta a explicar adecuadamente la relación entre los derechos y la sociedad o, en otras palabras, la articulación entre los derechos subjetivos y el Derecho objetivo; pues todos subrayan la prioridad de uno de los dos elementos de la relación sobre el otro. Cotta trata de ofrecer una mejor explicación, y para ello vuelve a la idea de la paridad ontológica entre

los seres humanos, que implica concretamente que todo derecho exige como correlato necesario una obligación: si yo soy igual a todo hombre, ello quiere decir que tengo derechos frente a él, pero también obligaciones, que corresponden a los derechos que él tiene frente a mí. Pues bien, esta idea puede ser aplicada también a las relaciones entre la persona y la sociedad, puesto que “la sociedad no es un ente que existe por sí mismo, sino tan sólo la hipostatización de un modo de ser del hombre, el ser socio con otros hombres” (p. 121); por lo tanto, las relaciones entre la persona y la sociedad se caracterizan también por estar articuladas en forma de un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas y correspondientes. En consecuencia, la persona tiene derechos frente a la sociedad, que no derivan de la norma jurídica; pero la sociedad puede regular legalmente tales derechos, pues ella tiene también derechos frente a la persona. Se trata de una explicación interesante, pero quizás habría que pedir a Cotta un mayor desarrollo de esta argumentación.

La fecundidad práctica de la tesis básica de Cotta -el acercamiento al Derecho desde la dimensión relacional del ser humano- se muestra especialmente en el análisis del problema de la obligatoriedad de las normas, que lleva a cabo en el capítulo titulado “Per un riesame delle nozioni di giusnaturalismo e diritto naturale”. Tras haber examinado los distintos tipos de iusnaturalismo existentes y haber puesto de relieve sus divergencias más importantes, Cotta subraya también varios rasgos comunes a todo iusnaturalismo, uno de los cuales es precisamente la búsqueda de un fundamento **objetivo** de la obligatoriedad de las normas, basado en la naturaleza. Pues bien, Cotta trata de ofrecer una explicación objetiva de la obligatoriedad, en los siguientes términos: la obligatoriedad de una norma se justifica si es necesaria para la realidad de una forma existencial; así, por ejemplo, para los soldados se justifica la obligatoriedad de la norma “los soldados deben combatir”, pues tal norma es necesaria para la realidad de la forma existencial “soldado”, dado que no se es auténtico soldado si no se tiene disposición para combatir (cfr. p. 175); asimismo, la obligatoriedad de la norma “los ciudadanos deben cumplir las leyes del Estado” se justifica por cuanto su cumplimiento es necesario para la realidad de la forma existencial “Estado”, dado que, si los ciudadanos no cumplen las leyes, el Estado deja de existir (cfr. p. 173). Tales justificaciones remitirían a continuación a una fundamentación del valor de tales formas existenciales (“Soldado” o “Estado”); pero existen otras normas cuya obligatoriedad se justifica de forma absoluta y universal: todas aquellas cuyo cumplimiento es necesario para la realidad del ser existencial del hombre; puesto que el elemento más importante del ser existencial del hombre - en el que se basa el Derecho- es la relacionalidad, se justifica con carácter universal y absoluto la obligatoriedad de todas aquellas normas cuyo incumplimiento destruiría o pondría en peligro la relacionalidad humana. Así por ejemplo, la norma “debe

respetarse a los inocentes” es una norma con obligatoriedad universal y absoluta, pues, si ese respeto falla, la relacionalidad entra claramente en crisis.

Cotta aplica después esa tesis -en otro de los capítulos- al análisis de dos discutidos problemas prácticos: aborto y eutanasia. El argumento frente a la licitud de ambas conductas es claro: la obligatoriedad de la norma “nadie puede atentar contra la vida de otro ser humano” está justificada, pues tal atentado destruye la realidad del ser existencial del hombre, y pone en serio peligro la subsistencia de la relacionalidad. Si esto es así, la única vía para defender el aborto habría de partir de que el feto no es un ser humano; pero esta vía es estéril, pues “es científicamente irrefutable que el nasciturus es un individuo perteneciente al género humano con el mismo título que la madre” (p. 222), y se encuentra dotado, entre otras cosas, de su propio código genético, desde el mismo momento de la concepción; “la tesis de la licitud del aborto no puede, por tanto, sino basarse en la última instancia en la distinción entre vida-valor y vida-mero-hecho (biológico), negándose la primera al nasciturus” (p. 223); pero no existe ninguna razón consistente en que tal distinción pueda apoyarse. Ni el criterio de la vida independiente, ni el de la inculturación de la persona, ni ningún otro, es capaz de establecer una distinción esencial entre la vida del nasciturus y la del individuo ya nacido en virtud de la cual se niegue el valor de la primera y se atribuya valor a la segunda; cualquier argumento que prive de valor (o que otorgue menos valor) a la vida del feto puede volverse contra el propio individuo ya nacido, y privar de valor a determinadas formas de vida humana adulta; con lo que la relacionalidad se destruye de raíz.

Por su parte, el análisis de Cotta acerca de la eutanasia se circunscribe a la eutanasia voluntaria en sentido estricto, es decir, a la intervención de terceras personas para privar de la vida a un sujeto que desea morir (el suicidio autoinfligido no es, en cambio, objeto de su atención). Y la argumentación del autor italiano trata de mostrar, precisamente, que el consentimiento del sujeto pasivo no es relevante para la valoración moral de la conducta de quienes realizan la eutanasia. Concretamente, quienes defienden la licitud de la eutanasia voluntaria siempre señalan que la decisión de poner fin a la propia vida ha de ser adoptada por el sujeto de forma anticipada, en estado de plena posesión de las capacidades normales de razonamiento y juicio. Esto es completamente lógico, pues no sería admisible conferir valor jurídico a una decisión de morir adoptada en un momento de ofuscación o alteración psíquica (provocada por ejemplo por los dolores de la enfermedad). Pero, precisamente por ser adoptada anticipadamente, “tal decisión no es capaz de determinar con rigurosa exactitud la situación, clínica y existencial, en que deberá ser llevada a efecto... no es capaz de prever las condiciones efectivas de su ejecución de modo tal que

quede estrictamente vinculada la voluntad de quien ha de intervenir, excluyendo toda posibilidad de juicio personal” (p. 232). Pero, además, en cualquier momento puede suceder, hasta el propio momento de la muerte, que el sujeto cambie de parecer con respecto a su anterior decisión. Por tanto, el operador de la eutanasia ha de realizar una doble valoración: a) cuál es la situación efectiva en que la voluntad teórica del sujeto debe ser llevada a la práctica; b) cuál es el momento en que se verifica la voluntad auténtica del sujeto, su deseo de morir. Todo ello implica que la escisión sobre la privación de la vida no es estrictamente subjetiva, sino intersubjetiva: el operador está de hecho implicado en esa decisión, y si opta por practicar la eutanasia sin una certeza absoluta de que su valoración es correcta (certeza que es de imposible consecución en la práctica) está atentando contra la dignidad del sujeto pasivo y disolviendo la relación intersubjetiva que le une con él.

Termino aquí mi análisis del libro de Sergio Cotta. Creo haber podido sugerir que esta última obra del profesor italiano constituye una buena muestra de que el acercamiento a la realidad jurídica desde la antropología y, concretamente, desde la relacionalidad como rasgo constitutivo de la existencia humana, permite esclarecer muchos de los interrogantes que otras visiones del Derecho cerradas y formalistas dejan sin solución.

Antonio LUIS-MARTÍNEZ PUJALTE

Vittorio MATHIEU, Luci ed ombre del giusnaturalismo, Giapichelli, Torino, 1989. 321 pp.

Antes de reseñar cualquier trabajo de investigación conviene acercarse a la persona que lo ha elaborado pues, con frecuencia, nos proporciona luces para comprender mejor su obra. Si eso resulta siempre oportuno, ante libros como el que ahora comentamos de Vittorio MATHIEU ello nos parece imprescindible, al tratarse de una selección de artículos representativos de sus reflexiones en los dos últimos decenios: difícil será ubicar un conjunto de artículos, dispersos en el tiempo y diversos en los temas, si previamente no situamos algunas coordenadas elementales de la vida y el pensamiento de su autor.

MATHIEU es un pensador de primera línea internacional. Sus publicaciones -en muchos idiomas- se cuentan por decenas de libros y centenares de artículos, de extraordinaria calidad. Es, además, un hombre de una versatilidad poco común para la profundidad y rigor científicos que despliega. Escribe un libro de indispensable lectura para los especialistas de la historia de la filosofía con la misma facilidad con que profundiza en temas literarios o musicales, político-culturales, éticos, económicos, etc. Prueba de ello son algunos de sus libros más conocidos: *Dios en el "Libro de las horas" de R. M. Rilke* (1970), *La esperanza en la revolución* (1972), *Temas y problemas de la filosofía contemporánea* (1974), *Por qué castigar* (1978), *La voz, la música, lo demoníaco* (1983), o su *Filosofía del dinero* (1985), recientemente publicada en España (1990). Junto a todo ello, tiene experiencia de gobierno: ha presidido el Comité de cultura de la comisión nacional de la UNESCO y, durante el cuatrienio 1977-1980, representó a Italia en el Consejo ejecutivo de dicha organización. Esta última condición se pone de manifiesto, entre otras cosas, en su facilidad para conectar los planteamientos abstractos con propuestas concretas.

Por lo que respecta a su formación, debemos decir que, aunque MATHIEU ha dedicado sus principales investigaciones a la filosofía, realizó estudios superiores de jurisprudencia y filosofía. Esto se refleja en el profundo

conocimiento que demuestra tener de la realidad jurídica y en la solidez de sus razonamientos a la hora de abordar cuestiones de índole filosófico-jurídica. Además, el estudio de éstas se despliega desde el amplio panorama de la filosofía moral, lo que incorpora una enorme riqueza de enfoques.

El libro que ahora comentamos inaugura la colección *Recta ratio* de la editorial Giapichelli. La nueva colección está dirigida por los profesores VIOLA y D'AGOSTINO, y tiene como objetivo la edición de textos y estudios de Filosofía del Derecho. A pesar de su corta andadura, son ya más de veinte los títulos publicados. En *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, Vittorio MATHIEU ha recopilado dieciocho artículos publicados entre 1962 y 1986. Estos trabajos se han ordenado bajo tres grandes epígrafes: Simetría formal y derecho sustancial; Derecho y valores; Derecho y política. Por tratarse de artículos de muy heterogénea temática, en estas líneas nos limitaremos a resaltar algunas ideas que nos han llamado particularmente la atención y a ir ofreciendo, en la medida de nuestras posibilidades, algunos de los trazos dominantes en el pensamiento de MATHIEU.

Antes de entrar en *Luci ed ombre* me parece obligado señalar los principales filósofos estudiados por MATHIEU: LEIBNIZ, KANT, HEGEL (en menor medida), y BERGSON. Esta presencia, sobre todo, de KANT y de BERGSON definirá una de las líneas principales de la filosofía de MATHIEU: el estudio de la objetividad. Partiendo de KANT e incorporando la posterior reflexión de BERGSON, MATHIEU llegará a distinguir, en una realidad estratificada (BERGSON), la objetividad superficial, que es la propia del espacio, y la objetividad de lo profundo. Ello le llevará a la conclusión de que, lo que con frecuencia se llama objetividad, es decir, la objetividad de la "ciencia" no es más que un proceso de espacialización, que permite y, a la vez, limita esa objetividad al nivel de la superficie. En este marco, MATHIEU se atreve a reivindicar, en nombre de KANT, el juicio reflexionante para acceder a la objetividad profunda y trascender la objetividad espacial.

Toda la obra filosófico jurídica de MATHIEU y, en concreto, el artículo que da nombre al libro que presentamos, *Luces y sombras del iusnaturalismo*, es una defensa del derecho, entendida como una defensa elástica. Como a continuación trataremos de poner de manifiesto, esa defensa del derecho se apoya en las reflexiones sobre la objetividad que acabamos de apuntar. Según MATHIEU, el derecho no se reduce al hecho ni, por tanto, a la fuerza; y tampoco cabe entenderlo como mera voluntad particular expresada en

forma genérica. Pero, al negar estas concepciones por reduccionistas¹, de alguna manera estamos reconociendo la existencia del derecho natural como una realidad ineludible. Ello no quiere decir -se apresura a matizar MATHIEU- que el derecho natural sólo quepa entenderlo como un texto definitivo e intemporal, del que los diversos códigos serían simples transcripciones.

Dentro de este marco, MATHIEU buscará una definición del derecho natural, y la encontrará recurriendo a KANT, su filósofo favorito, quien, en una de sus obras sobre el derecho, dejó escrito que establecer lo que una cosa sea justa, en una situación determinada, no es objeto de un juicio determinante sino reflexionante. Este juicio reflexionante, al igual que los juicios determinantes, ofrece un criterio universal y no simplemente subjetivo; pero lo hace "no en forma de norma, sino como algo presente en la conciencia y deducido de ella mediante la reflexión sobre la situación concreta" (Prefacio, p. 2).

Otra de las líneas principales del pensamiento jurídico-filosófico de Vittorio MATHIEU es su reflexión sobre el concepto de igualdad y de simetría, en cuanto fundamento de lo justo. La cuestión es abordada parcialmente en varios artículos. En el titulado *L'eguaglianza giuridica* alude a las relaciones entre la igualdad formal y la material, y también a las planteadas entre igualdad jurídica y desigualdad por razón de la naturaleza. Según MATHIEU, "el derecho contemporáneo trata de abolir la naturaleza, pero el intento nunca podrá ser completo" (p. 123). Y, por ello, "el derecho debe convertirse en un medio de igualación, y no debe contentarse con dar la mínima importancia posible a la desigualdad natural: debe trabajar por destruirla" (p. 125). Por supuesto, esta exigencia de una igualdad "por medio" del derecho no puede amenazar el principio de igualdad ante el derecho.

En el último artículo de la primera parte del libro, titulado *Il cristianesimo, Kant e il concetto della responsabilità individuale*, MATHIEU analiza el concepto de responsabilidad partiendo de las referencias a la responsabilidad humana aparecidas en los primeros textos filosóficos y códigos legales de la humanidad. Traza un sucinto esbozo de la génesis de la responsabilidad, entendida primero como colectiva, más tarde como metafísica y objetiva y,

1. En su artículo *Difesa del diritto alla nascita*, Mathieu insiste en ese punto. Dice que los que proponen la desaparición del delito de aborto -basándose en que se trata de una ley que no se aplica- en realidad, lo que están propugnando es una concepción del derecho, que lo reduciría a "normas arbitrarias, dependientes de un condicionamiento histórico que, en última instancia, se hace sentir a través de la voluntad del legislador. En consecuencia, toda norma es mutable a condición de que cambie la voluntad del legislador" (p. 148).

por último, sobre todo a partir del cristianismo, como responsabilidad personal.

A continuación, se centra en el concepto de responsabilidad personal y dirá “que de la responsabilidad individual no puede darse ninguna justificación física, biológica, psicológica, o científica en general, dado que ésta excluye una ‘responsabilidad’, es decir, un deber de responder a una *llamada que está fuera del mundo de la ciencia*” (p. 90). Según MATHIEU, el cristianismo fundamenta ese carácter responsable del ser humano en la Gracia de Dios, “que es la que le otorga la capacidad de responder a una llamada, que no es una llamada exclusivamente natural, porque nunca podría sugerirla la simple y pura naturaleza” (p. 87). A partir de esa consideración teológica, MATHIEU se detiene en el proceso de secularización del concepto de responsabilidad que se operaría a partir de Kant. “En lugar de la Gracia, Kant pone el imperativo moral como un hecho de la razón... lo que significa que no se puede fundar el imperativo categórico o justificarlo en base a cualquier premisa” (p. 88).

Pienso que el artículo resulta sumamente sugerente pero que se podría completar incorporando la reflexión que, en los últimos decenios, han llevado a cabo las corrientes ecologistas acerca de las relaciones entre el hombre y la naturaleza, y de la responsabilidad del hombre frente a aquélla. Esta referencia me parece casi necesaria, sobre todo a partir del momento en que MATHIEU señala que “pretender ser respetado como un fin y no usado como simple medio equivale a situarse como una excepción respecto a todo el resto de la naturaleza” (p. 91). Desde luego, la cita recogida requeriría una mayor explicación pues, aunque cabe pensar - a la vista de sus planteamientos generales- que el filósofo de Turín no pretende reducir la naturaleza a simple material de trabajo, eso es lo que se podría entender teniendo en cuenta sólo la cita.

Hasta el momento se han desarrollado dos tendencias antagónicas en el ámbito de la ecología: la de los que inciden en el carácter responsable del ser humano, pero omiten cualquier valoración de la naturaleza (p. e. algunos partidarios del neoliberalismo o los tecnofanáticos, por utilizar la gráfica expresión del profesor SANMARTÍN); y la de los que desproveen al hombre de todo valor en sí mismos a fuerza de convertirlo en un simple elemento de la naturaleza, única titular de derechos (p. e. los impulsores de la *Deep Ecology*). Pienso que las reflexiones sobre la responsabilidad del hombre de MATHIEU podrían servir de punto de partida para la elaboración de una tercera vía que reconociera, a la vez, la dignidad incondicional del ser humano y el valor en sí de la naturaleza.

Uno de los artículos más hermosos de la selección ahora publicada es el dedicado a las razones últimas de la decisión de Thomas MORO, bajo el título: *Thomas More: ragioni di una scelta*. Partiendo de una decisión de Tomás MORO y de su posterior martirio, MATHIEU desarrollará su pensamiento en torno a la relación entre justicia y verdad. La conclusión no puede ser más tajante: “si no hay una verdad que no dependa de nosotros, no existe ningún criterio para la justicia” (p. 218).

En uno de los artículos más extensos del libro *-Scienza economica e realtà sociale-* MATHIEU analiza las relaciones entre la economía y la asistencia social a partir de un concepto muy personal de la economía. Para él, la economía política es la ciencia social que estudia “la actividad de colaboración que se deriva de la confluencia por convivencia de varias decisiones tomadas libremente”². Este concepto se separa tanto del clásico - el arte de satisfacer los deseos con recursos limitados- como del que identifica la economía con la producción. Por un lado, entiende que a la economía no le interesa cualquier fórmula de producción de bienes mediante recursos escasos, sino sólo aquella particular producción de bienes que se obtiene a partir del confluir espontáneo de distintas opciones dictadas por la conveniencia. Por otro lado, la economía es algo distinto de los sistemas de producción: estos varían según los países y las épocas, pero la economía siempre es la misma, nacida del confluir de esas elecciones “por conveniencia”.

Pero resulta que “el desarrollo de la economía en los últimos siglos ha hecho que la asistencia social sea, al mismo tiempo más difícil y más necesaria” (p. 293). Es natural que sea así porque “una sociedad prevalentemente fundada sobre relaciones económicas tiende necesariamente al atomismo. Y por ello, cuando el individuo no tiene posibilidad de entrar en las relaciones del *do ut des*, se encuentra con mayores dificultades. Las estructuras que, en otro tiempo, le ayudaban y le protegían, han desaparecido” (p. 239). Llegado a este punto, MATHIEU, se plantea una de las cuestiones cruciales para nuestra época: la de los límites de la actividad económica, o dicho con otras palabras, ¿qué relaciones sociales deben quedar fuera del imperio de la libre contratación? Puesto que se trata de una cuestión, además de amplia, sumamente difícil, la abordará desde el concreto terreno de las relaciones entre asistencia social y espacio para la actividad económica. Estas relaciones son vistas por MATHIEU como un círculo vicioso porque “la expansión de la primera recorta el espacio a la segunda, a la vez que hace más necesario, para poder alimentarse, el crecimiento de la economía” (p. 301). MATHIEU compara la situación presente con la de otras

2. Vittorio MATHIEU, *Filosofía del dinero*, Rialp, Madrid, 1990, p. 18.

civilizaciones, y termina ofreciendo un conjunto de propuestas muy concretas y definidas, en las que ahora no podemos entrar.

A vista de lo anterior, podemos concluir que la obra que inaugura la colección *Recta ratio* de la editorial Giapichelli tiene tres características que la dotan de un especial valor: en primer lugar, nos introduce en la reflexión sobre el derecho elaborada por uno de los filósofos prácticos más relevantes del panorama actual europeo; en segundo lugar, nos ofrece, a través de una selección de artículos que abarca un período de más de veinte años, una aproximación a muchas de las cuestiones que más se han debatido en los círculos filosófico-jurídicos de nuestro entorno cultural en los últimos dos decenios.

Vicente BELLVER CAPELLA

Ngairé NAFFINE, *Law & Sexes: Explorations in Feminist Jurisprudence*. Allen & Unwin. Sydney, Melbourne, Wellington, London 1990, 170pp.

A dos décadas de las primeras contribuciones, la teoría del derecho feminista sigue suscitando expectación. Y no es para menos. La discriminación social o -como dicen algunos- cívica de la mujer resulta, todavía hoy, insuficientemente contestada. En la experiencia del día a día son muchas las circunstancias vividas por las mujeres que requieren voces de denuncia. Si éstas siguen cauces jurídicos, y si las instancias decisorias lo estiman pertinente, el texto de la ley puede tener efectos reparadores. Desde una perspectiva feminista, sin embargo, la función del derecho no termina ahí. Así, la no discriminación de hecho exige una tara del derecho entre la que se encuentra la llamada acción positiva o afirmativa. Pero todavía cabe esperar más.

El alcance de este plus se puede expresar como sigue. Para muchos juristas, el derecho no es la instancia oportuna, ni para reflejar, ni para explicar la discriminación de hecho. Si, por un lado, el texto formal o abstracto de la ley no ofrece un trato desigual y si, además, como se acaba de señalar, la discriminación puede encontrar en el derecho una reparación, ya es más que suficiente. Al derecho -dirán algunos- no se le puede pedir más. Ahí acaba su función y, con ella, la del jurista. Pues bien, precisamente contra esta postura se alza la teoría del derecho feminista y, como parte de la misma, el libro de NAFFINE. Para esta autora -y así se puede resumir la tesis central de su contribución- es el derecho mismo el que encierra y consagra la discriminación. El derecho habla de la persona jurídica como si se tratara de un modelo abstracto y comprensivo, pero, en realidad, piensa en una persona concreta, de un determinado sexo (hombre), perteneciente a cierta clase (media) y ostentadora de cierto género (masculinidad).

Esta tesis, presentada en el libro a lo largo de ocho capítulos, surge en el ámbito de la tradición jurídica anglosajona. NAFFINE es australiana y circunscribe su reflexión a su propio país, USA y el Reino Unido. Sin embargo, esta limitación hay que entenderla referida más a las fuentes del

análisis que a su proyección. Así, es verdad que se trabaja sobre fuentes exclusivamente anglosajonas. De ellas, por lo demás, se emplea una gran variedad, y, en este sentido, junto a la jurisprudencia, objeto jurídico fundamental en los países del *common law*, revisten gran importancia los estudios de carácter teórico y empírico-sociológico sobre los jueces, abogados y el mundo jurídico en general. En cualquier caso -se insiste- la especificidad de estos estudios (derivada, por ejemplo, de la división de los abogados en *solicitors* y *barristers*, existente en Australia y el Reino Unido y que se menciona en el cuarto capítulo) no merma ni desdice en absoluto la proyección del análisis como visual de fondo de la realidad de los países occidentales.

La mencionada tesis se inscribe, asimismo, en el ámbito histórico del movimiento feminista, influenciado en parte por el marxismo y, más concretamente, en la esfera jurídica, por el Movimiento Crítico del Derecho (*Critical Legal Studies movement*). En lo que respecta a la exposición histórica del feminismo jurídico resulta fundamental el capítulo primero (*Feminist excavations*). Sirviéndose del lenguaje arqueológico NAFFINE presenta aquí una imagen del feminismo iusteórico como excavación (y, por tanto, fruto de una profundización más que de rupturas) en la que, hasta el momento, se habrían descubierto tres estratos.

El primero de ellos, coincidente con la primera fase del feminismo, estaría caracterizado por el monopolio del derecho por el varón (*the male monopoly of law*). La lucha de las mujeres en esta fase persigue la igualdad formal y, a resultas de la misma, la imparcialidad en los distintos ámbitos de la esfera pública. El argumento en que se apoya es el de un machismo descarado practicado por quien sólo se preocupa de preservar su poder y mantener a las mujeres en su sitio. Vendría luego la fase de la teoría de la cultura jurídica machista (*male culture of law*), que conlleva una visión más sutil que la anterior. En este caso, se trata de hacer ver el machismo que impregna, no tanto al derecho en sentido estricto como a la cultura jurídica en general. Frente al mismo, la tarea feminista tendría como objetivo idear un nuevo derecho y una nueva cultura para las mujeres. Estaría, por último, la tercera etapa del feminismo iusteórico, que vincula la retórica jurídica con el orden social patriarcal (*legal rhetoric and the patriarchal social order*). En este sentido, aunque NAFFINE siga hablando genéricamente del derecho, la crítica va dirigida a la actividad dogmática; más concretamente, a toda una serie de conceptos (como los de 'imparcialidad', 'objetividad' y 'racionalidad') elaborados para sostener una imagen justa del derecho. La denuncia de esta tercera fase del feminismo iusteórico radica, pues, en la tendenciosidad sexista de las categorías jurídicas de las que se serviría la doctrina jurídica para representar al derecho.

Por lo demás, cada uno de estos estratos de la historia iusfeminista está apoyado en una literatura representativa, de la que no sobra citar algunos nombres y títulos. Así, obras como la de Albie SACHS y Joan WILSON en 1978 (*Sexism and the Law: A Study of Male Beliefs and Legal Bias in Britain and the United States*), Katherine MACKINNON desde 1979 (*Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*) y, más recientemente, en 1982 ('Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory'), 1983 ('Feminism, Marxism, Method, and the State: Towards a Feminist Jurisprudence'), 1985 ('Feminist Discourse, Moral Values and the Law -A Conversation') y 1987 (*Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*), y Carol SMART sobre todo en 1984 (*The Ties That Bind: Law, Marriage and the Reproduction of Patriarchal Relations*), sin ser ni mucho menos las únicas, le sirven a NAFFINE para ilustrar las tres fases apuntadas.

Junto a la posibilidad de ofrecer esta visión arqueológica del feminismo iusteórico, el abundante material manejado le proporciona a NAFFINE el sustento para el desarrollo fundamental de su tesis. Esto hace que, por un lado, se echen en falta cuestiones y argumentos originales, pero, al mismo tiempo, tiene como ventaja el ofrecer una nutrida panorámica de las sendas por las que discurre el debate feminista en torno al derecho. Entre estas sendas hay una que la autora sigue con particular interés. Se trata de la parte de la distinción entre dos modelos de relaciones sociales: el modelo comunitario o *Gemeinschaft* y el modelo asociativo o *Gesellschaft*. La sociología y la teoría política resultan aquí de particular ayuda. El concepto de *Gesellschaft* incorpora los valores individualistas del liberalismo recogidos en el derecho occidental. Frente al mismo, el concepto de *Gemeinschaft* representa los valores propios de la tradición oriental y de la comunidad pre-industrial, basados en la armonía y reciprocidad social.

Dicho esto, sobra casi insistir en la acusación llevada a cabo sobre el primero de los paradigmas. Construido sobre las teorías del contrato social y la competitividad del mercado, conformaría el modelo jurídico del hombre de éxito y masculino de clase media que, para NAFFINE, constituye el modelo de persona jurídica por excelencia. Del mismo modo, sobra insistir en la opción por el segundo de los paradigmas, reservado por el derecho el ámbito privado y femenino del hogar. En cualquier caso, es el desarrollo y crítica de un modelo del derecho basado en el concepto de *Gesellschaft* el que da cuerpo y contenido al libro.

NAFFINE intenta fundir el feminismo con la teoría jurídica, y éste es un intento que merece ser respetado y propiciado. Se agradece, asimismo, la incorporación, en el importante aparato crítico, de los estudios, no estrictamente feministas, de sociología y teoría política. Esto revierte en la apertura

de su tesis frente a cierto feminismo esencialista o idealista (idealizador de lo femenino “por naturaleza”), panacea de todos los males, apertura que, sin embargo, sólo se divisa claramente en ciertas posturas y opiniones recogidas en el último capítulo. Produce también suspicacias cierto maniqueísmo en el tratamiento de los dos paradigmas sociales, que se manifiesta en la crítica furibunda hacia el modelo *Gesellschaft*. ¿Es que no hay nada salvable del liberalismo jurídico-político para el feminismo? ¿es que es todo preferible del modelo *Gemeinschaft*?

Obviamente, no es este el lugar para profundizar en razones, pero sí se puede, al menos, lanzar una voz para evitar limitaciones y reduccionismos de principio. Del mismo modo que no todo hombre, por ser tal, es individualista, competitivo y reproductor de una sociedad sexista, no todo el derecho de origen liberal tiene por qué servir únicamente al capitalismo. Y, al decir esto, se piensa sobre todo en las facetas garantistas sobre las que el mismo Marx tuvo que recapacitar. ¿Es que en la sociedad feudal o pre-industrial la mujer salía mejor parada? ¿es que bastaba con los valores (por lo demás, sin superior reconocimiento) circunscritos a la esfera privada de lo familiar o doméstico? ¿por qué apenas se menciona ese tercer tipo de modelo post-liberal “burocrático-administrativo” -por cierto- de mayor raigambre teórico-jurídico que los anteriores?

Esta y otras cuestiones son, pues, discutibles. Por ejemplo, la inclusión bajo la etiqueta de “derecho” de distinciones de gran utilidad elaboradas por la teoría jurídica de los últimos tiempos (no es lo mismo hablar del texto de la ley que de los jueces o de la doctrina), o el empleo mismo de la imagen arqueológica de la excavación en la historia del feminismo jurídico (¿seguro que no es una historia de rupturas?). También cabría mencionar cierta repetición un tanto cansina de los mismos argumentos bajo distintos epígrafes. Todo ello, sin embargo, no debe mermar un ápice el interés por este libro. Su tesis y sus argumentos son, como ya se ha dicho, de agradecer, en el debate abierto de la teoría jurídica feminista. De esta depende en gran medida la explicación de la discriminación femenina y, a través de la misma, el remedio a una problemática tan viva como urgente.

M^a Angeles BARRÈRE UNZUETA

Gerhard OESTREICH, Antiker Geist und moderner Staat bei J. LIPSIUS (1547-1606). Der Neustoizismus als politische Bewegung. Estudio preliminar a cargo de Nicolette MOUT. Edit. Vandenhoeck/Ruprecht (Gotinga). 1989. 247 pp.

La Academia de Ciencias de Baviera ha vuelto de nuevo a sorprendernos agradablemente con la publicación a título póstumo y excepcionalmente, de la Memoria de cátedra de Gerhard OESTREICH (1954) inédita hasta ahora. Su autor, que destacó como filólogo, filósofo e historiador, especializado en la difícil época entre el Renacimiento y el Barroco denominada por PECES-BARBA tránsito a la modernidad, y por otros autores posfeudalismo, o albores de la Edad moderna (PÉREZ-LUÑO), es quizás el investigador germano contemporáneo de la figura histórica de J. LIPSIO por antonomasia, a la vista del amplio y prolijo elenco de trabajos al respecto legados tras su muerte.

Como certeramente indica Eberhard WEIS en su presentación (Geleitwort), este trabajo completa pero no sustituye a publicaciones posteriores de su autor en la materia. En efecto, en él aparece LIPSIO al frente de un amplio movimiento "político" de acción (aquí el término no sólo significa especulativo o filosófico) que denomina "Movimiento neerlandés" -término que no sólo en Alemania ha adquirido ya carta de ciudadanía-, que en los siglos XVI y XVII y mediante sucesivas oleadas impregnó primero el espíritu de holandeses (flamencos), suecos y prusianos -brandemburgueses y, posteriormente, a parte de la intelectualidad francesa, inglesa, italiana y española. En otros autores equivaldría aproximadamente al de "Movimiento europeo de la Reforma", siendo aquél no obstante mucho más preciso por su connotación de origen territorial, como así lo perfeñara años antes DILTHEY, autor a quien OESTREICH debe la idea y el germen de su formulación, si bien él mismo ha sido quien lo consagró y propagó.

La doctora N. MOUT, en un alarde envidiable de capacidad de síntesis de la vida y obra oestreichana, reflejada en su amplio estudio preliminar, junto con la inestimable cooperación de la historiadora Brigitta OESTREICH

y el mérito de poseer profundos conocimientos de la obra lipsiana desde sus fuentes (Leiden), introduce al lector y lo sumerge en el amplio abanico temático abarcado por su autor (rasgos biográficos y obras posteriores), sin olvidar incluir recensiones y posturas críticas al respecto, ubicando perfectamente la presente obra dentro del marco contemporáneo de investigación, advirtiendo incluso de los excesos de celo del autor y de sus fracasos al pretender deslindar la figura de LIPSIO de otros contemporáneos con idénticas inquietudes. Sus reseñas biográficas son tanto más convincentes cuanto que parte de ellas se basan en lo que Umberto ECO cariñosamente denomina 'notas de lavandería' (material de primera mano no disponible para el investigador corriente), todo ello bien explicitado en llamadas a pie de página.

Únicamente se echa de menos siquiera alguna somera alusión a la labor historiográfica de G. OESTREICH en materia de derechos humanos, tarea que le ocupó las últimas tres décadas de su vida, a juzgar por las obras publicadas dentro de prestigiosas colecciones o en ediciones singulares (p. ej. su *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*. Duncker/Humblot. 1978).

LIPSIO es una figura polifacética. La investigación hasta DILTHEY centraba sus esfuerzos historiográficos en el neoestoicismo como filosofía especulativa, o en los cambios de fe religiosa de su autor (catolicismo-protestantismo-catolicismo) más que en su propia persona, o, soslayando la visión general de su obra, le relegaban a un rol de mero filólogo-comentarista de los clásicos Séneca y Tácito, desconociendo por completo su más notable faceta de hombre de praxis y experiencia, de estadista práctico (estudia a fondo la estructura y organización del ejército moderno).

OESTREICH nos presenta aquí a un LIPSIO líder del "neoestoicismo político", -vertiente práctica del filosófico-, dirigido a la educación de príncipes, monarcas, soldados y funcionarios del incipiente Estado moderno. Para su autor el influjo de Machiavello y la doctrina de la "razón de Estado" -bases doctrinales del absolutismo estatal- no justifican por sí solas su puesta en práctica sino únicamente su sustrato ideológico; será el neoestoicismo político el encargado de realizar el Estado absolutista como su segundo pilar de sustentación sin el cual no podría tenerse en pie, relegado a pura y ociosa especulación.

De este modo, OESTREICH nos presenta un primer capítulo formado por rasgos biográficos lipsianos, su mundo interno, luchas, polémicas, problemas y miserias personales, traumas de aquellas guerras fratricidas eufemísticamente denominadas "guerras de religión", y la superación de todo ello a través de la críptica simbología de su "Constantia in publicis malis".

El segundo capítulo gira en torno a la obra política de LIPSIO. Comienza enmarcando ésta en su paradigma histórico concreto, con datos relevantes de hermenéutica y una detallada panorámica de sus seis libros originales. Destacan asimismo las aclaraciones lingüísticas dirigidas al lector alemán y las citas en latín del original transcritas a pie de página -especialmente útiles para el lector español más proclive culturalmente a esta lengua. Los principios éticos y la soberanía del Estado, el elemento religioso y el espinoso tema de la tolerancia y de sus dosis quedan debidamente reflejados. La confrontación con Machiavello rezuma a lo largo de todas las páginas, al igual que el parcial distanciamiento de LIPSIO sobre uso y justificación del poder del Estado y su transmisión, y de los medios lícitos e ilícitos para conservarlo. Concluye con una reseña de autores que -según OESTREICH- juzgaron erróneamente la obra lipsiana (Von MOHL y, en parte, Karl BORINSKI). También alude a MEINECKE, por rechazar a priori ocuparse del ingente legado lipsiano en cuanto a material, al considerar desproporcionada la relación trabajo-resultados.

El tercer capítulo muestra los fundamentos, significado y propagación de la "Política", encuadrada en las corrientes estatistas a la sazón, y donde abundan filósofos iusnaturalistas españoles y monarcómanos franceses; sus tendencias, rasgos básicos, incluyendo el humanismo europeo, corrientes económicas, relación iusnaturalismo-Stoa, Estado-individuo, así como las propias contradicciones internas de la obra, concluyendo con una reseña que pretende ser exhaustiva, de las ediciones, traducciones y países donde se propagó, y grados de aceptación y/o rechazo. De este modo el autor señala el impacto en MARIANA y RIBADENEYRA, en los príncipes protestantes y en el controvertido ALTHUSIO, mostrando que buena parte del pensamiento de éste está calcado del lipsiano, subordinado en virtud del principio de autoridad al que aquél se somete *expressis verbis*: "Ut Lipsius dicit... Ut Lipsius ait". El amplio elenco bibliográfico con el que nuestro autor completa su obra (escritos, publicaciones, traducciones, países y años de edición) es una aportación inestimable para el futuro investigador.

N. MOUT ha añadido finalmente de su pluma un elenco complementario de fuentes y literatura citada, un índice onomástico (Personenregister) completo que abarca incluso la presentación, introducción y estudio preliminar, así como el apéndice, llamadas y citas, distinguiendo tipográficamente las autorías.

El presente libro de G. OESTREICH cubre por fin la oquedad existente en su bibliografía, corroborando de lleno tesis avanzadas anteriormente sobre LIPSIO por investigadores españoles contemporáneos suyos, como A. TRUYOL en su ya clásica *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*; E. TIerno (*El tacitismo en el Siglo de Oro español*), o más recientes, como

el filósofo-jurista sevillano A. RUIZ DE LA CUESTA, quien en su tesis doctoral: "El legado doctrinal de Quevedo. Su dimensión política y filosófico-jurídica" (Tecnos. 1984), ya afirmaba que quien más había influido en el pensamiento y obra política de QUEVEDO sería el humanista flamenco J. LIPSIO a través de la lectura del "Politicorum sive civilis doctrina libri sex" (P. 55), anticipando así de forma manifiesta idénticas conclusiones a las esbozadas por OESTREICH en su anterior e inédita memoria.

Dos palabras finales para calificar la aportación lipsiana: LIPSIO no trata de crear una teoría original ex novo del Estado absolutista en su "Política", sino de mostrar al monarca absoluto los medios equilibrados para imponerse con moderación: un pueblo dócil y obediente, un funcionariado fiel, y un ejército leal y disciplinado. En esta inseparable trilogía radica la clave del éxito lipsiano.

Emilio MIKUNDA FRANCO

Gianfranco PASQUINO, *Alla Ricerca dello Scetro Perduto*. Bologna, Il Mulino, 1990, 172 pp.

Los años setenta fueron, en Italia los años de la crisis de la democracia y de la ingobernabilidad. Mientras algunos estudiosos interpretaron este fenómeno como el fruto de un exceso de democracia, otros creyeron ver el núcleo de la crisis en el reducido espacio al que se limitó aquélla. Y así, argumentaban cómo los regímenes democráticos no habían podido adaptar sus estructuras a las demandas de los ciudadanos, demasiadas y nuevas, y eran incapaces de actuar eficazmente con decisiones rápidas, porque estaban en medio de un enredo paralizante de intereses.

Todas estas convulsiones que eran vistas como señales de extinción de la democracia, son consideradas, en cambio, por Pasquino como síntomas de una lucha entre exigencias diversas en un organismo sustancialmente sano y en situación de reaccionar positivamente. Los problemas en los sistemas democráticos eran, y son, de fondo pero no destructivos del tejido institucional.

Con esta reflexión comienza el reciente libro de Gianfranco Pasquino, *Alla Ricerca dello Scetro Perduto*, Catedrático de Filosofía Política en Bolonia, una de las figuras más relevantes del panorama italiano, no sólo en el plano de la reflexión sobre la política, sino también en la vida política activa, habida cuenta de su condición de senador (elegido como independiente en las filas del ex. P.C.I.) y miembro destacadísimo de la comisión Constitucional. Son palabras que si bien no resumen, evidentemente, el contenido de su libro, sí reflejan sin embargo, el tono optimista y constructivo que caracteriza su obra, en la que se afrontan problemas conocidos por todos pero siempre necesitados de reflexión. La democracia se toma como punto de referencia, como marco de discusión, como un sistema sin rivales

que como afirma Flores d'Arcais, sólo tiene que ver consigo mismo, constituyendo su existencia cotidiana su propio banco de ensayo¹.

En torno a este punto de partida gira el análisis del autor, incidiendo en la pérdida de soberanía nacional con sus consecuencias en la soberanía popular y también en torno a lo que el autor llama la caída del estímulo o empuje reformista, aunque ahora no desde la perspectiva de problemas concretos como la usurpación de la soberanía popular por los partidos políticos o por formas de gobierno parlamentario ya obsoletas, que ya fueron objeto de ulteriores reflexiones del autor, como su *Restitute lo scettro al principe* (Bari, Laterza, 1985), del que, en cierto modo, y no sólo por el título, el libro que recensiamos, constituye una continuación. Efectivamente, aquí se aborda con una visión globalizadora cuestiones que calificara primordialmente como políticas en el sentido en que los desafíos o retos a la democracia, a la soberanía, a la capacidad de reforma pueden ser afrontados como procesos de guía política y democrática sostenida por el consenso popular.

La secularización de la política, la burocracia y la formación de la autoridad ocupan la primera parte del texto, donde, apoyándose en Weber, se subraya la necesidad de reconducir el funcionamiento de los aparatos burocráticos bajo el control de los organismos democráticos, puesto que la burocracia, dirá no es más que una epina en el flanco de la democratización. La secularización con su consecuencia más evidente, esto es, la crisis de principios éticos e ideológicos que están en la base de la legitimación del poder y de las instituciones, llevará al autor a reflexionar sobre la necesidad de encontrar una nueva ética colectiva, que pueda ofrecer tal vez el fundamento del principio de autoridad. Una sociedad justa requiere un sistema de reglas que lleven a una mejor combinación entre preferencias individuales y colectivas, a una reducción de los poderes invisibles, a la formulación de un nuevo contrato social o en otras palabras a una nueva refundación de la autoridad, exigencias, que no pueden sino encontrar hostilidad entre las fuerzas políticas actuales.

En el capítulo segundo se trata de la relación entre democracia y reformismo como fenómenos estrechamente conectados. La democracia constituye el espacio político en el cual el reformismo puede manifestarse. Democracia significa, entre otras cosas, creación de instituciones adecuadas

1. Cfr. PAOLO FLORES D'ARCAIS "La democracia tomada en serio" en Claves para la Razón Práctica nº 2 pg. 2 y ss. A este respecto puede resultar interesante confrontar la tesis de JOSE ORTEGA Y GASSET "La democracia morbosa" en Confesiones de "El Espectador", Obras Completas, tomo II, pp. 133, 142.

para acomodar y favorecer la participación política y la representación de intereses. Reformismo significa expansión, potenciamiento de la participación política y ensanchamiento del área de intereses representados. El reformismo se ha enfrentado tradicionalmente a posiciones conservadoras que intentan aislar al ejecutivo del control parlamentario, emanciparlo o mantenerlo relativamente autónomo, con objeto de que la democracia quede en una esfera restringida; son posiciones que tienden a confundir la democracia política con las instituciones y la práctica de las democracias realmente existentes, fenómeno que ha sido, certeramente, calificado por Flores d'Arcais como apología de lo existente.

El reformismo, pues, intenta conjugar la democracia política con la democracia económica. Sin embargo, este cuadro descriptivo de las fuerzas conservadoras y reformistas en el contexto democrático actual se queda obsoleto. Ante las nuevas circunstancias sociales, los partidos políticos han pasado de ser factores de cambio a convertirse en organizaciones anticuadas que, como subraya Victoria Camps², en lugar de mediar entre la sociedad política y la civil se representan a sí mismos y defienden sus propios intereses internos, incapaces así de canalizar, de hacerse representantes de los hoy llamados intereses difusos. El problema, en definitiva, podría concretarse en la necesidad de compatibilizar entre cuanto de nuevo se mueve en la sociedad frente a cuanto de consolidado existe en los partidos y sindicatos, se trata de la nada novedosa discusión, de una parte sobre la ley de bronce de las organizaciones que enunciara Michels para los partidos políticos, y, de otro lado, del debate sobre la relación entre partidos políticos y movimientos sociales, es ilustrativo al respecto, la polémica entre C. Offe y E. Díaz. De alguna manera el cetro del reformismo debe ser reconquistado y reutilizado incluso redefinido.

Debemos advertir antes de avanzar más en la recensión que el análisis de Pasquino revela un punto de partida marcado por la experiencia democrática italiana, que como es sabido, es una experiencia muy peculiar. En Italia, desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días, se ha sucedido un número aproximado de cuarenta y nueve gobiernos manteniéndose, sin embargo, los mismos actores de la vida política, que permanecen a través de los cambios sociales, crisis económicas, cambios de gobierno, transformaciones de partidos políticos, etc. Un sistema, pues, en que la política ha acabado por adquirir caracteres de Luhmanniana autoreferencialidad atribuyendo al sistema la característica de lo cerrado. Frente a esta experiencia que ha conducido a menudo a sobrevalorar la importancia de lo

2. Cfr. VICTORIA CAMPS. "La Democracia nos salvará" en Claves para la Razón Práctica. nº 5, pp. 24 y ss.

social y a criticar lo político y el sistema de partidos como factores de bloqueo de los impulsos sociales, intenta recuperar Pasquino la importancia de la experiencia política no sólo en la formación de reglas del juego institucional, sino también en las del juego económico o social, así como en la posterior revisión de las reglas mismas.

En este sentido incide el autor en la complejidad de la sociedad actual que no puede renunciar a formas y estructuras de representación, es decir, que no está en situación de autorepresentarse. Aunque de cualquier modo algunas prácticas o algunos instrumentos de democracia directa pueden ser utilizados en una sociedad compleja, pues la coexistencia de modelos de representación es una característica significativa de sociedades desarrolladas como se ponía de manifiesto en el debate sobre la democracia representativa ofrecido en el nº 6 de la revista *Doxa*, con interesantes contribuciones de los profesores De Lucas, Laporta, Ruiz Miguel, Vidal y Garzón Valdés. Analiza Pasquino, partiendo de este presupuesto el modelo de representación liberal-democrático, el modelo neo-marxista, el modelo neo-corporativista y por último el modelo de la protesta, cada uno de los cuales ofrece instrumentos adecuados para la comprensión de algunos aspectos de los procesos y de las estructuras de representación. Todos sufren de estaticidad, parecen concentrar su reflexión en los grupos, sin preocuparse de las relaciones en el interior de los grupos mismos entre dirigentes e inscritos.

La atención vendrá reservada ya en los últimos capítulos, a los procesos institucionales, políticos y sociales que conciernen a la soberanía y a la ciudadanía intentando en la medida de lo posible no olvidar cada vez que resulte relevante los procesos de naturaleza económica o internacional. El profesor Pasquino apoya sus consideraciones al respecto en las teorías de Stein Rokkan sobre la dialéctica entre soberanía nacional y soberanía popular y en las de T. H. Marshall sobre la evolución de la ciudadanía, del elemento civil, y elemento político, al elemento social. Reflexiona así sobre las relaciones entre la democracia y tecnología, sobre la disponibilidad de las decisiones supranacionales, así como sobre los límites de las decisiones de la mayoría. La soberanía popular, desafiada por los grandes poderes económicos, culturales y burocráticos, exige para su efectivo ejercicio el reconocimiento pleno y argumentado de que algunas decisiones no pueden o no deben ser tomadas. Pasquino defiende un ejercicio de la soberanía popular que conlleva y se manifiesta en la autodisciplina en la autolimitación y la preservación de un patrimonio colectivo de bienes, de recursos, de cultura, declarados indisponibles.

El último capítulo quiere ser la respuesta a la paradoja central a saber, ¿cómo es posible que se hable tanto de crisis de la democracia mientras estamos asistiendo a algunos de los más importantes procesos de liberaliza-

ción y de democratización nunca experimentados? Pasquino procede a un análisis sintético de las tres áreas en las cuales se manifiestan hoy los principales retos al sistema democrático; Europa oriental y la Unión Soviética, América Latina y las democracias consolidadas. En los países de la Europa oriental se manifiesta ya la voluntad democratizadora, en algunas condiciones socio-económicas y culturales de base, mientras se van estructurando las condiciones políticas que puedan sostener un régimen democrático. En América Latina los procesos de reconstrucción de las democracias y de su consolidación han dado importantes pasos adelante que hacen que resulte complicado una vuelta o resurgimiento de regímenes autoritarios y además el debate empieza a estar orientado a la calidad de la democracia. En el mundo occidental, los debates en torno a la democracia son de naturaleza esencialmente cualitativa: no está en juego la estructura de la democracia sino que se trata de debates en torno a la expansión de la democracia hacia una democracia sustancial.

Termina el libro con la defensa del gobierno mundial. La constatación de que los problemas supranacionales, internacionales o transnacionales, no pueden ser afrontados con instrumentos nacionales, hace que el gobierno mundial se convierta, en opinión de Pasquino, en un éxito predecible. El gobierno mundial es un instrumento gracias al cual los ciudadanos del mundo podrían, verdaderamente, reapropiarse en modo plenamente democrático del cetro del reformismo y de la soberanía. Por supuesto, ese gobierno mundial dista mucho del riesgo de una potencia hegemónica que pudo avistarse tras el final de la crisis del Golfo, pues se encuentra más bien en línea con lo preconizado por el Kant de "La paz perpetua" o, las propuestas realizadas en su día por A. Ochetto.

En resumen, estamos ante un libro de lectura aconsejable en el que se definen problemas y se buscan soluciones y en el que el lector puede encontrar un análisis profundo de los grandes temas de nuestro tiempo, con un discurso necesariamente complejo pero a la vez de agradable lectura y actual, además de constituir una excelente fuente de información, pues cada capítulo, termina con unas páginas que contienen una amplia y detallada bibliografía, lo que convierte el texto en una fuente de gran ayuda para quienes estén interesados en profundizar en cuestiones de teoría política, siempre partiendo de un presupuesto fundamental, el de que la democracia es un régimen dinámico capaz de absorber el cambio y reconducirlo a través de un conflicto reglamentado constituyendo, así, un punto de referencia imprescindible, un estándar con el cual valorar los sistemas políticos reales.

Cristina GARCÍA PASCUAL

Manuel PORRAS DEL CORRAL, Derecho, Igualdad y Dignidad. En torno al pensamiento de Ronald Dworkin. Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1989, 216 pp.

A pesar del tiempo transcurrido desde que en 1977 se publicara "Taking Rights Seriously" y de todo el material sobre ella escrito, sigue resultando del mayor interés la lectura de obras dedicadas al pensamiento de Ronald Dworkin, aun cuando se trate de textos en los que, como en éste, el trabajo quede circunscrito *a priori* a una parcela del pensamiento jurídico de este fructífero autor americano. Todo ello, no hace sino poner de manifiesto que el transcurso de los años desde que "Taking Rights Seriously" viera la luz no han supuesto su relegación a un segundo plano (como ocurre frecuentemente con otras obras) sino más bien todo lo contrario. Si en un tiempo esta obra fue centro de atención de los dos grandes sectores del mundo jurídico el anglosajón y el continental, creemos poder afirmar que la polémica que suscitó no quedó en modo alguno cerrada y la prueba más fehaciente a nuestro alcance es precisamente la publicación de libros como el que a continuación vamos a recensionar, en el que se nos intenta ofrecer, como el propio autor indica, un nuevo marco que nos ayude a esclarecer la aportación dworkiniana al mundo de la iusfilosofía. Se trata de un objetivo, doblemente conseguido, porque realiza una exposición sencilla de un pensamiento de por sí nada fácil como el dworkiniano, y porque consigue introducir al lector en la dualidad de la obra de Dworkin; por una parte su gran aparato constructivo y por otra su no menos importante aparato crítico.

Entre las dificultades que comporta el estudio de la obra de Dworkin no es la menor lo que podríamos calificar como deficiente sistematización que le conduce a constantes repeticiones y en ocasiones a alguna que otra incoherencia, como han puesto de manifiesto algunos autores: así, A. Calsamiglia, en el ensayo que sirve de prólogo de la traducción castellana de "Taking Rights Seriously", hace ver, entre otras cosas, la incoherencia que supone justificar con razones utilitaristas las políticas de igualdad que violan el derecho a la igualdad y L. Prieto Sanchís, en un estudio crítico publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional nº 14, 1985,

pone también de manifiesto la falta de rigor y claridad de esta obra de Dworkin, aunque dejando constancia de su reserva personal sobre la posible premeditación del autor americano en la confusión que su obra produce.

Si a estos datos le sumamos la particularidad derivada de que el objeto de tal estudio y crítica sea el sistema jurídico anglosajón, podemos fácilmente comprender que para todo aquél que se haya interesado por él, Dworkin se convirtiera desde sus primeras líneas en un foco de atención no exento de dificultades, por lo que libros como éste de Manuel Porras del Corral sin gozar del eco y resonancia de otros más innovadores en su contenido, resultan verdaderamente necesarios e incluso de lectura recomendada para el que pretende introducirse en la compleja construcción crítico-constructiva que Dworkin presenta.

Pero ya desde el principio hay que advertir que el que espere encontrar en este libro de Porras del Corral novedosos argumentos críticos, puede resultar sorprendido, entre otras cosas porque no creemos que haya sido ésta la intención del profesor cordobés, dado que el conjunto de la obra se mueve dentro de un amplio marco descriptivo, en el que premeditadamente no da cabida, a su personal proyección crítica, siendo una constante presente a lo largo de las páginas, su conseguido empeño por introducirse en el pensamiento del jurista americano y ofrecernos de la forma más sencilla el desarrollo de su construcción teórico-crítica.

El método utilizado por Manuel Porras del Corral es el resultado de una combinación de criterios: por un lado, a través de la extracción de fragmentos originales de la obra de Dworkin, cuidadosamente elegidos, consigue esbozar las líneas genéricas claves del pensamiento dworkiniano, sobre determinados puntos, para en un segundo momento, realizar el desarrollo de las mismas, situándose desde la posición dworkiniana. A esto, hay que añadirle, la numerosa aportación de notas situadas al finalizar cada capítulo, dotando así de coherencia a la exposición. Todos estos criterios hábilmente combinados, consiguen indudablemente incitar al lector a sumergirse en su lectura y le van planteando numerosos interrogantes, algunos de los cuales van siendo contestados por sí solos, conforme van pasando las páginas.

Resulta imprescindible cuando se escribe sobre el pensamiento de un autor, y en mayor medida en este caso, dados los obstáculos que su lectura directa plantea, la realización de unas notas previas que ayuden al lector a situarse en una buena posición de partida. Ese propósito se alcanza en la obra de Porras del Corral con sus consideraciones generales en el capítulo primero, con las que inicia la primera de las cuatro partes en que se estructura el trabajo. Así, tras dejar constancia de la importancia intercultural de Dworkin en el pensamiento jurídico, se examina el debate acerca de la

identificación de su obra con un posible “neoiusnaturalismo”. Tras una exposición de diversas posturas, queda personalmente adherido con aquellas que lo aproximan a dichas corrientes, pero no desconocedor de los peligros que encierra la tendencia generalizada de encasillar o tipificar el pensamiento de un autor en corrientes determinadas, opta por calificar al iusfilósofo americano como iusnaturalista atípico, con lo que parece conseguir salvarse de dicha tendencia, abriendo así una tercera vía. Finalmente, nos sitúa dentro del marco crítico constructivo de la obra del jurista americano y de la estrecha vinculación que tienen los principios morales con su teoría del derecho.

En el capítulo segundo, “Crítica del Positivismo Jurídico”, tras un somero repaso de algunas representativas vertientes del iusnaturalismo y del positivismo jurídico a lo largo de la historia, asume la posición de que la crítica de Dworkin va a ir dirigida sólo hacia una versión del positivismo, por lo que propone estructurar el método seguido por el profesor oxoniense, para después tratar de reorganizar los pasos seguidos con el objeto de dotarles de mayor claridad expositiva y explicativa.

Aunque como bien es sabido, las discrepancias sobre Dworkin comienzan en cuanto se trata de puntualizar el modelo de positivismo jurídico contra el que combate, Porrás del Corral opta por reproducir lo más fielmente posible las proposiciones dworkinianas. Así, tras un corto repaso de la doctrina austiniana, en el que pone de relieve la lógica reprobación dworkiniana a la misma, y las posibles similitudes y diferencias que la separan de la versión hartiana, pasa a exponer del mismo modo la que a juicio de Dworkin le ha servido de centro de sus críticas por considerarla paradigmática de esta corriente del pensamiento. La distinción entre principios y normas, y el papel del juez en la solución de los llamados casos difíciles, son los puntos claves a través de los cuales Porrás del Corral nos adentra en la teoría del derecho alternativa de Ronald Dworkin, que como ha señalado L. Prieto Sanchis, no deja de ser casi exclusivamente una teoría de la función jurisdiccional.

La distinción entre principios y normas, aparece enmarcada en algunos de los supuestos prácticos que sirvieron a Dworkin de apoyatura a su tesis, relegando las contestaciones doctrinales a las notas ubicadas al final del capítulo. En ese sentido, sería interesante que se hubiesen tenido en cuenta por ejemplo en la nota 41, posiciones tan sugerentes como la de L. Prieto Sanchis, cuando alude a la presencia de hondos significados positivistas en la teoría de la interpretación dworkiniana y su rigurosa separación de normas y principios. Tras una clara exposición del pensamiento dworkiniano sobre las normas y los principios, Porrás del Corral nos muestra cómo la supeditación del juez a los principios va a conducir a Dworkin al rechazo de

lo que él denomina “la discrecionalidad fuerte judicial” y a la consiguiente afirmación de la función exclusivamente garantizadora del juez. Surgen aquí para el lector una serie de interrogantes que no quedan satisfactoriamente solventadas debido a la exposición descriptiva del autor, cual es por ejemplo ¿acaso en el planteamiento esbozado por Dworkin no podría sostenerse que en el caso de concurrencia de principios existe una valoración implícita por parte del juez, que daría al traste con el no reconocimiento al mismo, de una cierta labor creadora, tal como es sostenido por el iusfilósofo americano?

La rúbrica de “Defensa de los derechos individuales”, encabeza el capítulo tercero. En él, el autor considera imprescindible tomar como puntos de partida dos ideas claves: la consideración de que la opción dworkiniana a favor de una teoría política está basada en los derechos, y el que la noción dworkiniana de los derechos está sustentada en dos pilares básicos: la dignidad humana y la igualdad política, tras las que subyacen, a juicio de Porras del Corral, la concepción antropológica y ética que orientará la noción de los derechos humanos de Dworkin.

Luego de hacer ver cómo Dworkin no se cuestiona la existencia de los derechos individuales, muestra cómo el esquema del profesor oxoniense consiste en averiguar qué implicaciones conlleva esa tesis para quienes aceptan la realidad de estos derechos, es decir, para el gobierno, y para los individuos. Con estos planteamientos se sitúa al lector por un lado, dentro de las relaciones entre derechos individuales y bienestar general y, por otro, nos enfrenta con una de las principales consecuencias de su tesis de los derechos y al mismo tiempo una de las más confusas, cual es la de la desobediencia civil. Porras del Corral pone de manifiesto cómo los críticos de Dworkin han sabido hacer hincapié en la falta de claridad dworkiniana en la distinción entre desobediencia civil y objeción de conciencia, lo que en nuestra opinión supone un importante obstáculo conceptual a la hora de sostener la tesis del profesor oxoniense, si bien, evitando entrar en este problema, sigue insistiendo en la necesidad de atender a la primacía del argumento moral sobre el político para sopesar el razonamiento de fondo del profesor americano. Es quizás en este capítulo donde podemos encontrar a un autor ligeramente más crítico y dispuesto a disentir en alguno de los argumentos dworkinianos, aunque en cualquier caso, prima su visión descriptiva. Prueba de ello es el hecho de que si bien por una parte es consciente de la paradoja resultante de que quien niega un derecho general a la libertad se autoproclama al mismo tiempo liberal, está a la vez dispuesto a ofrecer cuantas precisiones sean necesarias para soslayar lo que acaba por denominar una “aparente contradicción”. Para ello, en primer lugar, necesita de una previa matización, aclarar que entiende Dworkin por libertad. Pero el profesor cordobés se topa con que el concepto de libertad dworkiniano posee un marcado cariz negativo, y en el sentido antes aludido de evitar

contradicciones, insistirá Porras del Corral en que el énfasis de Dworkin no está tanto en minimizar el significado de libertad como en enfatizar el de la importancia de los derechos. Una vez nos deja claro que en el pensamiento Dworkiniano no tiene cabida un derecho general a la libertad pero sí un derecho a ciertas libertades básicas, se encuentra que el paso siguiente obligado consiste en ofrecer al lector la justificación de dicha afirmación. Para ello el único argumento disponible es la concepción antropológica dworkiniana del hombre, concretada en una serie de proposiciones de moralidad política. Finaliza este capítulo con las conclusiones personales del autor sobre la coherencia de la tesis de los derechos de Dworkin, lo cual sólo nos parece sostenible desde la opción metodológica de la que parte el trabajo, situarse en todo momento en el "punto de vista interno" respecto a Dworkin.

No podemos dejar de resaltar que a nuestro juicio, esta tesis de los derechos puede dar mucho más juego si se la enlaza con cuestiones que son centro de debate en la actualidad. Por ejemplo, hubiese resultado muy sugerente para el lector el que se hubiesen contemplado los problemas de las relaciones concepto-fundamento y que el autor se hubiese planteado si la tesis de Dworkin encaja dentro de las soluciones monistas o dualistas, es decir, si lo que Dworkin trata de ofrecer es una misma respuesta al problema del concepto de los derechos humanos y de la fundamentación o, si pretendiendo dar una respuesta al concepto de los derechos humanos, lo único que ofrece es una justificación ética de los mismos, o incluso como apuntan posturas recientes, pretendiendo ofrecer una fundamentación, ni siquiera eso consigue por remitirnos a la noción de derechos morales, que a su vez nos remite forzosamente a otro tipo de criterios últimos, aunque no absolutos, como pueden ser los de las necesidades básicas. A ese respecto puede resultar interesante, confrontar las tesis sostenidas por Javier de Lucas y M^a José Añón, en su trabajo sobre la fundamentación de los derechos humanos desde las necesidades básicas (en "Necesidades, Razones y Derechos", *Doxa* 7). No obstante, el lector agradece entre las notas del final del capítulo la remisión a las críticas que las posiciones dualistas, representadas por G. Peces Barba, han mantenido pero dado que la noción de derechos morales ha originado un debate más rico que el de su mera consideración como "mercancía averiada y rechazada", sería muy interesante el reconsiderar estas nuevas posiciones que la tratan, consideramos que con bastante acierto, de situar en sus justos límites.

Teniendo en cuenta la referida opción metodológica inicial de la obra que recensamos, éstas y otras ausencias materiales han de ser valoradas desde la consideración básica de otorgarles su justa significación, la de simples sugerencias que puedan en algún momento posterior llegar a realizarse. Así, en el capítulo segundo "Crítica del Positivismo Jurídico",

hubiese resultado interesante haberle planteado al lector las discusiones que ha suscitado el tratamiento e identificación de ambas corrientes del pensamiento (positivismo y utilitarismo) como si se tratase de un problema conjunto. No hay argumentos suficientes que justifiquen la afirmación de que Dworkin hace objeto de sus críticas con la misma intensidad a ambas corrientes, dado que podría sostenerse que, si bien se sirve de su crítica al utilitarismo para construir a sensu contrario su tesis de los derechos como triunfos de la mayoría, bien es cierto también que en ocasiones van a ser precisamente posturas utilitaristas las que le proporcionen argumentos para negar esos derechos individuales en aras de objetivos sociales colectivos. Si además tenemos en cuenta, con Carrió, la imagen del positivismo parcialmente formada por Dworkin, podríamos preguntarnos si acaso el positivismo jurídico al cual combate Dworkin no es realmente una construcción "sui generis" de la que se sirve para poder sostener la necesidad del reconocimiento y aceptación de sus tesis. A la vista de lo anterior, el título del capítulo segundo "Crítica al Positivismo" quizás, hubiera debido ser matizado para ofrecer otra denominación más cercana a la comprensión global de lo que se propone el autor acometer, si tenemos en cuenta que la intención de Dworkin quizás no fue el realizar una crítica sin más al positivismo y al utilitarismo sino que estas críticas no fueron más que un medio de conseguir un fin mucho más ambicioso. Nos explicamos: partiendo de que su pretensión última fue construir una teoría general del derecho que no excluyera ni el razonamiento moral ni el filosófico y que no separase por ello la ciencia descriptiva del derecho de la política jurídica y considerando que para ello el camino inevitable que debía seguir era precisamente el enfrentarse a estas doctrinas que le obstaculizaban, precisamente por lo bien establecidas que estaban, podría haberse ajustado más a esta realidad un título como "Una teoría alternativa del derecho" para que, desde la posición del lector que parte del desconocimiento de la obra Dworkiniana y seleccione este libro para introducirse en la misma, no pueda producirse una posible confusión acerca de los medios utilizados para el fin al que quiso llegar Dworkin. Del mismo modo y dado que su tesis de los derechos se enmarca dentro de lo que ha venido a llamarse "la filosofía política de Dworkin", nos parecería ésta una denominación más adecuada que la que utiliza Porras del Corral para encabezar el capítulo tercero, con miras a proporcionarnos un enfoque más global del problema, aunque *a posteriori* se realice una selección de los temas a desarrollar por el profesor cordobés, sobre todo para que el lector pueda conocer el alcance del pensamiento dworkiniano.

Sin duda alguna, Porras del Corral se nos presenta como un auténtico entusiasta del jurista americano, lo que en ocasiones parece quizás obstaculizar una visión más crítica del mismo, como sucede por ejemplo ante su evasiva de adentrarse en si el modelo positivista escogido por Dworkin como

representativo de dicha corriente, el hartiano, es verdaderamente paradigmático de esta corriente del pensamiento y como se deduce tras la lectura de su capítulo cuarto de reflexión final. Indudablemente, en nuestra opinión, para hacer posible un examen de Dworkin sería necesario completar esta exposición con un apartado crítico que el autor -intencionadamente, creemos- no ha considerado oportuno incluir.

La utilidad de esta obra queda fuera de toda duda: es un libro de fácil lectura, algo que no puede predicarse de la obra de Dworkin, y en ese sentido es recomendable con la seguridad que el lector se encontrará con una exposición lo suficientemente descriptiva de "Los derechos en serio". Por ello no tememos afirmar que la aportación más interesante de este libro consiste sin duda alguna en el significado coherente que de una parte de tan compleja obra consigue ofrecernos Manuel Porras del Corral. Pero precisamente por este carácter descriptivo, los temas expuestos no quedan cerrados, siguen abiertos al discurso filosófico jurídico y es de esperar que en un futuro próximo, Porras del Corral nos ofrezca una ampliación de su trabajo con una proyección personal más comprometida del mismo, acorde a los aspectos de la obra del dinámico iusfilósofo norteamericano no tratados en este libro.

Blanca MARTÍNEZ DE VALLEJO

Luis PRIETO SANCHIS, Estudios sobre Derechos Fundamentales. Debate, Madrid, 1990, 267 pp.

El prólogo, breve pero sugestivo, con que comienza esta obra nos ofrece el punto de vista escéptico del autor sobre la situación actual de los derechos humanos¹, y aunque el desarrollo posterior no constituye un análisis del marco sociopolítico en que se encuadran estos derechos, resulta lo suficientemente inquietante como para dejar al lector sumido en la perplejidad abocándole a inevitables reflexiones sobre el tema. Esto se acentúa, al observar que otros autores situados fuera de nuestro ámbito socio-político comparten esta misma línea de preocupación².

1. Punto de vista que, por otra parte, no hace sino reiterar viejas sospechas, cfr. "Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional" *Sistema* nº 96, mayo, 1990, pp. 25, 26 y 34. "... en la búsqueda de zonas de penumbra y de las insuficiencias de una práctica política que en ocasiones se aleja en exceso del modelo al que dice servir ...". Por otra parte creemos que en el fondo de las razones esbozadas por el profesor Prieto sobre el posible deterioro de los derechos humanos podemos encontrar la crisis tripartita a la que el profesor Renato Treves alude: la crisis del Estado social, incapaz de dar respuesta, desde su relegada posición de espectador, a los proyectos que le dieron viabilidad, lo que conlleva la llamada crisis de gobernabilidad, y el fenómeno de la privatización de lo público, en la medida que las relaciones de tipo contractual se han hecho dueñas e invadido las esferas superiores políticamente relevantes. A pesar de que Prieto Sanchis no haga mención expresa, consideramos que el libro se mueve dentro de la línea de dejar constancia de algunas de las manifestaciones de estas crisis, enfrentándose desde una posición crítica a los problemas que plantean en una actitud de defensa de los derechos humanos fundamentales, no sólo frente al poder del Estado, sino frente a ese otro poder quizás ya más poderoso que el propio Estado. Cfr. Renato Treves. *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Ariel, Barcelona, 1988.

2. El profesor Luigi Ferrajoli en su ponencia en el *Seminario Jurídico Silvio Mayorga en Nicaragua en 1981* y en su calidad de jurista europeo, puso el centro de atención en los límites, ficciones y mixtificaciones jurídicas que, a su juicio, giran en torno a la doctrina de los derechos humanos elaboradas por el pensamiento jurídico burgués y practicadas en los países capitalistas, en las que el dominio privilegiado de la ideología impide su plena realización práctica porque entre otras cosas se confunden la dimensión normativa con la efectiva, de aquí que los derechos sean en palabras del profesor tan proclamados por las Constituciones como desmentidos y violados en la práctica.

El libro es fruto del compendio de doce estudios de origen heterogéneo. Es por ello una nota a destacar que la sistematización del autor consiga un perfecto entramado de capítulos autónomos, a pesar de lo cual es posible recomendar la lectura continuada por un lado de los capítulos II al IV, y por otro, de los capítulos VI, VII, VIII. Estamos ante una minuciosa exposición teórico-jurídica de los derechos fundamentales desde la Constitución española de 1978, un análisis estructural y funcional de los derechos humanos positivados en la misma (delimitando inicialmente el campo en el que desarrolla su investigación) en la que se da un buen paso hacia adelante dentro de la tendencia reciente encaminada a elaborar una teoría general de los derechos fundamentales. Se sitúa así en la línea de las más recientes corrientes³, en las que, si bien el acento no reside ya de forma exclusiva en el análisis estructural, tampoco por ello se dejan llevar de las tendencias que subrayan lo absurdo de intentar acometerla, por ser otros los problemas más acuciantes hoy de estos derechos, como por ejemplo los de su protección y ejercicio eficaz.

No obstante, y a título meramente indicativo, quizás, cabría apuntar dos ausencias: Por una parte, la omisión de un capítulo autónomo sobre el papel de la jurisprudencia constitucional en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, aunque la opción del autor atenúa esta ausencia. Por otra, y dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos funciona como una última instancia en España, hubiese resultado interesante que se ofreciese un ensayo acerca del sistema de garantías y protección europeo en su interrelación con el español.

3. En esta línea, ya Bobbio en el prólogo de su *Teoría General del derecho*, trad. E. Roza Acula, Temis, Bogotá, 1987, tratando de justificar la ausencia u omisión del punto de vista funcional de su obra, y tras una clara exposición de las causas que han producido el desplazamiento del interés de los juristas de los temas estructurales a los funcionales, manifiesta no sólo su escepticismo al reemplazamiento de la teoría estructuralista del derecho por la teoría funcionalista, sino que además centra nuestra atención sobre la necesaria presencia de estos dos puntos de vista en cualquier análisis que se realice del universo jurídico, sosteniendo que "... se integran mutuamente y de manera siempre útil." Cfr. también con N. Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, pp. 227-278, edición a cargo de A. Ruiz Miguel, en el que Bobbio reafirma sus anteriores consideraciones. Por su parte, Pérez Luño, en "Las funciones de los derechos fundamentales" en *Las X Jornadas de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales*, vol. II, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, 1988, mantiene una argumentación similar al afirmar que: "... sería pernicioso para el porvenir de los derechos y libertades que la decantación pendular del interés teórico y práctico desde su estructura a su función, supusiera el abandono de las cuestiones referentes al concepto y fundamento por considerarlas ya resueltas o carentes de sentido." En su opinión, que compartimos, sólo desde el equilibrio en la reflexión teórica sobre la estructura y la función de los derechos y libertades, es posible conseguir en un futuro su plena realización práctica.

El debate se abre con una aportación de filosofía política y moral sobre la fundamentación de los derechos humanos, lo cual, probablemente, obedece a cuatro órdenes de motivos: a) el propósito de mantener una dualidad metodológica que no excluya el razonamiento filosófico y moral del estudio de los derechos humanos reduciendo su análisis a un plano estrictamente jurídico, b) la tesis que sitúa la fundamentación de los derechos en un plano preliminar a lo jurídico, c) la intención de ofrecer respuestas distintas a las cuestiones del concepto y el fundamento, en contra de las llamadas soluciones monistas⁴ y d) por último lo que parece en principio el leif-motiv de este ensayo de fundamentación: apuntar razones que permiten la entrada en el discurso justificatorio sobre derechos humanos de los derechos de segunda generación. La propuesta de fundamentación que formula, parte de la integración necesaria entre razón e historia. Después de dejar constancia de la interconexión existente entre concepto y fundamento, manifiesta la prioridad conceptual⁵ que, a su juicio, se debe a todo intento de fundamentación y tras sostener que los derechos humanos carecen de un significado técnico jurídico preciso, se adentra en la búsqueda de una noción de los mismos sugiriendo un ensayo de fundamentación que se enfrente con la realidad circundante. El modelo propuesto se sirve de la concepción del individuo como persona de Lukes (contra la concepción abstracta del individuo del racionalismo), a fin de ofrecer una noción de sujeto histórico, dado que la argumentación racional e intersubjetiva que propone ha de tener por objeto intereses y necesidades reales y generalizables. El resultado son los derechos arraigados en su marco histórico, vinculados a necesidades reales, un concepto de derechos humanos abierto e histórico que admite distintas plasmaciones. Como el fundamento de estos derechos es consensual, esta tesis trae consigo diversas consecuencias fundamentales: los derechos quedan configurados dualmente, como elementos nucleares de un sistema objetivo y al mismo tiempo como la articulación de pretensiones. Además, da cabida a los derechos sociales y al posible reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación. No obstante y ante el riesgo que entraña abandonar los derechos en manos de cualquier fórmula consensual, analiza los intentos que ofrecen alguna solución a este problema, imponiendo límites al consenso. Es interesante advertir cómo puntualiza el

4. Sobre la relación de los problemas entre concepto y fundamentación y los posibles planteamientos a adoptar, ver "Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la utilidad del concepto de derechos morales)" de Javier De Lucas, en *Derechos Humanos: Concepto, fundamento y sujeto*, Tecnos, Madrid.

5. Con ello, en nuestra opinión, no se evita sin embargo caer en uno de los riesgos que entrañan las posiciones dualistas, al considerar que pueden ofrecer un concepto de derechos humanos capaz de satisfacer a las más diversas fundamentaciones de los mismos, en su caso con su propuesta de un concepto histórico de los derechos humanos. Cfr. al respecto la tesis sostenida por Javier De Lucas en "Nota sobre..." ya cit.

sentido en que hay que interpretar y situar esta propuesta de fundamentación, que no es otro que el de servir de punto de referencia crítico de las democracias reales.

Como hemos visto, la historia y la razón⁶ ocupan el papel estelar en base al cual analizar la formación histórica del concepto de derechos fundamentales en la que distingue un primer momento (en el que se configuran como valores), que es objeto de estudio por la filosofía de los derechos fundamentales, y un segundo momento (el de su inserción en normas del Ordenamiento jurídico positivo), que constituye la materia propia del Derecho de los derechos fundamentales. La elaboración del concepto jurídico de los derechos fundamentales, sobre la que centrará su atención en los tres ensayos siguientes, queda ubicada en ese segundo momento en el que se sitúa el autor y concretamente dentro del Ordenamiento jurídico español, señalando, *a priori* su posible extensión a otros derechos nacionales (un punto que no queda tan claro tras su exposición). Para ello, elige el camino del análisis lingüístico de la Constitución, pero la constatación de que no ofrece una definición de derechos fundamentales junto al posterior análisis descriptivo de las notas tradicionalmente atribuibles a los derechos humanos, más la comprobación de que la estructura formal de los mismos no proporciona ningún elemento diferenciador, llevan al profesor Prieto Sanchis a afirmar que no existe entre ellas ningún rasgo distintivo y de concreta operatividad jurídica que nos permita atribuir a un derecho el calificativo de "fundamental" frente a otros tipos de derechos no considerados como fundamentales. La causa subyacente la encuentra el profesor en la fluidez histórica de los derechos humanos.

Resulta interesante constatar que la fundamentalidad, para Prieto Sanchis, es un atributo de los derechos humanos, un concepto relativo o gradual que equivale a resistencia o fortaleza, y que permite establecer una escala de fundamentalidad; es decir, el carácter fundamental de los derechos humanos se traduce jurídicamente en el concepto de resistencia o de especial fortaleza

6. Lo cual no es de extrañar si se tiene en cuenta que para este autor "... la historia, que es el mejor banco de pruebas para una teoría de la justicia ..." cfr. en "Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas." *A.D.H.* n° 4, pp. 294, en la línea de lo apuntado por el profesor Peces Barba, en "Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales", *A.D.H.* n° 4, o en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 25 y 26, donde hace hincapié en la necesidad del análisis histórico y la aceptación de la idea de que los derechos humanos son un concepto histórico propio del mundo moderno, pero precisando que ese carácter historicista, no significa irracional, sino que al ser complementarias razón e historia, sólo cabe una justificación racional situada en la historia.

frente a las decisiones de los órganos políticos: así, todos los derechos del título I de la Constitución española de 1978.

El primer requisito de esta aproximación conceptual de los derechos humanos en el ámbito jurídico lo sitúa en su necesaria vinculación a las prescripciones del Derecho Positivo, pero ante el temor de ser rechazada su propuesta por incurrir en lo que algunos llaman "falacia positivista", lo matiza estableciendo límites conceptuales histórico-funcionales, es decir, para Prieto Sanchis el concepto jurídico de los derechos humanos, en base a un criterio de identificación negativo, debe buscarse dentro de un sistema jurídico y desde un plano histórico-funcional, con lo que obtendremos "qué... sistema jurídico no cuenta con derechos humanos". Para ello, utiliza la conocida dicotomía dworkiniana entre concepto-concepción, aportando una reconsideración de los planteamientos tradicionales a través de esta perspectiva terminológico conceptual. El concepto jurídico propuesto de derechos fundamentales es el de derechos con amparo normativo constitucional, y derechos que vinculan a todos los poderes públicos, es decir, derechos constitucionales. Tres órdenes de razones dificultan en nuestra opinión la identificación entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, su incapacidad para hacerse extensible a otros Ordenamientos Jurídicos, la línea confusa marcada por el tribunal Constitucional que si, por una parte, se abstiene de elaborar una noción material de derechos fundamentales, por otra, establece una distinción entre derecho fundamental y derecho constitucional, y por último, esta identificación supone un fuerte obstáculo para las nuevas generaciones de derechos dadas las dificultades prácticas que plantea cualquier intento de reforma esencial de la C.E. En una primera aproximación el grado de resistencia de los derechos es un aspecto más de su constitucionalización, por lo que acudir a él para elaborar un concepto jurídico de derechos fundamentales nos conduce en última instancia al dato de que si tienen un grado determinado de resistencia o una especial fortaleza es precisamente porque son derechos constitucionales, por lo que en principio no es tan descabellado identificar ambas expresiones. Prieto no puede sostener, en líneas generales, que la constitucionalización de los derechos sea un atributo esencial, dado que su ausencia no implica la inexistencia de los derechos. Sin embargo, considera que es la única característica que a la luz de las prescripciones del derecho positivo les dota de un significado propio y peculiar dentro de la categoría general del derecho subjetivo, pues la constitucionalización de los derechos permite no sólo su protección plena, sino también la recuperación y reformulación del significado primigenio-histórico de los derechos naturales, al configurarlos como verdaderas obligaciones estatales y considerarlos no como derechos absolutos, sino como derechos "resistentes", con lo que la constitucionalización se convierte en un requisito para poder considerar los derechos como obligaciones estatales. Por otra parte, la distinta resistencia significa que se

han utilizado distintas formas de tutela o garantías, aunque la fuerza del respaldo normativo constitucional sea, en principio, igual para todos sus preceptos. Para establecer el grado o escala de fundamentalidad propone un método que atienda a las técnicas de reconocimiento y protección jurídicas de cada ordenamiento y postula un criterio de graduación en tres niveles con un mínimo denominador común: su reconocimiento constitucional, y la vinculación de todos los poderes públicos. Siendo éste el grado mínimo de resistencia, todo derecho que lo cumpliera podría ser calificado de derecho fundamental. Esta clasificación cuenta con la ventaja de que al ser una clasificación nacida al amparo de la Constitución de 1978, resulta plenamente operativa respecto a la interpretación y aplicación de los derechos, pudiéndose afirmar que se ajusta a la concepción de los derechos fundamentales cristalizados en la Constitución española de 1978.

La exposición nos parece acertada en la medida que combina con habilidad el razonamiento jurídico y el filosófico moral y dentro de la más pura posición dualista consigue una construcción coherente, bien elaborada y en concordancia con la realidad. Sin embargo, cabe cuestionar si la determinación categórica de los valores, impide la admisión de nuevos valores que en caso contrario, podrían abrir una vía al reconocimiento de nuevos derechos humanos. Es evidente que este tipo de consideraciones sería un obstáculo para la visión histórica de los derechos humanos, pero por la vía de la razón podría llegar a integrarse⁷, como reconsideración de "viejos" valores en los que fundar la existencia de "nuevas necesidades", lo que daría lugar al reconocimiento de "nuevos" derechos humanos.

Pero, ¿qué supone considerar a los derechos como obligaciones estatales? y ¿qué consecuencias conlleva esta consideración? Significa que se configuran como límites al poder, lo que supone situar a los derechos por encima de cualquier poder del Estado a través de la Constitución, y reconocer que no tienen su origen en el Estado, ya que su fuente originaria es el poder constituyente, cuyo titular es el pueblo. Esta caracterización requiere procedimientos constitucionales eficaces que la garanticen y que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes

7. En este sentido resultaría interesante reconducir el argumento esbozado por el profesor Peces Barba: "La incorporación al concepto de los derechos fundamentales, de los derechos económicos, culturales y sociales... abre también una nueva dimensión que es la de la solidaridad, sinónimo a mi juicio de la fraternidad de la trilogía de la Revolución francesa.", "El momento en que vivimos es el de la consolidación del componente igualitario y el planteamiento y desarrollo del componente solidario.", "Y en estos tiempos en los que vivimos, las exigencias de la solidaridad... alumbran nuevos derechos, de los consumidores a no ser manipulados, de todos a la no contaminación... etc." Vid. G. Peces Barba en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 211, 212 y 225.

del Estado; asimismo, conlleva importantes consecuencias prácticas que el autor señala detenidamente.

En el capítulo V, y con la finalidad de exponer la variedad de tipologías que acoge la expresión derechos humanos, se enfrenta, tras dejar constancia de las múltiples existentes, a elaborar una clasificación tripartita enmarcada dentro de un análisis histórico conceptual. El mérito de este ensayo clasificatorio radica, sin duda alguna, aparte de en lo novedoso y original de algunos de sus criterios, en el esfuerzo del autor por ilustrarlos con los derechos fundamentales de la Constitución española con lo que se consigue dar al lector una selectiva clasificación doctrinal.

La presentación del concepto de derechos fundamentales que, como hemos advertido, vincula fundamentalidad y resistencia, junto a la identificación entre derechos fundamentales y constitucionales lleva a examinar en los tres ensayos siguientes, cómo se concreta tal resistencia en la configuración de límites a los poderes del Estado por la vía de una protección dual, bien sea a través de la tutela del "contenido esencial" frente al legislador, bien a través de la reserva de ley orgánica, frente al ejecutivo.

Parte el autor de las dificultades de definir el contenido esencial de los derechos fundamentales. Pese a ello y en línea con el Tribunal Constitucional, sostiene que la esencialidad del contenido de un derecho fundamental es identificable por la presencia de sus elementos mínimos constitutivos. En nuestra opinión, la no coincidencia del contenido esencial con el constitucional convierte en un requisito necesario el acudir a criterios extraconstitucionales para su delimitación, y se traduce en la concesión de un amplio margen de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, lo que según Prieto Sanchis, no nos debe llevar a identificar con una vía abierta hacia el Derecho libre.

¿Es necesaria esta cláusula al lado de la genérica protección del principio de constitucionalidad? La existencia de la misma sólo puede comprenderse, según el autor, si se la considera como un fortalecimiento del principio general de constitucionalidad, "un límite de los límites", con contenido autónomo y configurada por tanto como un valor absoluto, lo que se traduce en la práctica jurisprudencial, por una parte, en la necesidad de justificación de cualquier limitación en este ámbito, al ser exigencia jurisprudencial reiterada el acreditar esa justificación, (justificación que debe guiarse siempre por dos criterios: el prioritario o, mejor, ponderativo, y el de la proporcionalidad) y por otra, en el respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales. Todo esto supone a nuestro juicio, una escala de limitaciones: las normas que reconocen derechos son limitadas por las

normas que les imponen límites y éstas a su vez por la necesidad de su justificación y su respeto al contenido esencial.

Cabe plantear, así, una interrogante derivada de la afirmación anterior: ¿significa ésto que toda norma imperativa que consista en un mandato o en una prohibición supone una limitación externa de los derechos y consecuentemente debe reunir los requisitos formales y materiales de las normas limitadoras de derechos? La respuesta depende de si las libertades son la regla básica del sistema, limitada por concretas prohibiciones o mandatos cuya existencia ha de justificarse, o por el contrario suponen la excepción. Para Prieto, todos los mandatos y prohibiciones suponen una limitación, pero ésta no siempre afectaría al contenido de los derechos ya que en nuestro Ordenamiento Jurídico hay argumentos para sostener que los mandatos y prohibiciones son la excepción y suponen una limitación a la libertad; que en el sistema de la Constitución española requieren la existencia de un bien o valor que esté en la base de los derechos fundamentales y que deba ser protegido en un Estado de Derecho como es el nuestro; que los valores del artículo 1,1 pueden reconducirse, en la línea de lo apuntado por el profesor Peces Barba, al de la libertad y que la libertad jurídica coincide con la libertad natural, pues el ámbito de la libertad jurídica no se agota en los derechos fundamentales concretos. En definitiva, existe la norma de clausura, por la que todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe considerarse jurídicamente permitido, norma que el profesor identifica en la libertad de conciencia implícita en el artículo 16,1. Con su argumentación no elimina la discrecionalidad del intérprete, porque no se evitan las colisiones de bienes, pero nos sitúa en un mundo en el que las decisiones del legislador deben ser justificadas, convirtiendo a los derechos fundamentales en el punto de partida y llegada de la labor hermenéutica.

Es casi unánime el reconocimiento -ajustado al texto constitucional- del papel secundario otorgado a los derechos sociales y económicos. Por ello, resulta significativo que el capítulo IX del profesor Prieto, comience precisamente por la devaluación jurídica de los derechos sociales para, a continuación, ocuparse de la posición que tienen entre los preceptos constitucionales los llamados principios rectores y tratar en un tercer y último lugar su relación con el principio de legalidad.

La devaluación a la que, en palabras del autor, han sido sometidos los derechos económicos, culturales y sociales, tanto desde ámbitos legislativos como teórico-doctrinales, se traduce en la ausencia de uniformidad en la configuración del régimen jurídico de estos derechos. Pero, ¿cuáles son las causas de esta devaluación? ¿son auténticos derechos fundamentales? ¿están dotados de especificidad? El buscar las respuestas en las prescripciones del derecho positivo conduce, en última instancia, a la opción política que los

constituyentes españoles decidieron mantener, y en nuestra opinión, ofrece una imagen parcial del problema, pues aunque está claro que el término devaluación se utiliza dentro de un contexto comparativo con los derechos del capítulo II, la cuestión nos parece lo suficientemente relevante como para ser observada desde una perspectiva más amplia que parta de la distinta ubicación histórica de estos derechos, es decir, tanto de su distinto origen cronológico, como de su diferente momento de positivación y todo ello dentro de un contexto más general⁸. Quizás, la cuestión ya no se plantearía en términos de devaluación sino de *infravaloración* o de buscar las auténticas causas que motivaron que estos derechos no hayan alcanzado un mismo grado de positivación, y aunque en último término probablemente nos conduciría también a consideraciones políticas, se evitaría la imagen falsa que el término devaluación conlleva cuando da a entender que en otro momento han gozado de protección jurídica, consiguiendo una aproximación más cercana al panorama histórico y actual de los derechos sociales.

Prieto se sirve de un análisis dual para concretar los motivos a que obedece el rechazo de su consideración de auténticos derechos. Desde un plano teórico doctrinal comparativo con los derechos civiles y políticos deduce las notas características que les dotan de una peculiar estructura, estudio que complementa con el régimen jurídico que ofrecen las prescripciones del derecho positivo. La consecuencia a la que llega es que en el terreno prescriptivo no existe un tratamiento jurídico peculiar de estos derechos, dada la falta de uniformidad con que se han positivado, hasta el extremo de no poder identificar principios rectores y derechos sociales, ya que no todos los principios rectores incorporan (en el sentido de la presencia de derechos sociales dispersos fuera del título III), o puedan dar lugar (matiz éste sobresalientemente importante por su posterior afirmación de que apenas hay derechos en el capítulo III) a derechos sociales, ni todos los derechos sociales derivan de estos principios.

Al lector puede parecerle una incongruencia que el autor señale que nuestra Carta Magna reconoce derechos sociales como derechos fundamentales en el sentido más riguroso de la expresión y líneas más abajo sostenga que los principios rectores, tal y como hoy aparecen reconocidos, no presentan unos perfiles lo suficientemente nítidos como para hablar de la existencia de auténticos derechos. Probablemente lo que el autor quiere decir es que si bien jurídicamente no encuentra obstáculos para su consideración de derechos fundamentales (entre los derechos sociales ubicados en el capítulo II), pese a su particular fisonomía -lo cual es confirme a su

8. Ver la perspectiva de estudio del profesor Peces Barba en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 195 y ss.

caracterización de la fundamentalidad por su grado de resistencia- en el plano de la realidad prescriptiva del capítulo III resulta difícil de defender esta consideración, dada la configuración con que el legislador constituyente les dotó, no sólo derivada de su postergación formal, sino también de las formas heterogéneas que utilizó para su reconocimiento⁹. En resumen, parece que si bien el autor no teme admitir que nuestra Constitución reconoce derechos sociales como derechos fundamentales, sí se enfrenta con problemas para ajustar esta opinión a la totalidad de la realidad constitucional. (En este aspecto su exposición parece traducir una concepción excesivamente formalista.)

Al abordar la posición constitucional de los principios rectores parte de la premisa de que la devaluación jurídica a que los somete el art. 53.3 se traduce en una resistencia disminuida, al no poder invocarse directamente ante los tribunales, lo que no significa que los principios rectores del capítulo III, no tengan naturaleza jurídica, ni falta de valor constitucional, ya que la eficacia de éstos opera desde la propia Constitución, por lo que las normas que encierran estos preceptos no sólo son alegables sino que deberán ser aplicadas por los tribunales. Otra cosa es que los derechos que se deriven de las normas exijan la mediación del desarrollo legislativo para su configuración como derechos subjetivos. Distingue así el plano de la eficacia de las normas constitucionales, del de la posibilidad de hacer valer frente a los tribunales los derechos subjetivos que se deriven de esas normas (con lo que parece que en estos casos, o bien nos encontraríamos con dos nociones distintas de eficacia, o quizás no es el concepto de eficacia el más apropiado).

Manifiesta a lo largo de su exposición su insatisfacción por el grado de protección jurídica a que se ha sometido a estos principios. A su juicio, el motivo de mayor peso de esta devaluación radica en el hecho de que a diferencia de los derechos civiles y políticos, los principios rectores necesitan de un entramado de normas secundarias para su satisfacción. Con lo que, a nuestro parecer, conforme a la postura defendida por Prieto, se reconoce que su consideración de derechos fundamentales quedaría en cierto modo a merced del legislativo o, en su caso, del ejecutivo, lo que resulta a todas luces peligroso. En definitiva, los principios rectores tienen una posible doble configuración: como normas objetivas con respaldo constitucional y como derechos subjetivos cuando den lugar a ellos. Mientras que como

9. A lo que nosotros podemos añadir las diferentes técnicas de organización jurídica que se han utilizado con los derechos civiles y políticos y con estos derechos siguiendo la línea de algo ya señalado con anterioridad por el Profesor Peces Barba, cfr. G. Peces Barba, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, ya cit., pp. 208).

normas objetivas poseen una función hermenéutica, como derechos subjetivos, al ser reaccionales o impugnatorios, sólo resultan directamente eficaces en el proceso de inconstitucionalidad. Por último señala cómo la doctrina del Tribunal Constitucional, confirmando su valor normativo, no ha podido dar entrada a pretensiones subjetivas de concreta satisfacción, lo que supone una enorme limitación en la práctica, y confirma su dudosa eficacia.

Un estudio relativo a los derechos fundamentales no puede dejar de tener en cuenta finalmente tres cuestiones: ¿a quién obligan estos derechos? ¿cuáles son los mecanismos de protección? ¿pueden ser suspendidos? por lo que dedica los últimos tres ensayos a su estudio. El primero de esos problemas es abordado desde tres niveles de argumentación distintos. A) Desde una primera perspectiva teórico doctrinal se trata de recordar que el que los derechos fundamentales lo sean frente al Estado no significa que sólo frente a él puedan hacerse valer, puesto que los derechos fundamentales constituyen un límite a las relaciones entre particulares, en la medida en que algunos de estos derechos despliegan su eficacia principalmente en este ámbito. B) Desde el punto de vista constitucional, no hay ningún precepto que permita excluir tal eficacia a las relaciones horizontales entre particulares. Las únicas limitaciones a esa afirmación previenen en todo caso de una norma inferior, la L.O.T.C., obra del legislativo. C) Además, el máximo intérprete de la Constitución, el T. C., garantiza la eficacia mediata a través de su consideración de elementos del ordenamiento objetivo y de su preferencia hermenéutica y aunque una vez más sus criterios no gozan de uniformidad, Prieto cree ver en el fondo razones de desestimación de la violación de derechos aunque lo que se invoque en estos casos sea el carácter público de las libertades. Por todo ello, el autor estima que la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares hay que situarla en sus justos términos, en un problema de coexistencia de derechos e incluso de valores constitucionales, por lo que para su solución habrá que acudir al caso concreto, en el que el papel del juez será decisivo. Completa este análisis con su confrontación con la práctica judicial y termina por postular una ampliación legal del recurso de amparo a las relaciones entre particulares, dado que no va a suponer alteración profunda de la práctica habitual de la jurisprudencia constitucional, ni se enfrenta con ningún tope constitucional. No obstante, no podemos dejar de señalar dos puntos que nos parecen importantes, en primer lugar las dificultades que entraña la articulación jurídica de esta propuesta y en segundo lugar el hecho de que la misma sólo resultará admisible si partimos de una interpretación que, en nuestra opinión, supondrá reconducir el tratamiento de este problema dentro de un marco más global que apunte a cuestiones tales como la redefinición de las esferas de lo público y o privado (a la que el autor hace somera mención) la crisis de los modelos del Estado

social de Derecho y por tanto las denominadas crisis de legitimación señaladas por Habermas.

Como es bien sabido, la Constitución española establece a través de su artículo 53 un sistema extraordinario de protección jurisdiccional para los derechos fundamentales y ello supone uno de los rasgos diferenciadores de esta categoría de derechos. Tras constatar la formulación innecesaria del art. 53,1 final, frente a la protección genérica que el recurso de inconstitucionalidad supone en cuanto al objeto de regulación, plantea el autor el problema de interpretación que supone la dual configuración jurisdiccional restringida del artículo 53,2. Para Prieto existen argumentos determinantes que avalan la configuración del amparo como un verdadero proceso de única instancia ante el Tribunal Constitucional, lo que se traduciría en su configuración como proceso independiente y diferenciado del ordinario del art. 53,2. A continuación, realiza un análisis pormenorizado del recurso de amparo y de la L.P.J.D.F. En cuanto a los derechos garantizados, tras sucesivas ampliaciones, existe una concordancia aproximada respecto a los contemplados en el art. 53,2, a pesar de la dudosa constitucionalidad de las vías utilizadas. Finalmente realiza un estudio detallado de las reglas establecidas para cada uno de los órganos judiciales, el contencioso-administrativo, el civil y el penal.

Hablar de suspensión... como lo hace el profesor Prieto puede, a nuestro juicio, resultar un tanto inadecuado en la medida en que el contenido del análisis no se ajusta a lo que le precede. Presumiendo que el propósito del autor consista en el inevitable examen que todo estudio jurídico de los derechos fundamentales exige acerca de los diferentes supuestos en los que se puede producir una suspensión de los mismos, y no un repaso de la variedad de estados de excepción contemplados en nuestra norma fundamental, hubiese resultado más adecuado ubicar el estudio sobre las restricciones a la libertad que el estado de alarma produce entre las páginas dedicadas a los límites de los derechos fundamentales. El que no haya sido así, obedece fundamentalmente sin duda alguna a tres motivos: a) en primer lugar al amplio significado del término jurídico de suspensión que adopta el autor, lo que le lleva a incluir en él, tanto reformulaciones o redefiniciones de derechos, como mermas de las garantías, no considerando a las situaciones en que exclusivamente se produce merma de las garantías como algo distinto a lo tratado aquí. b) En segundo lugar, a la heterogeneidad existente en torno a la manifestación concreta en cada derecho de esta suspensión, lo que a la larga le impedirá elaborar una teoría general de la suspensión de los derechos fundamentales. c) Por último, a su formulación de tres notas mínimas, características de todo supuesto de suspensión. Pese a ello, estas razones pueden resultar insuficientes pues, a nuestro juicio, la interpretación que hace del término queda tan amplia que roza e incluso invade los

contornos de los límites de los derechos, ya que consideramos que cuando se produce una reformulación o redefinición de los derechos, no cabe duda de que estamos ante la presencia de un supuesto de suspensión, en la medida que se produce una transformación, llamémosla "de fondo", no así cuando de lo que hablamos es de merma de garantías, que pueden considerarse como unos de esos límites a la libertad contemplados en el capítulo VII con las consecuencias que ello conllevaría en la interpretación y aplicación de las normas.

Por supuesto todo lo anterior no debe llevar a incurrir en la confusión entre concepto y técnicas de protección, lo que a su vez, no debe ser un obstáculo que nos haga olvidar el aspecto objetivo de los derechos fundamentales, en la medida que el reconocimiento de determinados derechos fundamentales es inescindible de la garantía de ciertas instituciones u organizaciones dado que no podemos compartir la posición de quienes contraponen derecho fundamental y garantía institucional, bien por partir de una configuración de los derechos fundamentales reducida o por olvidar el origen y significado específico de la teoría de la garantía institucional elaborada por C. Schmitt¹⁰. No obstante, pensamos que la heterogeneidad existente puede perfectamente dar paso a una interpretación más restrictiva y casuística que la que se ofrece bajo propósitos unificadores; además, las mínimas notas comunes que consigue esbozar ofrecen la fragilidad de su posición uniformadora. Por último, señalar que el legislador constituyente no entró en la configuración de unas pautas generales justificatorias determinantes de la declaración de estos estados, lo que puede llevarnos a pensar su intención de no favorecer una interpretación tan extensiva de la cuestión.

Respecto al problema de la suspensión, y ante las dos modalidades de suspensión que la Constitución contempla, Prieto pone el énfasis en la gran diferencia conceptual entre ambas y su verdadero significado, distinguiendo entre una suspensión de derechos fundamentales producida en el estado de excepción o en el estado de sitio (y por tanto excepcional y temporal), y una suspensión "individual", llamada así erróneamente, en la medida que todos son posibles receptores de la misma y además carece de la nota de excepcionalidad puesto que se configura con carácter indefinido. El autor, ante el parco y fragmentario tratamiento constitucional de esta cuestión, elabora las líneas generales en las que se mueve esta figura, para a

10. Ver en este sentido, "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española" de J. M. Baño León, en *R.E.D.C.*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, y *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, de F. R. Blat Gimeno, C. P. M.T.S.S., Madrid, 1986, pp. 56 y ss.

continuación entresacar los mínimos caracteres comunes a toda posible suspensión de derechos fundamentales.

Sobre el tema de la posible fiscalización judicial de la disposición normativa que declara estos estados cabe destacar su opinión de que: "...los tribunales y singularmente el Constitucional no pueden abdicar tampoco aquí de su función fiscalizadora y de garantía de adecuación del ejercicio del poder al Derecho.", a pesar de las dificultades con que se pueda tropezar. Por último realiza un análisis pormenorizado del alcance que la suspensión tiene para cada uno de los derechos que la norma fundamental contempla como susceptibles de dicha figura.

En definitiva, la última obra del profesor Prieto Sanchis resulta de enorme interés y aunque densa de contenido (ya que su exposición es ilustrada con construcciones del pensamiento de otros iusfilósofos y con continuas referencias a la doctrina sentada en cada caso por el Tribunal Constitucional), consideramos que es muy sugestiva en atención a la importancia de los temas tratados y a la variedad de problemas que abre a la discusión, no sólo jurídica, sino filosófico política. No estamos ante un manual de un nivel elemental sobre los derechos fundamentales de la Constitución española de 1978, sino en presencia de una construcción teórico jurídico y doctrinal que resulta de lectura muy recomendable e incluso obligada para todo aquel que trabaje en teoría general de derechos fundamentales.

Por otra parte, si bien el libro enmarca un discurso esencialmente jurídico, también es cierto que no carece de los razonamientos de filosofía moral y política tan intrínsecamente presentes en este terreno, por lo que proporciona una visión muy enriquecedora de los derechos humanos que se traduce en la consecución del segundo propósito del profesor Prieto, una obra coherente y equilibrada.

Blanca MARTÍNEZ DE VALLEJO

José RUBIO CARRACEDO, Paradigmas de la política. Del Estado justo al Estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick). Prólogo de José Luis L. Aranguren. Ed. Anthropos, Barcelona, 1990.

En el presente libro el profesor Rubio Carracedo aborda los problemas que, sin lugar a dudas, podemos considerar fundamentales para la reflexión filosófica sobre la política, como los de su persistencia y su especificidad en cuanto disciplina o la cuestión de las relaciones entre ética y política que la define y que, en buena medida, determinan la pluralidad de enfoques que la constituyen desde su nacimiento griego.

El modo de plantear los problemas con el frecuente recurso a discusiones y autores contemporáneos, o las numerosas referencias bibliográficas, manifiestan ese pensamiento dialogante y abierto a la diversidad de perspectivas que hoy nos parece irenunciabile. Poso de muchas lecturas, se reconoce, especialmente en los capítulos sobre Platón, Marx, Rawls y Nozick, una cierta circularidad, nada viciosa, en el modo de leer un autor a la luz de otros y viceversa; si bien Rousseau, del que, como veremos, no es exagerado decir que marca la pauta de este juego de lecturas, no tiene aquí un capítulo propio, pues es el tema de un libro de inmediata aparición.

El primero de los seis capítulos que forman el libro plantea, con carácter introductorio, el tema de la recuperación de la filosofía política. Las discusiones de Plamenatz, Berlin y Laslett en torno a su presunta defunción nos resultan superadas a la vista del rico y diverso paisaje que ofrece hoy la filosofía política y del cual se hace una breve presentación. El autor sostiene que la reflexión sobre los fundamentos y alcance de la obligación política, la reflexión sobre el poder, forma parte de la filosofía práctica; por lo que naturalmente coloca las siempre difíciles relaciones entre ética y política en el meollo del asunto. Las cuestiones de validez que constituyen su cometido resultan irreductibles a los planteamientos descriptivos o empiristas de la ciencia política. Desde este carácter normativo la filosofía ha de asumir no una intervención directa en la vida política, sino un propósito regulativo y crítico. La propuesta se resume en la definición de la

tarea “siempre con carácter crítico-normativo, la filosofía política tiene el objetivo ineludible de proporcionar criterios para una adecuada evaluación y replanteamiento, en su caso, de las prácticas, las leyes y las instituciones de la sociedad política.”

Podemos retener como las claves del libro la noción de lo “crítico normativo” y las relaciones ética-política, pues encierran tanto una propuesta metodológica, constructivista o paradigmática, y otra de replantear la articulación de ética y política sin pretender sofocar su tensión constitutiva. De ahí la centralidad del segundo capítulo que da título a la obra y en el que se trazan los tres paradigmas de la obligación política: el realismo político, el estado justo y el legitimista.

Desde sus comienzos el pensamiento político ha estado dividido por lo que García Pelayo ha llamado “dos concepciones límites” de la realidad política, una que, menospreciando las ensoñaciones idealistas y asegurando tomar a los hombres tal y como son, se centra en el hecho de la lucha y la coerción, y la otra que atiende a la mejora o realización del “ser” por el “deber ser”, a la superación de la lucha en un orden racional de convivencia que plasme una concepción de la justicia. Incluso en una consideración sociológica de la política como la de Max Weber encontramos la doble cara del fenómeno político: por una parte, la idea de dominación recoge el sentido de imposición de la propia voluntad sobre otro u otros a través del conflicto; y, por otra, reconoce una vinculación esencial entre dominación y legitimidad, hasta el punto de que determine los tres tipos puros de dominación en función de las pretensiones de legitimidad que les subyacen, o, de igual forma, al definir el estado en cuanto monopolio de la violencia legítima. Aunque, en cuanto sociólogo, sólo considerara “la creencia en la legitimidad”, esto es, un concepto empirista de legitimidad, cuya estela, según Habermas, han seguido la mayor parte de estudios científico-sociales al respecto.

A la interrogación que rige la filosofía política -¿en qué condiciones la obediencia se convierte en obligación y el poder en autoridad?, es decir, ¿en qué condiciones se legitima el estado?- el autor ha organizado constructivamente las respuestas de la tradición en lo que él llama “paradigmas”, idealizaciones o modelos cuya consistencia lógica está construida en función de una serie de indicadores o criterios y cuyo valor es fundamentalmente heurístico. Dos son, *prima facie*, tales paradigmas: el del realismo político, para el que el poder se justifica desde sí mismo o mediante su eficacia, lo que viene a significar que las cuestiones de justificación carecen de sentido en el contexto de las relaciones de poder; y el paradigma legitimista en sentido amplio, que se subdivide en la posición más radical del “estado justo” y la más moderada o “legitimista” en sentido estricto.

La aportación probablemente más valiosa del presente libro se encuentra en este punto, en la importancia y necesidad de distinguir entre los planteamientos utópicos del estado justo y la más flexible articulación de ética y política de las posiciones legitimistas, tal y como se traza mediante un cuadro paradigmático construido en base a diez índices que van de la concepción del poder, sus condiciones de legitimación o sus objetivos hasta el marco ético, relaciones estado-sociedad civil, régimen político, etc.

Pero el fundamento de la distinción hay que buscarlo en lo que Habermas ha llamado “razones legitimantes”, o, dicho de otro modo, en los niveles de justificación que definen las condiciones de aceptabilidad de las razones que prestan eficacia a las legitimaciones. Efectivamente, para el autor cabe entender, esencialmente, el paso del estado justo a las posiciones legitimistas como un cambio de nivel de justificación. Esta transformación de las razones legitimantes que proporciona un nuevo modelo de legitimidad tiene un origen claro: la normatividad procedimental de un contrato social entre hombres libres e iguales tal y como es diseñada por Rousseau.

Si el estado justo significa una pretensión de fundamentación última de orden metafísico o iusnaturalista y una consecuente concepción absoluta, y absolutista, de la justicia que anula la autonomía, más o menos relativa, de lo político, por el contrario, el paradigma legitimista encarna, para el autor, la originalidad de una modernidad que, en el eje Rousseau-Kant, ha alumbrado el concepto de razón práctica. La normatividad procedimental o constructa, como gusta decir el autor, que sustenta la pretensión de legitimidad rompe con toda forma de “objetivismo ético”, de apelación a un orden natural e inmutable, pero no por ello se queda en un puro formalismo. Rubio la interpreta rawlsianamente como reflexividad: “tanto el procedimiento como las premisas de justificación se tornan reflexivas, esto es, se tornan razones legitimantes: es la idea misma del contrato cuidadosamente estudiado y discutido por personas libres e iguales bajo condiciones idealizadas”. El procedimiento crítico toma como base unas convicciones de partida que están entrelazadas en nuestras formas de vida y en buena parte son la herencia imprescindible de la Ilustración.

El nuevo modelo de legitimidad queda ceñido al ordenamiento democrático y su propósito crítico-regulativo debe servir, como en otras ocasiones ha señalado el autor, de aguijón a favor de una profundización participativa de la vida democrática, único remedio contra los procesos entrópicos que amenazan nuestras sociedades políticas.

Hay una cierta vacilación entre considerar el legitimismo como un paradigma equidistante, incluso síntesis, del realismo político y del estado justo o formular el parentesco con este último, destacando su contraposición

al primero. La cuestión es menor, pues queda subrayada, en cualquier caso, la originalidad del planteamiento legitimista, pero nos da la pista -junto con cierta simpatía en la compensación de Platón y Marx o la alusión al "horizonte utópico" del consenso en torno a la "sociedad-bien-ordenada"- para plantear otra que no lo es tanto: ¿hay que diferenciar con rotundidad la legitimidad de la utopía? No es exagerado afirmar que significan dos planteamientos bien diversos acerca de las relaciones entre ética y política, e incluso dos talentos.

La intención crítica que preside la elaboración constructiva de un modelo de legitimidad mantiene la tensión entre ética y política en cuanto mantiene una relativa autonomía de ambas esferas, compatibilizándolas mediante un marco constitucional y la exigencia de participación pública de los ciudadanos. Rubio no sólo desconfía de una fórmula definitiva que anule esa tensión, sino que la considera fecunda. Los planteamientos utópicos, en cambio, alientan tal expectativa y la fundan en una concepción absoluta de la razón en la que la pluralidad de valores queda, asintótica o escatológicamente, armonizada y los conflictos resueltos. El "equilibrio reflexivo" que debe guardar la razón práctica la abre críticamente a los valores y convicciones de nuestra tradición y formas de vida y su definición constructivista significa la búsqueda desde la pluralidad de un consenso fundado y liberado de toda metafísica.

La propuesta legitimista, es decir, una reflexión sobre la política en términos de normatividad constructa y con propósito crítico-regulativo, y su delimitación de la perspectiva utópica del estado justo nos ofrece el guión de los cuatro últimos capítulos. Además, como señala el profesor Aranguren en el prólogo, la estrategia reconstructiva -que combina consideración genética y cuestiones sistemáticas- seguida en los estudios monográficos se ajusta acertadamente a la metodología constructivista propugnada. Se trata de estudios en los que se realizan unos análisis muy detallados y cuidadosos de los autores, acompañados siempre de una valoración crítica ponderada y en los que esa circularidad en las lecturas que advertíamos resulta tener una importancia interpretativa notable. Hay una cierta desigualdad entre los cuatro estudios, de los cuales el de Marx es el que peor resiste los tiempos que corren y destacan, sin desmerecer de los demás y no sólo por su actualidad, los dedicados a Nozick y Rawls; especialmente éste último, el más extenso y en que se da la mayor afinidad con el autor tratado, resulta una aportación sobresaliente que reconstruye la evolución del proyecto del filósofo de Harvard desde su artículo de 1951 "Outline of a Decision Procedure for Ethics" hasta la revisión de 1985 de su *Teoría de la justicia*.

Como conclusión, ya sólo nos cabe decir que nos encontramos ante un libro sólido y madurado cuyas propuestas resultan de plena actualidad e

interés y que es una excelente prueba del buen momento de la filosofía práctica en nuestro país.

Manuel TOSCANO MÉNDEZ

Próximo volumen del «Anuario»

1. La Sección monográfica irá dedicada al tema: **MUJER, PODER, DERECHO**. Desde la Filosofía jurídica, política o social, o desde la teoría ética, se trataría de analizar entre nosotros problemas que en el área anglosajona se van vinculando al epígrafe «Feminist Jurisprudence». Las capacidades de acción otorgadas en la esfera privada, la estructura familiar, las relaciones laborales, el diverso tratamiento penal, la presencia en el ámbito público, etc., se establecen, hoy y ayer, en clave diversa respecto de la mujer.

2. De tema libre serán las demás secciones. Se recibirán con interés propuestas para una crítica amplia de la obra de un autor al que pueda invitarse a responder. También serán de gran ayuda las colaboraciones a la sección de crítica bibliográfica, que están recibiendo un impulso en el «Anuario».

3. Se recomienda seguir las indicaciones sobre la presentación de originales: extensión, formato, modos de presentar notas y redacción de las mismas, etc.

4. Se propone como fecha de cierre del volumen el 30 de abril de 1992.

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 su 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. ROMERO 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 PUIG-PELAT 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 ALARCÓN 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 meto-

dológicos 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 Jeremy 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, Sociología 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 PECESBARBA 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)

VOLUMEN VII (1990)

I. LEGITIMACION DE LA DEMOCRACIA. GILBERTO GUTIÉRREZ, La trama moral de la democracia en la vida cotidiana. F. QUE-SADA, F. COLOM; J. M. HERNÁNDEZ, La formación de la soberanía democrática: entre el mito de la autoidentidad y las virtudes políticas. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Paradojas de la democracia. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, El legado democrático de Rousseau en la crisis actual. URBANO FERRER SANTOS, Implicaciones ético-políticas de los planteamientos contractualistas modernos. JOSÉ MARÍA ROJO SANZ, Higher Law, pactum unionis y pactum socialis. JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO, La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración. FRANCISCO JAVIER DE LUCAS MARTIN, Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. FERNANDO GALINDO, Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática. ROBERTO BERGALLI, Forma-Estado, formas del Derecho y cuestiones de la Democracia: un caso para el análisis. FRANCISCO PUY, En torno a la dicotomía democracia-demagogia. LUIS GARCÍA SAN MIGUEL, Democracia y Derechos Humanos en la Sociedad Post-Industrial.

II. ESTUDIOS. 1. DERECHO: FILOSOFÍA, TEORÍA, CIENCIA. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La Sociedad y el Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual. ANGELES LÓPEZ MORENO, El lugar de la moderna teoría jurídica. JOSÉ JUAN MORESO, Ciencia jurídica y dualismo metodológico. MANUEL SEGURA ORTEGA, Sobre la noción de validez. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevas consideraciones sobre la paradoja de Ross. 2. DE LA MODERNIDAD. RAINER SPECHT, Derecho natural español. Clasicismo y modernidad. EMILIO MIKUNDA FRANCO, J. Lipsio: neostoicismo, iusnaturalismo y derechos humanos. FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ, Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia. 3. RETORNO ANGLOSAJÓN. JOHN CHRISTIAN LAURSEN, David Hume y el vocabulario político del escepticismo. MARÍA ELOSEGUI, El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume, Smith y la ilustración escocesa. ANGELA APARISI MIRALLES, Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud. LOURDES GORDILLO, Una teoría utilitaria de la justicia. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H. L. A. Hart.

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.

